

Coleção Investigação | Ciências Jurídicas



UMinho Editora

Economia colaborativa

Maria Miguel Carvalho
Anabela Susana de Sousa Gonçalves
(coordenadoras)



Maria Miguel Carvalho é Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho e Diretora do Centro de Investigação em Justiça e Governação da Universidade do Minho. É ainda: membro do Conselho de Escola e do Conselho Científico da Escola de Direito desta Universidade, membro da Comissão Diretiva do Curso de Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa e integra o *Members Consultative Committee do European Law Institute*. Áreas de interesse: Direito da Propriedade Industrial; Direito das Sociedades Comerciais; Direito dos Valores Mobiliários; Direito de Autor.

Anabela Gonçalves é atualmente Vice-Presidente e Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho. É ainda: Diretora do Gabinete de Saídas Profissionais; membro do Conselho Científico da Escola da Escola de Direito, membro da Comissão do Curso da Licenciatura em Direito, membro da Comissão Diretiva do Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões e da Comissão Diretiva do LLM in European and Transglobal Business Law; Diretora do Mestrado em Direito Transnacional da Empresa e das Tecnologias Digitais. Anabela Gonçalves tem sido desde 2014 nomeada perita da Comissão Europeia para avaliar os projetos de financiamento submetidos à Comissão no âmbito do programa JUSTICE, incluindo projetos no âmbito da cooperação judiciária em material civil, e foi nomeada pela Comissão Europeia para o Grupo de Peritos para a Revisão do Regulamento n.º 2201/2003 sobre Competência Internacional e Reconhecimento de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental. É ainda membro do European Research Council, como avaliadora, por nomeação da Comissão Europeia. Áreas de interesse: Direito Civil (direito dos contratos e da responsabilidade civil); Direito Internacional Privado; Processo Civil Internacional; Cooperação Judiciária em Matéria Civil e Comercial, Proteção de Dados.



Investigação
Ciências Jurídicas

UMinho Editora

COORDENADORAS CIENTÍFICAS

Maria Miguel Carvalho

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Manuela Martins

CAPA

Foto Katja/Pixabay

DESIGN

Tiago Rodrigues

PAGINAÇÃO

Carlos Sousa | Bookpaper

IMPRESSÃO e ACABAMENTOS XXX

EDIÇÃO UMinho Editora

LOCAL DE EDIÇÃO Braga 2023

DEPÓSITO LEGAL N° XXX

ISBN 978-989-8974-89-1

eISBN 978-989-8974-90-7

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100>

Os conteúdos apresentados (textos e imagens) são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores.
© Autores / Universidade do Minho – Esta obra encontra-se sob a Licença Internacional Creative Commons Atribuição 4.0.

Economia colaborativa

Esta obra é financiada por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do Financiamento UID/05749/2020

<i>Nota de abertura</i>	9
PARTE I – ENQUADRAMENTO E CONCEITO DE ECONOMIA COLABORATIVA	11
I – Enquadramento económico, político e histórico-cultural	13
1. <i>Economia colaborativa: enquadramento económico,</i> Isabel Correia/Paula Veiga	15
2. <i>Enquadramento político-internacional da economia</i> <i>colaborativa,</i> Anabela Susana de Sousa Gonçalves	67
3. <i>O enquadramento político nacional da economia</i> <i>colaborativa,</i> Andreia Isabel Dias Barbosa	81
4. <i>Linhas de uma perspetiva diacrónica e cultural da</i> <i>economia colaborativa,</i> Miriam Rocha/Maria João Lourenço	111
II – Conceito e distinção de outras figuras	135
1. <i>Conceito de economia colaborativa,</i> Ana Flávia Messa	137
2. <i>As cooperativas de plataforma como o meio mais</i> <i>colaborativo de fazer economia colaborativa,</i> Deolinda Meira	161
PARTE II – IDENTIFICAÇÃO DE POSSÍVEIS SITUAÇÕES DE ECONOMIA COLABORATIVA	187
1. <i>A educação em economia colaborativa,</i> Ana Isabel Guerra	189

2.	<i>A economia comum e a união de facto: fenómenos de verdadeira economia colaborativa?</i> , Rossana Martingo Cruz/ João Nuno Barros	205
3.	<i>A economia colaborativa na saúde</i> , Anabela Susana de Sousa Gonçalves/Catarina Inês Gonçalves da Cruz	235
4.	<i>O caso da economia colaborativa dos transportes</i> , Duarte Abrunhosa e Sousa	251
5.	<i>A economia colaborativa no turismo (alojamento temporário de não residentes)</i> , Manuel David Masseno	261
	PARTE III – REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA ECONOMIA COLABORATIVA	279
	I – A regulamentação jurídica internacional e europeia da economia colaborativa , Anabela Susana de Sousa Gonçalves	281
	II – Regulamentação jurídica da economia colaborativa: o regime brasileiro , Ana Flávia Messa	305
	III – Regulamentação jurídica nacional	339
1.	<i>A responsabilidade civil das plataformas da economia colaborativa</i> , Anabela Susana de Sousa Gonçalves/João Nuno Barros	341
2.	<i>Os dados pessoais dos utilizadores das plataformas colaborativas à luz do RGPD</i> , Anabela Susana de Sousa Gonçalves/Tiago Branco	365

3. *Direito do Trabalho e economia colaborativa – desafios de regulamentação*, Maria Irene Gomes 397
4. *O consumo colaborativo: um problema ao nível do conceito de consumidor e da exequibilidade da garantia?*, Ana Isa Meireles 427
5. *O papel dos mecanismos de avaliação online na economia colaborativa – Uma perspetiva de Direito do consumo*, Madalena Narciso 441
6. *As plataformas “colaborativas” enquanto “prestadoras de serviços da sociedade de informação”: reflexões à luz da Lei do comércio electrónico e desenvolvimentos recentes*, Maria Raquel Guimarães 467
7. *Primeiros passos para a caracterização e o apuramento do regime e da natureza das fintech*, Rui Polónia/Inês Dias 499
8. *A inovação colaborativa e a patente – Um equilíbrio periclitante*, Pedro Dias Venâncio/Mário Castro Marques 525
9. *Economia colaborativa e Direito de Marcas*, Maria Miguel Carvalho 561
10. *A licença obrigatória de direito de patente por motivos de interesse público e a pandemia do SARS-CoV-2: considerações no direito constituído e de lege ferenda*, J. P. Remédio Marques 589
11. *A situação da regulação legal do direito de autor em Portugal e as exigências da sua adaptação à Directiva (UE) 2019/790*, Alberto de Sá e Mello 631
12. *Concorrência desleal, segredos comerciais e direito da publicidade*, Ana Clara Azevedo de Amorim 661

13.	<i>Economia colaborativa e (nova) normatividade: uma visão administrativista das respectivas interdependências e dinâmicas de legitimação</i> , Isabel Celeste Fonseca/Luiz Paulo Ribeiro da Costa	695
14.	<i>Economia colaborativa e contratação pública: rumo a um modelo aquisitivo mais eficiente e sustentável?</i> , Isabel Celeste Fonseca/João Amadeu Araújo	719
15.	<i>Economia colaborativa e tributação do rendimento das plataformas digitais</i> , João Sérgio Ribeiro	747
16.	<i>Aspetos de direito processual: resolução de conflitos na economia colaborativa</i> , Marco Carvalho Gonçalves	769
17.	<i>Habitação na economia colaborativa: análise, desafios e regulação</i> , André Francisco Soares Carvalho Alves Teixeira	791

Nota de abertura

A importância de se proceder à análise dos principais desafios jurídicos que a economia colaborativa coloca – pelas implicações que as mudanças de paradigma dos modelos de negócios e dos sujeitos envolvidos suscitam – é indiscutível, correspondendo à necessidade de se fomentar a segurança jurídica destas práticas, potenciadoras de crescimento económico e bem-estar social.

O Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) propôs-se desenvolver um projeto neste domínio com o objetivo de identificar os problemas jurídicos que a economia colaborativa suscita e avaliar se já existem soluções para aqueles, refletindo sobre a conveniência de serem introduzidas alterações ou se será necessário criar nova regulamentação.

Para esse efeito, constituiu-se uma equipa multidisciplinar que, além de juristas, integra investigadores de outras áreas, como a economia e a gestão, dos vários grupos do JusGov – embora com especial participação dos investigadores que integram o grupo E-TEC (Estado, Empresa e Tecnologia) – e de outras prestigiadas instituições nacionais e internacionais. A todos os que nos honraram com a aceitação generosa deste desafio o nosso agradecimento e profunda gratidão.

O resultado desta investigação é apresentado nesta obra, deliberadamente redigida em língua portuguesa, com o que se procura afirmar o português como língua de ciência e maximizar o seu impacto no mundo lusófono.

A presente obra encontra-se dividida em três partes que correspondem ao plano seguido no projeto que lhe está subjacente. Na primeira, a economia colaborativa é enquadrada em termos económicos, políticos e histórico-culturais e, em seguida, explorado o seu conceito e delimitação de figuras próximas. Na segunda parte, tentou-se proceder à identificação de casos concretos de economia colaborativa, não os cingindo aos casos mais evidentes do turismo e dos transportes, mas questionando-os em áreas como a

educação, a família e a saúde. Na terceira parte, procurou-se identificar os problemas suscitados quer no plano internacional, quer no plano nacional nas mais diversas áreas jurídicas e apreciar a suficiência e a adequação da regulamentação jurídica existente, apresentando-se pistas para a sua resolução. Por fim, importa referir que os textos estão atualizados até janeiro de 2022.

As coordenadoras científicas

Maria Miguel Carvalho/Anabela Susana de Sousa Gonçalves

PARTE I – Enquadramento e conceito de economia colaborativa

I – Enquadramento económico, político e histórico-cultural

Economia colaborativa: enquadramento económico

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.1>

Isabel Correia*
Paula Veiga*

* Professoras Auxiliares na Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho/Investigadoras do JusGov (E-Tec).

“[I]n capitalist reality as distinguished from its textbook picture, it is not that kind of competition that counts but the competition from the new commodity, the new technology, the new source of supply, the new type of organization [...] – competition which commands a decisive cost or quality advantage and which strikes not at the margins of the profits and the outputs of the existing firms but at their foundations and their very lives.”

Schumpeter, J. A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, London: Allen and Unwin, 1943, p. 84 (originally published in the USA in 1942; reprinted by Routledge, London in 1994).

Resumo: O desenvolvimento da economia colaborativa corresponde ao que os economistas chamam de “inovação disruptiva”, pelo potencial de alterar os padrões de produção, consumo e distribuição, as relações sociais e de contribuir para a sustentabilidade ambiental. Apesar disso, ainda falta uma abordagem econômica consolidada a este fenômeno. Neste estudo, centramos a análise nas principais características econômicas dos mercados “peer to peer” da economia colaborativa e nos desafios que lançam à regulação. Quando exploram capacidade ociosa, os mercados “peer to peer” criam uma externalidade positiva, adicionando vantagens da troca às atribuídas aos mercados tradicionais. Adicionalmente, as plataformas reduzem os custos de transação, facilitando as trocas e aumentando o bem-estar. Mas existem riscos, incluindo os da criação de monopólios e de ameaças à concorrência “justa” entre empresas e aos direitos dos trabalhadores. As promessas de sustentabilidade estão também ainda longe de serem cumpridas. Os desafios regulatórios são vastos e difíceis de resolver no enquadramento regulamentar atual.

Palavras-chave: Economia colaborativa, mercados P2P – custos de transação – concorrência.

Sumário: I. Introdução. II. Características da economia colaborativa. 1. Atividades facilitadas por plataformas bilaterais. 2. Aproveitamento da capacidade ociosa. 3. Acesso, em vez da propriedade. III. Mercado e concorrência. 1. Economia de plataforma. 2. Comportamento da plataforma: principais aspectos do desenho dos mercados. 2.1. Correspondência entre compradores

e vendedores (*Matching*). 2.2. Confiança e mecanismos de reputação. 2.3. Estratégias de preço. **IV.** Impacto redistributivo. **V.** Canibalização do mercado. **VI.** Impacto ambiental. **VII.** Regulação versus autorregulação. **VIII.** Conclusões. **IX.** Referências.

Abstract: The development of the collaborative economy corresponds to what economists call “disruptive innovation”, due to the potential to change production, consumption and distribution patterns, social relations and to contribute to environmental sustainability. Despite this, there is still a lack of a consolidated economic approach to this phenomenon. In this work, we focus the analysis on the main economic characteristics of the “peer to peer” markets and the challenges they pose to regulation. When exploring idle capacity, the “peer to peer” markets create a positive externality, adding advantages of exchange to those attributed to traditional markets. Additionally, platforms reduce transaction costs, facilitating exchanges and increasing wellbeing. But there are risks, including those of creating monopolies and threats to “fair” competition between companies and workers’ rights. The promises of sustainability are also far from being fulfilled. The regulatory challenges are vast and difficult to resolve in the current regulatory framework.

Keywords: Collaborative economy, P2P markets – transaction costs – competition.

Summary: **I.** Introduction. **II.** Characteristics of the collaborative economy. 1. Activities facilitated by bilateral platforms. 2. Use of idle capacity. 3. Access, rather than ownership. **III.** Market and competition. 1. Platform economy. 2. Behavior of the platform: main aspects of market design. 2.1. Correspondence between buyers and sellers (*Matching*). 2.2. Trust and reputation mechanisms. 2.3. Pricing strategies. **IV.** Redistributive impact. **V.** Cannibalization of the market. **VI.** Environmental impact. **VII.** Regulation versus self-regulation. **VIII.** Conclusions. **IX.** References.

I. Introdução

Nos últimos anos o crescimento da economia colaborativa/partilha tem vindo a atrair a atenção de académicos, decisores políticos e da comunicação social pelo potencial de mudar os padrões de produção, de consumo e de distribuição. O conceito surgiu em 2008, durante a crise financeira¹, e ganhou importância num contexto de múltiplas crises e mudanças² e de frustração com as dificuldades das vidas nas cidades³. O crescente desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação e a proliferação de telemóveis (*smartphones*) viabilizaram o crescimento de desenhos de mercado inovadores baseados em plataformas digitais⁴, onde a oferta e a procura se reúnem com custos de transação muito baixos⁵ e com mecanismos de reforço da confiança⁶. As crescentes preocupações com a sustentabilidade ambiental criaram as demais condições para o aparecimento e expansão deste tipo de negócios⁷. Para a maior parte das pessoas, os exemplos mais reconhecidos são a “Uber” e a “Airbnb”.

É notória a controvérsia entre os que destacam as virtudes da economia colaborativa, nomeadamente a criação de empregos, utilização/rentabilização de ativos com capacidade permanente ou temporariamente excessiva, sustentabilidade ambiental, e os que veem nestes modelos de negócios ameaças à concorrência “justa” entre empresas e aos direitos dos trabalhadores.

1 Schor, J. & Fitzmaurice, C., “Collaborating and connecting: the emergence of the sharing economy”, in L. A. Reisch, *Handbook of research on sustainable consumption*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 410-425, doi:10.4337/9781783471270.

2 Gruszka, K., “Framing the collaborative economy – Voices of contestation”, in *Environmental Innovation and Societal Transitions*, 23, 2017, pp. 92-104, doi:10.1016/j.eist.2016.09.002.

3 Davidson, M. & Infranca, J., “The Sharing Economy as an Urban Phenomenon”, in *Yale Law & Policy Review*, 34(2), 2016, 215-280, obtido de <https://ylpr.yale.edu/sharing-economy-urban-phenomenon>.

4 Rifkin, J., *The Zero Marginal Cost Society: The internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism*, New York, NY, USA: 1st ed., Palgrave Macmillan, 2014; Yaraghi, N. & Ravi, S., *The Current and Future State of the Sharing Economy*, India: Brookings India IMPACT Series No. 032017, 2017, obtido de https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/12/sharingeconomy_032017final.pdf.

5 Dredge, D. & Gyimoóthy, S., “Collaborative Economy and Tourism”, in Dredge, D. & Gyimoóthy, S., *Collaborative economy and tourism: Perspectives, politics, policies and prospects*, Berlin: Springer, 2017, pp. 1-12, doi:10.1007/978-3-319-51799-5_1.

6 Segato, G., *The sharing economy*, Università degli Studi di Padova, 2016, obtido de http://tesi.cab.unipd.it/51835/1/Segato_Gianluca.pdf.

7 Botsman, R., “The Sharing Economy Lacks A Shared Definition”, in *Fast Company [online]*, 2013, obtido de <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>.

Apesar da discussão pública e do crescente interesse enquanto área de investigação, não existe uma definição geralmente aceite⁸, nem uma terminologia consensual, para o crescente conjunto de modelos de negócios, plataformas e trocas que compreende⁹. Brighenti¹⁰ afirma que, dada a sua natureza inovadora e dinâmica, o conceito não pode, em última instância, ser definido. Economia da partilha¹¹ é frequentemente usada como sinónimo de “economia colaborativa”¹², embora essas designações sejam também usadas para identificar diferentes modelos¹³. Outros termos são propostos para acentuar diferentes características dos modelos¹⁴ (ver tabelas 1 e 2, em anexo)¹⁵.

Em termos conceptuais, as discussões baseiam-se na amplitude dos conceitos e dos seus intervenientes. Owyang¹⁶ e Stokes, Clarence, Anderson &

8 Allen, D. & Berg, C., *The Sharing Economy: How Over-Regulation Could Destroy an Economic Revolution*, Melbourne, Australia, Institute of Public Affairs, 2014; Botsman, R., *op. cit.*; Schor, J., *Debating the Sharing Economy*, 2016, obtido de Great Transition Initiative: <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>; Rahim, N., Lapanjuuri, K., Day, F., Piggott, H., Hudson, R. & Lubian, K., *Research on the Sharing Economy*, HM Revenue and Customs: London, UK, 2017.

9 Möhlmann, M., “Collaborative consumption: determinants of satisfaction and the likelihood of using a sharing economy option again”, in *Journal of Consumer Behaviour*, 14(3), 2015, pp. 193-207, doi:10.1002/cb.1512; Helms, B., “La Economía Colaborativa y su capacidad para transformar el desarrollo en América Latina”, in *Economía colaborativa en América Latina*, IE Business School, 2016, obtido de <http://bit.ly/2vP76jH>.

10 Brighenti, B., *Opinion of the European Committee of the Regions. The Local and Regional Dimension of the Sharing Economy*, Brussels, Belgium: The European Committee of the Regions, 2016, obtido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IR2698&rid=2>.

11 Lessig, L., *Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Bloomsbury Academic, 2008; Belk, R., “You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online”, in *Journal of Business Research*, 67(8), 2014, pp. 1595-1600; Zervas, G., Proserpio, D. & Byers, J., “The Rise of the Sharing Economy: Estimating the Impact of AirBnB on the Hotel Industry”, in *Journal of Marketing Research*, 54(5), 2017, 687–705. doi: 10.1509/jmr.15.0204.

12 Botsman, R. & Rogers, R., *Whats mine is yours: The rise of collaborative consumption*, London: UK: Collins, 2010; Belk, R., *op. cit.*

13 Botsman, R., *op. cit.*; Stokes, K., Clarence, E., Anderson, L. & Rinne, A., “Making sense of the UK collaborative economy”, in *NESTA*, 2014, obtido de <http://bit.ly/10s7CnR>.

14 Belk, R., *op. cit.*; Dredge, D. & Gyimoóthy, S., *op. cit.*

15 Para revisão sistemática dos conceitos, ver Görög, G., “Definitions of Sharing Economy: A Systematic Literature Review”, in *Management (18544223)*, 13(2), 2018, pp. 175-189, e Agarwal, N. & Steinmetz, R., “Sharing Economy: A Systematic Literature Review”, in *International Journal of Innovation and Technology Management*, 16(6), 2019, p. 17.

16 Owyang, J., *The Collaborative Economy is for Business to Business*, 22 de junho de 2014, obtido de *web-strategist*: <https://web-strategist.com/blog/2014/06/02/collaborative-economy-business-to-business-moves-in/>.

Rinne¹⁷ consideram a economia colaborativa como uma extensão da economia da partilha, para incluir a participação de profissionais¹⁸.

A Comissão Europeia¹⁹ definiu economia colaborativa como “modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares. Por via da regra, as transações de economia colaborativa não implicam uma transferência de propriedade”. O documento elenca três categorias de intervenientes na economia colaborativa:

- (i) os prestadores de serviços que partilham os ativos, os recursos, a disponibilidade e/ou as competências – podem ser particulares que oferecem serviços numa base esporádica (“pares”) ou prestadores de serviços que atuam no exercício da sua atividade profissional (prestadores de serviços profissionais);
- (ii) os utilizadores desses serviços; e
- (iii) os intermediários que – através de plataformas *online* – ligam prestadores de serviços e utilizadores, facilitando as transações (“plataformas colaborativas”).

As plataformas “peer to peer” (pares) (P2P) que visam o lucro representam a grande parte dos modelos da economia colaborativa e o modelo de negócio mais disruptivo²⁰ e relevante do ponto de vista económico²¹. Por essa razão, vamos centrar-nos nas características económicas deste modelo. É um modelo descentralizado de trocas, no qual os pares coordenam a aquisição e distribuição de um recurso, mediante o pagamento de uma taxa à plataforma²². O enquadramento das P2P nos modelos de negócio da economia colaborativa é sintetizado por Codagnone & Martens²³:

17 Stokes, K., Clarence, E., Anderson, L. & Rinne, A., *op. cit.*

18 Para simplificar, vamos usar os termos “colaborativa” e “partilha” de forma intercambiável.

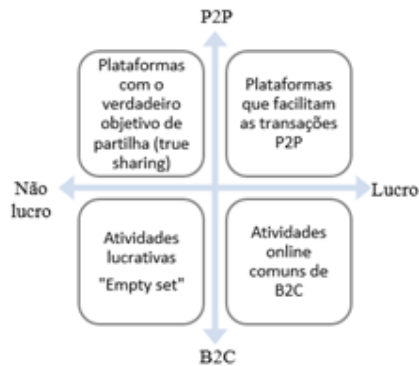
19 Comissão Europeia, *Uma agenda europeia para a economia colaborativa. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité das regiões*, Bruxelas: Comissão Europeia, 2016, p. 36.

20 Demary, V., *Competition in the sharing economy*, Institut der deutschen Wirtschaft (IW)/German Economic Institute (IW policy paper No. 19/2015), 2015, obtido de https://www.iwkoeln.de/fileadmin/publikationen/2015/235445/Sharing_Economy_Policy_Paper.pdf.

21 Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., “Peer-to-Peer Markets”, in *Annual Review of Economics*, 8, 2016, pp. 615-635, doi: 10.1146/annurev-economics-080315-015334.

22 Botsman, R. & Rogers, R., *op. cit.*; Botsman, R., *Defining the Sharing Economy: What is Collaborative consumption and What isn't?*, 2015, obtido de <http://bit.ly/1FavhRY>.

23 Codagnone, C. & Martens, B., *Scoping the sharing economy: Origins, definitions, impact and regulatory issues*, Joint Research Centre (Seville site), Institute for Prospective Technological Studies Digital



Codagnone & Martens, o

A análise económica das plataformas P2P na economia colaborativa oferece um vasto conjunto de aspetos, que têm merecido o interesse crescente da literatura, nomeadamente os aspetos relacionados com a concorrência e a regulação. A variedade de plataformas P2P torna, no entanto, difícil fazer generalizações e também torna complexa a análise económica, assim como a regulação.

II. Características da economia colaborativa

1. Atividades facilitadas por plataformas bilaterais online

As plataformas P2P são conceptualizadas como o “produto” que fornecedores e consumidores pagam, uns para conduzir o seu negócio enquanto microempreendedores, outros para adquirirem os serviços oferecidos. As plataformas agem como mediadores entre as partes e têm um papel central nas trocas realizadas²⁴.

As plataformas da economia colaborativa romperam com mercados estabelecidos e organizações que se baseiam na integração de ativos, em sectores como transportes, alojamento, financeiro e serviços pessoais. O custo de realizar trocas através das plataformas tornou-se relativamente mais baixo

Economy Working Paper, 1, 2016; Brighenti, B., *op. cit.*

24 Newlands, G., Lutz, C. & Fieseler, C., “Navigating Peer-to-Peer Pricing in the Sharing Economy”, in *SSRN Electronic Journal*, 2018.

que o custo de coordenar as transações nos mercados tradicionais²⁵, levando a um aumento das transações nas plataformas.

De particular importância para a redução dos custos de transação²⁶ é a possibilidade de as plataformas recolherem muitos dados e poderem, através de algoritmos, otimizar o uso de informações para combinar os dois lados do mercado, em contextos de elevado nível de heterogeneidade da oferta e das preferências dos consumidores²⁷. Neste sentido, a economia colaborativa emergiu como um mecanismo para coordenar o conhecimento²⁸.

A recolha de informação gera assimetrias de informação, em favor das plataformas, dando-lhes poder na relação com os dois lados do mercado²⁹.

2. Aproveitamento da capacidade ociosa

Na base das plataformas colaborativas está a não rivalidade no consumo (ou semi-rivalidade) garantida pela ociosidade dos bens/ativos e a possibilidade de exclusão (via preço, por exemplo). Nessa medida, os bens partilhados podem ser considerados bens de clube, ou bens partilháveis³⁰.

A ideia de que a não rivalidade no consumo pode gerar “ganhos de partilha”, similares aos ganhos das trocas, é antiga pois, historicamente, as pessoas partilham com a família, amigos e vizinhos uma grande variedade de itens, incluindo alojamentos, veículos e ferramentas³¹. A facilidade de os indivíduos formarem clubes, famílias ou outras instituições para a troca eficiente de bens partilháveis é, no entanto, limitada porque os custos de transação

25 Schmalensee, R. & Evans, D., “Industrial organization of markets with two-sided platforms”, in *Competition Policy International*, 3(1), 2007, pp. 151-179, obtido de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=987341>.

26 Coase, R. H., “The nature of the firm”, in *Economica, New Series*, 4(16), 1937, pp. 386-405.

27 Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., *op. cit.*; Codagnone, C. & Martens, B., *op. cit.*; Einav, L., Farronato, C., Levin, J. & Sundaresan, N., “Auctions versus posted prices in online markets”, in *Journal of Political Economy*, 126(1), 2018, pp. 178-215.

28 Allen, D. & Berg, C., *op. cit.*

29 Newlands, G., Lutz, C. & Fieseler, C., *op. cit.*

30 Benkler, Y., “Sharing Nicely: on shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic production”, in *Yale Law Journal*, 114, 2004, pp. 273-358.

31 Buchanan, J. M., “An Economic Theory of Clubs”, in *Economica*, 32(125), 1965, pp. 1-14, e Salcedo, A., Todd, S. & Tertilt, M., “Families as roommates: Changes in US household size from 1850 to 2000”, in *Quantitative Economics*, 3(1), 2012, pp. 133-175.

são elevados^{32/33}. O que há de novo é o enorme impulso que a partilha registou, induzido pela diminuição dos custos de transação, associada ao desenvolvimento tecnológico.

Segundo o estudo de Nielsen³⁴, 54% dos consumidores europeus estão dispostos a partilhar os seus próprios bens (o que compara com 60% a nível mundial), enquanto 44% estão dispostos a usar bens de outras pessoas. Equipamentos eletrónicos, bicicletas ou veículos, equipamentos desportivos e ferramentas são os bens que a maioria das pessoas está preparada para partilhar. Tal como em Bardhi & Eckhardt³⁵, os resultados de Nielsen³⁶ sugerem que a apetência pela partilha é maior nos indivíduos jovens.

A economia colaborativa pode gerar um excedente (bem-estar) para ambos os lados da plataforma, dado que a troca se baseia em bens com capacidade ociosa³⁷, gerando ganhos de produtividade³⁸.

O potencial ganho económico associado ao uso da capacidade ociosa nos 28 países da União Europeia foi estimado em cerca de 572 mil milhões de euros anuais³⁹.

3. Acesso, em vez da propriedade

Por efeito da utilização das plataformas da economia colaborativa, muitos bens, tradicionalmente classificados como bens de capital (sobretudo veí-

32 Görög, G., *op. cit.*

33 Benkler, Y., *op. cit.*

34 Nielsen, *Is sharing the new buying ? Reputation and trust are emerging as new currencies*, 2014, obtido de <https://www.nielsen.com/wp-content/uploads/sites/3/2019/04/global-share-community-report-may-2014.pdf>.

35 Bardhi, F. & Eckhardt, G., "Liquid consumption", in *Journal of Consumer Research*, 44(3), 2017, pp. 582-597, doi:10.1093/jcr/ucx050.

36 Nielsen, *op. cit.*

37 Filippas, A., Horton, J.J. & Golden, J.M., "Reputation Inflation", *Working paper*, 2020, obtido de <http://john-joseph-horton.com/papers/longrun.pdf>.

38 Brighenti, B., *op. cit.*

39 Goudin, P., *The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy*, European Parliamentary Research Service, European Parliament, 2016, obtido de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU\(2016\)558777_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU(2016)558777_EN.pdf).

culos e casas), tornam-se bens de clube, excludentes, mas não rivais⁴⁰. Esta mudança estabelece novas relações de troca. Na base, está uma economia orientada para os serviços, cujo foco da estratégia dos negócios é a descentralização da troca⁴¹ e o acesso, em vez da propriedade⁴². A economia colaborativa representa assim a mudança de uma economia baseada no “direito de propriedade e exclusão” para uma economia baseada no “direito de acesso e de ser incluído”⁴³. Esta mudança corresponde a uma profunda alteração do comportamento dos consumidores.

Muitos autores sugerem que esta mudança tem predominantemente motivações económicas, baseadas na valoração de aspetos como custos, conveniência e diversidade⁴⁴. Os resultados de inquéritos aos Europeus⁴⁵ vão também nesse sentido. Os estudos realçam ainda aspetos sociais⁴⁶, em particular as crescentes preocupações com a sustentabilidade ambiental⁴⁷. A literatura sugere ainda que as motivações dos fornecedores diferem das dos consumidores. A ideologia de promover uma melhor comunidade e

40 Segato, G., *op. cit.*

41 Koopman, C., Mitchell, M. & Thierer, A., “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change”, in *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, 8(2), 2015, pp. 529-540.

42 Botsman, R., *op. cit.*; Stokes, K., Clarence, E., Anderson, L. & Rinne, A., *op. cit.*; Hamari, J., Sjöklint, M. & Ukkonen, A., “The Sharing Economy: Why People Participate in Collaborative Consumption?”, in *Journal of the association for information science and technology*, 67(9), 2016, pp. 2047-2059, doi:10.1002/asi.23552; Smichowski, B., *Data as a common in the sharing economy: a general policy proposal*, 2016, hal-01386644, obtido de <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01386644/document>; Frenken, K. & Schor, J., “Putting the sharing economy into perspective”, in Mont O. (Ed.), *A Research Agenda for Sustainable Consumption Governance*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 121-135.

43 Rifkin, J., *op. cit.*; Belk, R., *op. cit.*

44 Botsman, R. & Rogers, R., *op. cit.*; Bardhi, F. & Eckhardt, G., “Access-based consumption: The case of car sharing”, in *Journal of Consumer Research*, 39(4), 2012, pp. 881-898, doi:10.1086/666376; Eckhardt, G. & Bardhi, F., “The Sharing Economy Isn't About Sharing at All”, in *Harvard Business Review*, 28(1), 2015, 881-898, obtido de <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all>; Hamari, J., Sjöklint, M. & Ukkonen, A., *op. cit.*; Böcker, L. & Meelen, T., “Sharing for people, planet or profit? Analysing motivations for intended sharing economy participation”, in *Environmental Innovation and Societal Transitions*, 23, 2017, pp. 28-39.

45 European Commission, *Online platforms, Special Eurobarometer 447*, 2016, obtido de https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-24/ebs_447_en_16136.pdf, *The use of collaborative platforms. Flash Eurobarometer 438 Report*, 2016, e *Flash Eurobarometer 467 The use of the collaborative economy*, 2018.

46 Botsman, R. & Rogers, R., *op. cit.*; Agyeman, J., *Introducing Just Sustainabilities: Policy, Planning, and Practice*, The University of Chicago Press Book, 2013; Tussyadiah, I., “An Exploratory Study on Drivers and Deterrents of Collaborative Consumption”, in *Travel, Information and Communication Technologies Tourism. S*, 2015, pp.817-830, obtido de <https://www.tussyadiah.com/ENTER2015-Tussyadiah.pdf>

47 Botsman, R. & Rogers, R., *op. cit.*; Gansky, L., *The mesh: Why the future of business is sharing*, New York: Portfolio Penguin, 2010; Agyeman, J., *op. cit.*

maior sustentabilidade explicam mais a decisão de participação dos fornecedores, enquanto os consumidores são mais motivados por razões práticas e económicas⁴⁸.

III. Mercado e concorrência

1. Economia de plataforma

Existe uma vasta literatura sobre “economias de plataforma ou de rede” e uma acesa discussão sobre se as suas características⁴⁹ se aplicam às P2P da economia colaborativa⁵⁰.

As externalidades de rede⁵¹ são uma propriedade importante dos mercados de plataformas, incluindo as plataformas bilaterais (P2P, B2P⁵², B2B⁵³ C2B⁵⁴)⁵⁵. Significam que o número de participantes na rede aumenta o valor do uso dessa plataforma para cada um⁵⁶. As plataformas internalizam as externalidades de rede, facilitando a correspondência entre compradores e vendedores e reduzindo os custos de transação⁵⁷. Em consequência, as

48 Bellotti, V., Ambard, A., Turner, D., Gossmann, C., Demková, K. & Carroll, J., “A Muddle of Models of Motivation for Using Peer-to-Peer Economy Systems”, in *CHI 2015, Crossings, Seoul, Korea, 2015*, pp. 1085-1094.

49 Shy, O., *The economics of network industries*, Cambridge: UK: Cambridge University Press, 2001.

50 Demary, V., *op. cit.*; Codagnone, C., Biagi, F. & Abadie, F., *The Passions and the Interests: Unpacking the 'Sharing Economy*, European Union: Institute for Prospective Technological Studies, JRC Science for Policy Report EUR 27914 EN, 2016.

51 Shy, O., *op. cit.*

52 Business-to-peer (B2P): refere-se a um subconjunto de atividades de economia colaborativa em que os bens pertencem a uma empresa e são partilhados por diferentes indivíduos (Schor, J., *Debating the Sharing Economy, op. cit.*).

53 Business-to-Business (B2B): descreve a interação entre uma empresa e outras empresas com o objetivo de partilhar recursos (ativos ou serviços).

54 Consumer-to-Business (C2B): descreve a interação entre consumidores e uma empresa em que a empresa se beneficia e paga pelo conhecimento ou pelos ativos do consumidor.

55 Rochet, J. C. & Tirole, J., “Platform Competition in Two-Sided markets”, in *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 2003, pp. 990-1029.

56 Shapiro, C. & Varian, H. R., “Information of Rules-a Strategic Guide To the Network Economy”, in *Harvard Business School Press*, 53(9), 1999, pp. 1-351; Rochet, J. C. & Tirole, J., *op. cit.*; Evans, D. & Schmalensee, R., “Markets with two-sided platforms”, in *Issues in Competition Law and Policy (ABA Section of Antitrust Law)*, 1, 2008, pp. 667-693, obtido de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1094820>.

57 Codagnone, C., Biagi, F. & Abadie, F., *op. cit.*

externalidades de rede resultam frequentemente em plataformas monopolistas, com margens de lucro elevadas⁵⁸.

No caso das plataformas da economia colaborativa, a externalidade de rede é indireta, i.é, o número de participantes de um lado da plataforma atrai mais participantes para o outro lado⁵⁹. O desafio para a plataforma é envolver ambas as partes⁶⁰: para atingir uma massa crítica de compradores, precisa de ter uma massa crítica de fornecedores, mas, para atrair fornecedores, precisa de ter muitos compradores⁶¹.

Apesar de partilharem muitas das características de outras plataformas, as plataformas da economia colaborativa têm características que tendem a limitar a criação de monopólios⁶². Em primeiro lugar, os mercados P2P são, em geral, mercados locais (com exceção, por exemplo, da partilha de casas e dos serviços financeiros), pelo que a massa crítica para lançar uma plataforma é menor, o que resulta em externalidades de rede mais limitadas⁶³. Os efeitos de rede podem ser maiores dentro de regiões onde as empresas são dominantes e ter pouco impacto em outras áreas geográficas. Em segundo lugar, os participantes nas plataformas P2P têm funções de utilidade diferentes das normalmente consideradas nos modelos económicos e são, na maioria das vezes, não profissionais⁶⁴. Adicionalmente, os mecanismos e os algoritmos das plataformas têm ineficiências que limitam a monopolização.

Cada plataforma procura maximizar o lucro, criando incentivos que garantam que a oferta iguala a procura⁶⁵. Uma característica fundamental das plataformas é a capacidade de diferenciar entre compradores e vendedores, permitindo

58 Rochet, J. C. & Tirole, J., *op. cit.*

59 Haucap, J. & Heimeshoff, U., "Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization?", in *International Economics and Economic Policy*, 2014, pp. 49-61; Rochet, J. C. & Tirole, J., *op. cit.*

60 Rochet, J. C. & Tirole, J., *op. cit.*

61 Hagiu, A. & Rothman, S., "Network Effects Aren't Enough", in *Harvard Business Review*, 94(4), 2016, pp. 64-71.

62 Codagnone, C., Biagi, F. & Abadie, F., *op. cit.*

63 Frenken, K. & Schor, J., *op. cit.*

64 Fang, Z., Huang, L. & Wierman, A., "Prices and Subsidies in the Sharing Economy", in *Performance Evaluation*, 136, 2019, doi:10.1016/j.peva.2019.102037.

65 *Idem, ibidem.*

o uso de subsídios cruzados^{66/67}. Uma plataforma pode, por exemplo, ajustar dinamicamente as taxas que cobra ao longo do tempo e entre as partes⁶⁸. Isto pode significar diminuir a taxa cobrada a um dos grupos e aumentar a taxa paga pelo outro grupo. Esse efeito faz com que o volume de trocas e lucro de uma plataforma dependa não apenas do preço final, mas também da decomposição das taxas de transação cobradas aos participantes⁶⁹.

Como a utilidade do lado da procura tende a ser maior, a maximização do lucro pode passar por subsidiar a oferta⁷⁰. No limite, as plataformas podem praticar preços inferiores aos custos⁷¹. Os preços abaixo do custo são usados para aumentar o excedente dos participantes e, embora possam ser uma estratégia das empresas para aumentarem a sua quota de mercado, não faz sentido pensar nestes preços como predatórios⁷².

As plataformas são tipicamente caracterizadas por economias de escala⁷³. Apesar de poder ser verdade para as plataformas da economia colaborativa⁷⁴, as economias de escala das plataformas da economia colaborativa, em geral, são complexas⁷⁵. Por um lado, os elevados custos fixos do desenvolvimento das infraestruturas tecnológicas, associados a baixos custos de funcionamento e a custos marginais de entrada de participantes muito pequenos, criam economias de escala óbvias, reforçadas pelas externalidades de rede. No entanto, contrariamente às plataformas com economias de rede diretas (plataformas sociais, por exemplo), o valor incremental de

66 De um modo geral, existem diferentes tipos de configuração: o consumidor paga o acesso, o produtor paga ou ambos pagam (Newlands, G., Lutz, C. & Fieseler, C., *op. cit.*).

67 Evans, D. & Schmalensee, R., *op. cit.*; Rochet, J. C. & Tirole, J., *op. cit.*

68 Angerer, P., Müller, M. & Zimmermann, S., "Optimal Pricing Behavior of Online Sharing Platforms", in *Conference on Information Systems and Technology (CIST). Proceedings, 2015*, obtido de http://www.fox.temple.edu/conferences/cist/papers/Session%209A/CIST_2015_9A_2.pdf; Newlands, G., Lutz, C. & Fieseler, C., *op. cit.*; Fang, Z., Huang, L. & Wierman, A., *op. cit.*

69 Evans, D. & Schmalensee, R., *op. cit.*

70 Fang, Z., Huang, L. & Wierman, A., *op. cit.*; Hamari, J., Sjöklint, M. & Ukkonen, A., *op. cit.*; Rooij, P.V., *Business and Pricing Strategies in Online Sharing Platforms*, Master Thesis, Tilburg University, 2018.

71 Rauch, D. & Schleicher, D., *Like Uber, But for Local Governmental Policy: "The Future of Local Regulation of the Sharing Economy"*, in *Ohio State Law Journal*, 76(4), 901-964.

72 Rauch, D. & Schleicher, D., *op. cit.*; Wright, J., "One-sided Logic in Two-sided Markets", in *Review of Network Economics*, 3(1), 2004, pp. 44-64; Codagnone, C. & Martens, B., *Scoping the sharing economy: Origins, definitions, impact and regulatory issues*, Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper, 1, 2016; Rooij, P.V., *op. cit.*

73 Shy, O., *op. cit.*

74 Demary, V., *op. cit.*; Srineck, N., *Platform Capitalism*, Polity Press, Malden, MA, 2016.

75 Rauch, D. & Schleicher, D., *op. cit.*

mais um participante cresce a taxas decrescentes, i.é, a entrada de novos membros aumenta os custos de transação, nomeadamente o custo de procura e de *match*. A partir de uma determinada dimensão, as externalidades de mais participantes podem tornar-se negativas, provocando congestionamentos da rede. A dimensão ótima de uma plataforma é, assim, difícil de determinar^{76/77}. Adicionalmente, os preços e subsídios podem não funcionar como esperado. Os “verdadeiros” decisores são maioritariamente não profissionais, cujos comportamentos são diferentes dos que estão na base das previsões dos modelos económicos baseados na racionalidade⁷⁸.

Li & Netessine⁷⁹, usando dados de uma P2P de aluguer de propriedades para férias na Austrália, demonstraram que, à medida que o número de participantes (de ambos os lados) de uma plataforma dobrava, os “custos de pesquisa” aumentavam significativamente e a plataforma registava uma redução de 5,6% das transações.

Cullen & Farronato⁸⁰ investigaram os determinantes do crescimento da plataforma “Taskrabit”. Nos períodos em que a procura dobrou, a oferta dobrou e a probabilidade de uma solicitação não ser atendida diminuiu ligeiramente. O crescimento foi determinado pela capacidade de atrair compradores e pela expansão geográfica.

Importa ainda notar uma diferença importante, relativamente aos mercados tradicionais. Nos mercados tradicionais, a escala aumenta continuamente o

76 *Idem, ibidem.*

77 Os sectores em que as plataformas colaborativas estão mais presentes são o alojamento, transportes, mercado de trabalho *online* e finanças (Petropoulos, G., *An economic review of the collaborative economy*, Bruegel, Brussels: Bruegel Policy Contribution No. 2017/5, 2017, obtido em <https://www.bruegel.org/2017/02/an-economic-review-of-the-collaborative-economy/>). As economias de escala são potencialmente mais fáceis de explorar em P2P financeiras, porque não dependem da distância física para fazer a transação, e dificultam a entrada de novos concorrentes (Dervojeda, K., Verzijl, D., Nagtegaal, F., Lengton, M. & Rouwmaat, E., *Accessibility Based Business Models for Peer-to-Peer Markets Case study no. 12*, Directorate-General for Enterprise and Industry, Brussels: European Commission, 2013, obtido de <https://www.eukn.eu/fileadmin/Lib/files/EUKN/2014/12-she-accessibility-based-business->).

78 Fang, Z., Huang, L. & Wierman, A., *op. cit.*, e Li, J., Moreno, A. & Zhang, D. J., “Pros vs joes: Agent pricing behavior in the sharing economy”, in *Ross School of Business*, Paper No. 1298, 2016, obtido de <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=53232>.

79 Li, J. & Netessine, S., “Market thickness and matching (in)efficiency: evidence from a quasi-experiment. (A. A. University of Michigan, Ed.)”, in *Management Science*, 67(7), 2021, 3985-4003. doi: 10.1287/mnsc.2020.3730.

80 Cullen, Z. & Farronato, C., “Outsourcing Tasks Online: Matching Supply and Demand on Peer-to-Peer Internet Platforms”, in *Working Paper*, June 2020, obtido de <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=50051>.

conjunto de recursos de uma economia. As economias de escala na economia colaborativa, ao contrário, tendem a diminuir o excesso de capacidade na economia⁸¹.

Finalmente, importa notar que as plataformas da economia colaborativa não estão imunes à concorrência. Podem enfrentar a concorrência de novos participantes e dos incumbentes no mercado tradicional⁸². Muitos dos serviços oferecidos pelas plataformas da economia da partilha têm substitutos próximos⁸³ e as respostas dos incumbentes podem incluir a modificação dos seus modelos de negócios, o foco nos segmentos a que a plataforma dará menos respostas, a adoção de recursos de plataforma (ex.: aplicativos móveis “metrocab” em Boston), ou até a compra da plataforma (como, por exemplo, a aquisição da “Onefinestay” pela Accor Hotels). Mesmo dentro das plataformas (por exemplo, “Airbnb”) encontramos frequentemente fornecedores profissionais a concorrer com vendedores particulares, coexistindo múltiplos modos de troca.

Einav, Farronato & Levin⁸⁴ apresentam um modelo teórico da interação entre fornecedores nos P2P e o sector formal (profissionais). Os autores realçam que muito do aumento do excedente resulta de a oferta nas plataformas P2P ser muito elástica, principalmente em mercados onde a oferta é muito variável. Farronato & Fradkin⁸⁵ verificaram este resultado empiricamente, o que explica porque as plataformas de partilha com mais sucesso

81 O impacto da economia colaborativa na propriedade é ambíguo. A opção de alugar pode gerar uma procura pela propriedade. Filippas, Horton, & Zeckhauser (*op. cit.*); Weber (“The Question of Ownership in a Sharing Economy”, in *48th Hawaii International Conference on System Sciences*, Kauai, HI, 2015); Benjaafar, Kong, Li, & Courcoubetis (“Peer-to-Peer Product Sharing: Implications for Ownership, Usage, and Social Welfare in the Sharing Economy”, in *Management Science*, 65(2), 2019); e Fraiberger & Sundararajan (“Peer-to-Peer Rental Markets in the Sharing Economy”, in *New York: NYU Stern School of Business Research Paper*, 2015) modelam a decisão dos consumidores escolhendo entre propriedade, aluguer e a não participação no mercado de automóveis. De acordo com os resultados, a economia colaborativa aumenta a utilização, mas diminui a propriedade. Millard-Ball & Burkhardt (*Carsharing: Where and How it Succeeds*, Transportation Research Board of the National, 2005) e Schure, Napolitan, & Hutchinson (“Cumulative Impacts of Carsharing and Unbundled Parking on Vehicle Ownership and Mode Choice”, in *Transportation Research Record*, 2012, 2319(1), 96-104) associam a partilha de carros a menos uso e menos propriedade.

82 Wirtz, J., So, F. K., Mody, M., Liu, S. & Chun, H., “Platforms in the peer-to-peer sharing economy”, in *Journal of Service Management*, 30(4), 2019, pp. 452-483, doi:10.1108/JOSM-11-2018-0369.

83 Rauch, D. & Schleicher, D., *op. cit.*

84 Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., *op. cit.*

85 Farronato, C. & Fradkin, A., “The Welfare Effects of Peer Entry in the Accommodation Market: The Case of Airbnb”, in *Ewing Marion Kauffman Foundation Research Paper Series*, 2018, doi:10.3386/w24361.

são os serviços de transporte, alojamento para turistas e de trabalhos de curto-prazo^{86/87}.

Outra característica importante das plataformas da economia colaborativa é a presença de externalidades da informação. As plataformas criam um bem público, ao produzir informações úteis cujo valor a plataforma em si não pode capturar⁸⁸. Por exemplo, os preços aos quais são negociados os alojamentos na “Airbnb” são importantes para qualquer pessoa interessada em alugar o seu apartamento, mesmo que não participe na plataforma. O resultado é um “não rival, não excludível”. Zervas, Proserpio & Byers⁸⁹ estimaram uma redução estatisticamente significativa nos preços dos quartos de hotel decorrente da entrada da “Airbnb” no Texas. Isso significa que a “Airbnb” não beneficia apenas os participantes da economia da partilha, mas todos os consumidores do mercado, impactando negativamente nos incumbentes.

2. Comportamento da plataforma: principais aspetos do desenho dos mercados

Há uma literatura crescente que se concentra em explorar os diferentes desenhos da plataforma e a forma como afetam as características do mercado⁹⁰.

Não existe um desenho único para um mercado P2P. As diferenças no desenho surgem das escolhas das plataformas sobre como usar a informação disponível para maximizar os lucros. As plataformas exploram as assimetrias de poder, em particular da informação, para capturar grande parte do

86 Codagnone, C. & Martens, B., *op. cit.*; Vaughan, R. & Daverio, R., *Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe*. European Union, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Brussels: Publications Office of the European Union, 2016, obtido de <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2acb7619-b544-11e7-837e->.

87 Vaughan & Daverio (*op. cit.*) identificaram o sector do transporte (partilha de viagens, redes de partilha de automóvel...) como o maior sector de economia colaborativa em termos de receita. Por valor total das transações, o maior sector é o dos alojamentos. Apesar de corresponder a mais de metade das transações, as plataformas de alojamentos representam apenas 32% das receitas. Os dados sugerem diferentes níveis de penetração e concorrência nos sectores envolvidos.

88 Rauch, D. & Schleicher, D., *op. cit.*

89 Zervas, G., Proserpio, D. & Byers, J., *The Rise of the Sharing Economy...*, *op. cit.*

90 Por exemplo: Fradkin, A., “Search Frictions and the Design of Online Marketplaces”, *Working Paper*, 2015, obtido de <https://pdfs.semanticscholar.org/5a86/fcb2b9b204a377f9a48baf338c48f8012f83.pdf>; Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., *op. cit.*; e Filippas, A., Horton, J. J. & Zeckhauser, R. J., “Owning, Using, and Renting: Some Simple Economics of the “Sharing Economy””, in *Management Science*, 2020, doi:10.1287/mnsc.2019.3396.

valor das trocas realizadas⁹¹. As principais variáveis das estratégias incluem os processos de correspondência entre compradores e vendedores, os instrumentos de avaliação e reputação e os modelos de formação do preço. Em cada uma, as estratégias variam entre totalmente descentralizadas e totalmente centralizadas. De acordo com Hagiu & Wright⁹², é o grau de controle que os participantes das plataformas (no caso das P2P, os consumidores e os fornecedores) mantêm em algumas variáveis que distingue as plataformas dos revendedores “puros” e das empresas verticalmente integradas.

2.1. Correspondência entre compradores e vendedores (*Matching*)

Os mercados da economia colaborativa, tal como a generalidade dos mercados, tendem a ter um elevado grau de heterogeneidade, i.é, compradores interessados em produtos e serviços muito específicos e vendedores muito diferenciados. As plataformas P2P oferecem um grande potencial para fazer a correspondência de preferências entre consumidores e fornecedores, gerando ganhos de eficiência⁹³.

O desafio para as plataformas é manter os custos de transação baixos e usar a informação de forma eficiente⁹⁴.

Nas estratégias descentralizadas, as plataformas desenvolvem taxonomias de classificação extensivas de mercadorias e bens, para capitalizar o grande número de clientes em potencial, fazendo uso extensivo de algoritmos de busca e de sistemas de recomendação⁹⁵. Quanto mais descentralizadas as transações, maior a capacidade de personalizar⁹⁶. A evidência mostra que as

91 Bauwens, M. & Kostakis, V., “From the communism of capital to capital for the commons: towards an open co-operativism”, in *tripleC*, 12(1), 2014, pp. 356-361, doi:10.31269/triplec.v12i1.561.

92 Hagiu, A. & Wright, J., “Do You Really Want to Be an eBay?”, in *Harvard Business Review*, 91(3), 2013, pp. 102-108, obtido de <https://hbr.org/2013/03/do-you-really-want-to-be-an-ebay>.

93 Petropoulos, G., *op. cit.*

94 Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., *op. cit.*

95 Resnick, P. & Varian, H., “Recommender Systems”, in *Communications of the ACM*, 40(3), 1997, pp. 56-58; Adomavicius, G. & Tuzhilin, A., “Toward the next generation of recommender systems: A Survey of the State-of-the-art and Possible Extensions”, in *IEEE transactions on knowledge and data engineering*, 17(6), 2005, pp. 734-749, doi:10.1145/245108.245121.

96 Experiências em laboratório mostram que os indivíduos tendem a cooperar e a confiar mais quando a troca se torna mais personalizada (Axelrod, R. M., *The evolution of cooperation*, Basic Books, 1984).

estratégias adotadas afetam as escolhas dos consumidores⁹⁷. Uma literatura teórica recente aborda os incentivos da plataforma para apresentar os resultados das suas pesquisas⁹⁸ e mostra que as plataformas podem ter incentivos contrários à maximização dos benefícios do consumidor. Isto acontece, por exemplo, se um dos vendedores pagar taxas mais altas à plataforma⁹⁹.

A estratégia centralizada é mais comum nos produtos e serviços homogêneos. Esta é a estratégia seguida, por exemplo, pela “Uber” (e pelos negócios da “gig economy” em geral). Nesta estratégia, os clientes podem identificar características gerais do bem (marca do carro, por exemplo), mas não todas as características (não identificam os motoristas). A centralização mantém baixos os custos de transação para ambos os lados, quando comparada com a opção de mostrar todas as opções (uma lista de motoristas para tentar entrar em contacto, seguindo o exemplo)¹⁰⁰.

Farronato & Fradkin¹⁰¹ apresentam evidência de que as plataformas reduzem os atritos comerciais e melhoram significativamente o bem-estar. Steven, Tadelis & Zettelmeyer¹⁰² propõem uma teoria, e apresentam evidência, sobre como as informações fornecidas pelas plataformas ajudam as partes a corresponderem eficientemente, aumentando o excedente. Os ganhos são limitados por ineficiências nos algoritmos usados pelas plataformas.

2.2. Confiança e mecanismos de reputação

Em contraste com os mercados tradicionais, com espaços físicos e com horários, os “encontros” nas plataformas da economia colaborativa são virtuais. As transações na economia colaborativa dependem da confiança, mais do que de qualquer outra força de mercado. Significam confiar em

97 Goldman, M. & Rao, J. M., *Misperception of Risk and Incentives by Experienced Agents*, 2014, obtido de <https://ssrn.com/abstract=2435551>; doi: 10.2139/ssrn.2435551.

98 Armstrong, M. & Zhou, J., “Paying for Prominence”, in *Economic Journal*, 1, 2011, F368-F395, doi: 10.1111/j.1468-0297.2011.02469.x; Eliaz, K. & Spiegler, R., “A Simple Model of Search Engine Pricing, Economic”, in *Economic Journal*, 121, 2011, F329-F339; Hagiu, A. & Jullien, B., “Why do intermediaries divert search?”, in *The RAND Journal of Economics*, 42(2), 2011, pp. 337-362, doi:10.1111/j.1756-2171.2011.00136.x; De Corniere, A. & Taylo, G., “Integration and Search Engine Bias”, in *RAND Journal of Economics*, 45(3), 2014, pp. 576-597, doi:10.1111/1756-2171.12063.

99 De Corniere, A. & Taylo, G., *op. cit.*

100 Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., *op. cit.*; Petropoulos, G., *op. cit.*

101 Farronato, C. & Fradkin, A., *op. cit.*

102 Steven, T. & Zettelmeyer, F., “Information Disclosure as a Matching Mechanism: Theory and Evidence from a Field Experiment”, in *American Economic Review*, 105(2), 2015, pp. 886-905, doi:10.1257/aer.20110753.

estranhos através da tecnologia¹⁰³. A aversão a aplicações digitais e, em geral, o conhecimento insuficiente das suas possibilidades e limitações são obstáculos à confiança¹⁰⁴.

Num trabalho seminal, Akerlof¹⁰⁵ mostrou como a assimetria de informação entre vendedores e compradores cria distorções e limitações no mercado, afastando os produtos e serviços de melhor qualidade. As plataformas de economia partilhada resolvem esta falha de mercado, pelo menos parcialmente, com os sistemas de prestação de informações e reputação¹⁰⁶. As classificações e os *feedbacks* são, assim, parte importante do valor da plataforma^{107/108}. Bimpikis, Papanastasiou & Zhang¹⁰⁹ sugerem que a gestão da informação, por parte da plataforma, pode substituir o papel dos subsídios usados para atrair a oferta e explorar as externalidades de rede.

Liu, Brynjolfsson & Dowlatabadi¹¹⁰ encontram evidência de menor risco moral e maior qualidade nos serviços da “Uber” que associam, pelo menos parcialmente, aos mecanismos de transparência e reputação. No entanto,

103 Botsman, R. & Rogers, R., *op. cit.*; Keymolen, E., “Trust and technology in collaborative consumption”, in Kosta, A. & R. Leenes, *Bridging distances in technology and regulation*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2013, pp. 135-150, obtido de <https://pure.uvt.nl/ws/ffj>; Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., *op. cit.*

104 Derojeda, K., Verzijl, D., Nagtegaal, F., Lengton, M. & Rouwmaat, E., *op. cit.*

105 Akerlof, G., “The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market”, in *Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 1970, pp. 488-500, doi: 10.2307/1879431

106 Koopman, C., Mitchell, M. & Thierer, A., “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation...”, *op. cit.*; Cohen, M. & Sundararajan, A., “Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy”, in *University of Chicago Law Review Online*, 82(1), 2015, pp. 116-133, obtido de <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039>; Thierer, A., Koopman, C., Hobson, A. & Kuiper, C., “How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the ‘Lemons Problem’”, in *University of Miami Law Review*, 70(3), 2016, p. 830, obtido de <http://repository.law.miami.edu/umlr/vol70/iss3/6>; Cao, D., “Regulation through Deregulation: Sharing Economy Companies Gaining Legitimacy by Circumventing Traditional Frameworks”, in *Hastings Law Journal*, 68, 2017, p. 1085, obtido de https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol68/iss5/3.

107 Frenken, K. & Schor, J., *op. cit.*

108 Gregory, L. & Zervas, G., *The Welfare Impact of Consumer Reviews: A Case Study of the Hotel Industry*, 2016, obtido de <https://economics.sas.upenn.edu/sites/default/files/filevault/u475/tawelfare.pdf>. Bimpikis, K., Papanastasiou, Y. & Zhang, W., “Information Provision in Service Platforms: Optimizing for Supply”, in *SSRN Electronic Journal*, 2020, obtido de <https://ssrn.com/abstract=3617351>; Johari, R., Light, B. & Weintraub, G., *Quality Selection in Two-Sided Markets: A Constrained Price Discrimination Approach*, arXiv:1912.02251: Working paper, 2019, obtido de <https://arxiv.org/pdf/1912.02251.pdf>.

109 Bimpikis, K., Papanastasiou, Y. & Zhang, W., *op. cit.*

110 Liu, M. Brynjolfsson, E. & Dowlatabadi, J., “Do Digital Platforms Reduce Moral Hazard? The Case of Uber and Taxis”, in *Management Science*, 67(8), 4665-4685. doi: 10.1287/mnsc.2020.3721.

Godlewska¹¹¹ sugere que as plataformas exploram a falta de credibilidade dos mecanismos de reputação, para limitar a concorrência “interna” baseada na reputação, forçando a concorrência por preços.

2.3. Estratégias de preço

A literatura sugere que os benefícios econômicos esperados influenciam significativamente o nível de participação nas plataformas de economia da partilha¹¹². As estratégias de preços, incluindo taxas e subsídios, são, por isso, determinantes para a participação e lucros da plataforma^{113/114}.

As plataformas usam uma ampla variedade de mecanismos de preços, que vão desde os modelos descentralizados de preços, incluindo leilões, até preços centralizados.

Os preços descentralizados (como é o caso das práticas da “Airbnb”) estabelecem as bases para alcançar o equilíbrio entre procura e oferta. Muitos dados e algoritmos complexos permitem praticar discriminação de preços com muita precisão. Os ganhos são, contudo, limitados pelas ineficiências na definição dos preços associadas à falta de experiência dos fornecedores não profissionais¹¹⁵.

Os preços centralizados permitem que a plataforma use as informações acerca da procura observada, enquanto os descentralizados permitem a concorrência entre os vendedores, que definem os preços com base nas suas informações privadas.

111 Godlewska, M., “Competition Mechanisms in the Sharing Economy”, in *e-mentor* (online), 80, 2019, pp. 51-57, [doi:10.15219/em80.1423](https://doi.org/10.15219/em80.1423).

112 Lambertson, C. P. & Randall, R., “When is ours better than mine? a framework for understanding and altering participation in commercial sharing systems”, in *Journal of Marketing*, 76(4), 2012, pp. 109-125, [doi:10.1509/jm.10.0368](https://doi.org/10.1509/jm.10.0368); Hamari, J., Sjöklint, M. & Ukkonen, A., *op. cit.*; Fang, Z., Huang, L. & Wierman, A., *op. cit.*

113 Hamari, J., Sjöklint, M. & Ukkonen, A., *op. cit.*

114 Pavlov, V. & Berman, R., “Price Manipulation in Peer-to-Peer Markets and the Sharing Economy” (N. Institute, Ed.), *Working Papers 19-10*, 2019, obtido de <https://ssrn.com/abstract=3468447>, [doi:10.2139/ssrn.3468447](https://doi.org/10.2139/ssrn.3468447).

115 Gurley, B., “A Deeper Look at Uber’s Dynamic Pricing Model”, in *The Crowd 8 [online]*, 2014, obtido de <http://abovethecrowd.com/2014/03/11/a-deeper-look-at-ubersdynamic/>; Filippas, A. & Gramstad, A. R., “Model of Pricing in the Sharing Economy: Pricing Dynamics with Awareness-Generating Adoptions”, in *Thirty Seventh International Conference on Information Systems*, Dublin, 2016, p. 17, obtido em <https://core.ac.uk/download/pdf/301370193.pdf>; Cullen, Z. & Farronato, C., *op. cit.*; Li, J., Moreno, A. & Zhang, D.J., *op. cit.*

Pavlov & Berman¹¹⁶ defendem que os preços centralizados são a melhor alternativa, quando a incerteza acerca da procura agregada é mais importante do que a incerteza relativa à qualidade dos vendedores. Curiosamente, segundo os autores, este parece ser também o esquema preferido pelos vendedores, particularmente aqueles que oferecem mais qualidade. Newlands, Lutz & Fieseler¹¹⁷ indicam que os preços centralizados são os mais utilizados em plataformas em que a transação requer um nível maior de “serviço” humano. Meyer¹¹⁸ concluiu que a formação do preço por algoritmo centralizado tem praticamente a mesma eficiência do leilão.

Reconhecendo a variação da procura por períodos específicos, a “Uber” introduziu preços dinâmicos em tempo real, o “surge pricing”¹¹⁹.

Vários modelos teóricos¹²⁰ e evidência empírica¹²¹ sugerem que a prática de discriminação de preços da “Uber” aumenta o bem-estar. Isso significa que a capacidade pode ser aumentada rapidamente (elevada elasticidade)¹²². Goldman & Liu¹²³ reportam que a “Uber” é mais eficiente e oferece serviços com maior qualidade do que os serviços de táxi. Novamente, a estratégia depende do grau da concorrência. Se a “Uber” se tornar a única empresa que combina condutores e clientes, certamente adotará um preço de monopólio. No entanto, o nível de concorrência

116 Pavlov, V. & Berman, R., *op. cit.*

117 Newlands, G., Lutz, C. & Fieseler, C., *op. cit.*

118 Meyer, A. G., *Pricing mechanisms in peer-to-peer online creditmarkets*, Ph.D. Dissertation, Stanford University, 2015.

119 McGill, J. & Van Ryzin, G., “Revenue management: Research overview and prospects”, in *Transportation science*, 33(2), 1999, doi:10.1287/trsc.33.2.233, pp. 233-256; Gurley, B., *op. cit.*

120 Cachon, G. P., Daniels, K. M. & Lobel, R., “The role of surge pricing on a service platform with self-scheduling capacity”, in *Manufacturing & Service Operations Management*, 19(3), 2017, pp. 368-384; Castillo, J. C., Knoepfle, D. T. & Weyl, E. G., “Surge Pricing Solves the Wild Goose Chases and How to Solve Them”, 2022, obtido de <https://ssrn.com/abstract=2890666>, doi:10.2139/ssrn.2890666.

121 Chen, M. & Sheldon, M., “Dynamic pricing in a labor market: Surge pricing and the supply of Uber driver-partners”, *Working Paper*, 2015, obtido de <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/>; Hall, J., Kendrick, C. & Nosko, C., “The Effects of Uber’s Surge Pricing: A Case Study”, 2015, obtido de http://faculty.chicagobooth.edu/chris.nosko/research/effects_of_uber_s_surge_pricing.pdf; Cohen, P., Hahn, R., Hall, J. L. & Metcalfe, R., “Using Big Data to Estimate, consumer surplus: The case of Uber”, in *NBER Working Paper Series*, 2016, obtido de <https://www.nber.org/papers/w22627.pdf>.

122 Chen, M. & Sheldon, M., *op. cit.*; Zervas, G., Proserpio, D. & Byers, J., *The Rise of the Sharing Economy...*, *op. cit.*; Castillo, J. C., Knoepfle, D. T. & Weyl, E. G., *op. cit.*

123 Goldman, J. & Liu, M., *It pays to compare. What’s The Fare*, October de 2014, obtido de [whatsthefare: http://blog.whatsthefare.com/2014/10/it-pays-to-compare.html](http://blog.whatsthefare.com/2014/10/it-pays-to-compare.html).

entre plataformas de partilha de viagens é alto, garantindo assim um preço quase igual ao custo marginal¹²⁴.

Por fim, a recomendação de preços oferece uma grande vantagem às plataformas e aos vendedores, quando os dois tipos de incertezas (quanto à procura e à qualidade) são importantes. Nesse caso, fornecer aos vendedores algumas informações, mas não as revelar completamente, pode aumentar os lucros da plataforma acima do preço centralizado. O impacto depende da credibilidade das recomendações.

Em suma, os vendedores de alta qualidade (baixa) têm uma preferência mais forte (mais fraca) por preços centralizados do que a plataforma. Os compradores, por outro lado, recebem excedentes mais baixos quando as plataformas fornecem recomendações de preços e preferem preços centralizados ou concorrência sem recomendações de preços¹²⁵.

Godlewska¹²⁶ reviu a estratégia de preços de 20 plataformas da economia da partilha e identificou diferentes mecanismos de concorrência que variam desde estratégias de preços agressivos a estratégias “pró-social” não baseadas em preços. No entanto, observou que, na maioria das plataformas, os fornecedores são frequentemente “forçados” a competir agressivamente pelo preço. Estratégias de preço de entrada mais baixos são um resultado comum nos mercados bilaterais.

Angerer, Müller & Zimmermann¹²⁷ evidenciam que as estratégias de ajustamento das taxas e preços podem ser limitadas, por gerarem efeitos negativos na intenção de partilhar, devido à percepção de injustiça por parte dos consumidores. Por exemplo, os consumidores reagiram muito mal ao “surge pricing” da “Uber”, levando a empresa a comprometer-se a doar lucros¹²⁸.

IV. Impacto redistributivo

Para os consumidores, a economia colaborativa tende a resultar em baixa de preços e aumento do excedente. Este resultado é esperado com base

124 Goldman, J. & Liu, M., *op. cit.*; Hall, J., Kendrick, C. & Nosko, C., *op. cit.*

125 Pavlov, V. & Berman, R., *op. cit.*

126 Godlewska, M., *op. cit.*

127 Angerer, P., Müller, M. & Zimmermann, S., *op. cit.*

128 Popper, B., “Uber surge pricing: sound economic theory, bad business practice”, in *The Verge*, 2013, obtido de <http://www.theverge.com/2013/12/18/5221428/uber-surge-pricing-vs-price-gouging-law>.

em modelos teóricos¹²⁹ e suportado pela evidência¹³⁰. Benjaafar, Kong, Li & Courcoubetis¹³¹ concluíram ainda que a diferença de bem-estar social entre as plataformas com ou sem fins lucrativos é pequena.

Os ganhos tenderão a ser maiores para indivíduos sem propriedade que ganham acesso ao bem¹³² ou ao mercado de trabalho¹³³ e para os fornecedores com maior excesso de capacidade e menor valoração do bem¹³⁴. Fraiberger & Sundararajan¹³⁵ desenvolveram um modelo dinâmico para os bens duradouros. A simulação, embora limitada, mostra que o excedente do consumidor varia de 0,8% a 6,6% nos mercados de aluguer. Os consumidores com rendimentos inferiores ao rendimento mediano beneficiam de uma fração desproporcional dos ganhos de bem-estar desse tipo de economia partilhada.

Botsman & Rogers¹³⁶ e Koopman, Mitchell & Thierer¹³⁷ notam que uma das mais importantes consequências das plataformas colaborativas é a facilidade de entrada, em particular das pessoas com menos recursos, o que promove a equidade. Calo & Rosenblat¹³⁸ salientam o aumento de oportunidades de trabalho, com menores barreiras à entrada, que podem favorecer as populações mais excluídas do mercado de trabalho.

129 Fraiberger, S. & Sundararajan, A., *op. cit.*; Benjaafar, S., Kong, G., Li, X. & Courcoubetis, C., *op. cit.*; Filippas, A., Horton, J. J. & Zeckhauser, R. J., *op. cit.*

130 Shaheen, S. A., Cohen, A. P. & Chung, M., "North American Carsharing: 10-Year Retrospective", in *Journal of the Transportation Research Board*, 210, 2011, pp. 35-44, doi: 10.3141/2110-05; Zervas, G., Proserpio, D. & Byers, J., *The Rise of the Sharing Economy...*, *op. cit.*; Smart, R., Rowe, B., Hawken, A., Kleiman, M., Mladenovic, N., Gehred, P. & Manning, C., *Faster and Cheaper: How Ride-Sourcing Fills a Gap in Low-Income Los Angeles Neighborhoods*, BOTEC Analysis Corp, 2015; Farronato, C. & Fradkin, A., *op. cit.*; Jenk, J., "Theory meets practice in the taxi industry: Coase and Uber", in *Raktas Working Paper series*, 2015, obtido de <https://mpira.ub.uni-muenchen.de/id/eprint/63206>; Fraiberger, S. & Sundararajan, A., *op. cit.*

131 Benjaafar, S., Kong, G., Li, X. & Courcoubetis, C., *op. cit.*

132 Fraiberger, S. & Sundararajan, A., *op. cit.*; Filippas, A., Horton, J. J. & Zeckhauser, R. J., *op. cit.*

133 Botsman, R. & Rogers, R., *op. cit.*; Koopman, C., Mitchell, M. & Thierer, A., "The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation...", *op. cit.*; Calo, R. & Rosenblat, A., "The Taking Economy: Uber, Information, and Power", in *Columbia Law Review*, 117(6), 2017, pp. 1623-1690.

134 Filippas, A., Horton, J. J. & Zeckhauser, R. J., *op. cit.*

135 Fraiberger, S. & Sundararajan, A., *op. cit.*

136 Botsman, R. & Rogers, R., *op. cit.*

137 Koopman, C., Mitchell, M. & Thierer, A., "The Sharing Economy: Issues Facing Platforms, Participants, and Regulators", in *Sharing Economy Workshop, Project No. P15-1200*, Commission, Agency: Federal Trade, 2015, obtido de https://www.ftc.gov/es/system/files/documents/public_comments/2015/05/01635-96127.pdf.

138 Calo, R. & Rosenblat, A., *op. cit.*

No entanto, a maior facilidade de acesso ao digital e a maior propensão ao uso favorecem os indivíduos com maiores rendimentos e escolaridade. Schor¹³⁹, Frenken¹⁴⁰, Reich¹⁴¹ e Ke¹⁴² reportam uma concentração dos ganhos nos mais educados e com maiores rendimentos. Schor¹⁴³ sugere mesmo que as plataformas da “gig economy” aumentam a desigualdade, dado que os indivíduos mais escolarizados tendem a capturar as oportunidades do mercado que antes eram destinadas aos indivíduos com menos estudos.

Por outro lado, poucos serviços da economia colaborativa são oferecidos em cidades pequenas ou nas zonas mais pobres das cidades¹⁴⁴. Ke¹⁴⁵ mostrou que, apesar de os serviços da “Airbnb” atraírem indivíduos de áreas geográficas de menor rendimento, os anfitriões das zonas com maior rendimento tendem a beneficiar mais.

V. Canibalização do mercado

A entrada de novas empresas no mercado não resulta necessariamente na partilha da procura com os incumbentes. Os negócios que fazem parte da economia colaborativa têm propriedades únicas que, eventualmente, criam procura, fazendo aumentar a procura total no mercado. Demary¹⁴⁶ e Zervas, Proserpio & Byers¹⁴⁷ indicam potenciais ganhos das economias locais com as plataformas P2P de alojamento, associadas a estadias mais longas, o que

139 Schor, J., “Does the sharing economy increase inequality within the eighty percent? Findings from a qualitative study of platform providers”, in *Cambridge Journal of Regions, Economy & Society*, 10(2), 2017, pp. 263-279, doi:10.1093/cjres/rsw047.

140 Frenken, K., “Political Economies and Environmental Futures for the Sharing Economy”, in *Philosophical Transactions: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, 375(2095), 2017, doi:0.1098/rsta.2016.0367.

141 Reich, R. B., *ReCoding Good: Part 2*, 13 de fevereiro de 2012, obtido de Stan. Soc Innovation Rev. Blog, http://www.ssireview.org/blog/entry/recoding_good_part_2.

142 Ke, Q., “Service Providers of the Sharing Economy: Who Joins and Who Benefits?”, in *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, Article No. 57, 2017.

143 Schor, J., “Does the sharing economy increase inequality within the eighty percent?...”, *op. cit.*

144 Rauch, D. & Schleicher, D., *op. cit.*

145 Ke, Q., *op. cit.*

146 Demary, V., *op. cit.*

147 Zervas, G., Proserpio, D. & Byers, J., *The Rise of the Sharing Economy...*, *op. cit.*

permite criar empregos. Dervis¹⁴⁸ também associa a economia da partilha à criação líquida de emprego.

Einav, Farronato & Levin¹⁴⁹, no entanto, consideram que o resultado depende do nível relativo de custos fixos e variáveis. Se os custos marginais de produção são mais baixos no sector formal do que no P2P, mas os custos fixos são mais altos, os operadores do mercado formal terão uma vantagem até ao ponto em que a capacidade instalada seja alcançada, deixando para os operadores de P2P a satisfação da procura remanescente. No caso inverso, as operadoras P2P podem afastar os profissionais do mercado. Farronato & Fradkin¹⁵⁰, usando dados de 50 maiores cidades do Estados Unidos, confirmam o resultado. A evidência mostra que houve criação de procura por parte da “Airbnb”, mas um efeito negativo nas receitas dos hotéis nas cidades onde os hotéis estão mais perto da sua capacidade total.

Dervis¹⁵¹ sugere que a economia colaborativa representa uma melhoria de “Kaldor-Hicks”, no sentido em que a soma dos ganhos supera as perdas. No entanto, existem perdedores.

Zervas, Proserpio & Byers¹⁵² estudaram o impacto da “Airbnb” na indústria hoteleira do Texas. Os resultados sugerem que o aumento de 10% na dimensão do mercado da “Airbnb” resultou na diminuição da receita dos hotéis em cerca de 0,37%. O estudo sugere ainda que a economia colaborativa está a alterar os padrões de consumo, mais do que a gerar procura. Bond¹⁵³ analisou os impactos da “Uber” em São Francisco e Nova York. Apesar das limitações da análise, os dados descritivos sugerem um impacto negativo na receita no sector dos táxis e nos valores das licenças. Berger, Chen & Frey¹⁵⁴, usando dados das áreas metropolitanas dos EUA, concluíram que a “Uber” não

148 Dervis, K., *Is Uber a Threat to Democracy?*, 2015, obtido de Project Syndicate – online edition: <http://www.project-syndicate.org/commentary/uber-regulatory-challengesthreat-to-democracy-by-ke-mal-dervi-2015-07>.

149 Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., *op. cit.*

150 Farronato, C. & Fradkin, A., *op. cit.*

151 Dervis, K., *op. cit.*

152 Zervas, G., Proserpio, D. & Byers, J., *The Rise of the Sharing Economy...*, *op. cit.*

153 Bond, A., “An App for That: Local Governments and the Rise of the Sharing Economy”, in *Notre Dame Law Review*, 90(2), 2015, pp. 77-96.

154 Berger, T., Chen, C. & Frey, C., “Drivers of disruption? Estimating the Uber effect”, in *European Economic Review*, 110, 2018, pp. 197-210, doi:10.1016/j.euroecorev.2018.05.006.

teve impacto no emprego, mas baixou os salários dos incumbentes. Wallsten¹⁵⁵ encontra uma correlação negativa entre o aumento do uso do “Uber” e o menor número de reclamações nos táxis em Nova Iorque e Chicago, o que sugere que a pressão competitiva levou o sector tradicional a melhorar o atendimento ao cliente.

VI. Impacto ambiental

No início do milénio, a crescente consciência da limitação dos recursos da natureza levou a sociedade a utilizar a Internet para aumentar a eficiência no seu uso. A economia da partilha enquadra-se nessas iniciativas¹⁵⁶, dado o potencial que apresenta para contribuir para a sustentabilidade¹⁵⁷. O impacto no ambiente é, no entanto, complexo¹⁵⁸. Pode-se, com alguma certeza, afirmar que os efeitos de primeira ordem são positivos para o ambiente. Certero, Golub & Nee¹⁵⁹, Chen & Kockelman¹⁶⁰, Millard-Ball & Burkhardt¹⁶¹, Martin & Shaheen¹⁶² e Schure, Napolitan & Hutchinson¹⁶³ estimaram um impacto positivo dos serviços de partilha de carros na redução do uso (e das emissões de Co₂). Rauch & Schleicher¹⁶⁴ encontraram externalidades positivas na redução dos congestionamentos urbanos e Frenken¹⁶⁵

155 Wallsten, S., *The Competitive Effects of the Sharing Economy: How is Uber Changing Taxis?*, New York Technology Policy Institute, 2015, obtido de https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2015/06/01912-96334.pdf.

156 Cheng, M., “Sharing economy: A review and agenda for future research”, in *International Journal of Hospitality Management*, 57, 2016, pp. 60-70, doi: 10.1016/j.ijhm.2016.06.003.

157 Heinrichs, H., “Sharing economy: A potential new pathway to sustainability”, in *GAIA*, 22(4), 2013, pp. 228-231; Martin, C., “The sharing economy: A pathway to sustainability or a nightmarish form of neoliberal capitalism?”, in *Ecological Economics*, 121, 2016, pp. 149-159, doi: 10.1016/j.ecolecon.2015.11.027; Frenken, K., *op. cit.*

158 Frenken, K. & Schor, J., *op. cit.*

159 Certero, R., Golub, A. & Nee, B., “City CarShare: Longer-Term Travel Demand and Car Ownership Impacts” (T. R. Academies, Ed.), in *Journal of the Transportation Research Record*, 1992(1), 70-80, doi: 10.3141/1992-09.

160 Chen, T. & Kockelman, K., “Carsharing’s life-cycle impacts on energy use and greenhouse gas emissions”, in *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 47, 2016, 276-284, doi: 10.1016/j.trd.2016.05.012.

161 Millard-Ball, A. M. & Burkhardt, J., *op. cit.*

162 Martin, E. W. & Shaheen, S. A., *Greenhouse Gas Impacts of Car Sharing in North America*, Mineta Transportation Report 09-11, 2010, obtido de <http://innovativemobility.org/wp-content/uploads/2015/03/Greenhouse-Gas-Emission-Impacts-of-Carsharing-in-North-America-publication.pdf>.

163 Schure, J., Napolitan, F. & Hutchinson, R., *op. cit.*

164 Rauch, D. & Schleicher, D., *op. cit.*

165 Frenken, K., *op. cit.*

apresenta evidência de ganhos ambientais associados ao “Airbnb” e ao “Bla-BlaCar”. Dhanorkar¹⁶⁶ estimou que a Craigslist reduziu 2 a 6% do lixo sólido, nos municípios onde entrou.

O efeito global depende, no entanto, do impacto negativo sobre o ambiente, que pode resultar do aumento de rendimento e do consumo dos participantes e dos custos associados à manutenção dos bens¹⁶⁷.

A evidência sobre as preocupações com a sustentabilidade, como motivação para a participação dos indivíduos na economia colaborativa, é mista¹⁶⁸. A sustentabilidade parece ser apenas relevante para indivíduos para quem o consumo ecológico é importante¹⁶⁹. Um estudo com peritos indica que as motivações ambientais não são, no presente, nem tenderão a ser, no futuro, muito relevantes para o desenvolvimento da economia colaborativa¹⁷⁰.

VII. Regulação versus autorregulação

Um dos principais debates públicos sobre a economia colaborativa versa sobre a (ausência de) regulamentação. A discussão divide os que favorecem a autorregulação da plataforma dos proponentes de regulamentações e proibições estritas.

Os críticos afirmam que a principal vantagem competitiva dessas plataformas se baseia na capacidade de evitar regulamentações dispendiosas, transferindo os riscos para consumidores e trabalhadores e degradando as condições de trabalho¹⁷¹. Os defensores argumentam que as empresas resolvem as imperfeições do mercado, com mecanismos inovadores, sem

166 Dhanorkar, S., “Environmental Benefits of Internet-Enabled C2C Closed-Loop Supply Chains: A Quasi-Experimental Study of Craigslist”, in *Management Science*, 65(2), 2019, doi: 10.1287/mnsc.2017.2963.

167 Frenken, K. & Schor, J., *op. cit.*; Frenken, K., *op. cit.*

168 Cherry, C. & Pidgeon, N., “Is sharing the solution? Exploring public acceptability of the sharing economy”, in *Journal of Cleaner Production*, 195, 2018, pp. 939-948, doi: 10.1016/j.jclepro.2018.05.278.

169 Hamari, J., Sjöklint, M. & Ukkonen, A., *op. cit.*

170 Stuart, B. & Mattsson, J., “Understanding current and future issues in collaborative consumption: A four-stage Delphi study”, in *Technological Forecasting and Social Change*, 104, 2016, pp. 200-211, doi: 10.1016/j.techfore.2016.01.006.

171 Baker, D., “Don’t buy the ‘sharing economy’ hype: Airbnb and Uber are facilitating rip-offs”, in *The Guardian*, 27 de maio de 2014; Malhotra, A. & Van Alstyne, M., “The Dark Side of the Sharing Economy... and how to lighten it”, in *Communications of the ACM*, 57(11), 2014, pp. 24-27, doi: 10.1145/2668893.

necessidade de recorrer às formas tradicionais de regulação¹⁷². Nesta linha, o Parlamento Europeu¹⁷³ considera que qualquer novo quadro regulamentar deve aproveitar a capacidade de autorregulação das plataformas. Adicionalmente, a evidência sugere que as plataformas têm aumentado significativamente a concorrência em muitos sectores de atividade, em alguns casos introduzindo concorrência em sectores sem concorrência e/ou com fortes barreiras à entrada (licenças). Por exemplo, o crescimento extraordinário e disruptivo da “Uber” pode ser atribuído a uma desregulamentação não ortodoxa do sector de táxi, que resultou em aumento do bem-estar¹⁷⁴.

Entre os dois extremos, há aqueles que defendem que a existência de mecanismos de autorregulação não implica que os governos não devam intervir¹⁷⁵ e que a autorregulação não é panaceia universal.

Os mecanismos de reputação aumentam a eficiência e são, ao mesmo tempo, mecanismos de autorregulação do mercado¹⁷⁶, mas têm limitações como, por exemplo, baixa participação¹⁷⁷, défice de credibilidade¹⁷⁸, tendência a reputações inflacionadas e falta de transparência¹⁷⁹.

172 Sundararajan, A., “Peer-to-peer businesses and the sharing (collaborative) economy: Overview, economic effects and regulatory issues”, *Written testimony for the hearing titled The Power of Connection: Peer to Peer Businesses*, held by the committee on small businesses of the U.S. House of Representatives, 09/15/2014, obtido em <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-113hhrg86266/html/CHRG-113hhrg86266.htm>; Allen, D. & Berg, C., *op. cit.*; Koopman, C., Mitchell, M. & Thierer, A., “The Sharing Economy...”, *op. cit.*; Koopman, C., Mitchell, M. & Thierer, A., “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation...”, *op. cit.*; Thierer, A., Koopman, C., Hobson, A. & Kuiper, C., *op. cit.*

173 Parlamento Europeu, *Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de junho de 2017, sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa (2017/2003(INI))*. P8_TA(2017)027, 2017, obtido de https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_PT.pdf, p. 7.

174 Petropoulos, G., *op. cit.*

175 Cohen, M. & Sundararajan, A., *op. cit.*; Cao, D., *op. cit.*

176 Koopman, C., Mitchell, M. & Thierer, A., “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation...”, *op. cit.*; Thierer, A., Koopman, C., Hobson, A. & Kuiper, C., *op. cit.*

177 Zervas, G., Proserpio, D. & Byers, J., “A First Look at Online Reputation on Airbnb, Where Every Stay is Above Average”, in *Marketing Letters*, 32(1), 1-16, doi: 10.1007/s11002-020-09546-4.

178 European Commission, *Online platforms, Special Eurobarometer 447...*, e *The use of collaborative platforms...*, *op. cit.*

179 Bolton, G., Greiner, B. & Ockenfels, A., “Engineering Trust: Reciprocity in the Production of Reputation Information”, in *Management Science*, 59(2), 2013, pp. 265-285, doi:mns.1120.1609; Horton, J., *op. cit.*; Fradkin, A., *op. cit.*; Nosko, C. & Tadelis, S., “The Limits of Reputation in Platform Markets: An Empirical Analysis and Field Experiment”, in *NBER Working paper 20830*, 2015, obtido de <http://www.nber.org/papers/w20830>; Zervas, G., Proserpio, D. & Byers, J., “A First Look at Online Reputation on Airbnb...”, *op. cit.*; Filippas, A., Horton, J.J. & Golden, J.M., *op. cit.*

Adicionalmente, funcionam com um mecanismo de *lock-in* à plataforma e como uma barreira à entrada, em particular no lado da oferta, dado que o entrante não tem capital de reputação acumulado^{180/181}. Segato¹⁸² nota ainda que a elevada assimetria entre a plataforma, compradores e vendedores é favorável à obtenção de poder de mercado. Neste contexto, o Parlamento Europeu¹⁸³ salienta a importância fundamental de clarificar os métodos de funcionamento dos sistemas de tomada de decisões com base em algoritmos, a fim de garantir a equidade e a transparência dos algoritmos.

Outros aspetos com particular relevância para a regulação incluem:

- i. a possibilidade de os mecanismos de *feedback* refletirem ou amplificarem enviesamentos como, por exemplo, discriminação racial^{184/185};
- ii. o uso de informação para criar algoritmos personalizados aumenta a eficiência e levanta questões regulatórias potencialmente desafiadoras¹⁸⁶;
- iii. as externalidades negativas para as comunidades. Exemplo destas externalidades negativas são os impactos locais da “Airbnb” (por exemplo, barulho e incómodo causados pelo comportamento do turista, perda de coesão da comunidade, impactos nas instalações

180 A importância das avaliações é particularmente crítica em plataformas como a “Uber”. O facto de os indivíduos que oferecem o serviço não poderem transferir as suas avaliações para outras plataformas cria um efeito de *lock-in* que limita a possibilidade e concorrência. Diminuir os custos de *lock-in* aumentando a transparência das classificações/avaliações e permitindo aos “fornecedores” transferir as classificações/avaliações é um possível mecanismo de regulação, para diminuir os riscos de monopólios e melhorar as condições de trabalho na *gig economy*.

181 Parlamento Europeu, *Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de junho de 2017, sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa...*, *op. cit.*; Vellodi, N., “Ratings Design and Barriers to Entry”, *Working paper*, Department of Economics, Princeton University and Paris School of Economics (PSE), 2020.

182 Segato, G., *op. cit.*

183 *Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de junho de 2017, sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa...*, *op. cit.*, p. 8.

184 Fisman, R. & Luca, M., “Fixing Discrimination in Online Marketplaces”, in *Harvard Business Review Home [online]*, 2016, obtido de <https://hbr.org/2016/12/fixing-discrimination-in-online-marketplaces>.

185 Edelman, B., Luca, M. & Svirsky, D., “Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment”, in *American economic journal: applied economics*, 2017, 9(2), 1-22, *doi: 10.1257/app.20160213*; Cui, R., Li, J. & Dennis, Z., “Reducing Discrimination with Reviews in the Sharing Economy: Evidence from Field Experiments on Airbnb”, in *Management Science*, 66(3), 2020.

186 Koopman, C., Mitchell, M. & Thierer, A., “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation...”, *op. cit.*; Parlamento Europeu, *Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de junho de 2017, sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa...*, *op. cit.*, p. 8.

- da comunidade, impactos no valor das rendas e da propriedade, etc.) que afetam os residentes em casas e apartamentos vizinhos;
- iv. a precarização das relações no mercado de trabalho, em particular nos serviços da “gig economy”, que se caracteriza pela ausência de direitos, segurança e pela exposição a más condições de trabalho¹⁸⁷. A percepção da precariedade e das suas consequências é mista. Devido à precariedade introduzida pelas crises globais, a atividade de partilha pode complementar ou mesmo substituir o “trabalho” para muitos e constituir uma proporção maior do rendimento para alguns participantes¹⁸⁸. Hall & Krueger¹⁸⁹ realçam a flexibilidade e os rendimentos complementares como fatores de atração dos motoristas “Uber” nos Estados Unidos.
 - v. o potencial de reduzir a receita fiscal e criar vantagens fiscais injustas. Pelo menos até agora, a “Uber” tornou impossível a cobrança de impostos sobre valor agregado¹⁹⁰ e muitos dos clientes da “Airbnb” não pagam os impostos exigidos por lei¹⁹¹. Para além do impacto macroeconómico¹⁹² e dos problemas de concorrência, a evasão fiscal tem fortes implicações redistributivas e configura-se como vantagem competitiva injusta sobre os concorrentes que operam nos mercados tradicionais¹⁹³.

Na discussão, está a emergir um consenso de que as plataformas não podem estar acima da lei, mas também não devem ser sufocadas por regimes regulatórios desatualizados e pouco adaptados à realidade dos novos

187 Goudin, P., *op. cit.*; Forde, M., Stuart, S., Joyce, L., Oliver, D., Valizade, G., Alberti, G., Hardy, K., Trappmann, V., Umney, C. & Carson, C., *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, 2017, obtido de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL_STU\(2017\)614184_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL_STU(2017)614184_EN.pdf); Schor, J. & Attwood-Charles, W., “The «sharing» economy: labor, inequality, and social connection on for-profit platforms”, in *Sociology Compass*, 11(8), 2017, e12493.

188 Edelman, B. & Damien, G., “Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like AirBnB and Uber?”, in *Stanford Technology Law Review*, 19, 2016, 293-328, doi: 10.2139/ssrn.2658603; Schor, J. & Attwood-Charles, W., *op. cit.*

189 Hall, J. V. & Krueger, A. B., “An Analysis of the Labor Market for Uber’s Driver-Partners in the United States”, in *ILR Review*, 71(10), 2018.

190 Dervis, K., *op. cit.*

191 Baker, D., *op. cit.*

192 *Idem, ibidem.*

193 Migai, C., de Jong, J. & Owens, J., “The sharing economy: turning challenges into compliance opportunities for tax administrations”, in *eJournal of Tax Research*, 16(3), 2018, pp. 395-424.

modelos de troca¹⁹⁴. A regulamentação é difícil, devido à ausência de uma definição unânime¹⁹⁵, por falhas conceptuais sobre o que é economia colaborativa¹⁹⁶ e pelas dificuldades de cooperação intergovernamental¹⁹⁷. A regulação num mercado em evolução traz ainda o desafio de decidir quando se deve regular¹⁹⁸.

VIII. Conclusões

Apesar de as ideias de partilha e colaboração não serem novas, a grande inovação introduzida pelo desenvolvimento das tecnologias digitais foi permitir trocas com custos mais baixos que uma transação semelhante entre os participantes no mercado “clássico”¹⁹⁹. O desenvolvimento da economia colaborativa tem, assim, o potencial de alterar os padrões de produção, consumo e distribuição, as relações sociais e de contribuir para a sustentabilidade ambiental. O debate sobre as suas implicações divide os intervenientes (desde os mais entusiastas aos mais críticos) em função das diferenças nos seus interesses, objetivos e valores²⁰⁰.

Os mais entusiastas referem que a economia colaborativa reduz o impacto ambiental, promove a utilização mais eficiente de ativos físicos, facilita novos contactos sociais²⁰¹ e estimula a coesão social²⁰². Além do mais, proporciona aos consumidores o acesso a uma gama maior e mais diferenciada de opções e tem potenciais ganhos de eficiência consideráveis²⁰³. Por

194 Rauch, D. & Schleicher, D., *op. cit.*; Ramirez, E., Ohlhausen, M. & McSweeney, T., *The “Sharing” Economy Issues Facing Platforms, Participants & Regulators*, A Federal Trade Commission Staff Report, 2016; Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., *op. cit.*; Codagnone, C., Biagi, F. & Abadie, F., *op. cit.*; McGinnis, J., “The sharing economy as an equalizing economy”, in *Notre Dame Law Review*, 94(1), 2018, pp. 329-369.

195 Hatzopoulos, V. & Roma, S., “Caring for sharing? The collaborative economy under EU law”, in *Common Market Law Review*, 54(1), 2017, pp. 81-127.

196 Dyal-Chand, R., “Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System”, in *Tulane Law Review*, 90(2), 2015, pp. 241-309.

197 Hatzopoulos, V. & Roma, S., *op. cit.*

198 Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., *op. cit.*

199 Möhlmann, M., *op. cit.*

200 Gruszka, K., *op. cit.*

201 Botsman, R. & Rogers, R., *op. cit.*

202 McLaren, D. & Agyeman, J., *Sharing cities: a case for truly smart and sustainable cities*, MIT press, 2015.

203 Rifkin, J., *op. cit.*; Dervis, K., *op. cit.*; Jenk, J., *op. cit.*; Koopman, C., Mitchell, M. & Thierer, A., “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation...”, *op. cit.*; Thierer, A., Koopman, C., Hobson, A. & Kuiper, C., *op. cit.*

tudo isto, as plataformas *online* representam, em geral, uma melhoria em relação às instituições de partilha tradicionais²⁰⁴. A economia colaborativa é também apresentada como um conjunto de negócios competitivo que apresenta novos desafios, em comparação com os modelos tradicionais²⁰⁵, e como um modelo promissor, eficaz e escalável²⁰⁶, que abalou os cartéis existentes em alguns sectores.

Apesar do potencial, o futuro da economia colaborativa continua a levantar dúvidas, dado o seu baixo crescimento. A relevância económica, medida em termos de Produto Interno Bruto (PIB), é pequena, em particular na Europa²⁰⁷. Eljas-Taal, Kay, Porsch & Svatikov²⁰⁸, partindo de um conceito de economia colaborativa que apenas inclui atividades que envolvem o uso temporário de bens ou serviços fornecidos por particulares, estimam um volume de receitas (produção bruta) na ordem dos 25,5 mil milhões (0,17% do PIB da UE), das quais cerca de 36% são geradas pelas atividades financeiras. Em termos nacionais, a economia colaborativa varia entre 0,04% na Bélgica e 0,9% na Estónia. Em Portugal, ronda os 0,1-0,3% do PIB.

A economia colaborativa não cria ativos, por si só, e a maioria de seus atores não cria valor agregado. Os serviços P2P entre consumidores geram receitas de IVA particularmente baixas e conseguem escapar facilmente ao pagamento de outros impostos²⁰⁹.

Adicionalmente, apesar da intensidade do debate sobre o impacto da economia colaborativa no mercado de trabalho, é difícil estimar quantas pessoas trabalham, direta ou indiretamente, no sector. As estimativas variam

204 Petropoulos, G., *op. cit.*

205 Möhlmann, M., *op. cit.*

206 Helms, B., *op. cit.*

207 Demary, V., *op. cit.*

208 Eljas-Taal, K., Kay, N., Porsch, L. & Svatikov, K., *A methodology for measuring the collaborative economy*, 2018, obtido de CEPR Policy Portal: <https://voxeu.org/article/methodology-measuring-collaborative-economy>.

209 Baker, D., *op. cit.*; Goudin, P., *op. cit.*

entre 0,05%²¹⁰ e 0,15%²¹¹ do emprego na União Europeia. A maioria como atividade complementar²¹².

O número de participantes, embora a crescer, ainda é pequeno. De acordo com a Comissão Europeia²¹³, em 2016, havia cerca de 323 plataformas colaborativas na União Europeia. As receitas são muito concentradas, estimando-se que mais de metade das receitas/despesas seja gerada por 10% dos participantes. Apesar da vasta literatura sobre as motivações dos indivíduos em participar na economia da partilha, não há consenso sobre os fatores que impulsionam, dificultam ou inibem a participação nos mercados P2P²¹⁴.

A literatura consistentemente refere os ganhos nos excedentes dos participantes, sugerindo que os efeitos diretos da economia colaborativa são indiscutivelmente positivos. Rifkin²¹⁵ acredita que os negócios na economia da partilha podem operar a um custo marginal próximo de zero. No entanto, outros argumentam que esse modelo, num cenário do mundo real, está longe de ser perfeito²¹⁶. Os produtores, no contexto P2P, são quase sempre não profissionais que, em geral, têm menor preparação e experiência para tomar decisões eficientes. Nos sectores em que geram emprego, os ganhos tecnológicos são contrariados pela expansão de uma força de trabalho dispersa, não treinada e menos produtiva do que nos sectores tradicionais²¹⁷. O custo marginal de produção tende a ser menor no sector tradicional, pelo menos até ao limite da sua capacidade. A economia colaborativa tem ainda potencial para gerar comportamentos de concorrência desleal e a tendência (embora limitada) para a formação de monopólio²¹⁸.

210 De Groen, W. P. & Maselli, I., *The impact of the Collaborative Economy on the Labour Market*, 2016, CEPS Special, obtido de https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2016/06/SR138CollaborativeEconomy_0.pdf.

211 Eljas-Taal, K., Kay, N., Porsch, L. & Svatikov, K., *op. cit.*

212 Huws, U., Spencer, N., Syrdal, D. & Holts, K., *Work in the European Gig Economy*, FEPS, Uni Europa and Hertfordshire Business School, 2017.

213 European Commission, *Exploratory Study of consumer issues in peer-to-peer platform markets*, 2017, obtido de https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=77704.

214 Matzner, M., Chasin, F. & Todenhöfe, L., "To Share or Not to Share: Towards Understanding the Antecedents of Participation in It-Enabled Sharing Services", in *ECIS*, 2015.

215 Rifkin, J., *op. cit.*

216 Chawla, R., *Four Ways AirBnB Could Be Smarter About Pricing*, 2014, obtido de Forbes – online: <http://www.forbes.com/sites/rameetchawla/2014/11/07/fueled-fix-howAirBnB-should-unleash-market-pricing/>.

217 Goudin, P., *op. cit.*

218 Schor, J., *Debating the Sharing Economy*, *op. cit.*; Lougher, G. & Kalmanowicz, S., "Competition Law in the Sharing Economy", in *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(2), 2016, pp. 87-102.

Joseph Stiglitz, em entrevista ao *Le Monde*²¹⁹, resume o ceticismo de muitos economistas em relação ao potencial da economia colaborativa, ao afirmar que «não gera ganhos de produtividade tão poderosos quanto os da revolução industrial, e não sabemos como medir a sua contribuição para o produto interno bruto».

Às dúvidas sobre a sustentabilidade económica junta-se a da sustentabilidade social²²⁰, quando se considera a ambivalência entre o potencial de desenvolvimento económico e social e os problemas, como os da exploração do trabalho e das condições de trabalho, a regulamentação e tributação e o acesso desigual. Por outro lado, os ganhos ambientais não são evidentes e estão sobrestimados²²¹.

As controvérsias são alimentadas pelo facto de existir pouca evidência empírica sobre o impacto das plataformas da economia colaborativa. Muitos desses poucos estudos usam dados muito parciais, recolhidos dos *sites* da plataforma ou através de inquérito²²².

Os desafios regulatórios são vastos e difíceis de resolver no atual enquadramento regulamentar^{223/224}. Um quadro legislativo restrito, sem capacidade de adaptação à nova realidade e à sua diversidade, pode diminuir ainda mais o potencial da economia da partilha²²⁵.

Há, no entanto, razões para defender que a economia colaborativa vai crescer e tornar-se relevante na economia global²²⁶. Derojeda, Verzijl, Nagtegaal, Lengton & Rouwmaat²²⁷ estimaram um potencial de crescimento de 25% ao ano, na União Europeia. As razões vêm com oportunidades e desafios. Muitos modelos estão ainda em fase inicial de crescimento. A natureza e a amplitude da economia colaborativa tenderão a crescer, aumentando a

219 *Le Monde*, Joseph Stiglitz, "L'Union européenne est en train de détruire son avenir", in *Le Monde/Marie Charrel*, 1 de setembro de 2015, obtido de https://www.lemonde.fr/economie/article/2015/09/01/joseph-stiglitz-l-union-europeenne-est-en-train-de-detruire-son-futur_4742246_3234.html.

220 Schor, J. & Fitzmaurice, C., *op. cit.*

221 Schor, J., *Debating the Sharing Economy*, *op. cit.*

222 Codagnone, C. & Martens, B., *op. cit.*

223 *Idem, ibidem.*

224 Goudin, P., *op. cit.*; Petropoulos, G., *op. cit.*

225 *Idem, ibidem.*

226 Yaraghi, N. & Ravi, S., *op. cit.*

227 Derojeda, K., Verzijl, D., Nagtegaal, F., Lengton, M. & Rouwmaat, E., *op. cit.*

escala. O desenvolvimento tecnológico tenderá a fazer baixar, ainda mais, os custos de transação e a melhorar a gestão da informação. Os níveis de participação tenderão a aumentar ao longo do tempo, não só porque as novas gerações estão mais preparadas para o mundo digital, mas também porque as preferências são endógenas.

São inúmeras as possibilidades de expansão da economia colaborativa. Por exemplo, as plataformas colaborativas de *crowdfunding* permitem conectar indivíduos com disponibilidade de meios financeiros e indivíduos com ideias de negócio promissoras, com potencial de permitir o desenvolvimento de produtos. A partilha de espaços e de infraestruturas físicas permite que pessoas com interesses comuns se reúnam e partilhem recursos e conhecimentos para criar coisas e desenvolver projetos.

Quanto mais as pessoas usarem e desenvolverem o gosto por partilhar, maior será a dimensão do mercado. Após as plataformas atingirem um determinado volume, elas poderão expandir-se mais rapidamente, aproveitando economias de escala, em particular se os algoritmos de pesquisa se tornarem mais eficientes. A aprendizagem poderá também levar a decisões mais eficientes por parte de vendedores e compradores. As plataformas tenderão também a incluir mais profissionais²²⁸.

Os modelos de negócio poderão ultrapassar as barreiras geográficas e permitir a participação em zonas mais remotas e com pouca densidade populacional.

A literatura reporta esforços contínuos das plataformas para corrigir problemas comuns nos sistemas de reputação²²⁹. Em particular, nos mercados em que os riscos das transações individuais são maiores, ou onde a segurança pessoal é uma preocupação, os mecanismos de reputação têm-se tornado cada vez mais sofisticados²³⁰. Para Allen & Berg²³¹, é razoável sugerir que estes mecanismos se tornam mais eficientes à medida que a capacidade de coordenar o conhecimento se tornar mais barata e mais rápida. Em consequência, a propensão a partilhar deverá aumentar.

228 Ramirez, E., Ohlhausen, M. & McSweeney, T., *op. cit.*

229 Hui, X., Saeedi, M., Shen, Z. & Sundaresan, N., "From Lemon Markets to Managed Markets: the Evolution of eBay's Reputation System", *Working Paper Ohio State Univ*, 2014, obtido de <https://www.semanticscholar.org/paper/From-Lemon-Markets-to-Managed-Markets%3A-The-of-Hui-Saeedi/08c41b5c4650804d5c09b5ea5ac8949f16ffd51f>; Fradkin, A., *op. cit.*; Nosko, C. & Tadelis, S., *op. cit.*

230 Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., *op. cit.*

231 Allen, D. & Berg, C., *op. cit.*

A diminuição dos custos de mudança, por imposição legal, em resultado da tecnologia, e/ou por maior familiaridade dos participantes²³², contribuirá para um aumento da concorrência.

Apesar do ceticismo²³³, a sustentabilidade ambiental deverá ganhar maior projeção, até porque a economia colaborativa está na agenda de “cidades inteligentes” e da “economia circular”. Rauch & Schleicher²³⁴ antecipam que, no futuro, as cidades subsidiarão a presença das plataformas P2P.

O futuro da economia colaborativa depende ainda de mudanças institucionais. Uma legislação inovadora poderá permitir crescer e assegurar a sustentabilidade e a aprovação social do negócio. A política pública tem o desafio de promover o acesso à digitalização para que os ganhos possam ser redistribuídos.

232 Frenken, K. & Schor, J., *op. cit.*

233 Stuart, B. & Mattsson, J., *op. cit.*

234 Rauch, D. & Schleicher, D., *op. cit.*

Tabela 1 Conceitos

Consumo colaborativo	<ul style="list-style-type: none"> • Mercado em que os consumidores confiam uns nos outros para satisfazer as suas necessidades (BOTSMAN, R. & ROGERS, R., <i>op. cit.</i>) • Foi o primeiro termo a ser usado.
Economia de acesso	<ul style="list-style-type: none"> • Parte da crítica ao uso do termo “partilha” foca-se na distinção entre acesso e propriedade (RIFKIN, J., <i>op. cit.</i>) (BARDHI, F. & ECKHARDT, G., <i>op. cit.</i>). • Krecizer-Levy (<i>op. cit.</i>) identifica quatro categorias institucionais principais: mercados “peer to peer”, que incluem projetos com fins lucrativos e empresas sem fins lucrativos, empresas comerciais, projetos comunitários e programas governamentais. A distinção entre formas de acesso é importante.
Economia “mesh”	<ul style="list-style-type: none"> • Termo introduzido por GANSKY, L. (<i>op. cit.</i>) para designar um conjunto de negócios que têm como características comuns o facto de oferecerem algo que pode ser partilhado, de usarem plataformas digitais para rastrear os produtos que oferecem, concentrarem-se em produtos físicos e contarem com redes sociais e boca a boca. Foca-se na interconexão da economia colaborativa, estendendo-a a outros fenómenos digitais, como Facebook ou Twitter. • Exemplos: Zipcar, thredUP (trocas de roupas de crianças usadas).
“Gig Economy”	<ul style="list-style-type: none"> • Sistema de mercado em que empresas e particulares se envolvem em contratos de trabalho de curto prazo. Caracteriza-se por privilegiar o recurso a empregos temporários e flexíveis em detrimento de funcionários a tempo integral (SUNDARARAJAN, <i>op.cit.</i>, e FRIEDMAN, Gerald, “Workers without employers: shadow corporations and the rise of the gig economy”, in <i>Review of Keynesian Economics</i>, vol. 2, issue 2, 2014, pp. 171-188, doi: 10.4337/roke.2014.02.03). • Exemplos: TaskRabbit e Upwork (plataformas de trabalho online), UberEats e Glovo (entrega de comida), AmazonFlex.
“Commons-based peer production”	<ul style="list-style-type: none"> • Modelo inovador de produção, caracterizado pela colaboração entre pares para a criação ou manutenção de recursos partilhados, reutilizáveis e de acesso livre. É coordenado por meio de plataformas digitais, normalmente sem uma organização hierárquica tradicional e sem compensação financeira (BENKLER, Y., <i>op. cit.</i>) • Exemplos: Wikipedia, Free/Libre/Open Source Software (FLOSS), Wikihow, OpenStreetMap.

Tabela 2 Economia da partilha e Economia colaborativa

Economia da partilha	
(PWC, <i>op. cit.</i>)	Economia que permite que indivíduos ou grupos obtenham retorno económico usando bens subutilizados.
(Koopman, Mitchell & Thierer, <i>op. cit.</i>)	Mercado em os indivíduos trocam ou emprestam ativos subutilizados.
(Botsman , <i>op. cit.</i>)	Conexões do sistema e mercados descentralizados, com o propósito de conseguir obter benefícios com ativos subutilizados, evitando intermediários.
(Muñoz & Cohen, <i>op. cit.</i>)	Tem como objetivo aumentar a eficiência e a otimização dos recursos subutilizados na sociedade.
(Belk, <i>op. cit.</i>)	Distingue entre as atividades em que não há uma compensação monetária (atividades de partilha) daquelas em que há uma aquisição ou acesso ao bem em troca de uma compensação (consumo colaborativo).
(Official Norwegian Report (NOU), <i>op. cit.</i>)	Atividade económica facilitada por meio de plataformas digitais que coordenam a prestação de um serviço ou a troca de serviços, habilidades, ativos, propriedades, recursos ou capital sem transferir a propriedade e principalmente entre particulares.
Economia colaborativa	
(Botsman, <i>op. cit.</i>)	Redes de indivíduos e comunidades conectados que, por oposição às instituições centralizadas, transformam o modo de produzir, consumir, financiar e aprender, independentemente de haver compensação monetária ou não.
(Comissão Europeia, <i>op. cit.</i>)	Modelos empresariais em que as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares.
(Gössling & Hall, <i>op. cit.</i>)	Extensão da economia partilhada no sentido da aceleração das práticas económicas neoliberais.

IX. Referências

- Adomavicius, G. & Tuzhilin, A., "Toward the next generation of recommender systems: A Survey of the State-of-the-art and Possible Extensions", in *IEEE transactions on knowledge and data engineering*, 17(6), 2005, pp. 734-749.
- Agarwal, N. & Steinmetz, R., "Sharing Economy: A Systematic Literature Review", in *International Journal of Innovation and Technology Management*, 16(6), 2019, 1930002, doi: 10.1142/S0219877019300027.
- Agyeman, J., *Introducing Just Sustainabilities: Policy, Planning, and Practice*, London: Zed Books, 2013.
- Akerlof, G., "The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market", in *Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 1970, pp. 488-500. doi: 10.2307/1879431.
- Allen, D. & Berg, C., *The Sharing Economy: How Over-Regulation Could Destroy an Economic Revolution*, Melbourne, Australia, Institute of Public Affairs, 2014.
- Angerer, P., Müller, M. & Zimmermann, S., "Optimal Pricing Behavior of Online Sharing Platforms", in *Conference on Information Systems and Technology (CIST). Proceedings*, 2015, obtido de http://www.fox.temple.edu/conferences/cist/papers/Session%209A/CIST_2015_9A_2.pdf.
- Armstrong, M. & Zhou, J., "Paying for Prominence", in *Economic Journal*, 1, 2011, F368-F395, doi: 10.1111/j.1468-0297.2011.02469.x.
- Axelrod, R. M., *The evolution of cooperation*, Basic Books, 1984.
- Baker, D., "Don't buy the 'sharing economy' hype: Airbnb and Uber are facilitating rip-offs", in *The Guardian*, 27 de maio de 2014.
- Bardhi, F. & Eckhardt, G., "Access-based consumption: The case of car sharing", in *Journal of Consumer Research*, 39(4), 2012, pp. 881-898, doi:10.1086/666376.
- _____, "Liquid consumption", in *Journal of Consumer Research*, 44(3), 2017, pp. 582-597, doi: 10.1093/jcr/ucx050.
- Bauwens, M. & Kostakis, V., "From the communism of capital to capital for the commons: towards an open co-operativism", in *tripleC*, 12(1), 2014, pp. 356-361, doi:10.31269/triplec.v12i1.561.
- Belk, R., "You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online", in *Journal of Business Research*, 67(8), 2014, pp. 1595-1600, doi:10.1016/j.jbusres.2013.10.001.
- Bellotti, V., Ambard, A., Turner, D., Gossmann, C., Demková, K. & Carroll, J., "A Muddle of Models of Motivation for Using Peer-to-Peer Economy Systems", in *CHI 2015, Crossings, Seoul, Korea*, 2015, pp. 1085-1094.

- Benjaafar, S., Kong, G., Li, X. & Courcoubetis, C., "Peer-to-Peer Product Sharing: Implications for Ownership, Usage, and Social Welfare in the Sharing Economy", in *Management Science*, 65(2), 2019, doi: 10.1287/mnsc.2017.2970.
- Benkler, Y., "Sharing Nicely: on shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic production", in *Yale Law Journal*, 114, 2004, pp. 273-358.
- Berger, T., Chen, C. & Frey, C., "Drivers of disruption? Estimating the Uber effect", in *European Economic Review*, 110, 2018, pp. 197-210, doi: 10.1016/j.euroecorev.2018.05.006.
- Bimpikis, K., Papanastasiou, Y. & Zhang, W., "Information Provision in Service Platforms: Optimizing for Supply", in *SSRN Electronic Journal*, 2020, obtido de <https://ssrn.com/abstract=3617351>.
- Böcker, L. & Meelen, T., "Sharing for people, planet or profit? Analysing motivations for intended sharing economy participation", in *Environmental Innovation and Societal Transitions*, 23, 2017, pp. 28-39, doi: 10.1016/j.eist.2016.09.004.
- Bolton, G., Greiner, B. & Ockenfels, A., "Engineering Trust: Reciprocity in the Production of Reputation Information", in *Management Science*, 59(2), 2013, pp. 265-285. doi: *mnsc.1120.1609*.
- Bond, A., "An App for That: Local Governments and the Rise of the Sharing Economy", in *Notre Dame Law Review*, 90(2), 2015, pp. 77-96.
- Botsman, R., "The Sharing Economy Lacks A Shared Definition", in *Fast Company [online]*, 2013, obtido de <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>.
- _____, *Defining the Sharing Economy: What is Collaborative consumption and What isn't?*, 2015, obtido de <http://bit.ly/1FavhRY>.
- Botsman, R. & Rogers, R., *Whats mine is yours: The rise of collaborative consumption*, London: UK: Collins, 2010.
- Brighenti, B., *Opinion of the European Committee of the Regions. The Local and Regional Dimension of the Sharing Economy*, Brussels, Belgium: The European Committee of the Regions, 2016, obtido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IR2698&rid=2>.
- Buchanan, J. M., "An Economic Theory of Clubs", in *Economica*, 32(125), 1965, pp. 1-14. doi: 10.2307/2552442.
- Cachon, G.P., Daniels, K.M. & Lobel, R., "The role of surge pricing on a service platform with self-scheduling capacity", in *Manufacturing & Service Operations Management*, 19(3), 2017, pp. 368-384.
- Calo, R. & Rosenblat, A., "The Taking Economy: Uber, Information, and Power", in *Columbia Law Review*, 117(6), 2017, pp. 1623-1690, obtido de <https://columbialawreview.org/content/the-taking-economy-uber-information-and-power/>.
- Cao, D., "Regulation through Deregulation: Sharing Economy Companies Gaining Legitimacy by Circumventing Traditional Frameworks", in *Hastings Law Journal*, 68, 2017, p. 1085, obtido de https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol68/iss5/3.

Castillo, J. C., Knoepfle, D. T. & Weyl, E. G., "Surge Pricing Solves the Wild Goose Chases and How to Solve Them (January 10, 2022)", obtido de <https://ssrn.com/abstract=2890666>. doi: 10.2139/ssrn.2890666.

Cervero, R., Golub, A. & Nee, B., "City CarShare: Longer-Term Travel Demand and Car Ownership Impacts" (T. R. Academies, Ed.), in *Journal of the Transportation Research Record*, No. 1992, 2007, pp. 70-80, doi: 10.3141/1992-09.

Chawla, R., *Four Ways AirBnB Could Be Smarter About Pricing*, 2014, obtido de Forbes – online: <http://www.forbes.com/sites/rameetchawla/2014/11/07/fueled-fix-howAirBnB-should-unleash-market-pricing/>.

Chen, M. & Sheldon, M., "Dynamic pricing in a labor market: Surge pricing and the supply of Uber driver-partners", University of California (Los Angeles), *Working Paper*, 2015, obtido de <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/>.

Chen, T. & Kockelman, K., "Carsharing's life-cycle impacts on energy use and greenhouse gas emissions", in *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 47, 2016, 276-284. doi: 10.1016/j.trd.2016.05.012.

Cheng, M., "Sharing economy: A review and agenda for future research", in *International Journal of Hospitality Management*, 57, 2016, pp. 60-70, doi:10.1016/j.ijhm.2016.06.003.

Cherry, C. & Pidgeon, N., "Is sharing the solution? Exploring public acceptability of the sharing economy", in *Journal of Cleaner Production*, 195, 2018, pp. 939-948, doi: 10.1016/j.jclepro.2018.05.278.

Coase, R. H., "The nature of the firm", in *Economica, New Series*, 4(16), 1937, pp. 386-405.

Codagnone, C. & Martens, B., *Scoping the sharing economy: Origins, definitions, impact and regulatory issues*, Joint Research Centre (Seville site), Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper, 1, 2016, doi: 10.2139/ssrn.2783662.

Codagnone, C., Biagi, F. & Abadie, F., *The Passions and the Interests: Unpacking the 'Sharing Economy*, European Union: Institute for Prospective Technological Studies, JRC Science for Policy Report EUR 27914 EN, 2016, doi: 10.2791/474555.

Codagnone, C. & Martens, B., *Scoping the sharing economy: Origins, definitions, impact and regulatory issues*, Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper, 1, 2016, doi: 10.2139/ssrn.2783662.

Cohen, M. & Sundararajan, A., "Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy", in *University of Chicago Law Review Online*, 82(1), 2015, pp. 116-133, obtido de <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039>.

Cohen, P., Hahn, R., Hall, J. L. & Metcalfe, R., "Using Big Data to Estimate, consumer surplus: The case of Uber", in *NBER Working Paper Series*, 2016, obtido de <https://www.nber.org/papers/w22627.pdf>.

Comissão Europeia, *Uma agenda europeia para a economia colaborativa. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comitê das regiões*, Bruxelas: Comissão Europeia, 2016, obtido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016AE3545>.

Cui, R., Li, J. & Dennis, Z., "Reducing Discrimination with Reviews in the Sharing Economy: Evidence from Field Experiments on Airbnb", in *Management Science*, 66(3), 2020, doi: /10.1287/mnsc.2018.3273.

Cullen, Z. & Farronato, C., "Outsourcing Tasks Online: Matching Supply and Demand on Peer-to-Peer Internet Platforms", in *Management Science*, 67(7), 2021, 3985-4003, doi: 10.1287/mnsc.2020.3730.

Davidson, M. & Infranca, J., "The Sharing Economy as an Urban Phenomenon", in *Yale Law & Policy Review*, 34(2), 215-280, 2016, obtido de <https://ylpr.yale.edu/sharing-economy-urban-phenomenon>.

De Corniere, A. & Taylo, G., "Integration and Search Engine Bias", in *RAND Journal of Economics*, 45(3), 2014, pp. 576-597, doi: 10.1111/1756-2171.12063.

De Groen, W. P. & Maselli, I., *The impact of the Collaborative Economy on the Labour Market*, 2016, CEPS Special, obtido de https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2016/06/SR138CollaborativeEconomy_0.pdf.

Demary, V., *Competition in the sharing economy*, Institut der deutschen Wirtschaft (IW)/German Economic Institute (IW policy paper No. 19/2015), 2015, obtido de https://www.iwkoeln.de/fileadmin/publikationen/2015/235445/Sharing_Economy_Policy_Paper.pdf.

Dervis, K., *Is Uber a Threat to Democracy?*, 2015, obtido de Project Syndicate – online edition: <http://www.project-syndicate.org/commentary/uber-regulatory-challengesthreat-to-democracy-by-kemal-dervi-2015-07>.

Dervojeđa, K., Verzijl, D., Nagtegaal, F., Lengton, M. & Rouwmaat, E., *Accessibility Based Business Models for Peer-to-Peer Markets Case study no. 12*, Directorate-General for Enterprise and Industry. Brussels: European Commission, 2013, obtido de https://www.eukn.eu/fileadmin/Lib/files/EUKN/2014/12-she-accessibility-based-business-models-for-peer-to-peer-markets_en.pdf.

Dhanorkar, S., "Environmental Benefits of Internet-Enabled C2C Closed-Loop Supply Chains: A Quasi-Experimental Study of Craigslist", in *Management Science*, 65(2), 2019, doi:10.1287/mnsc.2017.2963.

Dredge, D. & Gyimoóthy, S., "Collaborative Economy and Tourism", in Dredge, D. & Gyimoóthy, S., *Collaborative economy and tourism: Perspectives, politics, policies and prospects*, Berlin: Springer, 2017, pp. 1-12, doi:10.1007/978-3-319-51799-5_1.

Dyal-Chand, R., "Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System", in *Tulane Law Review*, 90(2), 2015, pp. 241-309, obtido de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2743959>.

Eckhardt, G. & Bardhi, F., "The Sharing Economy Isn't About Sharing at All", in *Harvard Business Review*, 28(1), 2015, 881-898, obtido de <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all>.

Edelman, B., Luca, M. & Svirsky, D., "Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment", Harvard Business School, in *American economic journal: applied economics*, 2017, 9(2), 1-22, doi: 10.1257/app.20160213.

Edelman, B. & Damien, G., "Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like AirBnB and Uber?", in *Stanford Technology Law Review*, 19, 2016, 293-328, doi: 10.2139/ssrn.2658603.

Einav, L., Farronato, C. & Levin, J., "Peer-to-Peer Markets", in *Annual Review of Economics*, 8, 2016, pp. 615-635, doi:10.1146/annurev-economics-080315-015334.

Einav, L., Farronato, C., Levin, J. & Sundaresan, N., "Auctions versus posted prices in online markets", in *Journal of Political Economy*, 126(1), 2018, pp. 178-215, doi: doi.org/10.1086/695529.

Eliasz, K. & Spiegler, R., "A Simple Model of Search Engine Pricing", in *Economic Journal*, 121, 2011, F329-F339, doi:10.1111/j.1468-0297.2011.02467x.

Eljas-Taal, K., Kay, N., Porsch, L. & Svatikov, K., *A methodology for measuring the collaborative economy*, 2018, obtido de CEPR Policy Portal: <https://voxeu.org/article/methodology-measuring-collaborative-economy>.

European Commission, *Online platforms, Special Eurobarometer 447*, 2016, obtido de https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-24/ebs_447_en_16136.pdf.

_____, *The use of collaborative platforms. Flash Eurobarometer 438 Report*, 2016.

_____, *Exploratory Study of consumer issues in peer-to-peer platform markets*, 2017, obtido de https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=77704.

_____, *Flash Eurobarometer 467 – The use of the collaborative economy*, 2018.

Evans, D. & Schmalensee, R., "Markets with two-sided platforms", in *Issues in Competition Law and Policy (ABA Section of Antitrust Law)*, 1, 2008, pp. 667-693, obtido de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1094820>.

Fang, Z., Huang, L. & Wierman, A., "Prices and Subsidies in the Sharing Economy", in *Performance Evaluation*, 136, 2019, doi:10.1016/j.peva.2019.102037.

Farronato, C. & Fradkin, A., "The Welfare Effects of Peer Entry in the Accommodation Market: The Case of Airbnb", in *Ewing Marion Kauffman Foundation Research Paper Series*, 2018, doi:10.3386/w24361.

Filippas, A., Horton, J. J. & Golden, J. M., "Reputation Inflation", *Working paper*, 2020, obtido de <http://john-joseph-horton.com/papers/longrun.pdf>.

Filippas, A., Horton, J.J. & Zeckhauser, R.J., "Owning, Using, and Renting: Some Simple Economics of the «Sharing Economy»", in *Management Science*, 2020, doi:10.1287/mnsc.2019.3396.

Filippas, A. & Gramstad, A. R., "Model of Pricing in the Sharing Economy: Pricing Dynamics with Awareness-Generating Adoptions", in *Thirty Seventh International Conference on Information Systems*, Dublin, 2016, p. 17, obtido em <https://core.ac.uk/download/pdf/301370193.pdf>.

Fisman, R. & Luca, M., "Fixing Discrimination in Online Marketplaces", in *Harvard Business Review Home*, 94(12), 88-95, 2016, obtido de <https://hbr.org/2016/12/fixing-discrimination-in-online-marketplaces>.

Forde, M., Stuart, S., Joyce, L., Oliver, D., Valizade, G., Alberti, G., Hardy, K., Trappmann, V., Umney, C. & Carson, C., *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, 2017, obtido de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL_STU\(2017\)614184_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL_STU(2017)614184_EN.pdf).

Fradkin, A., "Search Frictions and the Design of Online Marketplaces", *Working Paper*, 2015, obtido de <https://pdfs.semanticscholar.org/5a86/fcb2b9b204a377f9a48baf338c48f8012f83.pdf>.

Fraiberger, S. & Sundararajan, A., "Peer-to-Peer Rental Markets in the Sharing Economy", in *New York: NYU Stern School of Business Research Paper*, 2015, obtido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2574337, doi: 10.2139/ssrn.

Friedman, Gerald, "Workers without employers: shadow corporations and the rise of the gig economy", in *Review of Keynesian Economics*, 2014, vol. 2(2), pp. 171-188, doi: 10.4337/roke.2014.02.03.

Frenken, K., "Political Economies and Environmental Futures for the Sharing Economy", in *Philosophical Transactions: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, 375(2095), 2017, doi:0.1098/rsta.2016.0367.

Frenken, K. & Schor, J., "Putting the sharing economy into perspective", in Mont O. (Ed.), *A Research Agenda for Sustainable Consumption Governance*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 121-135.

Gansky, L., *The mesh: Why the future of business is sharing*, New York: Portfolio Penguin, 2010.

Godlewska, M., "Competition Mechanisms in the Sharing Economy", in *e-mentor* (online), 80, 2019, pp. 51-57, doi:10.15219/em80.1423.

Goldman, J. & Liu, M., *It pays to compare. What's The Fare*, October de 2014, obtido de [whatsthefare: http://blog.whatsthefare.com/2014/10/it-pays-to-compare.html](http://blog.whatsthefare.com/2014/10/it-pays-to-compare.html).

Goldman, M. & Rao, J. M., *Misperception of Risk and Incentives by Experienced Agents*, 2014, obtido de <https://ssrn.com/abstract=2435551> . doi: /10.2139/ssrn.2435551.

Görög, G., "Definitions of Sharing Economy: A Systematic Literature Review", in *Management* (18544223), 13(2), 2018, pp. 175-189, doi:10.26493/1854-4231.13.175-189.

Gössling, S. & Hall, M. "Sharing versus collaborative economy: how to align ICT developments and the SDGs in tourism?", in *Journal of Sustainable Tourism*, 27(1), 2019, pp. 74-96, doi: 10.1080/09669582.2018.1560455.

Goudin, P., *The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy*, European Parliamentary Research Service, European Parliament, 2016, obtido de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU\(2016\)558777_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU(2016)558777_EN.pdf).

Gregory, L. & Zervas, G., *The Welfare Impact of Consumer Reviews: A Case Study of the Hotel Industry*, 2016, obtido de <https://economics.sas.upenn.edu/sites/default/files/filevault/u475/tawelfare.pdf>.

Gruszka, K., "Framing the collaborative economy – Voices of contestation", in *Environmental Innovation and Societal Transitions*, 23, 2017, pp. 92-104, doi: 10.1016/j.eist.2016.09.002.

Gurley, B., "A Deeper Look at Uber's Dynamic Pricing Model", in *The Crowd 8 [online]*, 2014, obtido de <http://abovethecrowd.com/2014/03/11/a-deeper-look-at-ubersdynamic->.

Hagiu, A. & Jullien, B., "Why do intermediaries divert search?", in *The RAND Journal of Economics*, 42(2), 2011, pp. 337-362, doi: 10.1111/j.1756-2171.2011.00136.x.

Hagiu, A. & Rothman, S., "Network Effects Aren't Enough", in *Harvard Business Review*, 2016, 94(4), pp. 64-71.

Hagiu, A. & Wright, J., "Do You Really Want to Be an eBay?", in *Harvard Business Review*, 91(3), 2013, pp. 102-108, obtido de <https://hbr.org/2013/03/do-you-really-want-to-be-an-ebay>.

Hall, J. V. & Krueger, A. B., "An Analysis of the Labor Market for Uber's Driver-Partners in the United States", in *ILR Review*, 71(10), 2018, doi: 10.1177/0019793917717222.

Hall, J., Kendrick, C. & Nosko, C., "The Effects of Uber's Surge Pricing: A Case Study", 2015, obtido de http://faculty.chicagobooth.edu/chris.nosko/research/effects_of_uber_s_surge_pricing.pdf.

Hamari, J., Sjöklint, M. & Ukkonen, A., "The sharing economy: Why people participate in collaborative consumption?", in *Journal of the association for information science and technology*, 67(9), 2016, pp. 2047-2059, doi: 10.1002/asi.23552.

Hatzopoulos, V. & Roma, S., "Caring for sharing? The collaborative economy under EU law", in *Common Market Law Review*, 54(1), 2017, pp. 81-127, doi: 10.1002/asi.23552.

Haucap, J. & Heimeshoff, U., "Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization?", in *International Economics and Economic Policy*, 2014, pp. 49-61, doi: 10.1007/s10368-013-0247-6.

Heinrichs, H., "Sharing economy: A potential new pathway to sustainability", in *GAIA – Ecological Perspectives for Science and Society*, 22(4), 2013, pp. 228-231, doi: 10.14512/gaia.22.4.5.

Helms, B., "La Economía Colaborativa y su capacidad para transformar el desarrollo en América Latina", in *Economía colaborativa en América Latina*, IE Business School, 2016, obtido de <http://bit.ly/2vP76jH>.

Horton, J., "Misdirected search effort in a matching market: Causes, consequences and a partial solution", in *Proceedings of the fifteenth ACM conference on Economics and computation*, ACM, 2014, pp. 357-357.

Hui, X., Saeedi, M., Shen, Z. & Sundaresan, N., "From Lemon Markets to Managed Markets: the Evolution of eBay's Reputation System", *Working Paper Ohio State Univ*, 2014, obtido de <https://www.semanticscholar.org/paper/From-Lemon-Markets-to-Managed-Markets%3A-The-of-Hui-Saeedi/08c41b5c4650804d5c09b5ea5ac8949f16ffd51f>.

Huws, U., Spencer, N., Syrdal, D. & Holts, K., *Work in the European Gig Economy*, FEPS, Uni Europa and Hertfordshire Business School, 2017.

Jenk, J., "Theory meets practice in the taxi industry: Coase and Uber", in *Raktas Working Paper series*, 2015, obtido de <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/id/eprint/63206>.

Johari, R., Light, B. & Weintraub, G., *Quality Selection in Two-Sided Markets: A Constrained Price Discrimination Approach*, arXiv:1912.02251: Working paper, 2019, obtido de <https://arxiv.org/pdf/1912.02251.pdf>.

Ke, Q., "Service Providers of the Sharing Economy: Who Joins and Who Benefits?", in *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, Article No. 57, 2017, doi:/10.1145/3134692.

Keymolen, E., "Trust and technology in collaborative consumption", in Kosta, A. & R. Leenes, *Bridging distances in technology and regulation*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2013, pp. 135-150, obtido de <https://pure.uvt.nl/ws/ff>.

Koopman, C., Mitchell, M. & Thierer, A., "The Sharing Economy: Issues Facing Platforms, Participants, and Regulators", in *Sharing Economy Workshop, Project No. P15-1200*, Commission, Agency: Federal Trade, 2015, obtido de https://www.ftc.gov/es/system/files/documents/public_comments/2015/05/01635-96127.pdf.

_____, "The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change", in *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, 8(2), 2015, pp. 529-540.

Kreiczer-Levy, S., "The Rise of the Access Economy", in *Destabilized Property: Property Law in the Sharing Economy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 60-77, doi:10.1017/9781108566605.004.

Lamberton, C. P. & Randall, R., "When is ours better than mine? a framework for understanding and altering participation in commercial sharing systems", in *Journal of Marketing*, 76(4), 2012, pp. 109-125, doi:10.1509/jm.10.0368

Le Monde, Joseph Stiglitz, "L'Union européenne est en train de détruire son avenir", in *Le Monde/Marie Charrel*, 1 de setembro de 2015, obtido de https://www.lemonde.fr/economie/article/2015/09/01/joseph-stiglitz-l-union-europeenne-est-en-train-de-detruire-son-futur_4742246_3234.html.

Lessig, L., *Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Bloomsbury Academic, 2008.

Li, J. & Netessine, S., "Market thickness and matching (in)efficiency: evidence from a quasi-experiment. (A. A. University of Michigan, Ed.)", in *Ross School of Business*, 2018, doi:10.2139/ssrn.3041960.

Li, J., Moreno, A. & Zhang, D. J., "Pros vs joes: Agent pricing behavior in the sharing economy", in *Ross School of Business*, Paper No. 1298, 2016, obtido de <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=53232>.

Liu, M., Brynjolfsson, E. & Dowlatabadi, J., "Do Digital Platforms Reduce Moral Hazard? The Case of Uber and Taxis", in *Management Science*, 67(8), 2021, 4665-4685, doi: 10.1287/mnsc.2020.3721.

Lougher, G. & Kalmanowicz, S., "Competition Law in the Sharing Economy", in *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(2), 2016, pp. 87-102, doi:10.1093/jeclap/lpv086.

Malhotra, A. & Van Alstyne, M., "The Dark Side of the Sharing Economy... and how to lighten it", in *Communications of the ACM*, 57(11), 2014, pp. 24-27, doi:10.1145/2668893.

Martin, C., "The sharing economy: A pathway to sustainability or a nightmarish form of neoliberal capitalism?", in *Ecological economics*, 121, 2016, pp. 149-159, doi:10.1016/j.ecolecon.2015.11.027.

Martin, E. W. & Shaheen, S. A., *Greenhouse Gas Impacts of Car Sharing in North America*, Mineta Transportation Report 09-11, 2010, obtido de <http://innovativemobility.org/wp-content/uploads/2015/03/Greenhouse-Gas-Emission-Impacts-of-Carsharing-in-North-America-publication.pdf>.

Matzner, M., Chasin, F. & Todenhöfe, L., "To Share or Not to Share: Towards Understanding the Antecedents of Participation in It-Enabled Sharing Services", in *ECIS*, 2015.

McGill, J. & Van Ryzin, G., "Revenue management: Research overview and prospects", in *Transportation science*, 33(2), 1999, pp. 233-256, doi:10.1287/trsc.33.2.233.

McGinnis, J., "The sharing economy as an equalizing economy", in *Notre Dame Law Review*, 94(1), 2018, pp. 329-369.

McLaren, D. & Agyeman, J., *Sharing cities: a case for truly smart and sustainable cities*, MIT press, 2015.

Meyer, A. G., *Pricing mechanisms in peer-to-peer online creditmarkets*, Ph.D. Dissertation, Stanford University, 2015.

Migai, C., de Jong, J. & Owens, J., "The sharing economy: turning challenges into compliance opportunities for tax administrations", in *eJournal of Tax Research*, 16(3), 2018, pp. 395-424.

Millard-Ball, A. M. & Burkhardt, J., *Carsharing: Where and How it Succeeds*, Transportation Research Board of the National, 2005, doi:10.17226/13559.

Möhlmann, M., "Collaborative consumption: determinants of satisfaction and the likelihood of using a sharing economy option again", in *Journal of Consumer Behaviour*, 14(3), 2015, pp. 193-207, doi:10.1002/cb.1512.

Muñoz, P. & Cohen, B., "Mapping out the sharing economy: A configurational approach to sharing business modeling", in *Technological forecasting and social change*, 125, 2017, pp. 21-37, doi: 0.1016/j.techfore.2017.03.035.

Newlands, G., Lutz, C. & Fieseler, C., "Navigating Peer-to-Peer Pricing in the Sharing Economy", in *SSRN Electronic Journal*, 2018, doi:10.2139/ssrn.3116954.

Nielsen, *Is sharing the new buying ? Reputation and trust are emerging as new currencies*, 2014, obtido de <https://www.nielsen.com/wp-content/uploads/sites/3/2019/04/global-share-community-report-may-2014.pdf>.

Nosko, C. & Tadelis, S., "The Limits of Reputation in Platform Markets: An Empirical Analysis and Field Experiment", in *NBER Working paper 20830*, 2015, obtido de <http://www.nber.org/papers/w20830>.

Official Norwegian Report (NOU), *Sharing Economy-Opportunities and Challenges, Chapter: 1 [Online]*, 2017, obtido de https://www.regjeringen.no/contentassets/1b21cafe73c4b45b63850bd83ba4fb4/engb/sved/nou_2017-4_chapter_1.pdf.

Owyang, J., *The Collaborative Economy is for Business to Business*, 22 de junho de 2014, obtido de *web-strategist*: <https://web-strategist.com/blog/2014/06/02/collaborative-economy-business-to-business-moves-in/>.

Parlamento Europeu, *Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de junho de 2017, sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa (2017/2003(INI))*. P8_TA(2017)027, 2017, obtido de https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_PT.pdf.

Pavlov, V. & Berman, R., "Price Manipulation in Peer-to-Peer Markets and the Sharing Economy" (N. Institute, Ed.), *Working Papers 19-10*, 2019, obtido de <https://ssrn.com/abstract=3468447>, doi:10.2139/ssrn.3468447.

Petropoulos, G., *An economic review of the collaborative economy*, Bruegel, Brussels: Bruegel Policy Contribution No. 2017/5, 2017, obtido em <https://www.bruegel.org/2017/02/an-economic-review-of-the-collaborative-economy/>.

Popper, B., "Ubersurge pricing: sound economic theory, bad business practice", in *The Verge*, 2013, obtido de <http://www.theverge.com/2013/12/18/5221428/uber-surge-pricing-vs-price-gouging-law>.

PWC, *The Sharing Economy*, PricewaterhouseCoopers, 2015, obtido de <https://www.pwc.com/us/en/technology/publications/assets/pwc-consumer-intelligenceseries-the-sharing-economy.pdf>.

Rahim, N., Lapanjuuri, K., Day, F., Piggott, H., Hudson, R. & Lubian, K., *Research on the Sharing Economy*, HM Revenue and Customs: London, UK, 2017.

Ramirez, E., Ohlhausen, M. & McSweeney, T., *The "Sharing" Economy Issues Facing Platforms, Participants & Regulators*, A Federal Trade Commission Staff Report, 2016, obtido de 2020 de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/658728/HMRC_Report_453_Sharing_Economy.pdf.

Rauch, D. & Schleicher, D., "Like Uber, But for Local Governmental Policy: The Future of Local Regulation of the 'Sharing Economy'", in *Ohio State Law Journal*, 76(4), 901-964.

Reich, R. B., *ReCoding Good: Part 2*, 13 de fevereiro de 2012, obtido de Stan. Soc Innovation Rev. Blog, http://www.ssireview.org/blog/entry/recoding_good_part_2.

Resnick, P. & Varian, H., "Recommender Systems", in *Communications of the ACM*, 40(3), 1997, pp. 56-58, doi:10.1145/245108.245121.

Rifkin, J., *The Zero Marginal Cost Society: The internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism*, New York, NY, USA: 1st ed., Palgrave Macmillan, 2014.

Rochet, J. C. & Tirole, J., "Platform Competition in Two-Sided markets", in *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 2003, pp. 990-1029, doi: 10.1162/154247603322493212.

Rooij, P. V., *Business and Pricing Strategies in Online Sharing Platforms*, Master Thesis, Tilburg University, 2018.

Salcedo, A., Todd, S. & Tertilt, M., "Families as roommates: Changes in US household size from 1850 to 2000", in *Quantitative Economics*, 3(1), 2012, pp. 133-175, doi:10.3982/QE76.

Schmalensee, R. & Evans, D., "Industrial organization of markets with two-sided platforms", in *Competition Policy International*, 3(1), 2007, pp. 151-179, obtido de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=987341>.

Schor, J., *Debating the Sharing Economy*, 2016, obtido de Great Transition Initiative: <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>.

_____, "Does the sharing economy increase inequality within the eighty percent? Findings from a qualitative study of platform providers", in *Cambridge Journal of Regions, Economy & Society*, 10(2), 2017, pp. 263-279, doi:10.1093/cjres/rsw047.

Schor, J. & Attwood-Charles, W., "The «sharing» economy: labor, inequality, and social connection on for-profit platforms", in *Sociology Compass*, 11(8), 2017, e12493, doi: 10.1111/soc4.12493.

Schor, J. & Fitzmaurice, C., "Collaborating and connecting: the emergence of the sharing economy", in L. A. Reisch, *Handbook of research on sustainable consumption*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 410-425, doi: 10.4337/9781783471270.

Schure, J., Napolitan, F. & Hutchinson, R., "Cumulative Impacts of Carsharing and Unbundled Parking on Vehicle Ownership and Mode Choice", in *Transportation Research Record*, 2012, 2319(1), 96-104, doi: 10.3141/2319-11.

Segato, G., *The sharing economy*, Università degli Studi di Padova, 2016, obtido de http://tesi.cab.unipd.it/51835/1/Segato_Gianluca.pdf.

Shaheen, S. A., Cohen, A. P. & Chung, M., "North American Carsharing: 10-Year Retrospective", in *Journal of the Transportation Research Board*, 210, 2011, pp. 35-44, doi: 10.3141/2110-05.

- Shapiro, C. & Varian, H. R., "Information of Rules-a Strategic Guide To the Network Economy", in *Harvard Business School Press*, 53(9), 1999, pp. 1-351.
- Shy, O., *The economics of network industries*, Cambridge: UK: Cambridge University Press, 2001.
- Smart, R., Rowe, B., Hawken, A., Kleiman, M., Mladenovic, N., Gehred, P. & Manning, C., *Faster and Cheaper: How Ride-Sourcing Fills a Gap in Low-Income Los Angeles Neighborhoods*, BOTEC Analysis Corp, 2015.
- Smichowski, B., *Data as a common in the sharing economy: a general policy proposal*, 2016, hal-01386644, obtido de <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01386644/document>.
- Srincek, N., *Platform Capitalism*, Polity Press, Malden, MA, 2016.
- Steven, T. & Zettelmeyer, F., "Information Disclosure as a Matching Mechanism: Theory and Evidence from a Field Experiment", in *American Economic Review*, 105(2), 2015, pp. 886-905, doi:10.1257/aer.20110753.
- Stokes, K., Clarence, E., Anderson, L. & Rinne, A., "Making sense of the UK collaborative economy", in *NESTA*, 2014, obtido de <http://bit.ly/1Os7CnR>.
- Stuart, B. & Mattsson, J., "Understanding current and future issues in collaborative consumption: A four-stage Delphi study", in *Technological Forecasting and Social Change*, 104, 2016, pp. 200-211, doi:10.1016/j.techfore.2016.01.006.
- Sundararajan, A., "Peer-to-peer businesses and the sharing (collaborative) economy: Overview, economic effects and regulatory issues", *Written testimony for the hearing titled The Power of Connection: Peer to Peer Businesses*, held by the committee on small businesses of the U.S. House of Representatives, 09/15/2014, obtido em <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-113hhrg86266/html/CHRG-113hhrg86266.htm>.
- Thierer, A., Koopman, C., Hobson, A. & Kuiper, C., "How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the 'Lemons Problem'", in *University of Miami Law Review*, 70(3), 2016, p. 830, obtido de <http://repository.law.miami.edu/umlr/vol70/iss3/6>.
- Tussyadiah, I., "An Exploratory Study on Drivers and Deterrents of Collaborative Consumption", in *Travel, Information and Communication Technologies Tourism. S*, 2015, pp- 817-830, obtido de <https://www.tussyadiah.com/ENTER2015-Tussyadiah.pdf>.
- Vaughan, R. & Daverio, R., *Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe*. European Union, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Brussels: Publications Office of the European Union, 2016, obtido de <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2acb7619-b544-11e7-837e-01aa75ed71a1>.
- Vellodi, N., "Ratings Design and Barriers to Entry", *Working paper*, Department of Economics, Princeton University and Paris School of Economics (PSE), 2020, obtido de <https://ideas.repec.org/p/net/wpaper/18-13.html>.

Wallsten, S., *The Competitive Effects of the Sharing Economy: How is Uber Changing Taxis?*, New York Technology Policy Institute, 2015, obtido de https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2015/06/01912-96334.pdf.

Weber, T. A., "The Question of Ownership in a Sharing Economy", in *48th Hawaii International Conference on System Sciences*, Kauai, HI, 2015, doi: 10.1109/HICSS.2015.578.

Wirtz, J., So, F. K., Mody, M., Liu, S. & Chun, H., "Platforms in the peer-to-peer sharing economy", in *Journal of Service Management*, 30(4), 2019, pp. 452-483, doi: 10.1108/JOSM-11-2018-0369.

Wright, J., "One-sided Logic in Two-sided Markets", in *Review of Network Economics*, 3(1), 2004, pp. 44-64, doi: 10.2202/1446-9022.1042.

Yaraghi, N. & Ravi, S., *The Current and Future State of the Sharing Economy*, India: Brookings India IMPACT Series No. 032017, 2017, obtido de https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/12/sharingeconomy_032017final.pdf.

Zervas, G., Proserpio, D. & Byers, J., "A First Look at Online Reputation on Airbnb, Where Every Stay is Above Average", in *Marketing Letters*, 32(1), 2021, 1-16, doi: 10.1007/s11002-020-09546-4.

_____, "The Rise of the Sharing Economy: Estimating the Impact of AirBnB on the Hotel Industry", in *Journal of marketing research*, 2017, 54(5), 687-705, doi: 10.1509/jmr.15.0204.

Enquadramento político-internacional da economia colaborativa

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.2>

Anabela Susana de Sousa Gonçalves*

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho, Investigadora do JusGov (E-Tec).

Resumo: A economia colaborativa assenta em formas de intercâmbio de bens e serviços, que têm por base plataformas digitais e constitui um dos elementos característicos da economia do século XXI. Sendo um fenómeno em rápida expansão que permite um crescimento mais sustentável das economias dos Estados, a verdade é que é uma realidade que coloca desafios regulatórios significativos para os Estados. Há um equilíbrio político e legislativo difícil entre, por um lado, a necessidade de regulamentação do sector para proteção dos consumidores, dos trabalhadores, da concorrência, de um funcionamento saudável do mercado e, por outro lado, a necessidade de não asfixiar as atividades que integram a economia colaborativa, que por definição é uma economia aberta, e de não travar o seu desenvolvimento. São estes desafios que são colocados aos Estados que vamos brevemente analisar e as opções de regulamentação de que estes dispõem.

Palavras-chave: Economia colaborativa – regimes de regulamentação nacionais – regimes de regulamentação internacionais uniformes.

Sumário: **1.** Economia colaborativa. **2.** Plataformas colaborativas e modelos de regulamentação. **3.** Desafios internacionais para os regimes de regulamentação. Referências.

Abstract: Sharing economy is grounded on exchange of goods and services based on digital platforms and it constitutes one of the characteristic elements of the 21st century economy. Being a fast-growing phenomenon that allows for more sustainable development of the States economies, the truth is that sharing economy poses significant regulatory challenges for the States. There is a political and a legislative difficult balance between, on the one hand, the need to regulate the sector to protect consumers, workers, competition, healthy market functioning and, on the other hand, the need not to asphyxiate the activities that integrate the sharing economy, which by definition is an open economy, and not to hinder its development. These are the challenges faced by the States that we will be briefly analysing as well as their regulatory options.

Keywords: Sharing economy – collaborative platforms – national regulatory systems – uniform international regulatory systems.

Summary: **1.** Sharing economy. **2.** Collaborative platforms and regulatory systems. **3.** International challenges for regulatory systems. References.

1. Economia colaborativa

A economia colaborativa assume várias designações por parte da doutrina especializada: *sharing economy*, *platform economy*, *peer platform markets*, *crowd based capitalism*, *crowdwork*, *the gig economy*¹. Independentemente da designação, a economia colaborativa baseia-se em formas de intercâmbios de bens e serviços, que têm por base uma plataforma digital. Podemos dizer que esta economia digital é um dos elementos característicos da economia do século XXI e permite racionalizar o uso de bens e serviços, pela partilha dos mesmos e pela reutilização de bens que, de outra forma, seriam desaproveitados. Socialmente, há, por isso, inerente à economia colaborativa uma ideia de sustentabilidade, de preservação ambiental e de reaproveitamento de recursos que justifica o sucesso das várias vertentes em que se concretiza. Em resultado, por parte dos usuários da economia colaborativa verifica-se uma desvalorização da propriedade dos bens, em benefício do gozo dos mesmos. Além da otimização na utilização dos bens ou na prestação de serviços, economicamente, a economia colaborativa permite que os proprietários dos bens ou prestadores de serviços retirem rendimentos dos produtos ou serviços que estão a partilhar e que de outra forma não existiriam de todo, ou não com a mesma expressão, gerando ganhos económicos significativos. Para os utilizadores dos produtos ou serviços também permite uma poupança significativa. Além disso, na economia colaborativa há um aproveitamento da evolução tecnológica e do desenvolvimento digital, que permite que as pessoas possam estar em constante contacto digital, através de computadores, *smartphones*, *smartwatches*... Neste sentido, podemos dizer que a economia colaborativa tem uma matriz económico-social e tecnológica².

Interessa, em seguida, identificar os atores da economia colaborativa e quais as suas características principais. Quanto aos atores, temos, de um lado, os prestadores de serviços, que podem ser pessoas singulares ou coletivas que, de forma mais ou menos profissional, disponibilizam para partilha bens, tempo ou serviços, gratuita ou onerosamente. No outro extremo, temos os utilizadores que podem ser pessoas singulares ou coletivas e que

1 Makela, Finn; McKee, Derek; Scassa, Teresa, "Introduction: The «Sharing Economy» through the Lens of Law", in *Law and the "Sharing Economy"* (Coord.: Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa, Sabrina Tremblay-Huet), University of Ottawa Press, Canada, 2018, p. 4.

2 Pagès i Galtès, Joan, "Análisis fiscal de los aspectos conceptuales de la economía colaborativa en sentido estricto", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 203.

são os beneficiários finais do serviço ou do recurso partilhado. A ligar estes dois atores temos os intermediários, que facilitam as trocas de bens, serviços e informações entre os prestadores de serviços e os utilizadores, de forma gratuita ou onerosa (plataformas colaborativas).

Vários autores relacionam o desenvolvimento da economia colaborativa com as situações de crise económica que assolaram o início do século XXI e que forçaram a procura de novos meios de rendimentos e de técnicas de redução de custos, através de um melhor aproveitamento de bens e serviços³. A verdade é que a expansão desta realidade nos últimos anos é assinalável. Um relatório produzido para a Comissão Europeia, de 2016, analisou cinco sectores-chave da economia colaborativa na União Europeia (UE): alojamento local, partilha de transporte, serviços domésticos, serviços profissionais (administração, consultoria e contabilidade) e serviços financeiros colaborativos. Neste estudo, chegou-se à conclusão de que, em 2015, a economia colaborativa gerava uma receita de cerca de 4 mil milhões de euros, na União, e facilitava transações no valor de cerca de 28 mil milhões de euros⁴. Na altura, apuraram-se a existência de cerca de 275 plataformas colaborativas em nove Estados-Membros, assinalando-se que era um sector com forte potencial expansivo e sendo estimado que, em 2025, o sector gerará uma rentabilidade de 335 milhões de dólares⁵. Isto significa que este sector pode contribuir para o crescimento da competitividade da economia dos Estados, para o aumento de novas oportunidades de trabalho e oportunidades de trabalho mais flexíveis, para o surgimento de novas fontes de rendimento. Para os consumidores implica o surgimento de mais oportunidades de escolha e com menores custos. No final, teremos um crescimento mais sustentável das economias.

São várias as definições que encontramos de economia colaborativa⁶. A Comissão Europeia define-a como os «modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que

3 Valle Baudino, Paola del, "Economía colaborativa en el marco de las asociaciones sin ánimo de lucro", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquiza Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 308.

4 Vaughan, Robert; Daverio, Raphael, *Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe*, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (European Commission), PWC, Luxemburgo, 2017, p. 7, consultado em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2acb7619-b544-11e7-837e-01aa75ed71a1>, em 01.06.2020.

5 *Idem, ibidem*.

6 Basselier, R.; Langenus, G.; Walravens, L., "The rise of the sharing economy", in *NBB Economic Review*, iii, 2018, pp. 57-59.

criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares»⁷. A doutrina vai apontando várias características comuns às atividades da economia colaborativa⁸, das quais salientamos como mais identificativas: a interconexão de um grande número de pessoas, meios e recursos através de vias digitais; a partilha, a reutilização e a redistribuição de bens e serviços; a relação de confiança estabelecida entre os intervenientes e a construção de uma comunidade em torno do serviço; a natureza aberta e potencialmente global, unindo facilmente atores distribuídos por vários Estados.

No funcionamento das atividades da economia colaborativa, as redes sociais também desempenham um papel fundamental, pois, além da divulgação do serviço, permitem que os utilizadores do mesmo partilhem as suas experiências, multiplicando a projeção do serviço e a publicidade feita pelos próprios utilizadores. Há inclusive notícias de empresas que operam no mercado da economia colaborativa e que utilizam diversas redes sociais para aferir a confiança dos utilizadores nos seus serviços, como é o caso do *Blablacar* ou do *Airbnb*⁹.

2. Plataformas colaborativas e modelos de regulamentação

O elemento tecnológico é um fator estratégico para o desenvolvimento das mais recentes concretizações da economia colaborativa, ainda que não seja o único. As plataformas digitais, as aplicações, os dispositivos móveis facilitam o contacto permanente entre os intervenientes da economia colaborativa, permitindo o intercâmbio de bens e serviços através de uma comunicação rápida, da disponibilização de informações instantâneas e possibilitando a tomada célere de decisões. Adicionalmente, há certas

7 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 02.06.2016, p. 3, consultada em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/COM-2016-356-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>, em 01.06.2020. Numa posição muito próxima, v. a posição do Parlamento Europeu: *Relatório sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, A8-0195/2017, 11.05.2017, p. 17, consultado em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_PT.pdf, em 01.06.2020.

8 Makela, Finn; McKee, Derek; Scassa, Teresa, *op. cit.*, p. 5; Marín Anglada, Quico; Hernández Lara, Ana Beatriz, “Descripción de un caso real de economía colaborativa en el sector cultural: eventtrade”, in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 364; Pagès i Galtès, Joan, *op. cit.*, pp. 201-202; Valle Baudino, Paola del, *op. cit.*, pp. 307-308.

9 De acordo com informação consultada em Marín Anglada, Quico; Hernández Lara, Ana Beatriz, *op. cit.*, p. 366.

plataformas digitais que utilizam a internet para agregar e comparar serviços, colocando a informação ao dispor dos consumidores, em várias áreas, desde o alojamento, a restauração, o transporte, entre outros. Esta comparação também tem vindo a evoluir e o consumidor não encontra apenas o preço dos serviços, mas também outras características, como, por exemplo, no caso do alojamento, a limpeza, a segurança, a centralidade do local, o conforto... Assim, o utilizador pode fazer a escolha em função das características que pretender valorizar.

Podemos, por isso, dizer que a plataforma digital, como meio de partilha de bens e serviços, é um elemento essencial da economia colaborativa, mas a sua configuração específica varia em função das atividades em causa. Em função da sua configuração varia também o seu modelo de regulamentação. Por exemplo, podemos ter plataformas colaborativas que «[p]restam um serviço da sociedade da informação desde que dispensem um serviço normalmente prestado contra remuneração, à distância, por via eletrónica e na sequência de um pedido individual do destinatário dos serviços»¹⁰, desempenhando um papel de mero intermediário. Nesse caso, o art. 4.º da *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* (Diretiva sobre o Comércio Eletrónico) não permite que a atividade de prestador de serviços da sociedade da informação seja sujeita a autorização prévia ou outro requisito de efeito equivalente. Todavia, a plataforma pode ser o próprio prestador do serviço, ou ter uma influência ou controlo significativos sobre o prestador de serviços (sendo considerada prestadora de serviços subjacentes). Neste caso e de acordo com a Comissão Europeia, «as plataformas colaborativas poderiam estar sujeitas aos requisitos do regulamento setorial pertinente, incluindo os relativos à autorização e ao licenciamento geralmente aplicáveis aos prestadores de serviços, nas condições enunciadas nas secções precedentes»¹¹.

A distinção das situações dependerá de uma avaliação casuística, em que se recomenda a avaliação: da influência da plataforma sobre o preço final (se fixa o preço ou apenas estabelece uma recomendação de preço); outras exigências contratuais essenciais (como as condições de prestação do serviço, a seleção do prestador dos serviços, o controlo do serviço prestado);

10 Comissão Europeia, *op. cit.*, p. 6.

11 *Idem, ibidem.*

a propriedade dos ativos¹². A distinção deste tipo de plataformas colaborativas imporá, como verificamos analisando a legislação da União Europeia, modelos de regulamentação diferentes e, no caso das plataformas colaborativas prestadoras de serviços subjacentes, modelos legislativos diferentes em cada Estado-Membro.

Além disso, na classificação das atividades em causa é ainda necessário fazer outra distinção, que justificará modelos de regulamentação diferentes: a atividade através da plataforma colaborativa pode ser regular e profissional; ou, pelo contrário, pode ser uma atividade ocasional, com uma natureza não profissional. Esta distinção imporá que os Estados possam desenhar critérios para distinguir a atividade profissional da atividade ocasional¹³.

3. Desafios internacionais para os regimes de regulamentação

Podemos considerar, atualmente, a economia colaborativa como um sector importante das economias dos Estados. No relatório produzido para a Comissão Europeia, já referido, a economia colaborativa é considerada uma oportunidade de desenvolvimento sustentável para os Estados, mas também uma realidade que coloca desafios regulatórios significativos¹⁴. Por isso, é proposta uma regulação política e legislativa que tenha em consideração, por um lado, os direitos e expectativas dos consumidores e, por outro, a necessidade de competitividade, inovação e crescimento, inerentes a este sector¹⁵. Isso significa que há um equilíbrio político e legislativo difícil entre, por um lado, a necessidade de regulamentação do sector para proteção dos consumidores, dos trabalhadores, da concorrência, de um funcionamento saudável do mercado e, por outro lado, a necessidade de não asfixiar as atividades que integram a economia colaborativa, que, por definição, é uma economia aberta, e de não travar o seu desenvolvimento.

Neste equilíbrio, é preciso também considerar os interesses das atividades tradicionais, muitas delas sujeitas a requisitos de acesso ao mercado: como licenças profissionais e autorizações dependentes de certos requisitos que variam em função do sector de atividade. Com frequência, estabelece-se

12 Para mais pormenor, v. *idem, ibidem*, p. 7.

13 Como recomendado pela Comissão Europeia: *op. cit.*, p. 8.

14 Vaughan, Robert; Daverio, Raphael, *op. cit.*, p. 7.

15 *Idem, ibidem*, p. 8.

uma concorrência entre as atividades da economia colaborativa e as atividades tradicionais. Por exemplo, a *Uber* compete com os taxistas; a *Airbnb* com os hotéis. Ora, é necessário ponderar se se justifica a aplicação dos requisitos presentes em certa legislação sectorial, e que foram pensados para o exercício tradicional dessas mesmas atividades, para as atividades da economia colaborativa, tendo em conta as finalidades «(...) de interesse público: a proteção dos turistas; garantir a segurança pública; combater a evasão fiscal; garantir condições de concorrência equitativas; proteção da saúde pública e imperativos de segurança alimentar; remediar a escassez de habitação a preços comportáveis para os cidadãos, etc.»¹⁶.

Se, por um lado, pode ser justificável aplicar às atividades da economia colaborativa os mesmos requisitos de acesso ao mercado a que estão sujeitas as atividades tradicionais, a verdade é que também pode suceder o inverso. Em resultado do surgimento de novos modelos de prestação de serviços, os Estados podem fazer uma análise do mercado e, para promover uma concorrência mais saudável, aligeirar os requisitos de acesso ao mercado para as atividades tradicionais (mantendo as mesmas exigências para ambos os tipos de atividades).

Na regulamentação destas atividades da economia colaborativa, outra dificuldade se levanta: a natureza aberta e global da economia colaborativa, que é uma das características que define a sua matriz. De facto, esta alteração do modelo de economia tradicional permite ultrapassar as fronteiras dos Estados e aproveitar bens e serviços de todo o mundo. É um modelo de economia que se serve da globalização e que ela própria gera mais globalização.

Podemos elencar vários exemplos de sucesso deste sector que desenvolvem a sua atividade em vários países. Um exemplo é a *Airbnb*, plataforma *online* de alojamento local, criada em 2008 nos Estados Unidos da América e que, em 2016, operava em 191 países em todo o mundo, com cerca de 2 milhões de propriedades listadas¹⁷. Outro exemplo conhecido é a *Blablacar*, plataforma *online* de partilha de boleias para longas distâncias, criada em França em 2006, que, em 2016, operava em 22 países e que, entre 2011 e 2015, teve um aumento de utilizadores de 1 milhão para 25 milhões¹⁸. Um terceiro exemplo célebre é a *Uber* que, em 2020, está presente em

16 *Idem, ibidem*, p. 4.

17 De acordo com a informação presente em Vaughan, Robert; Daverio, Raphael, *op. cit.*, p. 25.

18 *Idem, ibidem*, p. 26.

65 países e 600 cidades em todo o mundo e foi fundada nos Estados Unidos da América¹⁹.

Ora, é certo que estas empresas transnacionais escolhem os países em que vão atuar em função daqueles que têm uma regulamentação mais favorável das suas atividades, naquilo que comumente é designado por *law shopping*. Como são atividades com um impacto económico significativamente positivo para os Estados, e a que os utilizadores aderem instantaneamente porque já conhecem as atividades destas plataformas noutros países (já que a publicidade geralmente faz-se *online* pelos próprios utilizadores, através de redes sociais, entre outras), muitas vezes, gera-se um certo fenómeno de concorrência legislativa entre os Estados.

Face a esta realidade, há duas opções legislativas: ou segmentar as atividades entre os Estados, sujeitando-as às opções legislativas e regulamentares nacionais; ou sujeitá-las a um regime de regulamentação internacional uniforme, através de convenções multilaterais ou acordos bilaterais entre Estados²⁰ ou pela sua regulamentação em espaços regionais integrados, como é o caso da União Europeia.

A opção de sujeitar as plataformas colaborativas que operam no mercado internacional à lei e regulamentação nacional de cada um dos Estados onde operam é a opção mais fácil. Todavia, a regulamentação nacional destas plataformas colaborativas que desenvolvem atividades transnacionais em vários Estados apresenta fragilidades. Por um lado, face a plataformas colaborativas que operam no mercado internacional e que têm a confiança e preferência de uma faixa alargada de utilizadores nacionais, os governos nacionais ficam sujeitos a pressões políticas. Estamos perante gigantes económicos e mediáticos que tentam condicionar as opções legislativas, de regulamentação, dos Estados. Há notícias de, por vezes, estas plataformas colaborativas, usando a sua influência e dimensão económicas, violarem sistematicamente a regulamentação nacional para forçar a redução das suas obrigações legais em certos Estados²¹. Adicionalmente, vão retirando vantagens económicas da violação das suas obrigações legais, por vezes

19 Segundo informações presentes em <https://www.businessofapps.com/data/uber-statistics/>, consultado em 01.06.2020, e <https://www.uber.com/newsroom/history/>, em 01.06.2020.

20 Makela, Finn; Mckee, Derek; Scassa, Teresa, *op. cit.*, p. 9.

21 Referindo-se especificamente ao exemplo da *Uber* no Canadá, v. Valverde, Mariana, "Urban Cowboy E-Capitalism Meets Dysfunctional Municipal Policy-Making: What the Uber Story Tells Us about Canadian Local Governance", in *Law and the "Sharing Economy"* (Coord.: Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa, Sabrina Tremblay-Huet), University of Ottawa Press, Canada, 2018, p. 201.

invocando a dificuldade do enquadramento legal da sua atividade, em prejuízo dos operadores tradicionais, em relação aos quais existem estruturas de fiscalização mais sedimentadas²². Em consequência, frequentemente, e sob pressão dos próprios utilizadores, os Estados respondem com a flexibilização dos requisitos de acesso ao mercado e com a legalização de certos procedimentos, que antes não eram legais ou colocavam dúvidas²³.

Além disso, como referimos *supra*, por vezes existe por parte dos Estados alguma dificuldade em enquadrar as atividades destas plataformas colaborativas nas categorias tradicionais de mercado. Um dos exemplos mais debatidos em todo o mundo é a definição da atividade da *Uber*: é uma mera plataforma colaborativa que presta um serviço da sociedade da informação, servindo como intermediária; ou é uma empresa cuja atividade comercial é o transporte de passageiros? Mesmo dentro da União Europeia, em que os Estados têm realidades legislativas mais próximas, existiam divergências entre os Estados-Membros quanto ao enquadramento legislativo da atividade da referida empresa. Os Países Baixos e a Irlanda, seguindo a posição da *Uber*, consideravam-na uma plataforma intermediária que prestava um serviço da sociedade da informação; outros Estados-Membros, como a Espanha, a Itália, a França, a Bélgica e a Dinamarca, consideravam-na uma empresa de transportes²⁴. Ora, esta dificuldade de enquadramento legislativo das atividades desta empresa específica, e das plataformas colaborativas em geral, multiplica-se em todo o mundo. Por exemplo, em Taiwan, a *Uber* está registada como uma empresa da sociedade da informação e não como uma empresa de transportes²⁵.

A complexidade do enquadramento legislativo aumenta as dificuldades de regulamentação destas atividades e permite que as plataformas colaborativas que operam no mercado internacional retirem vantagens competitivas das diferenças legislativas dos vários Estados, da confusão de regulamentação que resulta da indefinição das suas atividades e de falhas na própria regulamentação, tendo em consideração as características das referidas plataformas.

22 *Idem, ibidem*, p. 203.

23 Neste sentido e novamente com o exemplo da *Uber* no Canadá, v. *idem, ibidem*, pp. 201-204.

24 De acordo com informações que constam em Valverde, Mariana, *op. cit.*, p. 211.

25 De acordo com informação que consta de Geist, Michael, "The Sharing Economy and Trade Agreements: The Challenge to Domestic Regulation", in *Law and the "Sharing Economy"* (Coord.: Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa, Sabrina Tremblay-Huet), University of Ottawa Press, Canada, 2018, p. 229.

Face a estes gigantes económicos e mediáticos, que têm uma atividade transnacional, as respostas nacionais nem sempre são as mais adequadas. Uma atividade que se desenvolve no comércio internacional, tirando partido das vantagens da globalização, deve ter uma resposta regulatória que tenha em conta a sua natureza transnacional, através de soluções de regulamentação internacional uniforme.

O exemplo da *Uber* permite-nos analisar as vantagens de um regime de regulamentação internacional uniforme, no caso específico, num espaço regional integrado da União Europeia. Na decisão *Asociación Profesional Elite Taxi contra Uber Systems Spain, SL*, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) analisou a natureza das atividades da referida empresa, dissipando as dúvidas que poderiam existir quanto à mesma²⁶. O caso teve por base a ação proposta no Tribunal de Comércio de Barcelona pela *Elite Taxi*, que pedia a declaração da ilegalidade das atividades da *Uber Systems Spain*, por violação da legislação em vigor, pela utilização de práticas enganosas e atos de concorrência desleal, tendo em consideração que os motoristas desta plataforma não possuíam as licenças e as credenciais previstas no *Regulamento sobre os serviços de táxi de Barcelona*, de 22 de julho de 2004. Ora, para determinar se estas licenças eram indispensáveis, tornava-se imperativo apurar se os serviços prestados pela *Uber* eram serviços da sociedade da informação, serviços de transporte, ou uma mistura de ambos. Concluiu o TJUE que um serviço de intermediação, tal como aquele que caracteriza a atividade da *Uber*, «(...) que tem por objeto, através de uma aplicação para telefones inteligentes, estabelecer a ligação, mediante remuneração, entre motoristas não profissionais que utilizam o seu próprio veículo e pessoas que pretendam efetuar uma deslocação urbana, deve ser considerado indissociavelmente ligado a um serviço de transporte e, por conseguinte, abrangido pela qualificação de “serviço no domínio dos transportes”, na aceção do artigo 58.º, n.º 1, TFUE»²⁷. Desta forma, o serviço em causa não estaria sujeito à *Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno*, nem à *Diretiva sobre o comércio eletrónico*. Em resultado, dentro da União, a atividade da *Uber* e a sua regulamentação encontra-se claramente definida como atividade de transporte.

26 TJUE, *Asociación Profesional Elite Taxi contra Uber Systems Spain, SL*, Processo C-434/15, de 20.12.2017, ECLI:EU:C:2017:981.

27 *Idem, ibidem*, § 48.

Podemos, assim, dizer que o gigante económico *Uber* encontrou uma resposta à altura por parte do gigante político, económico e juridicamente integrado que é a União Europeia. Esta definição permite aplicar à *Uber* a regulamentação das atividades de transporte, com toda a proteção que daí resulta para os consumidores e utilizadores da plataforma, e com toda a proteção que resulta para o mercado e os concorrentes da economia tradicional.

Este é um exemplo de como perante as plataformas colaborativas que operam no mercado internacional um regime de regulamentação internacional uniforme é mais eficaz na tutela do interesse público, do interesse da parte negocialmente mais fraca (como os consumidores e os trabalhadores), do interesse de um mercado concorrencial saudável.

É certo que este tipo de regulamentação é mais fácil no seio da União Europeia, que está numa etapa de integração avançada e que tem tratados fundamentais de organização económica, política e jurídica que servem de chapéu a uma regulamentação internacional uniforme dentro da União. Adicionalmente, reconhecemos as dificuldades de negociações mais alargadas para regulamentar estas atividades, que são as dificuldades inerentes a qualquer regulamentação do comércio internacional²⁸. Todavia, existem atualmente acordos internacionais que regulam o comércio internacional e que, eventualmente, se poderão aplicar a estas atividades da economia digital. Esta é, todavia, uma questão para desenvolver na segunda parte deste projeto, que versa sobre a regulamentação jurídica da economia colaborativa.

28 Santos, António Marques dos, *Direito Internacional Privado, Introdução*, AAFDL, Lisboa, 2001, pp. 24-30.

Referências

Basselier, R.; Langenus, G.; Walravens, L., "The rise of the sharing economy", in *NBB Economic Review*, iii, 2018, pp. 57-79.

Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 02.06.2016, consultada em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/COM-2016-356-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>, em 01.06.2020.

Geist, Michael, "The Sharing Economy and Trade Agreements: The Challenge to Domestic Regulation", in *Law and the "Sharing Economy"* (Coord.: Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa, Sabrina Tremblay-Huet), University of Ottawa Press, Canada, 2018, pp. 223-260.

Makela, Finn; McKee, Derek; Scassa, Teresa, "Introduction: The "Sharing Economy" through the Lens of Law", in *Law and the "Sharing Economy"* (Coord.: Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa, Sabrina Tremblay-Huet), University of Ottawa Press, Canada, 2018, pp. 1-14.

Marín Anglada, Quico; Hernández Lara, Ana Beatriz, "Descripción de un caso real de economía colaborativa en el sector cultural: eventtrade", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 361-370.

Pagès i Galtès, Joan, "Análisis fiscal de los aspectos conceptuales de la economía colaborativa en sentido estricto", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 199-230.

Parlamento Europeu, *Relatório sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, A8-0195/2017, 11.05.2017, pp. 1-51, consultado em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_PT.pdf, em 01.06.2020.

Santos, António Marques dos, *Direito Internacional Privado, Introdução*, AAFDL, Lisboa, 2001.

Valle Baudino, Paola del, "Economía colaborativa en el marco de las asociaciones sin ánimo de lucro", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 307-330.

Valverde, Mariana, "Urban Cowboy E-Capitalism Meets Dysfunctional Municipal Policy-Making: What the Uber Story Tells Us about Canadian Local Governance", in *Law and the "Sharing Economy"* (Coord.: Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa, Sabrina Tremblay-Huet), University of Ottawa Press, Canada, 2018, pp. 197-222.

Vaughan, Robert; Daverio, Raphael, *Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe*, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (European Commission), PWC, Luxemburgo, 2017, consultado em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2acb7619-b544-11e7-837e-01aa75ed71a1>, em 01.06.2020.

O enquadramento político nacional da economia colaborativa

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.3>

Andreia Isabel Dias Barbosa*

* Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho e na Faculdade de Economia da Universidade do Porto. Investigadora do JusGov.

Resumo: O enquadramento jurídico-político nacional da economia colaborativa resume-se a uma abordagem centralizada essencialmente em três setores de atividade: financiamento, transporte de passageiros e alojamento local. As medidas que têm vindo a ser tomadas acompanham as tendências que, particularmente no contexto europeu, vão surgindo, desde logo porque o cenário em que emergem é comum, assente no desenvolvimento das tecnologias da informação e no acentuar de padrões de consumo tendencialmente transversais.

A par da ausência de uma intervenção basilar às várias atividades capazes de serem reconduzidas à economia colaborativa, as medidas existentes ainda não são especialmente dirigidas à adaptação dos vários domínios jurídicos com relevância para este âmbito, para além de que deixam de fora segmentos de atividade que, em termos práticos, merecem desenvolvimento normativo adequado.

De resto, toda e qualquer solução normativa adotada ou a adotar no domínio da economia colaborativa deve ser orientada por propósitos de prossecução do interesse público e de equidade intergeracional.

Palavras-chave: Economia colaborativa – regulação – legalidade, política nacional.

Sumário: **1.** Delimitação da abordagem. **1.1.** Enquadramento político nacional. **1.2.** Concetualização. **2.** A economia colaborativa como um *busílis* da política nacional. **3.** A economia colaborativa ao serviço da prossecução do interesse público. **4.** Medidas internas no contexto da economia colaborativa – a tutela jurídica e não jurídica. **4.1.** A ausência de uma *disciplina geral* da economia colaborativa. **4.2.** A presença de uma disciplina *segmentarizada* da economia colaborativa. **4.2.1.** O financiamento colaborativo. **4.2.2.** A atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica. **4.2.3.** A exploração de estabelecimentos de alojamento local. **4.3.** Outros quadrantes jurídicos envolvidos – em especial, o domínio tributário. **5.** Linhas conclusivas. Referências.

Abstract: The national political framework of the collaborative economy is reduced to a centralised approach essentially in three sectors of activity: financing, passenger transport and local accommodation. The measures that have been taken follow the trends that, particularly in the European context, are emerging, since the context in which they emerge is common, based, from the outset, on the development of information technologies and the enhancement of consumption standards tendentially transversal.

In addition to the absence of a basic intervention common to the various activities capable of being brought back to the collaborative economy, the existing measures are still not particularly directed at adapting the various legal domains relevant to this scope, in addition to leaving out segments of activity that, in practical terms, deserve adequate normative development.

Moreover, any normative solution adopted or to be adopted in the field of collaborative economy must be guided by the purpose of pursuing the public interest and intergenerational equity.

Keywords: Collaborative economy – regulation – legality – national policy.

Summary: **1.** Delimitation of the approach. 1.1. National political framework. 1.2. Conceptualization. **2.** The collaborative economy as a *core* of national policy. **3.** The collaborative economy at service of the public interest. **4.** Internal measures in the context of the collaborative economy – legal and non-legal guarantee. 4.1. The absence of a general discipline of collaborative economy. 4.2. The presence of a segmented discipline of the collaborative economy. 4.2.1. Collaborative financing. 4.2.2. The activity of individual and remunerated passenger transport in vehicles without features from an electronic platform. 4.2.3. The operation of local accommodation establishments. 4.3. Other legal quadrants involved – in particular, the tax domain. **5.** Final lines. References.

1. Delimitação da abordagem

A presente investigação assume como objeto os termos em que a economia colaborativa tem vindo a ser enquadrada, do ponto de vista político, no contexto nacional.

Previamente aos desenvolvimentos que o tema merece, cumpre fazer uma delimitação prévia que esclareça o próprio título: *o enquadramento político nacional da economia colaborativa*.

Densifiquemos cada uma das esferas que o compõem, autonomamente, para que a articulação entre elas flua adequadamente, no sentido que se pretende.

1.1. Enquadramento político nacional

A abordagem é centrada num enquadramento qualificado por *político*, sendo certo, não obstante, que o discurso não poderá, aqui, ser outro que não o jurídico. E não se entra, por esta via, em rota de colisão entre a delimitação da abordagem e a forma como a mesma é feita. Sem querer repisar domínios que extravasam os nossos propósitos com o presente trabalho de investigação, a relação entre o *jurídico* e o *político* é necessária e íntima, servindo o próprio processo legislativo como o ponto de encontro entre cada um dos *subsistemas jurídico e político* (se assim os quisermos tratar, seguindo Luhman). Na verdade, se, por um lado, a criação da norma jurídica consubstancia uma ação política (ao surgir como resultado da convergência de interesses comuns, direcionados a um determinado propósito), consubstancia também uma ação jurídica, precisamente porque dela brota a *lei*, a primeira das fontes de Direito.

A circunstância de que em causa está um enquadramento político é, então, significativa da ideia de que serão aferidas as medidas jurídico-normativas adotadas ou a adotar, no domínio da economia colaborativa, que tenham surgido ou que venham a surgir de acordo com o *mérito* ou com a *oportunidade* associáveis às mesmas. Em relação às medidas que já contam com acolhimento no ordenamento jurídico português, será identificado o contexto histórico-político em que as mesmas surgiram, identificando-se os propósitos subjacentes à respetiva *ratio*.

Já a circunstância de em causa estar um enquadramento político *nacional* permite a delimitação da abordagem, direcionando-a às medidas jurídico-normativas adotadas ou a adotar, no domínio da economia colaborativa,

concretamente no ordenamento português. Não obstante, a atenção não será reconduzida apenas à intervenção promovida (ou a promover) pelo *Estado central*, mas também por entidades *infraestaduais* (em concreto, pelas Autarquias locais) – e isto ainda que esteja em causa uma matéria fortemente enformada pela atuação de entes *supraestaduais* (em especial, pela União Europeia, tida enquanto a instituição mais adequada para adotar medidas dirigidas a potenciar a realização segura das atividades que integram o fenómeno da economia colaborativa, atenta a harmonização normativa conseguida¹). Assim, os decisores políticos não estão sozinhos nas decisões a tomar, sofrendo influências advindas de esferas supraestaduais (desde logo, da União Europeia e de Organizações Internacionais de que Portugal faz parte) e de esferas infraestaduais (desde logo, das Autarquias locais).

1.2. Concetualização

O cerne do nosso trabalho reside, então, na *economia colaborativa*.

Pese embora a importância do fenómeno que nos ocupa, a verdade é que não existe uma definição jurídico-normativa do mesmo², antes conhecendo um “labirinto de significados”³ que vão surgindo, sobretudo, pelas mãos da doutrina. Neste sentido, remetemos, nesta sede, para os trabalhos particularmente direcionados para a densificação de *economia colaborativa*, que melhor servem os propósitos de delimitação precisa dos respetivos contornos. Para efeitos de enquadramento político nacional, bastará a conceção segundo a qual se está perante uma realidade que se encontra em plena expansão, capaz de conhecer uma rápida evolução, que conta com uma significativa amplitude quanto às atividades que no seu seio podem ser conformadas, e que é tida como um fenómeno *transversal*, ao ser capaz de conhecer impactos de alcance global. Tais impactos potenciam o surgimen-

1 Assim, Ortiz Vidal, María Dolores, “La economía colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido”, in *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Rosalia Alfonso Sánchez y Julián Valero Torrijos – dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 75.

2 É apenas na legislação grega – no art. 84.º, da Lei n.º 4472/2017 – que encontramos uma definição de base jurídico-normativa de economia colaborativa, enquanto qualquer modelo em que principalmente plataformas digitais criam um mercado aberto para o uso de curta duração de bens ou serviços geralmente fornecidos por indivíduos. Nestes termos e para outras definições quanto ao mesmo conceito, vide OECD, “The Sharing and Gig Economy: Effective Taxation of Platform Sellers” – Forum on tax administration, 2019, pp. 21 e ss. (disponível em <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/574b61f8-en.pdf?expires=1591798473&id=id&accname=quest&checksum=69FD08C1F5C004EEBCF5F5765C9034CB> [30/05/2020]).

3 Cf. Belk, Russell, “You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online”, in *Journal of Business Research*, 67, 2014, p. 1595.

to de alterações quanto ao modo de funcionamento do mercado que, como é sabido, não se concretiza, tão-só, dentro das fronteiras nacionais e que conhece flexibilidade e abertura suficientes para acolher novos modelos de negócio, assentes em redes de indivíduos e/ou comunidades – por oposição a instituições centralizadas –, que inovam os modos de produção, consumo, financiamento e educação. As novas formas de atuação vão ao encontro dos padrões de comportamento que surgem no contexto de uma tendência que assenta, em particular, na *partilha*, em detrimento de uma conduta baseada na sobreprodução, no sobreconsumo e na *apropriação*, pouco contendente com propósitos de desenvolvimento sustentável e, até, com a ideia segundo a qual *partilhar* corresponde à maneira mais universal do comportamento económico humano⁴. De um “isto é meu” (propriedade) para um “isto é nosso” (partilha) – eis o mote para o surgimento da economia colaborativa. A perceção da economia colaborativa tem, então, a si associado o *consumo colaborativo*, que permite a satisfação dos desejos e das necessidades dos consumidores de uma forma tida como mais sustentável e atrativa, com menores encargos para os indivíduos, por via, precisamente, da partilha, da troca, do empréstimo, do aluguer ou do arrendamento⁵.

2. A economia colaborativa como um busílis da política nacional

A economia colaborativa, dizíamos, conhece um carácter marcadamente supranacional e transversal, que se deve, fundamentalmente, a dois fatores: à grave crise económica e financeira que afetou todos os Estados-Membros da União Europeia e ao fácil acesso às redes tecnológicas⁶, num conjunto de fatores que se têm como válidos para justificação do surgimento da economia colaborativa em Portugal, mas aos quais acrescentamos a circunstância de as necessidades de consumo serem tendencialmente comuns entre os cidadãos.

Assim, e concretamente no plano interno, aquando da emergência do fenómeno (pelo menos em termos mais significativos), e de acordo com a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Europeu sobre a agen-

4 Neste sentido, *vide* Price, J. A., “Sharing: the integration of intimate economies”, in *Anthropologica*, vol. 17, n.º 1, 1975, pp. 3 e ss.

5 Cf. Botsman, Rachel; Rogers, Roo, *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, HarperCollins, Nova Iorque, 2010, p. 30.

6 Cf. Ortiz Vidal, María Dolores, *op. cit.*, p. 73.

da europeia para a economia colaborativa – *supporting analysis* {COM(2016) 356 final}⁷, Portugal havia indicado a implementação de várias medidas no contexto da economia colaborativa, em expressão do reconhecimento atribuído a este domínio. Em concreto, foi indicado o seguinte:

- i) A extensão da disciplina atinente ao setor do turismo, de forma a abranger o alojamento local. Particularmente no âmbito do arrendamento de curta duração para turistas, a definição de alojamento local passou a abranger os casos em que o mesmo é contratado a partir de plataformas eletrónicas (já em 2014 havia sido publicado o Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, que estabelece o regime jurídico da exploração dos estabelecimentos de alojamento local, e sobre o qual nos debruçaremos infra com maior detalhe);
- ii) O lançamento da Sharing Economy Analysis Platform;
- iii) O lançamento, em março de 2016, da Estratégia Nacional para o Empreendedorismo, o que incluía, para além de outras medidas, a criação da Rede Nacional de FabLabs (fabrication laboratory ou fabulous laboratory) e a promoção de novas formas de crowdfunding;
- iv) A promoção ativa, por parte do “Turismo de Portugal”, de programas de empreendedorismo, em conjunto com associações, universidades e outras instituições de ensino, incluindo escolas de turismo.

A circunstância de Portugal ter *indicado* às instituições europeias as medidas até então adotadas é sintomático da conceção segundo a qual o enquadramento da economia colaborativa, mais do que nacional, é, efetivamente, transnacional. Foi precisamente neste sentido que a 2 de junho de 2016 surgiu, pelas mãos da Comissão Europeia, uma comunicação, destinada a *orientar* as autoridades públicas, os operadores económicos e os cidadãos no «desenvolvimento equilibrado e sustentável da economia colaborativa», desdobrando-se em cinco domínios centrais: requisitos de acesso ao mercado; regimes de responsabilidade; proteção dos utilizadores; trabalhadores por conta própria e trabalhadores por conta de outrem; e tributação⁸. Trata-se, tão-só, de uma *orientação*, que já conheceu desenvolvimentos subsequentes, quanto aos termos em que tais domínios são suscetíveis de serem internamente disciplinados, numa opção de atuação capaz de ser justificada pelos princípios da competência por atribuição e da subsidiarie-

⁷ Disponível em <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/3/translations?locale=pt> (30/05/2020).

⁸ Cf. COM(2016), 356, final, “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa” (disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_PT.html [31/05/2020]).

dade. Na verdade, há domínios nos quais a União Europeia não dispõe de atribuições (*v. g.*, laboral e alojamento local) e há também aqueles nos quais a competência regulatória é dos Estados-Membros, só podendo a União Europeia intervir subsidiariamente (*v. g.*, setor dos transportes). Assim sendo, a definição das políticas nacionais no âmbito da economia colaborativa surge como prioridade, num cenário em que a atuação dos Estados-Membros é necessária para a efetiva criação da *hard law*.

Trata-se, não obstante, de uma tarefa cuja concretização depende da capacidade de adaptação dos ordenamentos jurídicos a atividades que, como aquelas que se enquadram na economia colaborativa, se desenvolvem num contexto digital, que afetam qualquer âmbito do quotidiano e que implicam a reconfiguração de agentes no tráfego jurídico (desde logo, a reclassificação de *consumidor* e de *produtor de bens e serviços*).

Ora, a própria sistematização jurídica que a aludida comunicação assume como prioritária implica a pré-existência de uma resposta política coordenada, concertada, que pode ser afetada por quadrantes vários, por vezes estranhos ao Direito (a influência de *lobbies*, desde logo), mas que trará a criação de novas oportunidades de emprego, o aumento do nível de competitividade e, até, o estabelecimento de uma fonte de novas receitas para os Estados-Membros e para a União Europeia⁹. Porém, a experiência parece revelar um cenário distinto, sendo detetáveis casos – que revelam uma possível incapacidade de antecipação por parte dos entes políticos – de utilização abusiva das plataformas virtuais da economia colaborativa (em concreto, casos em que as entidades empregadoras não proporcionam aos seus trabalhadores cobertura pela segurança social), que deve ser evitada ou sancionada através dos mecanismos juridicamente admissíveis¹⁰.

Nestes termos, e seguindo as vozes europeias, ainda que seja evidente o caráter supranacional associável à economia colaborativa, em causa está um domínio que surge (ou deve surgir) como um dos *busillis* da política nacional, atentas as alterações que uma económica baseada na partilha, na troca, na permuta, no aluguer, no arrendamento ou no comércio de serviços, facilitados por via de uma plataforma *online*, é capaz de suscitar num contexto local, em sentido positivo ou negativo. A economia colaborativa possibilita o acesso a um mercado no qual o poder se encontra mais descentralizado e distribuído, com impactos evidentes na relação existente entre consu-

⁹ *Idem*.

¹⁰ Cf. Ortiz Vidal, María Dolores, *op. cit.*, p. 85.

midores e, particularmente, grandes organizações empresariais, impactos esses que devem contar com uma resposta, preferencialmente baseada numa atuação pró-ativa e preventiva dos decisores políticos, repudiando-se linhas de atuação neutrais, baseadas no “*wait and see*”, e uma disciplina não juridicamente vinculativa, baseada na *soft law*¹¹.

Por outro lado, e em acrescento, sabendo-se que a economia colaborativa é potenciada pela emergência de hábitos de consumo que se têm por comuns ou, pelo menos, próximos, entre os destinatários dos serviços em causa, é expectável que as medidas políticas a ela direcionadas conheçam, correspondentemente, um substrato comum, uma lógica de princípio que garanta a respetiva orientação de uma forma coordenada e harmoniosa, ainda que com um grau de flexibilização suficiente. A coordenação e a harmonização surgem em cumprimento de exigências de segurança e certeza jurídicas; a flexibilização é recomendada por exigências de praticabilidade.

3. A economia colaborativa ao serviço da prossecução do interesse público

Ainda que o interesse público possa ser perspetivado supraestadualmente, é ao nível local, *intrasistema*, que será aqui o mesmo densificado, podendo ser entendido como o fim último subjacente a todas e quaisquer medidas adotadas ou a adotar no contexto da economia colaborativa que surge, então, como meio para atingir aquele fim.

E não se trata de um fim que deva ser tido como causando *estranheza* num contexto em que intervêm, dos dois lados da relação jurídica construída, particulares. Se o ser humano é um ser social, por natureza, então natural lhe é a *colaboração*. Neste sentido, em bom rigor, a *colaboração*, a *partilha*, a *troca* não deveriam ser entendidas como novas formas de atuação para satisfação de necessidades que, mais do que individuais ou individualizáveis, são coletivas. Dever-se-ia, isso sim, perguntar porque é que só na atualidade é que a economia colaborativa eclodiu. A resposta é relativamente simples de ser dada, e até já aqui foi avançada: a economia colaborativa surge como um fenómeno motivado, para além do mais, pela emergência de tecnologias que potenciam o estabelecimento de redes de comunicação.

11 Trata-se da estratégia seguida pela Comissão Europeia quanto às plataformas colaborativas, que avançou com sinais claros no sentido de não pretender intervir diretamente na regulação de tais plataformas. Assim, Rodrigues, Nuno Cunha, “A regulação da economia colaborativa pela União Europeia”, in *RFDUL/LLR*, LVIX, 2018, p. 69.

Em causa está, então, a satisfação de necessidades contendentes com dimensões que a todos interessam, quanto mais não seja pelo interesse existente na prosperidade económica do país¹².

Aliás, os próprios operadores económicos que atuem no contexto da economia colaborativa podem avançar, eles mesmos, de acordo com fins altruístas e não meramente lucrativos¹³. Quando assim seja, o interesse público enquanto fruto da economia colaborativa surge pelas mãos de entes não estaduais, numa manifestação daquele que é o derretimento do poder estadual, num segmento que não se concentra apenas na esfera normativa, mas que antes se estende para os propósitos da própria atuação. Sem querer entrar por caminhos que não pertencem à rota de abordagem traçada, a regulação da economia colaborativa é tida recorrentemente como devendo partir dos próprios privados, dos operadores económicos, através da autorregulação da respetiva atividade (enquanto forma de assunção, pelos próprios agentes, de regras de comportamento entre si ou em relação a terceiros no mercado e na sociedade, cujo cumprimento é acordado entre eles, sem mecanismos de coerção externos), numa manifestação da luta de poder normativo entre atores políticos e não políticos, nacionais e supranacionais¹⁴.

De qualquer forma, será sobre a atuação eminentemente estadual que nos debruçaremos, a qual se associa a um dos pilares da economia colaborativa, assente, precisamente, na governação colaborativa (*collaborative governance*), aqui percecionada do ponto de vista vertical – pela atuação dos entes públicos estaduais, munidos de *ius imperii*, perante cidadãos e empresas, qualificada pelo âmbito em que é exercida –, ainda que também ela mesma possa ser aferida, como se disse, horizontalmente, perante a participação que os privados podem ter ao nível da regulação das atividades¹⁵.

12 Nas palavras de Rosalía Alfonso Sánchez e Francisco J. Burillo Sánchez, «se destaca la idea de que 'términos tales como 'compartir' o 'intercambiar' recobran importancia porque en absoluto evocan nuevas formas de interactuar para satisfacer las necesidades humanas» – cf. Alfonso Sánchez, Rosalía; Burillo Sánchez, Francisco J., “La economía llamada «colaborativa»”, in *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Rosalía Alfonso Sánchez y Julián Valero Torrijos – dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 49.

13 Nas palavras de Rosalía Alfonso Sánchez e Francisco J. Burillo Sánchez, as transações da economia colaborativa podem «ser llevadas a cabo con ánimo de lucro o de manera altruista» – *Idem, ibidem*, p. 52.

14 Neste sentido, *vide*, por exemplo, Cohen, M.; Sundararajan, A., “Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy”, in *University of Chicago Law Review Online*, n.º 116, 2015, pp. 1 e s.

15 Cf. Como, Elena, *et al.*, “Dalla Sharing – Economy all'Economia Collaborativa. L'impatto e le opportunità per il mondo cooperativo”, in *I Quaderni di Unipolis*, outubro de 2015 (disponível em <http://www.giornalisti.redattoresociale.it/media/287464/unipolis-ricerca-sharing-economy-e-cooperazione.pdf> [30/05/2020]), p. 17.

Centrando-nos, então, na atuação dos entes públicos estaduais e, em particular, naquela que é dirigida à regulação criada, deve a mesma ser enformada por objetivos de interesse público diretamente reconduzíveis às atividades enquadráveis na economia colaborativa: a proteção dos turistas; a garantia de segurança pública; o combate à evasão e fraude fiscais; a garantia de condições de concorrência equitativas; a proteção da saúde pública; o remediar da escassez de habitação a preços comportáveis para os cidadãos, entre outras dimensões refletoras de necessidades coletivas¹⁶. O interesse público como farol orientador do legislador nacional representa, no nosso entender, um meio de legitimar as medidas que, em concreto, sejam adotadas. Trata-se de um entendimento que vai ao encontro, de resto, da conceção segundo a qual devem avultar, na economia colaborativa, «os princípios comuns de interesse e ordem pública, que deverão ser considerados de cumprimento obrigatório pelos participantes nestas modalidades de atividade económica»¹⁷, até porque deve ser mantida a capacidade do Estado em manter de forma sustentável estas formas de atuação no futuro, numa dimensão que se reconduz à necessidade de atender, também, às gerações vindouras, através de uma visão de longo prazo.

4. Medidas internas no contexto da economia colaborativa – a tutela jurídica e não jurídica

A atuação dos decisores políticos perante um domínio que se tem como *novo* ou *diferente* em relação aos modelos negociais tradicionais (e, mesmo assim, dúvidas há quanto à adequada qualificação desta realidade como sendo uma verdadeira *novidade*) leva a que a primeira das questões a levantar se prenda com o tipo de resposta que deve ser dada: deverá também ela ser *nova*, *diferente* (por via da digitalização inerente à atividade em causa), ou dever-se-á manter *tradicional*, *convencional*? Ou, até, deverá a resposta, por parte do legislador, sequer, existir? E, se partir do legislador, deverá o mesmo ser nacional?

Do conjunto de hipóteses levantadas, há uma resposta que parece ser mais ou menos certa: a disciplina deve existir. A forma como deve surgir é que está imbuída de dúvidas.

16 O elenco de dimensões integradoras de *interesse público* resulta da COM(2016), 356, final, “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”, *op. cit.*, p. 4.

17 Cf. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “A economia da partilha e a autorregulação” (2016/C 303/05), disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.303.01.0036.01.POR&toc=OJ:C:2016:303:TOC \[30/05/2020\]](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.303.01.0036.01.POR&toc=OJ:C:2016:303:TOC [30/05/2020]).

Iniciemos a abordagem pelo caminho que dispensa a intervenção do legislador, assumindo a autorregulação como o meio adequado para a construção da disciplina, abordagem que é por nós aqui também descartada. O receio da *captura* do legislador por parte dos operadores económicos e as falhas que o mercado pode provocar numa regulação que assume como intento, precisamente, as falhas desse mercado são argumentos usados por quem defende uma abordagem mais liberal. A confiança depositada nos avanços da tecnologia aumenta, nos termos deste pensamento, à medida que os problemas vão sendo gradualmente resolvidos por via dos termos em que a própria informação é tratada, numa forma de regulação algorítmica (*algorithmic regulation*), que apresenta a vantagem de adaptação, em tempo real, às exigências que possam surgir¹⁸. Este é o cenário que dá expressão ao pensamento de Bauman, que constata a *liquidez* de esferas que são tidas, tradicionalmente, por fundamentais aos Estados de Direito: o poder legislativo pulverizado, a norma jurídica derretida, o poder político inundado¹⁹.

Não nos parece, porém, dizíamos, que deva ser deixada nas mãos dos próprios privados a disciplina da respetiva atividade, precisamente porque a prossecução do interesse público, ainda que possa estar subjacente à atividade que desenvolvem, não consegue ser garantida nos mesmos termos em que o é, como quando é a mesma exigida constitucionalmente. Cremos, por isso, que deve ser dada prevalência ao Direito, à *norma jurídica*, ao órgão político representativo, como forma de regular as atividades enquadráveis na economia colaborativa, o que não prejudica que os entes privados criem os seus próprios códigos de autorregulação (ainda que sem reconhecimento vinculativo entre as partes), com liberdade, sem intervenção das autoridades nacionais, mas também sem caráter jurídico-vinculativo²⁰.

18 A propósito, vide Quattrone, G., et al., "Who benefits from the 'Sharing' Economy of Airbnb?", in *WWW'16: Proceedings of the 25th International Conference on World Wide Web*, 11-15, 2016, pp. 1 a 9.

19 Cf. Bauman, Zygmunt, *Modernidade Líquida*, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 7.

20 Temos dúvidas quanto à admissibilidade de um entendimento que assuma os aludidos códigos de autorregulação enquanto «instrumentos acessórios de regulação na ordem jurídica em causa» (enquanto *shared regulation*), no sentido de lhes ser atribuído algum grau de vinculatividade jurídica, desde logo porque lhes falta, precisamente, o caráter jurídico, nem existem bases legais habilitantes que o admitam (nem nos Tratados da União Europeia, nem na Constituição). No Reino Unido encontramos o *Code of Conduct*, da *Sharing Economy UK*, aplicável aos respetivos membros, que estabelece os valores e os princípios que se espera que os membros cumpram (na expressão original em inglês: *values and principles that members are expected to follow*) – disponível em <https://perma.cc/WD6C-TBLK> [09/06/2020]). Em conformidade com o Parecer do Comité Económico Social e Europeu sobre "Autorregulação e corregulação no quadro legislativo comunitário" (2015/C 291/05), a autorregulação e a corregulação representam «mecanismos, espontâneos ou induzidos, de regulação de interesses económicos e sociais ou de relações e de práticas comerciais dos vários

Se a disciplina jurídica deve ou não partir da normação já existente e que é aplicável a entidades que se dedicam à mesma atividade (em termos de setor), se se deve criar toda uma nova disciplina, ou se se encontra um ponto de convergência que articule o *antigo* com o *novo* são alternativas que têm vindo a servir de objeto aos estudos desenvolvidos no âmbito da economia colaborativa²¹, para os quais remetemos, assinalando-se aqui apenas a concordância quanto à assunção da Lei como o meio.

De qualquer forma, as encruzilhadas que as medidas jurídico-políticas são, então, capazes de encontrar neste domínio assentam na dificuldade de evitar, por um lado, uma exaustividade tal na regulação que a condene a ficar rapidamente obsoleta, perante as mutações constantes que o domínio em causa conhece, e, por outro lado, na de garantir a proteção dos interesses envolvidos, tanto na perspetiva de quem vende bens ou de quem presta serviços, como de quem os utiliza²².

Por outro lado, das medidas jurídico-políticas, como em quaisquer outros domínios, espera-se, nomeadamente:

- i) Conformidade com as exigências constitucionais, com o Direito da União Europeia e com o Direito Internacional;
- ii) Representatividade, transparência e publicidade;
- iii) Sujeição ao controlo dos órgãos jurisdicionais nacionais e europeus e ao controlo e acompanhamento da sua aplicação através de medidas de natureza preventiva ou repressiva (através, por exemplo, de um sistema de sanções de natureza pecuniária ou outras, como a expulsão ou descreditação dos participantes), como forma de potenciar a eficácia das medidas; e
- iv) Monitorização do grau e do êxito de realização, de acordo com critérios objetivos e indicadores fiáveis, previamente definidos e

agentes económicos», que «devem ser considerados como importantes instrumentos complementares ou suplementares, mas nunca como alternativa, da heterorregulação (*hard law*)», cuja validade depende de a sua «conformação e o seu âmbito serem definidos por preceitos expressos e explícitos de lei cogente e judicialmente aplicáveis, quer a nível nacional quer europeu, respeitando em simultâneo a natureza destes instrumentos, em particular o acordo voluntário dos participantes» (disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2015.291.01.0029.01.POR&toc=OJ.C:2015:291:TOC [30/05/2020]).

21 Por todos, *vide*, uma vez mais, Alfonso Sánchez, Rosalía; Burillo Sánchez, Francisco J., *op. cit.*, pp. 137 e ss., e doutrina aí referenciada.

22 Assim, *vide* Ranchordás, Sofia, “Does Sharing Mean Caring?”, in *The Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 16, Issue 1, 2015, p. 424 (disponível em <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1356&context=mjlst> [30/05/2020]).

adaptados de acordo com os setores e com os objetivos em causa, de forma a aferir a necessidade de revisão²³.

Assumindo, então, como necessária a intervenção do legislador, o presente apartado e os que se lhe seguirão são dedicados a aferir as medidas que, no plano interno, têm sido adotadas e aquelas que, porventura, em sede de Direito a constituir, podem vir a sê-lo. De qualquer forma, os termos em que se entende a normação nacional reconduzida à economia colaborativa devem ser enformados pela conceção segundo a qual se está perante um fenómeno que, como já se assinalou, conhece uma dimensão global, que levanta dificuldades na adoção de medidas que sejam definidas interna e unilateralmente. Por outro lado, a abordagem regulamentar da economia colaborativa pode/deve ser feita de uma forma baseada na governação a vários níveis, incluindo ao nível local, desde logo porque em causa estão atividades cujo impacto, ainda que repercutível a uma dimensão que extravasa o âmbito nacional, é localmente significativo²⁴. Se assim é, há que evitar, desde logo, a fragmentação governamental e regulamentar, permitindo-se que também as economias locais e regionais possam beneficiar da economia colaborativa²⁵, numa dimensão que no contexto nacional é particularmente evidente no domínio do alojamento local.

23 Assim, Parecer do Comité Económico Social e Europeu sobre “Autorregulação e correção no quadro legislativo comunitário” (2015/C 291/05), *op. cit.*

24 Cf. Parecer do Comité das Regiões Europeu, “A economia colaborativa e as plataformas em linha: Visão partilhada dos municípios e das regiões” (2017/C 185/04) – disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IR4163&from=ES> [31/05/2020]].

25 É no âmbito da economia circular que a intervenção das Autarquias locais é particularmente relevante. Em 2018, foi publicado o Aviso JUNTAR, na sequência da criação do Plano de Ação para a Economia Circular (PAEC), aprovado em dezembro de 2017, dirigido às Juntas de Freguesia, para apoio a atividades enquadráveis na economia circular – cf. Relatório Final – Economia Circular em Freguesias, Programa JUNTAR+ (Aviso n.º 6519/2019, de 27 de março) – disponível em <https://www.fundoambiental.pt/ficheiros/relatorio-final-juntar-mais-pdf.aspx> [30/05/2020]]. Em termos gerais, as Autarquias locais podem promover a criação de infraestruturas, de serviços e de incentivos direcionados a tal fim, nomeadamente por via da promoção da partilha de habitações, de espaços para escritórios ou estacionamento de carros, da partilha de roupa, de equipamentos, da internet, de hortas coletivas e, até, pela disponibilização para partilha de espaços públicos que se encontrem subutilizados, numa atuação potenciadora do surgimento das “cidades inteligentes” e que pressuporá a sensibilização e a mobilização de empresas e de cidadãos – assim, “Economia circular como fator de resiliência e competitividade na região de Lisboa e Vale do Tejo – Estudos para uma Região RICA”, CCDR-LVT, janeiro de 2018, pp. 57 e ss. (disponível em <http://www.ccdr-lvt.pt/files/2092a2c64e662f02c12e8ed5a660a12c66ae1d37.pdf> [31/05/2020]). No mesmo documento são identificados casos concretos nos quais, localmente, a estratégia foi direcionada à promoção da economia circular. A título de exemplo, nos Estados Unidos, foi aprovada, em 2013, por 15 *Mayors* de cidades americanas, incluindo S. Francisco e Nova Iorque, a “Shareable Cities Resolution”, através da qual se comprometeram a divulgar o conceito da economia circular, a rever legislação que possa criar obstáculos à promoção da partilha e a aplicar a partilha de bens públicos. Em 2013, Sidney apoiou a criação de um guia “Share Sidney” que divulga as várias atividades de partilha existentes na cidade e serve também para encorajar mais

4.1. A ausência de uma disciplina geral da economia colaborativa

Conforme se constatará melhor de seguida, a intervenção nacional reportada à economia colaborativa reconduz-se a uma regulação marcadamente setorial, não se vislumbrando, em Portugal, um diploma que estabeleça as bases da regulação da economia colaborativa, que seja capaz de extravasar os três segmentos que foram já alvo de concreta arquitetura jurídica²⁶ e que conseguia, adequadamente, garantir o equilíbrio entre a promoção das atividades enquadráveis na economia colaborativa e a proteção de quem nela intervém.

Nem a própria literatura consultada avança com uma proposta, dirigida ao legislador, que seja clara e uniforme quanto a uma regulação transversal da economia colaborativa. É difícil, de igual forma, conhecer qual poderá ser a forma tida como mais *meritosa*, socialmente aceite ou mais eficiente e eficaz na regulação da economia colaborativa, ainda que exista consenso quanto aos melhores propósitos que lhe são associáveis, podendo ser encarada como uma forma de acrescentar valor à vida em sociedade, mediante um desenvolvimento equilibrado e sustentável, assente na confiança e nas boas práticas entre quem surge como prestador/vendedor, como cliente e como controlador/fiscalizador.

iniciativas. No Canadá, foi lançada, em 2014, a iniciativa “Cities for People”, que pretende contribuir para melhorar as condições sociais, ambientais, cívicas e culturais das cidades. Algumas das ações previstas incluem a promoção de padrões sustentáveis de consumo e produção e novos modelos de negócio ligados à eco-inovação e à economia colaborativa. Uma estratégia assim direcionada é capaz de se revelar particularmente proveitosa em contextos excecionais (provocados, por exemplo, por pandemias, desastres naturais, terrorismo), quando as estruturas decorrentes da economia partilhada (v. g., habitações ou veículos) possam ser afetadas a dar resposta aos mesmos. Mas, concretamente no âmbito da economia colaborativa, e particularmente no domínio tributário, no espaço europeu constatou-se que, em alguns Estados-Membros, os respetivos entes locais concluíram acordos com plataformas colaborativas no sentido de cobrar taxas de turismo. Foi o que aconteceu, em concreto, em Amesterdão, com o estabelecimento de acordos entre autoridades locais e o *Aribnb* – cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Europeu sobre a agenda europeia para a economia colaborativa – *supporting analysis* [COM(2016) 356 final], p. 43 (disponível em <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/3/translations?locale=pt> [30/05/2020]).

26 Em Itália, a 27 de janeiro de 2016, foi apresentada pelo Congresso italiano uma proposta de lei (Atto Camera: 3564) sobre a «disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione», tendo sido batizada como Lei da Economia Colaborativa, e representando o primeiro caso de regulação da economia colaborativa na União Europeia (disponível em <https://www.camera.it/leg17/126?tab=2&leg=17&idDocumento=3564&sede=&tipo=> [30/05/2020]).

O aspeto que parece merecer melhor aceitação prende-se, precisamente, com o reconhecimento de que *omnis definitio periculosa est* e com a necessidade de ser perspetivada uma regulação suficientemente recetível e flexível, para que se consiga adaptar a novas e a emergentes empresas cuja atividade se enquadre na economia colaborativa²⁷. Reconhece-se que se está perante uma dimensão que, por si mesma, não é una, que conhece um caráter *multiforme* e que é de dimensão transnacional, mas também se considera que, existindo já propostas de concetualização da economia colaborativa, que avançam com características tidas por inerentes a atividades ali enquadráveis, haverá certamente um núcleo duro, central, transversal, aos vários tipos de atividades que a integram, o que poderá servir de ponto de partida para uma disciplina de base.

4.2. A presença de uma disciplina segmentarizada da economia colaborativa

No que às medidas jurídico-normativas concretamente adotadas no contexto da economia colaborativa diz respeito, são as mesmas suscetíveis de serem segmentarizadas em três grupos de atuação: financiamento, transporte e alojamento (e ainda que possa ser, particularmente no setor dos transportes, questionável a inserção de alguns modelos empresariais no contexto da economia colaborativa).

4.2.1. O financiamento colaborativo

O financiamento colaborativo é tido como um importante instrumento de empreendedorismo colaborativo, através do qual podem ser apoiados, por vontade de cidadãos e empresas, projetos (capazes de servir propósitos de inegáveis virtudes, *v. g.*, a criação de postos de trabalho) que, possivelmente, não encontrariam outra forma de financiamento para vingarem. O financiamento colaborativo vai, pois, ao encontro de uma dualidade de vontades: a de quem avança com o projeto e a de quem o pretende apoiar financeiramente.

A 24 de agosto de 2015, foi publicada a Lei n.º 102/2015, que estabeleceu o regime jurídico do financiamento colaborativo ou *crowdfunding* – em causa está um tipo de financiamento (por via de donativo, recompensa, capital ou empréstimo) de entidades, ou das suas atividades e projetos, através do seu registo em plataformas eletrónicas acessíveis através da Internet, a partir

²⁷ Cf. Alfonso Sánchez, Rosalía; Burillo Sánchez, Francisco J., *op. cit.*, p. 142.

das quais procedem à angariação de parcelas de investimento provenientes de um ou vários investidores individuais. Através do aludido diploma foram fixadas as modalidades de financiamento, estabelecendo regras comuns, designadamente, quanto aos deveres dos titulares das plataformas, às condições de acesso por parte de beneficiários e investidores e à prevenção de conflitos de interesses. O estabelecimento do regime jurídico do financiamento teve por objetivo aumentar a segurança nas transações realizadas neste tipo de financiamento e dotar o sistema de credibilidade e fiabilidade para todos os intervenientes²⁸.

Em termos de enquadramento histórico, a Lei n.º 102/2015 surgiu num contexto em que, em Portugal, o financiamento às empresas passava por dificuldades, perante a crise económica em que se vivia. Concretizando: em 2012, de acordo com os dados do Banco de Portugal, o ano encerrou com uma redução constante do financiamento, perante uma quebra média mensal no crédito concedido às pequenas e médias empresas de 8,3%²⁹. Foi neste sentido que em 2013 foi apresentado um projeto de lei quanto ao estabelecimento do regime jurídico do financiamento colaborativo³⁰.

Num contexto em que o sistema bancário não libertava os recursos necessários para estimular a atividade económica, e particularmente para *start-ups* – que dificilmente alcançam o financiamento necessário ao início da sua atividade sem a apresentação de garantias reais ou mediante a sujeição a juros elevados –, o financiamento colaborativo surgiu como uma alternativa para lançar e viabilizar empresas, à semelhança do que sucedeu noutros países. Aliás, na altura em que a Lei n.º 102/2015 surgiu, o financiamento colaborativo já representava uma realidade em Portugal, centrando-se na modalidade de venda antecipada de produto, e através da introdução do aludido regime jurídico passou-se a contemplar o financiamento colaborativo através de donativo, como recompensa, de capital e por empréstimo.

28 Não obstante, os instrumentos de financiamento colaborativo comportam riscos que nem sempre são de fácil compreensão e que aumentam com o crescimento do volume de financiamento, tendo surgindo, nesse sentido, a Lei n.º 3/2018, que define o regime sancionatório aplicável ao desenvolvimento da atividade de financiamento colaborativo.

29 Cf. Relatório do Conselho de Administração do Banco de Portugal, “A Economia Portuguesa em 2012”, Departamento de Estudos Económicos, 2013, pp. 58 e ss. (disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/ra_12ep_p.pdf [30/05/2020]).

30 Vide o Projeto de Lei n.º 419/XII, do Grupo Parlamentar do Partido Socialista (disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977616d77304d546b7457456c4a4c6d527659773d3d&fch=pjl419-XII.doc&Inline=true> [30/05/2020]).

4.2.2. A atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica

A 10 de agosto de 2018, foi publicada a Lei n.º 45/2018, que estabeleceu o regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica (TVDE) – a assim designada “Lei Uber”, com uma disciplina distinta daquela que se encontra no Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de agosto (aplicável aos transportes públicos de aluguer em veículos automóveis ligeiros de passageiros, designados por transportes em táxi, numa forma de prestar serviços de transporte distintos daqueles outros).

Já desde 2014 que a UBER e a CABIFY exerciam em Portugal a atividade de transporte de passageiros em veículos automóveis ligeiros, mas sem que a mesma conhecesse um suporte legal que lhe fosse especialmente aplicável, parecendo não se poder considerar que se estava perante uma atividade cujo *modus operandi* seria em tudo igual ao serviço de táxi, disciplinado nos termos da Lei n.º 6/2013, de 22 de janeiro, ainda que o propósito fosse comum: o transporte individual de passageiros a pedido. Na verdade, esta forma de atuação enquadrada na economia colaborativa é baseada na utilização de dispositivos eletrónicos móveis, apresentando diferenças atendíveis e significativas em relação ao transporte através de táxi. Desde logo, a forma de angariação da clientela é feita através de uma plataforma digital, são utilizados veículos descaracterizados e os preços praticados são tendencialmente mais baixos.

Constatando-se que se estava, então, perante uma atividade que surgiu fruto do desenvolvimento das tecnologias de informação, que potenciam uma interação dinâmica entre quem presta o serviço e a quem a ele recorre, teve-se como necessária a criação de uma disciplina que (i) regulasse as plataformas eletrónicas que disponibilizam serviços de organização de mercado e intermediação no setor do transporte individual remunerado de passageiros, no sentido de garantir o conhecimento dos termos e das condições de funcionamento dessas plataformas pelos interessados e de fiscalizar o cumprimento de regras relativas à divulgação da oferta dos serviços de intermediação e que (ii) identificasse os requisitos que devem ser cumpridos por aqueles operadores que, em concreto, prestam o referido serviço de transporte individual em veículos descaracterizados ao abrigo de contratos formados no âmbito do enquadramento

institucional disponibilizado pelas aplicações informáticas das plataformas eletrónicas³¹.

A Lei n.º 45/2018 surgiu, então, como uma forma de autonomização de uma variante das soluções de mobilidade ao nível do transporte individual que se encontram à disposição dos consumidores, reflexo de «modelos sociais emergentes [promotores da] economia da partilha»³².

4.2.3. A exploração de estabelecimentos de alojamento local

De acordo com os dados avançados pela OCDE, em Portugal, a principal atividade da economia colaborativa assenta, precisamente, na exploração de estabelecimentos de alojamento local, que terá recebido cerca de 2,6 milhões de hóspedes em 2016, com uma receita bruta total de 206 milhões de euros³³.

No que concerne ao respetivo acolhimento jurídico normativo, a 29 de agosto de 2014, foi publicado o Decreto-Lei n.º 128/2014 (alterado pelo Decreto-Lei n.º 63/2015, de 23 de abril – especialmente dirigido aos *hostels* – e pela Lei n.º 62/2018, de 22 de agosto), que estabeleceu o regime de autorização de exploração dos estabelecimentos de alojamento local, entendidos como aqueles que prestem serviços de alojamento temporário a turistas (em moradias, apartamentos ou estabelecimentos de hospedagem), mediante remuneração, e que reúnam os requisitos previstos no aludido diploma.

No próprio preâmbulo é evidente a *ratio* subjacente à respetiva criação, ao dar-se conta de que «a dinâmica do mercado da procura e oferta do alojamento fez surgir e proliferar um conjunto de novas realidades de alo-

31 Assim, vide a Proposta de Lei n.º 50/XIII, apresentada pelo Governo (disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c334277624455774c56684a53556b755a47396a&fich=ppl50-XIII.doc&Inline=true> [30/05/2020]), a que se seguiu o Projeto de Lei n.º 450/XIII/2.º, apresentado pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, por se considerar que a primeira criava um “enviesamento político e jurídico” (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=41116> [30/05/2020]).

32 Cf. Despacho do Secretário de Estado Adjunto e do Ambiente de 12 de maio de 2016, com o n.º 6478/2016, através do qual foi criado um Grupo de Trabalho para a modernização do setor do transporte público de passageiros em automóvel ligeiro (disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/74468524/details/4/maximized?serie=II&day=2016-05-17&date=2016-05-01%2Fen%2Fen%2Fen%2Fen&dreId=74441757> [30/05/2020]).

33 Neste sentido, vide OECD, “The Sharing and Gig Economy: Effective Taxation of Platform Sellers”, *op. cit.*, p. 18.

jamento que, sendo formalmente equiparáveis às previstas na Portaria n.º 517/2008, de 25 de junho, determinam, pela sua importância turística, pela confirmação de que se não tratam de um fenómeno passageiro e pela evidente relevância fiscal, uma atualização do regime aplicável ao alojamento local. Essa atualização, precisamente porque estas novas realidades surgem agora, não como um fenómeno residual, mas como um fenómeno consistente e global, passa, não só pela revisão do enquadramento que lhes é aplicável, mas, igualmente, pela criação de um regime jurídico próprio, que dê conta, precisamente, dessa circunstância.»

Não obstante, o arrendamento de curta duração para fins turísticos não se trata, em bom rigor, de uma novidade propiciada pela ascensão das plataformas P2P especialmente direcionadas à acomodação³⁴. No ordenamento jurídico português, a prática de arrendamentos a turistas por períodos reduzidos encontra acolhimento na legislação há várias décadas. Expressões como «arrendamentos de curta duração em praias, termas ou outros lugares de vilegiatura» e «arrendamentos para habitação não permanente em praias, termas ou outros lugares de vilegiatura» constam, por exemplo, no Código Civil de 1966 e no Regime do Arrendamento Urbano de 1990, respetivamente³⁵. De resto, foi com o Decreto-Lei n.º 39/2008, de 7 de março, que se fixou, perante a necessidade de criação de uma disciplina jurídica aplicável a arrendamentos que não se enquadravam nos termos convencionais, o regime jurídico da instalação, exploração e funcionamento dos empreendimentos turísticos³⁶.

Como fruto do reconhecimento da relevância turística do alojamento local em Portugal, foi publicado o Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, que aprovou o regime jurídico da exploração dos estabelecimentos, numa altura

34 Assim, vide Oliveira, Frederico Diniz, *Regulação do Alojamento Local: Uma Análise Comparada de Experiências Internacionais*, dissertação de mestrado, Universidade de Lisboa, 2019, p. 74.

35 A delimitação do termo “curta duração” não é consensual e não corresponde a uma definição legal que se traduza numa contagem numérica, sendo que a legislação portuguesa não o enquadra como um conceito técnico para específicas consequências normativas – cf. Garcia, Maria Olinda, “Arrendamento de curta duração a turistas: um (impropriamente) denominado contrato de alojamento local”, in *Revista Electrónica de Direito*, n.º 3, outubro de 2017, p. 4 (disponível em https://cije.up.pt/client/files/0000000001/5_626.pdf [30/05/2020]).

36 Nos termos do art. 3.º do aludido diploma, consideravam-se estabelecimentos de alojamento local «as moradias, apartamentos e estabelecimentos de hospedagem que, dispoñdo de autorização de utilização, prestem serviços de alojamento temporário, mediante remuneração, mas não reúnam os requisitos para serem considerados empreendimentos turísticos».

em que o número de alojamentos locais registados no Registo Nacional do Alojamento Local (RNAL) era consideravelmente inferior ao atual³⁷.

A referência, no aludido diploma, às plataformas P2P é meramente indireta, surgindo no respetivo preâmbulo: «no caso dos apartamentos, uma tipologia cada vez mais frequente no mercado turístico mundial, amplificada pela publicitação e intermediação digital, o presente Decreto-Lei mantém e pugna por uma importante margem de liberdade no que diz respeito à oferta do serviço, mas enquadra fiscalmente a sua exploração em prestação de serviços de alojamento, assim impedindo que tal atividade se desenvolva num contexto de evasão fiscal».

De resto, estamos perante um domínio no qual os entes locais podem ter uma intervenção significativa, ao ter sido determinado, na Lei n.º 62/2018, que têm as câmaras municipais a possibilidade de definirem limites à atividade de exploração do alojamento local³⁸. São já vários os regulamentos municipais de alojamento local, particularmente direcionados a garantir a salvaguarda do interesse público e do equilibrado desenvolvimento da economia no setor do turismo, através da definição de regras que clarifiquem os direitos e os deveres dos atores envolvidos, designadamente por via da adoção de medidas proporcionais que possam ser uma salvaguarda do direito fundamental à habitação, sem, contudo, colocar em causa os livres requisitos de acesso ao mercado³⁹.

37 Em 2014, encontravam-se registados 4037 alojamentos locais. Em 2020, o número subiu para 110 031 (informação do RNAL – <https://travelbi.turismodeportugal.pt/pt-pt/Paginas/PowerBI/rnal-registo-nacional-de-alojamento-local.aspx> [30/05/2020]).

38 A Câmara Municipal de Lisboa, em novembro de 2018, através da Deliberação 462/AML/2018, suspendeu a autorização de novos registos de estabelecimentos de alojamento local em áreas específicas da cidade (disponível em <https://www.am-lisboa.pt/301000/1/010751,000482/index.htm> [30/05/2020]). Em 2019, a Deliberação n.º 189/AML/2019 aprovou a prorrogação da referida suspensão (disponível em <https://www.am-lisboa.pt/301000/1/011985,000561/index.htm> [30/05/2020]).

39 Assim se pode ler no Regulamento Municipal do Alojamento Local de Lisboa, publicado no *Diário da República* através do Aviso n.º 17706-D/2019. Vide, ainda, e a título de exemplo, os Regulamentos da Maia, de Nelas, do Porto e da Póvoa de Varzim.

4.3. Outros quadrantes jurídicos envolvidos – em especial, o domínio tributário

Estes três segmentos de atividade não espelham a abrangência que a economia colaborativa é capaz de conhecer, desde logo partindo da realidade nacional, que já conhece domínios de atividade distintos daqueles outros e que se reconduzem, por exemplo, à troca de artigos usados; ao aluguer de vestuário; a serviços de execução de tarefas quotidianas; a serviços profissionais (particularmente no setor da saúde) ou a atividades de lazer – todos implicando a utilização de uma plataforma eletrónica⁴⁰.

Não obstante, são vários os “temas quentes” que surgem como prioritários nos vários domínios, que se encontram já identificados no contexto europeu, que merecem resposta nacional e que se reconduzem a matérias enquadráveis em vários segmentos do Direito, designadamente:

- i) No domínio dos direitos fundamentais, a proteção dos direitos de todos os agentes que atuam nas atividades integradas na economia colaborativa, num sentido que implica a revisão da normação relativa à matéria (a) dos direitos dos consumidores, no sentido de adaptá-la aos modelos de negócio em causa e também à extensão quanto a quem é tido como “utilizador” dos direitos que são já reconduzíveis aos consumidores (assentes na informação, transparência, privacidade, saúde, segurança e proibição de cláusulas abusivas e de práticas comerciais desleais) e (b) dos direitos dos trabalhadores (desde logo, o direito de associação, o direito à greve e o direito à contratação coletiva e ao diálogo social);
- ii) No domínio da concorrência, perante a concorrência deste tipo de negócios no mercado com empresas que prossigam idênticas finalidades e atividades, procurando-se soluções que garantam uma concorrência leal e que combatam os monopólios e as práticas anticoncorrenciais;
- iii) No domínio laboral, perante o impacto decorrente dos modelos de negócio em causa no mercado do trabalho, na definição da respetiva noção e das formas de trabalho em ambiente digital, e perante a necessidade de proteção dos trabalhadores envolvidos, distinguindo as situações dos trabalhadores que não têm uma efetiva relação

40 Na COM(2016), 356, final, “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”, são cinco os setores-chave identificados: alojamento, transporte de passageiros, financiamento colaborativo, serviços de proximidade e serviços profissionais e técnicos (disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_PT.html [31/05/2020]).

- de trabalho com a plataforma (protegendo estes últimos de acordo com os princípios aplicáveis aos trabalhadores independentes), e aplicando os princípios de proteção dos trabalhadores àqueles que efetivamente se possam considerar seus trabalhadores dependentes, em particular no caso de “falsos” trabalhadores independentes ou com trabalho precário;
- iv) No domínio ambiental, no sentido de ser necessária a monitorização do impacto ambiental da economia colaborativa, prevenindo repercussões negativas no meio ambiente;
 - v) No domínio da proteção de dados, numa dimensão particularmente relevante quando em causa está a utilização de plataformas eletrónicas, cujo acesso implica a partilha do nome, contacto telefónico, número de identificação de conta bancária e do cartão de crédito ou de débito, endereço de correio eletrónico, entre outros elementos, enquadráveis na definição de dados pessoais, constante do art. 4.º, alínea 1), do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril⁴¹;
 - vi) No domínio da resolução dos conflitos que possam surgir. Ainda que as plataformas permitam a apresentação e o tratamento de reclamações, há uma dimensão prévia que carece de ser definida, e que se prende com a definição das responsabilidades dos intervenientes. A definição do centro de imputação da responsabilidade corresponde a uma questão transversal ao âmbito da economia colaborativa⁴², sendo certo que as regras relevantes em matéria de responsabilidade (contratual e extracontratual) estão consagradas

41 Neste sentido, e de acordo com o princípio do primado do Direito da União Europeia, há que conciliar o disposto nos diplomas nacionais com o que resulta da disciplina da União (à título de exemplo, e no toca concretamente ao financiamento colaborativo, a declaração dos investidores quanto aos limites de investimento, nos termos do art. 20.º, n.º 4, da Lei n.º 102/2015, pode ser emitida sem que aqueles tenham de especificar os montantes efetivamente investidos, indo ao encontro do disposto no art. 5.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento). De resto, e atento o enquadramento temporal em que surgiu (já depois da publicação do Regulamento (UE) 2016/679), a Lei n.º 45/2018 dedica alguns preceitos à matéria da proteção de dados, estabelecendo, nomeadamente, que a operação de plataformas eletrónicas observa a legislação nacional e europeia relativa à recolha e proteção de dados pessoais e demais informação sensível a que os utilizadores tenham acesso no âmbito da respetiva atividade, nomeadamente a informação sobre o histórico dos percursos realizados (cf. art. 19.º, n.º 4). A Lei n.º 62/2018 surge também num momento posterior ao da publicação do aludido Regulamento e no que toca à proteção de dados limita-se a remeter para o disposto na Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, já revogada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que assegura a execução, na ordem jurídica interna, do Regulamento (UE) 2016/679, determinando que as entidades públicas competentes para a prática dos atos ali previstos garantem ao titular de dados o exercício dos direitos de acesso, retificação e eliminação, bem como o dever de velar pela legalidade da consulta ou da comunicação de informação.

42 A este propósito (quanto à atribuição de responsabilidade à plataforma colaborativa e ao prestador do serviço), vide Alfonso Sánchez, Rosalía; Burillo Sánchez, Francisco J., *op. cit.*, pp. 160 e ss.

por diplomas nacionais⁴³. Trata-se este de um âmbito merecedor de uma maior atenção, pelo que nos ficaremos, aqui, por identificar o tratamento privilegiado que, nos aludidos diplomas, é dado ao acordo entre plataformas e os prestadores de serviços e os consumidores, no sentido de serem obtidas soluções consensuais, e numa solução que vai ao encontro do disposto na Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, relativa a mecanismos de resolução extrajudicial de litígios em matéria de consumo. De qualquer forma, prejudicado não pode ficar o acesso à Justiça, pelo que as próprias plataformas deveriam incluir informações quanto aos termos de resolução judicial dos litígios;

- vii) No domínio da publicidade, surgindo aqui como particularmente relevante o disposto no art. 6.º do Código da Publicidade (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro), nos termos do qual a publicidade deve reger-se pelos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor, quando em causa esteja publicidade que tenha como destinatários profissionais/concorrentes – e o disposto no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, a propósito das práticas comerciais desleais⁴⁴, não se vislumbrando motivos que justifiquem o afastamento de tais exigências quando em causa estejam atividades enquadráveis na economia colaborativa;
- viii) No domínio fiscal, sendo necessário garantir, para além do mais, que tais atividades conheçam o adequado enquadramento fiscal, surgindo como particularmente relevante a adoção de medidas destinadas a afastar a evasão e a fraude fiscais.

Será sobre este domínio que nos passamos a debruçar com maior detalhe, atento o especial desafio que a economia colaborativa representa para o domínio jurídico-tributário, que é tanto maior quanto mais lenta continuar a ser a resposta do ordenamento português.

Constata-se, por agora, uma quase inaudível reação legislativa de índole tributária. É desta forma que são colocados à prova os tributos já existentes, no sentido de aferir quanto à suscetibilidade de as respetivas normas de

43 Não obstante, nos termos da Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho (Diretiva sobre o comércio eletrónico), as plataformas em linha, sob determinadas condições e enquanto prestadores de serviços intermediários da sociedade da informação, encontram-se exoneradas de responsabilidade pelas informações que armazenam (cf. art. 14.º).

44 A respeito do âmbito de aplicação de ambos os diplomas referenciados, *vide* Carvalho, Maria Miguel, *A marca enganosa*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 271 e ss.

incidência abrangerem estas formas de negócio e de mercado⁴⁵. E tal suscetibilidade é colocada em crise por vários motivos:

- i) Pela dificuldade em identificar, com precisão, os sujeitos passivos e as manifestações de capacidade contributiva merecedoras de tributação;
- ii) Pela falta de informação sobre os prestadores dos serviços;
- iii) Pela evasão e fraude fiscais no setor digital;
- iv) Pelas diferenças jurídico-tributárias existentes entre Estados;
- v) Pelo insuficiente intercâmbio de informação.

Tratam-se de dificuldades que colocam em causa uma reação nacional que não deve ser unilateral, antes devendo surgir em articulação com as medidas de política fiscal supranacionais, perante a convergência de necessidades coletivas, à escala europeia e internacional, e perante, também, a circunstância de as plataformas eletrónicas que operam à escala global, em termos gerais, surgirem integradas em grupos de empresas internacionais, o que potencia o surgimento de práticas fiscais agressivas, com impacto em vários ordenamentos jurídicos, que competem entre si no sentido de atrair as multinacionais com vantagens fiscais. É também neste sentido que a já aqui referenciada Comunicação da Comissão “Uma Agenda Europeia para a economia colaborativa”, de 6 de junho de 2016, é tida como o *marco de referência* para ordenação do fenómeno da economia colaborativa, incentivando o desenvolvimento de boas práticas em matéria fiscal, assentes num tratamento fiscal da economia colaborativa pautado pela proporcionalidade, tendencialmente comum no cosmos europeu⁴⁶.

45 Por outro lado, ainda que a economia colaborativa possa ser entendida como uma forma de empreendedorismo, as medidas fiscais implementadas como forma de impulsionar tais iniciativas empreendedoras pouco ou nada têm que ver com as particularidades subjacentes à economia colaborativa, nas suas várias manifestações: trocas entre iguais a partir de uma plataforma eletrónica; o pagamento de uma comissão perante o impulsionar de um determinado serviço; a gestão e o desenvolvimento de uma marca; a reciclagem ou a reutilização de bens; a inscrição em plataformas como forma de acesso a descontos e a promoções; o microfinanciamento, entre outros. Neste sentido, *vide* Navarro Egea, Mercedes, “La economía colaborativa ante la Hacienda Pública”, in *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Rosalia Alfonso Sánchez y Julián Valero Torrijos – dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 524.

46 Especialmente no que concerne ao bom funcionamento do mercado interno a partir das medidas fiscais, encontramos já a Diretiva (UE) 2016/881, do Conselho, de 25 de março, que trata da troca automática e obrigatória de informação no âmbito da fiscalidade, e a Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 12 de julho de 2016, através da qual foram estabelecidas normas contra as práticas de evasão fiscal que incidam diretamente sobre o funcionamento do mercado interno.

Mas não se retire das dificuldades apontadas ou da “novidade” perante os arquétipos tradicionais das relações comerciais ou laborais a impossibilidade de aplicação das normas tributárias já existentes no ordenamento jurídico português. O que se espera é que, num cenário de não alteração do quadro legal existente, o princípio da colaboração seja elevado a um nível que garanta a prestação de informações claras e tempestivas quanto às obrigações fiscais exigíveis aos agentes envolvidos nos vários modelos de negócio que vão surgindo neste mercado aberto, tendo em conta as particularidades de cada setor (financiamento, alojamento, transportes, serviços domésticos, entre outros)⁴⁷. O reforço do cumprimento das obrigações tributárias, que podem resultar comprometidas perante os termos em que funcionam os negócios colaborativos, surge, assim, como prioritário.

Por outro lado, e no que concerne ao controlo das atividades, não se poderá ignorar que a informação relevante para efeitos de tributação (desde logo, o volume de negócios) poderá estar em acesso aberto e em formato eletrónico, o que possibilita o rastreio de dados através das próprias plataformas colaborativas, que serão úteis no exercício das funções de investigação e para efeitos de prova por parte da Autoridade Tributária e Aduaneira. Aliás, a presença na Internet da economia colaborativa surge como uma ferramenta para planificação dos entes públicos (que não apenas a Autoridade Tributária e Aduaneira) que sejam chamados a intervir, e que será útil não apenas como forma de intensificação do controlo de atividades que conheçam áreas de risco, como também poderá ser aproveitada como forma de apoio dos cidadãos que se incorporam a estes modelos negócios.

5. Linhas conclusivas

Existe uma grande incerteza quanto ao impacto gerado pelas atividades subjacentes à economia colaborativa e ao papel que o regulador (ente estadual ou não estadual) deve ou não desempenhar, desde logo porque são ainda escassos os dados que permitem determinar com segurança se tais

47 A Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Europeu sobre a agenda europeia para a economia colaborativa – *supporting analysis* {COM(2016) 356 final} identifica quais são as diferentes abordagens assumidas pelos Estados-Membros, no sentido de trazer uma maior clareza às regras tributárias aplicáveis e de facilitar a compreensão das obrigações tributárias, desde logo no que toca à declaração dos rendimentos. Áustria, Eslováquia e Lituânia desenvolveram orientações quanto à aplicação das normas tributárias. Reino Unido, França e Finlândia optaram pela troca de informações. Estónia introduziu uma declaração tributária simplificada e automática. Itália, Reino Unido, França e Dinamarca procederam à alteração dos quadros normativos. Noutros Estados-Membros, as entidades públicas competentes terão clarificado, nos respetivos *websites*, as regras aplicáveis.

atividades produzem benefícios sociais ou, em termos juridicamente elevados, se contribuem para a satisfação do interesse público.

Será esta incerteza quanto à possibilidade de se qualificar a economia colaborativa como um “admirável mundo novo” o principal motivo que tem levado a um atraso na implementação de medidas políticas com uma amplitude suficiente para dar cobertura a todas as realidades e dimensões nele enquadráveis, tanto para incentivar as atividades que se considerem benéficas, como para desencorajar aquelas que redundam em comportamentos indesejados.

Mesmo que se parta do pressuposto de que a economia colaborativa deve ser incentivada, é difícil de ultrapassar a encruzilhada que serve de obstáculo aos decisores políticos nacionais, por implicar um exercício de concordância prática de difícil concretização: a consideração de que a inovação subjacente à economia colaborativa não deve ser condicionada por uma regulamentação excessiva e obsoleta, por um lado; e a consideração de que existe a necessidade de proteger quem recorre aos serviços assim prestados contra possíveis fraudes e contra prestadores não qualificados, por outro. A incerteza quanto ao caminho a percorrer implica, na maioria dos casos, custos burocráticos e administrativos que são suscetíveis de travar o desenvolvimento político de um sistema benéfico de economia colaborativa para a sociedade.

De qualquer forma, no plano nacional, foram já concretizados avanços significativos, ainda que insuficientes perante um contexto com uma relevância prática inquestionável e que não se coaduna com medidas de *wait and see*.

Referências

São aqui elencadas as obras consultadas e citadas para concretização do presente trabalho de investigação.

Alfonso Sánchez, Rosalía; Burillo Sánchez, Francisco J., “La economía llamada «colaborativa»”, in *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Rosalía Alfonso Sánchez y Julián Valero Torrijos – dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

Bauman, Zygmunt, *Modernidade Líquida*, Zahar, Rio de Janeiro, 2001.

Belk, Russell, “You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online”, in *Journal of Business Research*, 67, 2014.

Botsman, Rachel; Rogers, Roo, *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, HarperCollins, Nova Iorque, 2010.

Carvalho, Maria Miguel, *A marca enganosa*, Almedina, Coimbra, 2010.

Cohen, M.; Sundararajan, A., "Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy", in *University of Chicago Law Review Online*, n.º 116, 2015.

Como, Elena, *et al.*, "Dalla Sharing – Economy all'Economia Collaborativa. L'impatto e le opportunità per il mondo cooperative", in *I Quaderni di Unipolis*, outubro de 2015 (disponível em <http://www.giornalisti.redattoresociale.it/media/287464/unipolis-ricerca-sharing-economy-e-cooperazione.pdf> [30/05/2020]).

Einav, Liran; Farronato, Chiara; Levin Jonathan, "Peer-to-Peer Markets", in *Annual Review of Economics*, vol. 8, issue 1, 2016 (disponível em <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-economics-080315-015334>).

Garcia, Maria Olinda, "Arrendamento de curta duração a turistas: um (impropriamente) denominado contrato de alojamento local", in *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 3, outubro de 2017 (disponível em https://cije.up.pt/client/files/000000001/5_626.pdf [30/05/2020]).

Navarro Egea, Mercedes, "La economía colaborativa ante la Hacienda Pública", in *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Rosalia Alfonso Sánchez y Julián Valero Torrijos – dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

Oliveira, Frederico Diniz, *Regulação do Alojamento Local: Uma Análise Comparada de Experiências Internacionais*, dissertação de mestrado, Universidade de Lisboa, 2019.

Ortiz Vidal, María Dolores, "La economía colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido", in *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Rosalia Alfonso Sánchez y Julián Valero Torrijos – dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

Pascual, Doménech, "La regulación de la economía colaborativa", in *Revista CEFLEGAL*, CEF, n.º 175-176, agosto/setembro de 2015.

Price, J.A., "Sharing: the integration of intimate economies", in *Anthropologica*, vol. 17, n.º 1, 1975.

Quattrone, G., *et al.*, "Who benefits from the 'Sharing' Economy of Airbnb?", in *WWW'16: Proceedings of the 25th International Conference on World Wide Web*, 11-15, 2016.

Ranchordás, Sofía, "Does Sharing Mean Caring?", in *The Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 16, Issue 1, 2015.

Rodrigues, Nuno Cunha, "A regulação da economia colaborativa pela União Europeia", in *RFDUL/LLR*, LVIX, 2018.

Linhas de uma perspetiva diacrónica e cultural da economia colaborativa

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.4>

Miriam Rocha*
Maria João Lourenço**

* Professora Convidada equipara a Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Integrada do JusGov (JusLab e DH).

** Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov (JusLab).

Resumo: A economia colaborativa é atualmente uma realidade de ampla difusão e potenciadora de um novo paradigma econômico. Pese embora a sua crescente importância no plano global, muitas práticas que lhe são subjacentes não são recentes.

Neste artigo propomo-nos realizar uma viagem diacrónica centrada no fenómeno da partilha e da sua evolução e importância no desenvolvimento da sociedade humana. Para tal, iniciamos o estudo com uma reflexão em torno das manifestações da partilha nas comunidades ancestrais. Seguidamente, procuramos compreender como se articularam tais práticas com as mudanças culturais, sociais, económicas e inovações tecnológicas verificadas ao longo dos séculos. No final, trilhando uma análise crítica, questionamos os reflexos desta realidade no atual modelo de organização societária.

Palavras-chave: Análise diacrónica – economia colaborativa – história da partilha.

Sumário: 1. Consumo e partilha no decurso da História. 1.1. A partilha nas primeiras comunidades humanas. 1.2. A relevância da partilha para o desenvolvimento das comunidades humanas. 1.3. A modernidade: um momento revolucionário. 2. O presente e o futuro: a economia colaborativa. 2.1. Motivações para a adesão à economia colaborativa. 2.2. As novas tecnologias e a economia colaborativa: de volta à partilha. 2.3. Perspetiva crítica: dilemas da economia colaborativa. Referências.

Abstract: Nowadays, the collaborative economy is a widespread reality that fosters a new economic paradigm. Notwithstanding its growing global importance, some practices underlying collaborative economy are not new.

In this article, we aim at analysing the practice of sharing diachronically, focusing on its evolution and relevance to human social development. To this end, we will explore manifestations of sharing in primitive communities. Then, we will seek to understand how those practices relate to cultural, social, economic and technological shifts throughout the centuries. Finally, we will critically question how such relations influence the current economic model of our society.

Keywords: Diachronic analysis – collaborative economy – a history of sharing.

Summary: **1.** Consumption and sharing in the course of History. 1.1. Sharing in the first human communities. 1.2. The relevance of sharing for the development of human communities. 1.3. Modernity: a revolutionary moment. **2.** The present and the future: the collaborative economy. 2.1. Reasons for joining the collaborative economy. 2.2. New technologies and the collaborative economy: back to sharing. 2.3. Critical perspective: dilemmas of the collaborative economy. References.

1. Consumo e partilha no decurso da História

O termo “economia colaborativa”, tendo sido cunhado há apenas duas décadas, não retrata uma realidade nova. Com efeito, se atualmente tem vindo a ser apontada como expressão de um novo paradigma económico, que traduz uma alteração das práticas de consumo de bens e serviços¹, certo é que os fenómenos que lhe são subjacentes – o consumo, a colaboração entre as pessoas e a partilha de recursos – não são novos ou exclusivos deste século.

De facto, se o consumo sempre se mostrou essencial para a sobrevivência humana, também a colaboração e a partilha, em si, constituem práticas que acompanham a humanidade desde os seus primórdios. Estando sempre presentes, as atitudes das comunidades históricas face a elas alteraram-se no decurso da história.

Nesta secção, pretende-se analisar a partilha enquanto prática social humana, bem como descrever os principais fenómenos que, na Modernidade, conduziram a um novo paradigma económico que está na base do surgimento, já no século XX, da sociedade de consumo. Por fim, dar-se-á nota dos sinais de transformação desta sociedade na atualidade, relacionando-os com a ideia de economia colaborativa.

1.1. A partilha nas primeiras comunidades humanas

A colaboração e a partilha, assim como o consumo, não são fenómenos recentes. Ao invés, constituem práticas sociais que acompanham as comunidades humanas desde o seu surgimento.

Na realidade, a colaboração e a partilha pressupõem, desde logo, a existência de uma comunidade que depende do consumo de recursos para a sua sobrevivência. Enquanto a colaboração convoca as ideias de cooperação, de trabalho comum e de auxílio mútuo, a partilha encontra-se associada, desde logo, a uma ideia de divisão, na medida em que implica “partir” algo. A partilha tem, contudo, uma conotação positiva, porque, estando ligada às ideias de repartição, redistribuição e participação, é frequentemente

1 Cf. Arcidiacono, Davide; Duggan, Mike, *Sharing Mobilities: Questioning Our Right to the City in the Collaborative Economy*, Taylor & Francis Group, New York, 2020, p. 1, disponível em <https://doi.org/10.4324/9780429201288> [21/03/2020]. Para um desenvolvimento mais detalhado sobre o significado da expressão “economia colaborativa” e respetivas implicações num plano económico, vd. os capítulos “economia colaborativa: enquadramento económico” e “conceito de economia colaborativa” desta obra.

associada à ideia de solidariedade. O consumo, por sua vez, significa a utilização de recursos e de produção².

Face a esta definição de consumo, fácil é compreender que o mesmo é indispensável à sobrevivência de qualquer comunidade. No entanto, enquanto prática humana, o consumo é histórica e socialmente construído, assumindo diferentes configurações consoante a cultura e o momento histórico. Assim, se é certo que o consumo é uma prática que partilhamos com os nossos mais remotos antepassados, não é menos verdade que a forma como as sociedades consomem atualmente é muito diferente. Com efeito, o consumo nas primeiras sociedades humanas era dirigido a garantir a sobrevivência, centrando-se, sobretudo, nas necessidades de alimentação, de abrigo e de proteção face ao meio ambiente. Hoje em dia, o consumo dirigido à satisfação de necessidades básicas é apenas uma pequena parte do consumo total, que se estendeu muito além da mera sobrevivência.

A partilha terá surgido, nas primeiras comunidades, estritamente associada às necessidades de consumo. Alguns estudos etnográficos³ notam que, nas primeiras comunidades humanas de caçadores-recolectores, a sobrevivência do ser humano estava totalmente dependente da recolha de alimentos e da caça. No entanto, estas atividades estavam associadas a alguns riscos e incertezas, fosse pela escassez de alimento, fosse pelas dificuldades do seu armazenamento.

Neste contexto, a partilha surgiu como uma prática eficaz de otimização dos recursos, permitindo ampliar a disponibilidade de alimentos para a comunidade no seu todo. Ao partilhar instrumentos de caça e ao colaborar nas caçadas, incrementavam-se as hipóteses de sucesso na obtenção de alimento. Por outro lado, ao partilhar o resultado da caça com toda a comunidade, evitava-se o desperdício daqueles cujo armazenamento não fosse possível, assegurando, simultaneamente, a disponibilidade de alimento para todos⁴.

2 Cf. Houaiss, António; Villar, Mauro, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Lisboa, Círculo de Leitores, XVIII Tomos, 2007.

3 Como recorda Héritier, Françoise *et alii*, *La Plus Belle Histoire des Femmes*, Paris, Éditions Points, 2011, pp. 21-22, os estudos etnográficos e antropológicos têm por base a premissa de que existirão semelhanças entre algumas comunidades atuais e as primeiras comunidades humanas, na medida em que perpetuam o modo de vida existente no paleolítico, de caçadores-recolectores. No entanto, tal semelhança não significa identidade, na medida que as atuais comunidades de caçadores-recolectores também evoluíram e têm, elas próprias, a sua história.

4 Nas palavras de Nicolas Peterson, «Were each hunter to produce only for his own domestic needs, everyone would eventually perish from hunger... Thus, through its contribution to the survival and reproduction of potential producers, sharing ensures the perpetuation of society as a whole». Cf.

Assim acontece, ainda atualmente, com a comunidade caçadora-recolectora Kung (San), da África Austral. Nesta, Thomas Widlock distingue três fases da partilha: uma primeira, no local da caçada; uma segunda, após o retorno à comunidade; e uma terceira, após a preparação e confeção da comida. Já quanto aos alimentos recolhidos, estes são consumidos no local da recolha ou transportados para o local da comunidade, dando depois lugar à confeção e subsequente partilha com o grupo, identificando-se aqui duas fases, e não três⁵.

No entanto, nem sempre as práticas de partilha de alimentos se estendem a todos os bens ou a toda a comunidade, existindo por vezes manifestações de uma posse limitada à família ou ao indivíduo. Uma investigação realizada na comunidade dos Hadza, um pequeno grupo de caçadores-recolectores na Tanzânia, revelou que, apesar de se constatar a partilha de alguns bens, como a caça de animais de grande porte, verifica-se também a existência de práticas de posse não partilhada, o que acontecia frequentemente com os alimentos recolhidos e com animais de pequena dimensão.

Relativamente ao critério da partilha, é recorrente a observação de que aqueles a quem se atribui o sucesso da caça têm uma palavra a dizer sobre a sua distribuição⁶. No entanto, também se verifica em algumas comunidades a distribuição de acordo com critérios de necessidade, como a idade ou as condições de saúde⁷.

Mas a partilha nas comunidades primitivas não se reduziria apenas à distribuição de alimentos. Efetivamente, nos primórdios da civilização, também a distribuição de tarefas assumia um preponderante papel no desenvolvimento das comunidades. Entre estas, contavam-se o armazenamento dos

Peterson, Nicolas, "Demand sharing: reciprocity and the pressure for generosity among foragers", in *American Anthropologist*, vol. 95, n.º 4, 1993, p. 865, disponível em <https://www.jstor.org/stable/683021> [16/06/2020]. Belk, Russel, "Sharing", in *Journal of Consumer Research*, v. 36, n.º 5, 2010, p. 728, disponível em https://www.researchgate.net/publication/46553775_Sharing/link/571e23b708aefa6488999885/download [29/05/2020], relata também uma observação de Sobo sobre o povo jamaicano residente nas zonas mais rurais, cujos habitantes eram, em geral, mais pobres, mas aparentavam um bom estado de saúde física. Tal dever-se-ia ao facto de essa população partilhar tanto o dinheiro quanto a comida, sendo a avareza (ou seja, a ausência de partilha) um fator de exclusão da comunidade.

5 Cf. Widlok, Thomas, *Anthropology and the economy of sharing*, Taylor & Francis Group, New York, 2017, pp. 7-8, disponível em <https://www.taylorfrancis.com/books/9781315671291> [21/03/2020].

6 Assim, Ingold refere que os instrumentos de caça eram associados ao seu proprietário, o que permitia identificar quem tinha abatido o animal. Esta circunstância garantia, em algumas comunidades, o direito de o caçador decidir como seria distribuído o produto da caça. Os mecanismos de recompensa dos caçadores serviriam, portanto, para gerar a motivação suficiente para empreender uma atividade que comportava riscos – *apud* Peterson, Nicolas, *op. cit.*, p. 866.

7 Cf. Widlok, Thomas, *op. cit.*, pp. 2 e ss.

alimentos⁸, a procura de água e de madeira, a confeção de alimentos e o cuidado dos mais vulneráveis (em especial, crianças, feridos e doentes).

Estes mesmos traços são visíveis atualmente nas comunidades aborígenes, onde a educação se inicia logo na infância. Assim, ensinam-se as crianças a partilhar a comida com os seus irmãos mais velhos e, a partir dos cinco anos de idade, devem também fazê-lo com os irmãos mais novos. Por outro lado, as meninas são educadas para atender às necessidades dos mais velhos e dos homens, cabendo-lhes auxiliar as mulheres adultas, designadamente, nas tarefas de recolha água e lenha e confeção de alimentos⁹.

Note-se que esta partilha de tarefas parece inclusivamente estar relacionada com a partilha de alimentos, na medida em que esta última geraria laços de confiança que permitiriam a colaboração futura, essencial à vida em comunidade. Estes laços de confiança e entreajuda seriam ainda importantes para o incremento da natalidade e o desenvolvimento das comunidades locais porque potenciavam o estabelecimento de laços afetivos e de acasalamento entre aqueles que partilhavam alimentos e tarefas entre si¹⁰.

Por fim, a partilha também abrangia o próprio conhecimento. Na realidade, a partilha do conhecimento, que é uma das formas mais antigas de partilha, foi essencial para o desenvolvimento das comunidades humanas. Harari salienta a importância central da linguagem no desenvolvimento da espécie humana e relaciona-a não só com a necessidade de alertar os outros animais da mesma espécie face a um perigo (algo que, de resto, vários outros animais também fazem), mas sobretudo com a necessidade de partilhar informações sobre a comunidade, ou seja, de *tagarelar*: «A cooperação social é a nossa chave para a sobrevivência e a reprodução. Não basta que homens e mulheres individuais conheçam o paradeiro de leões e bisontes. É-lhes muito mais importante saber quem, no seu bando, odeia quem, quem

8 O armazenamento dos alimentos pode implicar um conjunto de técnicas complexas. A título exemplificativo, refira-se a secagem de carne e peixe, a recolha de água em ovos de avestruz, o aproveitamento do óleo de peixe para iluminação. No entanto, é também de notar que alguns estudos contrapõem estas técnicas à própria partilha de alimentos, referindo que é mais frequente esta opção para obviar aos riscos naturais de perda de alimentos, uma vez que o armazenamento comporta muitas vezes custos e pode revelar-se ineficiente. Por outro lado, parece que o armazenamento está também relacionado com uma maior complexidade social, porque implica a existência de regras sobre a distribuição e de uma autoridade para operar essa distribuição. Nessa medida, a partilha seria um modo mais simples, menos complexo e aparentemente menos produtor de desigualdades e conflitos do que o armazenamento – cf. Widlok, Thomas, *op. cit.*, pp. 47 e ss.

9 Peterson, Nicolas, *op. cit.*, p. 863.

10 Cf. Belk, Russel, *op. cit.*, p. 716.

está a dormir com quem, quem é honesto e quem é trapaceiro»¹¹. De igual modo, também Ostrom nota que, no decurso da história, foi a colaboração – e não o egoísmo – que esteve na base da sobrevivência da espécie humana e do seu sucesso¹².

1.2. A relevância da partilha para o desenvolvimento das comunidades humanas

A partilha de conhecimentos com base na experiência foi (e é) essencial para a evolução das sociedades humanas. Como se sabe, foi o conhecimento adquirido por todas as gerações passadas que permitiu alcançar o nível de desenvolvimento que as nossas sociedades detêm atualmente, a começar pelos instrumentos do paleolítico.

Os benefícios da partilha traduziram-se numa acrescida confiança e colaboração, que permitiu o desenvolvimento das sociedades humanas¹³. Na realidade, há quem considere que foi precisamente a emergência desta prática social de partilha que conduziu à diferenciação do *homo sapiens* face aos demais primatas¹⁴. Assim, não só a partilha terá contribuído (de um ponto de vista mais estritamente evolucionista) para a reprodução da espécie, através da repartição de alimentos entre parentes próximos, como também terá permitido o desenvolvimento de redes de colaboração entre

11 Cf. Harari, Yuval Noah, *Sapiens: História Breve da Humanidade*, 18.ª ed., Amadora, Elsinore, 2019, p. 36.

12 Como explica o autor: «Human evolution occurred mostly during the long Pleistocene era that lasted for about 3 million years, up to about 10,000 years ago. During this era, humans roamed the earth in small bands of hunter-gatherers who were dependent on each other for mutual protection, sharing food, and providing for the young. Survival was dependent not only on aggressively seeking individual returns but also on solving many day-to-day collective action problems. Those of our ancestors who solved these problems most effectively, and learned how to recognize who was deceitful and who was a trustworthy reciprocator, had a selective advantage over those who did not [...]» – cf. Ostrom, Elinor, "Collective Action and the Evolution of Social Norms", in *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n.º 3, 2000, p. 143, disponível em <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.14.3.137> [19/06/2020].

13 Cf. Widlok, Thomas, *op. cit.*, p. 56.

14 Com efeito, vários estudos desenvolvidos sobre o comportamento animal parecem indicar que são raras as situações de partilha entre não-humanos e que, mesmo quando ocorrem, as motivações são radicalmente diferentes num e noutro caso. Com efeito, esta prática parece limitar-se, no caso dos animais não-humanos, à partilha com a prole e com o parceiro direto. De acordo com Thomas Widlok, de uma amostra de 69 espécies de primatas, 30 não partilhavam nada e 39 partilhavam apenas com os seus filhos. Em 15 espécies verificava-se partilha entre os adultos e apenas numa espécie (*homo sapiens*) era possível constatar a existência de partilha generalizada. Parece, deste modo, justificada a asserção de a partilha ser frequentemente referida em debates sobre a evolução da espécie humana como um aspeto diferenciador, pertencente à cultura. Leia-se, sobre o tema, Widlok, Thomas, *op. cit.*, pp. 27-36.

diferentes indivíduos e famílias, conduzindo à constituição de comunidades humanas¹⁵ que, assim, também se diferenciavam das demais espécies.

No entanto, parece não existir consenso quanto ao que estará na origem desta forma característica de partilha entre os seres humanos, ou seja, sobre qual a natureza dos fatores subjacentes à partilha nas sociedades humanas. Para uns, o comportamento humano é determinado por forças culturais alheias à dimensão biológica ou genética do ser humano, deixando pouco espaço à escolha individual. Consequentemente, as práticas de partilha são cultural e historicamente determinadas e situadas, excluindo-se a existência de mecanismos universais (nomeadamente, de natureza genérica ou biológica) que possam ser associados às práticas de partilha. Para outros, o comportamento humano é determinado pela vontade individual que (embora não totalmente) é em grande medida alheia a fatores culturais¹⁶.

Independentemente das motivações para a partilha, ela apresenta-se nas comunidades humanas como um aspeto diferenciador e essencial para a criação de laços de confiança que conduzem à colaboração. Parece, pois, que a partilha não será biologicamente determinada, mas constitui-se como uma prática cultural.

Nicolas Peterson nota, a este propósito, que nas comunidades de aborígenes australianos, as crianças não apresentam níveis de altruísmo superiores às crianças de outra qualquer comunidade no mundo. Pelo contrário, são igualmente egocêntricas. Contudo, o autor explica que naquelas comunidades aborígenes o valor maior é o da generosidade¹⁷ e que, portanto, o altruísmo que se verifica entre os adultos é o resultado não de qualquer determinante genético ou biológico, mas sim da educação para o valor da generosidade e da condenação social do egoísmo. O autor conclui, então: «It is likely that this pervasive and highly-developed ethic of generosity emerged as a cultural adaptation to the exigencies of hunting and gathering, and conceivably conferred improved fitness on those who adopted it»¹⁸.

15 Há, contudo, na sociobiologia, investigadores que consideram a partilha uma manifestação de altruísmo em qualquer reino animal – Widlok, Thomas, *op. cit.*, p. 32.

16 Cf. Belk, Russel, *op. cit.*, pp. 726-727, que defende, contudo, uma perspetiva multidisciplinar, refere-se a estas diferentes perspetivas como teorias socioculturais e teorias sociopsicológicas, respetivamente.

17 Este aspeto é também notado por Belk, ao afirmar que a norma social da partilha tem maior prevalência do que a da propriedade – cf. Belk, Russel, *op. cit.*, p. 724.

18 Cf. Peterson, Nicolas, *op. cit.*, p. 860.

Desta forma, a partilha é variável na sua concretização, em intensidade e em modos, que são influenciados por vários fatores. Assim, existem alguns fenômenos da história, sobretudo a partir da Modernidade, que permitem compreender melhor o modo como a nossa sociedade se situa face às práticas de colaboração, partilha e consumo.

1.3. A modernidade: um momento revolucionário

Na modernidade, o progresso alterou radicalmente a sociedade à escala global. A revolução industrial, o desenvolvimento da economia de mercado, as políticas de *marketing* e os avanços científicos e tecnológicos que se sucederam concretizaram verdadeiras mudanças nos modelos econômicos, sociais e culturais até então vigentes. No que nos importa para o presente estudo, todos estes momentos, porque potenciadores de novas formas e níveis de consumo, mostram-se essenciais para a compreensão do atual estado da partilha na nossa sociedade.

Até à revolução capitalista, a economia manteve-se relativamente estável ao longo da História, sem grandes crescimentos. No entanto, tudo mudou com a invenção do crédito e a sua propagação. Na realidade, a confiança no futuro, baseada no progresso, alimentou a ideia de que seria possível emprestar dinheiro a crédito, ou seja, dinheiro que se esperava que fosse futuramente pago (e remunerado), mas que não existia no momento em que era creditado numa conta. Esta invenção propiciou o surgimento da banca e dos investidores e conduziu a uma nova mentalidade.

A partir do momento em que se gera esta engrenagem, assente na confiança no futuro e no crédito, gera-se também a ideia de que o lucro obtido deverá ser reinvestido, resultando, desse modo, num bem para a sociedade. Nesta ótica, o reinvestimento significa a criação de mais riqueza e, consequentemente, mais crescimento. A revolução capitalista traduz-se, portanto, na ideia de que o lucro individual é benéfico para a sociedade. No entanto, os propalados benefícios do crédito e do capitalismo rapidamente foram colocados em causa, quando começaram a surgir as primeiras grandes crises financeiras, logo no início do século XVIII¹⁹.

19 Cf. Harari, Yuval Noah, *op. cit.*, pp. 357-369. Harari refere-se, em particular, à crise gerada pela Companhia do Mississipi, que, estando registada em França, utilizou as suas ligações políticas à corte de Luís XV para vender as suas ações na bolsa de Paris. Apesar de a empresa não gerar qualquer riqueza, a Companhia espalhou boatos de grandes oportunidades. O preço das ações disparou e várias pessoas endividaram-se para poderem ser também elas acionistas. Passado pouco tempo, alguns especuladores perceberam que os preços das ações eram irrealistas e começaram a vender,

No entanto, o capitalismo não esmoreceu, alimentando também a ideia de crescimento econômico. O crescimento econômico implica o crescimento da produção, mas também o crescimento do consumo. O crescimento da produção foi impulsionado pela Revolução Industrial, que permitiu massificar a produção de bens e disponibilizá-los a preços acessíveis a grande parte da população.

Na realidade, no século XX, e em especial após a II Guerra Mundial, desenvolveu-se e consolidou-se uma cultura de produção e de consumo de bens descartáveis, à qual estavam associados outros fatores, como preocupações de saúde e de higiene, mas ainda de alívio das tarefas domésticas, à medida que também as mulheres assumiam um novo papel na sociedade.

Além disso, a indústria de *marketing*, potenciada pela popularização dos novos meios de comunicação, como a rádio e a televisão, fomentou o consumo, recorrendo à psicologia para influenciar os consumidores, inculcando-lhes sentimentos de autoestima, liberdade, aventura e sucesso associados à posse de determinados produtos, através de campanhas publicitárias frequentemente agressivas. Com efeito, a publicidade, além de gerar desejo e hábitos de consumo, também criava um sentido de pertença a um determinado ideal, ou seja, a ideia de que, através da *posse* de determinado bem, se é determinado tipo de pessoa, criando desse modo, também, um desejo de imitação potenciador do consumo.

Na realidade, já há muito que o consumo deixara de ser uma prática destinada à satisfação de necessidades básicas. Agora, o consumo associava-se à procura da felicidade e à satisfação de necessidades de inclusão e pertença a uma comunidade²⁰. Como explicam Antonia De la Calle Vaquero e Patricia De la Calle Calle, o valor atribuído deixa de radicar na sua aptidão para satisfazer necessidades e passa a constituir-se como uma marca, ou seja, passa a ter um valor simbólico daquilo que representa para os consumidores.

o que precipitou uma inundação do mercado com as a es. O diretor do consórcio, que ocupava simultaneamente o cargo de governador do banco central francês e controlador-geral das finanças, decidiu, então, ordenar que o banco central comprasse as a es, depauperando-o e gerando uma crise financeira da qual o sistema financeiro real francês nunca terá recuperado (pp. 377-379).

20 Cf. Maurer, Ângela Maria *et alii*, "Yes, We also Can! O Desenvolvimento de Iniciativas de Consumo Colaborativo no Brasil", in *BASE: Revista de Administra o e Contabilidade da Unisinos*, São Leopoldo, v. 2, n.  1 (jan./mar.2015), pp.68-80, disponível em <http://hdl.handle.net/10183/122619/19/06/2020>, p. 70.

Conseqüentemente, a identificação com os valores da marca passa a ser um fator central na decisão de consumo²¹.

Assim estavam criadas as condições para o surgimento do individualismo no consumo, associado à posse de bens materiais, que se instalou no último século, à medida que se verificou, inversamente, um declínio na partilha²².

2. O presente e o futuro: a economia colaborativa

2.1. Motivações para a adesão à economia colaborativa

Atualmente, o consumo é frequentemente determinado por um impulso, atendendo à variedade quase infinita de produtos que estão disponíveis, mas simultaneamente gerador de insatisfação, face à variedade de escolha²³. Não é raro que os estímulos ao consumo levem o consumidor a adquirir produtos de que não precisa e que, na verdade, acaba por não utilizar, gerando uma sensação de frustração.

A imersão numa sociedade de consumo, em que as técnicas de publicidade são cada vez mais eficazes, torna-se um obstáculo ao consumo racional. Além disso, a facilidade de obtenção de crédito, também característica da sociedade capitalista, leva por vezes as pessoas a consumir mais do que aquilo que, futuramente, vão ter capacidade de pagar. Na verdade, o consumo, aliado à desregulação na atribuição do crédito, tem sido apontado como causa de algumas das mais recentes crises econômicas²⁴.

Contudo, essas mesmas crises – como quase todas as crises – constituíram-se também como uma oportunidade de repensar algumas das premissas em que assenta o atual modelo econômico da sociedade. É evidente que o paradigma não mudou, mas existem sinais da necessidade de mudança.

21 Cf. De la Calle Vaquero, Antonia; De la Calle Calle, Patricia, "The collaborative consumption: a form of consumption adapted to modern times", in *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, n.º 25, 2013, p. 19.

22 Sobre o tema, leia-se Maurer, Ângela Maria *et alii*, *op. cit.*, p. 2.

23 Cf. Iyengar, S. S.; Lepper, M. R., "When choice is demotivating: Can one desire too much of a good thing?", in *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 79, n.º 6, 2000, pp. 995-1006, disponível em <https://doi.org/10.1037/0022-3514.79.6.995>.

24 Estas realidades também se encontram presentes na economia colaborativa, a implicar a reconsideração da regulação destas dimensões nesse contexto particular. Para um aprofundamento de tais implicações, veja-se, nesta obra "crédito", "marcas", "consumo", "publicidade".

Por um lado, como expectável, a perda de rendimentos potenciou a descoberta de novas formas de maximização do rendimento, que tenham em vista a satisfação das suas necessidades sem um recurso tão prevalectante ao dinheiro como meio de obtenção de bens e serviços. Por outro lado, as preocupações com a sustentabilidade ambiental também se agudizaram nas últimas décadas e, em especial, nos últimos anos. A cada dia, torna-se cada vez mais evidente que os recursos naturais são limitados e que não suportarão uma economia que assente num conceito de crescimento perpétuo²⁵.

A economia colaborativa foi ganhando cada vez maior protagonismo como resposta que assegura o equilíbrio entre todas estas preocupações²⁶, capaz de promover a coesão, a sustentabilidade ambiental e a resiliência económica²⁷. Além disso, esta seria uma forma de articular a troca com a colaboração, aliando o consumo colaborativo à economia solidária²⁸.

No entanto, o conceito de economia colaborativa não é unívoco, razão pela qual alguns parecem preferir falar em “economias colaborativas”²⁹. Na realidade, podem integrar-se aqui práticas tão díspares como a partilha de transporte, habitação ou sementes, os bancos alimentares, o aproveitamento de roupa em segunda mão ou o combate ao desperdício alimentar³⁰.

Parece, contudo, que um dos conceitos estritamente associado ao de economia colaborativa é o conceito de consumo colaborativo. Na verdade, numa economia centrada na posse exclusiva de bens materiais, estes são frequentemente subaproveitados, ou seja, o seu potencial é desperdiçado.

25 Neste contexto, surgiu o conceito de *desenvolvimento sustentável*, definido no Relatório da Comissão Mundial sobre Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecido como Relatório Brundtland, elaborado em 1987, como sendo o desenvolvimento que «nos permite fazer face às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras fazerem face às próprias necessidades». Para as críticas e debates em torno deste conceito, cf. Williams, Collin C.; Millington, Andrew, “The diverse and contested meaning of sustainable development”, in *The Geographical Journal*, vol. 170, n.º 2, 2004, pp. 99-104, disponível em <https://doi.org/10.1111/j.0016-7398.2004.00111.x> [23/11/2018].

26 Como referem Arcidiacono, Davide; Duggan, Mike, *op. cit.*, p. 1, desde que, em 2013 o *The Economist* mencionou a ascensão da economia colaborativa (*sharing economy*), esta tornou-se mais conhecida.

27 Neste sentido, *vd.* Ince, Anthony; Hall, Sarah Marie (ed.), *Sharing economies in times of crises*, New York, Routledge, 2018, p. 3.

28 Cf. De La Calle Vaquero, Antonia; De La Calle Calle, Patricia, *op. cit.*, p. 17. Sobre as motivações económicas e culturais que originaram este novo modelo económico, leiam-se as contribuições antecedentes desta obra.

29 Cf. Ince, Anthony; Hall, Sarah Marie, *op. cit.*

30 *Idem, ibidem*. Várias são as plataformas eletrónicas que facilitam e promovem a partilha de vários destes bens, de que são exemplo a *Uber*, a *Airbnb*, a *Tulerie* ou a *Too Good To Go*.

O consumo colaborativo é uma forma de otimizar o potencial dos bens, através da partilha da sua utilização.

Esta é uma das formas de responder não só ao desafio da redução de custos, como também às preocupações de sustentabilidade associadas ao desperdício de bens. Além disso, permite o surgimento de uma cultura mais preocupada com a qualidade de produtos, que, no dizer de alguns, permitirá manter o crescimento econômico de forma sustentável³¹.

Outra explicação para a adesão aos fenômenos de economia colaborativa prende-se com as necessidades psicológicas de pertença a uma comunidade, associados a sentimentos de reciprocidade e entreatjada, que permitem estabelecer tais laços. Na realidade, o desejo de aumentar as relações sociais é uma motivação frequente e é comum que, por exemplo, nas plataformas eletrônicas se criem ou promovam comunidades em torno de determinados produtos³². Nestes casos, a adesão a fenômenos de economia colaborativa parece também estar associada, por vezes, a tendências que se geram em função de uma ideia de novidade³³.

Nesse sentido, a economia colaborativa constitui-se em certa medida em oposição às premissas do capitalismo, erigindo como valores centrais a própria comunidade e a colaboração³⁴. Contudo, num determinado sentido, não deixam de ser os interesses do indivíduo (de satisfazer a necessidade

31 Seguimos, neste ponto, Silveira, Lisilene Mello da *et alii*, "Economia compartilhada e consumo colaborativo: o que estamos pesquisando?", in *Revista de Gestão*, n.º 23, 2016, p. 299, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rege/article/view/129033> [29/05/2020]. É importante notar, porém, que a associação entre economia colaborativa e sustentabilidade ambiental parece não estar ainda cientificamente comprovada, sendo necessária a realização de mais estudos para compreender, de modo abrangente, qual o impacto ambiental da economia colaborativa.

32 Muitos dos participantes nessas comunidades manifestam a vontade de conhecer novas pessoas ou de estabelecer uma relação com os seus vizinhos, por exemplo. Embora haja histórias de sucesso, o facto é que muitas plataformas não conseguem cumprir o desiderato de criar laços duradouros entre as pessoas – cf. Schor, Juliet, "Debating the Sharing Economy", in *Great Transition Initiative*, 2014, p. 6, disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy> [03/05/2020].

33 Cf. *Idem, ibidem*, pp. 5 e 6. A autora chama, porém, a atenção para a questão de que a novidade nem sempre se verifica, sendo antes a criação da tendência uma certa expressão de racismo ou classismo, na medida em que o que se tem por novo não o é. A autora nota que, na verdade, muitas práticas de partilha estão presentes nas classes trabalhadoras, mais pobres ou em minorias: «The discourse of novelty employs a false universalism that can be alienating to people who have maintained non-digital sharing practices in their daily lives».

34 Neste sentido, leia-se Albinsson, Pia A.; Perera, B. Yasanthi, "Alternative marketplaces in the 21st century: Building community through sharing events", in *Journal of Consumer Behaviour*, v. 11, 2012, pp. 303-305, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/cb.1389> [10/06/2020].

de pertença) que presidem à motivação para aderir à economia colaborativa, embora eles possam ser perspetivados como contribuindo para a realização de valores sociais³⁵.

Outros autores existem, contudo, que não encontram na economia colaborativa uma antítese ao capitalismo, mas apenas mais um aspeto deste, que se constituiu em oposição não ao capitalismo em si, nem às suas premissas, mas antes ao hiperconsumismo. A economia colaborativa seria, deste modo, uma mera oportunidade econômica que pela sua natureza marginal e, conseqüentemente, desregulada poderia inclusivamente traduzir-se num reforço do neoliberalismo econômico. Neste caso, as esperanças de que a economia colaborativa possa cumprir a promessa de se constituir como um novo paradigma econômico serão frustradas³⁶.

Um aspeto que também se afigura digno de nota, e que contribuirá previsivelmente para o florescimento da economia colaborativa, radica na circunstância de que, para a maioria da população humana, a subsistência não é obtida através de trocas de mercado. Como refere Thomas Widlok³⁷, na Alemanha, apenas 40% da população obtém o sustento através do trabalho, estando os restantes dependentes de familiares ou do Estado, seja como pensionistas, seja como beneficiários de prestações sociais. O mesmo acontece em muitos outros países. Nestes casos, a economia colaborativa apresenta-se (pelo menos em algumas das suas manifestações) como um modo alternativo, mas não exclusivo, de aceder a bens e serviços, fora da lógica do mercado.

35 Cf. Maurer, Ângela Maria *et alii*, *op. cit.*, p. 5.

36 Cf. Martin, Chris. J., "The sharing economy: a pathway to sustainability or a nightmarish form of neoliberal capitalism?", in *Ecological Economics*, n.º 121, 2016, pp. 149-159, disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800915004711> [19/06/2020]. No mesmo sentido, defende Michael Sonis que não é de descartar uma perspetiva microeconômica na origem desta realidade, mais egoísta e orientada para a maximização dos ganhos pessoais – Sonis, Michael, "Nonlinear socio-ecological dynamics and first principles of collective choice behavior of «homo socialis»", in *Progress of Theoretical Physics Supplement*, n.º 139, 2000, p. 257, disponível em <https://academic.oup.com/ptps/article/doi/10.1143/PTPS.139.257/1888881> [18/06/2020].

37 Widlok, Thomas, *op. cit.*, p. xiii.

2.2. As novas tecnologias e a economia colaborativa: de volta à partilha

Apesar de a partilha, colaboração e consumo não serem realidades recentes, como demos já conta, as origens da economia colaborativa como hoje conhecemos à escala global são relativamente recentes. A afirmação e expansão do fenómeno é frequentemente associada às novas tecnologias de informação e comunicação e, particularmente, à internet³⁸.

Com efeito, o que a internet permite – e que é fundamental para a economia colaborativa – é proporcionar um espaço virtual de encontro direto entre as pessoas de todo o mundo, que permita a partilha de bens e serviços sem intermediários e de forma imediata e simultânea. Tal é particularmente relevante considerando o atual perfil do consumidor, ávido de satisfazer os seus desejos instantaneamente, e caracterizado pela volatilidade das suas necessidades e pelo constante sentimento de insatisfação.

Deste modo, a internet e as novas tecnologias permitiram transformar as práticas ancestrais de partilha e colaboração, até então restritas no seio de cada comunidade, numa realidade sem fronteiras, possibilitando a eliminação de qualquer tipo de barreiras sociais, culturais, económicas, geográficas e políticas. Neste novo contexto, criam-se extensas redes de consumidores que têm em comum um conjunto de necessidades e desejos. Assim se vão desenrolando iniciativas de consumo baseadas na partilha e alternativas aos padrões de consumo vigentes.

Além disso, ao possibilitarem a eliminação (ou pelo menos redução) dos tradicionalmente elevados custos de transação dos mercados secundários e dos intermediários, permitem retirar maior benefício dos recursos disponíveis e assim tornar mais eficaz o processo de partilha.

Como reflexo das transformações descritas, assiste-se a uma alteração do paradigma tradicional de realização de negócios e a uma mudança dos hábitos de consumo (designadamente a respeito do que consumimos e como

³⁸ Conforme explica Daiane Scaraboto, as bases da economia colaborativa surgiram em 1995 com a criação do *eBay* e do *Craigslist*, dois mercados voltados para a recirculação de bens – Scaraboto, Daiane, "Selling, sharing, and everything in between: the hybrid economies of collaborative networks", in *Journal of Consumer Research*, vol. 42, 2015, pp. 152-176, disponível em <https://doi.org/10.1093/jcr/ucv004> [19/06/2020].

consumimos)³⁹. Além disso, há cada vez mais uma maior diversidade naquilo que é partilhado: hoje em dia, não se realiza apenas uma partilha de bens e serviços, mas também de culturas e subculturas a partir dos grupos, comunidades e coletividades utilizadoras das ferramentas, plataformas e aplicações digitais que fomentam mudanças comportamentais⁴⁰.

Porém, para lá das potencialidades que as inovações tecnológicas permitem no desenvolvimento da economia partilhada, um olhar mais crítico permite-nos concluir que foram também elas geradoras de um conjunto de problemas a que importa dar resposta.

2.3. Perspetiva crítica: os principais dilemas da economia colaborativa

Hoje parece ser pacífica a afirmação de que a economia colaborativa assumirá um papel preponderante no futuro civilizacional⁴¹. Apesar disso, este novo modelo não está isento de críticas e preocupações.

Em primeiro lugar, porque a partilha de bens e serviços assenta numa premissa nem sempre fácil de se alcançar: a confiança entre todos os que se relacionam nesse arquétipo organizacional. A falta de confiança é um obstáculo à criação de qualquer laço e poderá, pois, colocar em risco todo o modelo. Mas, para que exista confiança, é necessário que se estabeleçam regras que assegurem a certeza e segurança em todos os setores em que se desenrola a economia colaborativa. E tais regras não existem ainda.

A falta de regulamentação deste mercado gera outros perigos, relacionados com o surgimento de atividades de *lobby*, práticas de concorrência desleal

39 Note-se, contudo, que não foi totalmente afastada a cultura individualista do século passado. De facto, ainda hoje, o número e a qualidade de bens materiais acumulados são percebidos como uma forma de medir o sucesso na vida, como um sinal de poder, *status* social e sentimento de felicidade – Mont, Oksana, “Institutionalisation of sustainable consumption patterns based on shared use”, in *Ecological Economics*, n.º 50, 2004, p. 138, disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800904001697> [18/06/2020]. Por outro lado, perante a escassez de recurso, há consumidores que se sentem mais seguros ao adquirir a posse do que participar na partilha dos bens. Por tudo isto se diz que um dos maiores obstáculos à economia colaborativa é o atual padrão de consumo.

40 Desenvolvendo esta ideia, Belk, Russel, *op. cit.*, p. 729.

41 Trazemos aqui à colação o livro de Gansky intitulado *The mesh: why the future of business is sharing*. Também subscrevendo essa ideia, Belk, Russel, *op. cit.*, p. 715. Alguns autores equipararam já a importância do consumo colaborativo na alteração do conceito de propriedade com aquela que foi assumida pela revolução industrial no contexto social e económico.

e falta de transparência da informação⁴². Mas também com a insegurança e precariedade das condições do trabalho nas empresas que se inserem neste novo paradigma⁴³.

Outra das preocupações prende-se com o facto de a economia colaborativa mobilizar a “sabedoria de multidões” para reunir estranhos e gerar os laços de confiança já referidos⁴⁴. As avaliações e comentários dos usuários das plataformas assumem tal relevância que se mostram já no centro das questões em torno do capital social das empresas. O grande problema é que estas, mostrando-se um importante fator para gerar confiança na qualidade do produto ou serviços, por vezes, revelam ser falsas ou infundadas, assim quebrando a confiança essencial para o estabelecimento de uma relação de partilha.

42 Cf. Morell, Mayo Fuster, “The unethics of sharing: wikiwashing”, in *International Review of Information Ethics*, v. 15, 2011, p. 14, disponível em <https://www.infodata-edepot.de/volltext/ijie/12045.pdf> [28/05/2020]; Malhotra, Arvind; Alstynne, Marshall Van, “Economic and business dimensions: the dark side of the sharing economy... and how to lighten it: improving the sharing economy will require addressing myriad problems”, in *Communications of the ACM*, v. 57, n.º 11, 2014, pp. 24-27, disponível em https://www.researchgate.net/publication/286692374_The_Dark_Side_of_the_Sharing_Economy_and_How_to_Lighten_It [28/05/2020]; e, ainda, Ranchordás, Sofia, “Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy”, in *The Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 16, 2015, pp. 413-475, disponível em <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol16/iss1/9> [25/06/2020]. Veja-se, nesta obra, o capítulo “Concorrência Desleal, Segredos Comerciais e Direito da Publicidade” e “Direito da concorrência”.

43 Parte da dificuldade em avaliar o impacto das novas oportunidades resultantes da economia colaborativa é explicada pelo contexto de profunda crise econômica em que surgiram, com elevados índices de desemprego e uma reestruturação do mercado de trabalho, potenciadora de condições precárias e redução de salários. Não havendo melhorias no setor laboral, a culpa não poderia ser imputada à economia colaborativa. Com o final da crise e a melhoria das condições de trabalho, os seus trabalhadores poderiam exigir mais e melhores condições. Perante este quadro, alguns autores têm questionado qual o impacto do crescimento econômico e de catástrofes bélicas e naturais nesta nova forma de mercado – cf. Belk, Russel, *op. cit.*, p. 729. Esta questão assume particular relevância porque alguns estudos já desenvolvidos demonstraram que em situações de maior crescimento econômico há uma tendência generalizada para o aumento do consumo individual e redução da partilha. Veja-se, nesta obra, o capítulo “Direito do Trabalho”.

44 Cf. Schor, Juliet, *op. cit.*, p. 7. Antes dos avanços tecnológicos do final do século XX, a partilha realizava-se no seio de um grupo de pessoas que se conheciam entre si. Atualmente, com o desenvolvimento das plataformas digitais, o mais frequente é que a partilha se verifique entre pessoas que não se conhecem. Se considerarmos que muitas das trocas desenvolvidas hoje em dia são bastante íntimas – pense-se, p. ex., na partilha de casa, de boleias ou na permissão para alguém entrar na casa de estranhos para cozinhar ou comer uma refeição confeccionada por estranhos –, constatamos que são muitos os riscos inerentes a este tipo de práticas. Para reduzir estes riscos, as plataformas permitem que os seus utilizadores publiquem uma avaliação do produto/serviço. Nos EUA, por exemplo, a entidade responsável pela inspeção da saúde está a usar as classificações do *Yelp* para identificar restaurantes que não cumprem as regras de saúde e segurança alimentar. Porém, um estudo já demonstrou que 16% das avaliações desse mesmo *site* não são genuínas – Malhotra, Arvind; Alstynne, Marshall Van, *op. cit.*, pp. 25 e 27.

Igualmente preocupantes são os alertas de que esta forma de organização pode gerar preconceitos de classe, género ou raça e condicionar, dessa forma, o desenvolvimento da economia em função de preconceitos generalizados⁴⁵.

Como resposta a estas preocupações, verifica-se uma tendência generalizada dos consumidores para exigirem um tipo de posicionamento das empresas mais rigoroso com compromissos éticos e transparentes. Hoje, as preocupações com a sustentabilidade e responsabilidade social são fatores determinantes para uma elevada parte dos consumidores. Cientes destas reivindicações, as empresas estão a autorregular-se, a assumir mais responsabilidades dessa índole e a seleccionar e educar os clientes⁴⁶.

Estamos convictos, porém, que tal não será fácil e que os reguladores se encontram numa “encruzilhada”, nas palavras de Sofia Ranchordás: «The innovative character of these sharing practices poses a number of challenges to regulators, namely, should they be submitted to the requirements of equivalent commercial practices? When should they be considered economically and legally irrelevant? How can regulators find the balance between the advancement of innovation and the need to safeguard public safety and health, and protect customers from problems with liability and fraud?»⁴⁷.

45 Um estudo divulgado relatou evidências de discriminação racial entre usuários do *Airbnb*, constatando que *hosts* não-negros podiam cobrar 12% a mais do que os negros por propriedades comparáveis – cf. Schor, Juliet, *op. cit.*, p. 7.

46 Cf. Malhotra, Arvind; Alstynne, Marshall Van, *op. cit.*, p. 25. Exemplos disto mesmo são relatados na realidade dos EUA, tanto em relação às plataformas *Uber* como *Airbnb*. Uma onda de indignação surgiu quando a primeira se furtou de assumir responsabilidades num acidente que envolveu um motorista seu e causou a morte de um pedestre menor. Já a *Airbnb* tem seguido uma estratégia distinta, depois de a sua reputação ter sido afetada em 2011, ano em que diversas casas disponíveis na plataforma sofreram danos dos utilizadores e uma delas foi mesmo destruída. À data, a plataforma optou por fazer um pedido público de desculpas, mas não indemnizou a proprietária da casa. Recentemente, o CEO da empresa assumiu que essa atitude foi um dos maiores erros que a empresa cometeu: «That was a real turning point in the company. If there's a founding or a birth, that was like a rebirth for us. And I said were going to drown everyone out and from now on we're going to be open, were always going to be honest with the customer, and were always going to bend over backwards for them». Sabe-se hoje que apenas a construção reiterada da confiança poderá manter estes sistemas – cf. Diamicis, C., *Uber driver hits, kills 6 yr old girl. Is 'Not our problem' still an appropriate response?*, 2014, disponível em <http://bit.ly/190hsft> [20/05/2020]. Algumas plataformas são particularmente exigentes com os seus clientes, com o intuito de criar uma base de confiança mútua sólida. É o caso da *Tulerie*, uma plataforma *online* de partilha por aluguer de roupa que assume como prioridade primeira a confiança, optando por admitir apenas utilizadores diretamente entrevistados pela equipa – cf. <https://tulerie.com/pages/how-to-join> [22/09/2020].

47 Cf. Ranchordás, Sofia, *op. cit.*, p. 474.

As respostas às questões que surjam poderão chegar a um ritmo mais lento do que o tempo de desenvolvimento desta realidade, criando expectáveis tensões. Se parece certo que a economia colaborativa é uma potencial fonte de crescimento econômico, de sustentabilidade e de coesão social, não é menos certo que o seu sucesso, medido pela melhoria das vidas das comunidades humanas, passará pela sua capacidade para se tornar um veículo de concretização de valores, através da partilha e da colaboração – tal como nos primórdios da civilização⁴⁸.

48 Algo que, aliás, parece ter saído ressaltado no contexto de pandemia, a ponto de os responsáveis pela *Airbnb* reconhecerem que é tempo de pensar nos efeitos provocados pelo modelo de negócio na comunidade. Cf. Arlidge, John, *The Sunday Times*, 2020, trad. port. Alves, Érica Cunha, “A *Airbnb* precisa de mudar. Temos de regressar ao essencial”, in *Jornal de negócios*, 04.09.2020, disponível em <https://www.must.jornaldenegocios.pt/viver/detalhe/a-airbnb-precisa-de-mudar-temos-de-regressar-ao-essencial> [23/09/2020].

Referências

Albinsson, Pia A.; Perera, B. Yasanthi, "Alternative marketplaces in the 21st century: Building community through sharing events", in *Journal of Consumer Behaviour*, v. 11, 2012, pp. 303-305, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/cb.1389> [10/06/2020].

Arcidiacono, Davide; Duggan, Mike, *Sharing Mobilities: Questioning Our Right to the City in the Collaborative Economy*, Taylor & Francis Group, New York, 2020, disponível em <https://doi.org/10.4324/9780429201288> [21/03/2020].

Arlidge, John, *The Sunday Times*, 2020, trad. port. Alves, Érica Cunha, "A Airbnb precisa de mudar. Temos de regressar ao essencial", in *Jornal de negócios*, 04.09.2020, disponível em <https://www.must.jornaldenegocios.pt/viver/detalhe/a-airbnb-precisa-de-mudar-temos-de-regressar-ao-essencial> [23/09/2020].

Belk, Russel, "Sharing", in *Journal of Consumer Research*, v. 36, n.º 5, 2010, pp. 715-734, disponível em https://www.researchgate.net/publication/46553775_Sharing/link/571e23b708aefa6488999885/download [29/05/2020].

De la Calle Vaquero, Antonia; De la Calle Calle, Patricia, "The collaborative consumption: a form of consumption adapted to modern times", in *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, n.º 25, 2013, pp. 15-30.

Diamicis, C., *Uber driver hits, kills 6 yr old girl. Is 'Not our problem' still an appropriate response?*, 2014, disponível em <http://bit.ly/190hsft> [20/05/2020].

Harari, Yuval Noah, *Sapiens: História Breve da Humanidade*, 18.ª ed., Amadora, Elsinore, 2019.

Héritier, Françoise *et alii*, *La Plus Belle Histoire des Femmes*, Paris, Éditions Points, 2011.

Houaiss, Antônio; Villar, Mauro, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Lisboa, Círculo de Leitores, XVIII Tomos, 2007.

Ince, Anthony; Hall, Sarah Marie (ed.), *Sharing economies in times of crises*, New York, Routledge, 2018.

Iyengar, S. S.; Lepper, M. R., "When choice is demotivating: Can one desire too much of a good thing?", in *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 79, n.º 6, 2000, pp. 995-1006, disponível em <https://doi.org/10.1037/0022-3514.79.6.995>.

Malhotra, Arvind; Alstynne, Marshall Van, "Economic and business dimensions: the dark side of the sharing economy... and how to lighten it: improving the sharing economy will require addressing myriad problems", in *Communications of the ACM*, v. 57, n.º 11, 2014, pp. 24-27, disponível em https://www.researchgate.net/publication/286692374_The_Dark_Side_of_the_Sharing_Economy_and_How_to_Lighten_It [28/05/2020].

Martin, Chris. J., "The sharing economy: a pathway to sustainability or a nightmarish form of neoliberal capitalism?", in *Ecological Economics*, n.º 121, 2016, pp. 149-159, disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800915004711> [19/06/2020].

Maurer, Ângela Maria *et alii*, "Yes, We also Can! O Desenvolvimento de Iniciativas de Consumo Colaborativo no Brasil", in *BASE: Revista de Administração e Contabilidade da Unisinos*, São Leopoldo, v. 12, n.º 1 (jan./mar. 2015), pp. 68-80, disponível em <http://hdl.handle.net/10183/122619> [19/06/2020].

Mont, Oksana, "Institutionalisation of sustainable consumption patterns based on shared use", in *Ecological Economics*, n.º 50, 2004, pp. 135-153, disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800904001697> [18/06/2020].

Morell, Mayo Fuster, "The unethics of sharing: wikiwashing", in *International Review of Information Ethics*, v. 15, 2011, pp. 9-16, disponível em <https://www.infodata-edepot.de/volltext/ijie/12045.pdf> [28/05/2020].

Ostrom, Elinor, "Collective Action and the Evolution of Social Norms", in *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n.º 3, 2000, pp. 137-158, disponível em <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.14.3.137> [19/06/2020].

Peterson, Nicolas, "Demand sharing: reciprocity and the pressure for generosity among foragers", in *American Anthropologist*, vol. 95, n.º 4, 1993, pp. 860-874, disponível em <https://www.jstor.org/stable/683021> [16/06/2020].

Ranchordás, Sofia, "Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy", in *The Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 16, 2015, pp. 413-475, disponível em <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol16/iss1/9> [25/06/2020].

Scaraboto, Daiane, "Selling, sharing, and everything in between: the hybrid economies of collaborative networks", in *Journal of Consumer Research*, vol. 42, 2015, pp. 152-176, disponível em <https://doi.org/10.1093/jcr/ucv004> [19/06/2020].

Schor, Juliet, "Debating the Sharing Economy", in *Great Transition Initiative*, 2014, disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy> [03/05/2020].

Silveira, Lisilene Mello da *et alii*, "Economia compartilhada e consumo colaborativo: o que estamos pesquisando?", in *Revista de Gestão*, n.º 23, 2016, pp. 298-305, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rege/article/view/129033> [29/05/2020].

Sonis, Michael, "Nonlinear socio-ecological dynamics and first principles of collective choice behavior of «homo socialis»", in *Progress of Theoretical Physics Supplement*, n.º 139, 2000, pp. 257-269, disponível em <https://academic.oup.com/ptps/article/doi/10.1143/PTPS.139.257/1888881> [18/06/2020].

Widlok, Thomas, *Anthropology and the economy of sharing*, Taylor & Francis Group, New York, 2017, disponível em <https://www.taylorfrancis.com/books/9781315671291> [21/03/2020].

Williams, Collin C.; Millington, Andrew, "The diverse and contested meaning of sustainable development", in *The Geographical Journal*, vol. 170, n.º 2, 2004, pp. 99-104, disponível em <https://doi.org/10.1111/j.0016-7398.2004.00111.x> [23/11/2018].

II – Conceito e distinção de outras figuras

Conceito de economia colaborativa

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.5>

Ana Flávia Messa*

* Doutora em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Público pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Económico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Membro do Conselho Editorial da *International Studies on Law and Education*. Professora da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Investigadora integrada na equipa do JusGov (no âmbito das atividades do JusLab e do E-Tec) da Universidade do Minho.

Resumo: No presente estudo, interessa-nos destacar e enfatizar reflexões construtivas sobre o conceito de economia colaborativa, na trajetória dinâmica da economia, repleta de mudanças de valores, crenças, conceitos e ideias, além de inquietações e preocupações na disciplina das realidades emergentes. Como um fenômeno em rápida evolução, o objetivo é apresentar elementos característicos que se articulem numa unidade estruturada sobre a representação e o entendimento da economia colaborativa.

Palavras-chave: Economia colaborativa – partilha – plataformas colaborativas – inovação – modelos empresariais.

Sumário: 1. Introdução. 2. Surgimento da economia colaborativa. 3. Economia colaborativa: um conceito disruptivo? 4. Confiança: fator determinante da economia colaborativa. 5. Economia colaborativa como fato e valor. Referências.

Abstract: In this study, we are interested in highlighting and emphasizing constructive reflections on the concept of collaborative economy, in the dynamic trajectory of the economy, full of changes in values, beliefs, concepts and ideas, in addition to concerns and apprehensions in the discipline of emerging realities. As a rapidly evolving phenomenon, the objective is to present characteristic elements that are articulated in a structured unit on the representation and understanding of the collaborative economy.

Keywords: Collaborative economy – sharing – collaborative platforms – innovation – business models.

Summary: 1. Introduction. 2. Emergence of the collaborative economy. 3. Collaborative economy: a disruptive concept? 4. Trust: determining factor in the collaborative economy. 5. Collaborative economy as fact and value. References.

1. Introdução

O problema do conceito¹ da economia colaborativa é o de descobrir sua essência como um fenômeno que é apreendido no mercado² e cuja função é determinada por um dado contexto, de forma a possibilitar sua compreensão para sistematizar seu alcance e significado dentre vários institutos³ nas relações sociais e sistemas específicos de produção e circulação de bens e serviços⁴.

A caracterização do conceito da economia colaborativa, enquanto modelo econômico, possui múltiplas manifestações e dimensões, pela constante transformação do universo digital⁵ e enorme variedade das atividades, dificultando a busca de uma compreensão precisa e abrangente para a clarificação do seu conteúdo.

1 «[...] todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis. Assim entendido, esse termo tem significado generalíssimo e pode incluir qualquer espécie de sinal ou procedimento semântico, seja qual for o objeto a que se refere, abstrato ou concreto, próximo ou distante, universal ou individual, etc.» (Abbagnano, N., *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Martins Fontes, 1998); Ferrater-Mora, J., *Dicionário de filosofia*, 2.^a ed., São Paulo, Loyola, 2004, pp. 1-4.

2 É uma organização ou instituição em que há troca de bens e/ou serviços. Trata-se de ambiente de transações comerciais [Fligstein, N., *The architecture of markets: an economic sociology of capitalist societies*, Princeton, Princeton University Press, 2001; Possas, M. L., “Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência”, in Possas, M. L. (org.), *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*, São Paulo, Singular, 2002, v. 1, pp. 75-95; Stigler, G., “Imperfections in the capital market”, in *Journal of Political Economy*, Chicago, n. 75, 1967, pp. 287-292].

3 «[...] é o significado último dos institutos jurídicos, podendo ser tida como a afinidade que um instituto jurídico tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação» (Diniz, M. H., *Dicionário jurídico*, v. 3, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 337); Instituto – (Lat. *institutu*) s.m. O mesmo que instituído; o que está regulamentado; corporação ou organização jurídica, científica, econômica, administrativa etc., regulamentada por um conjunto orgânico de normas de Direito Público ou Privado (Santos, W., *Dicionário jurídico brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001).

4 «[...] Não só como um conjunto de novos modelos empresariais que fornecem bens e serviços, mas também como uma nova forma de integração entre economia e sociedade, no âmbito da qual a prestação de serviços assenta numa grande variedade de relações em que se combinam relações econômicas e sociais e se criam novas formas de comunidade e novos modelos empresariais» (Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de junho de 2017, sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa (2017/2003(INI)), disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_PT.html. Acesso em: 05.07.2018.

5 A tecnologia está cada vez mais avançando e proporcionando a criação de sistemas e ferramentas que estão tomando conta do mercado de trabalho. Com avanços tão rápidos, muitos teóricos já começaram a defender que nossa sociedade já está passando por uma quinta revolução industrial (disponível em: <https://www.pontotel.com.br/quinta-revolucao-industrial/>, acesso em: 20.03.2020).

A economia colaborativa é uma construção da pós-modernidade⁶, paradigma⁷ em construção apresentado de certo modo como uma intenção “revolucionária”, já que representa uma substituição de modelos de compreensão de uma realidade⁸.

Bordoni abre passagem para a reflexão sobre a transição paradigmática⁹ quando relata que a modernidade retirou suas promessas, e que a

6 «O conceito de pós-modernidade faz parte do pensamento social porque nos alerta para algumas mudanças sociais e culturais importantes que estão acontecendo neste final de século XX» (Lyon, David, *Pós Modernidade*, São Paulo, Paulus, 1998, p. 9); «Não há como buscar uma verdade que se chama pós-modernidade. Mas há, sim, como colocar em evidência a construção de sentido sobre um processo de *recomposição* de diversos elementos (políticos econômicos, culturais, religiosos etc.), que leva à emergência do que se tem chamado hoje de pós-modernidade» (Esperandio, Mary Rute Gomes, *Para entender pós-modernidade*, São Leopoldo, Sinodal, 2007, p. 9); «[...] emergência de novos aspectos formais da cultura com a emergência de um novo tipo de vida social e com uma nova ordem econômica» (Jameson, Fredric, “O pós-moderno e a sociedade de consumo”, in Kaplan, E. Ann (org.), *O mal-estar no pós-modernismo: teorias e práticas*, tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1993, p. 27); «O pós-moderno é muito mais a fadiga crepuscular de uma época que parece extinguir-se ingloriosamente que o hino de júbilo de amanhã que despontam.» (Rouanet, Sérgio P., *As razões do iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1987, pp. 229-277); Harvey, David, *Condição pós-moderna*, São Paulo, Edições Loyola, 1992; Santos Filho, J.C., “Universidade, Modernidade e Pós-Modernidade”, in Santos Filho, J.C. & Moraes, S.E. (orgs.), *Escola e Universidade na Pós-Modernidade*, Campinas, Mercado das Letras, 2000, pp. 25-60; Trigo, L., *A Sociedade Pós-Industrial e o Profissional em Turismo*, Papirus Editora, 2000, p. 44; Lyotard, Jean François, *A condição pós-moderna*, São Paulo, Editora Paz e Terra, 2012.

7 «Os paradigmas fazem a ponte entre a teoria e a realidade por meio da elaboração de teses científicas que são utilizadas na elaboração de programas e sistemas, na execução de políticas, de projetos de desenvolvimento. Estes têm como referências os conhecimentos construídos a partir de determinada visão de mundo que projeta as ações necessárias para a transformação da realidade.» (Arendt, Hannah, “O que é política?”, in *O que é política?*, tradução de Reinaldo Guarany, Rio Janeiro, Bertrand Brasil, 1998, pp. 21-25).

8 «Em vez da eternidade, a história; em vez do determinismo, a imprevisibilidade; em vez do mecanicismo, a interpenetração, a espontaneidade e a auto-organização; em vez da reversibilidade, a irreversibilidade e a evolução; em vez da ordem, a desordem; em vez da necessidade, a criatividade e o acidente» (Santos, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, São Paulo, Cortez, 2000, v. 1, pp. 70-71).

9 A imagem que caracteriza de forma mais original as relações entre paradigmas nos dias atuais parece-me ser, sem dúvida, a de um período de *transição paradigmática*, em que a dinâmica da realidade exige novos paradigmas que consigam melhor explicar os problemas contemporâneos. Esta imagem espelha de forma muito sugestiva os dilemas e os desafios epistemológicos que existem no século XXI, em que múltiplos e inter-relacionados problemas evidenciam a existência de um estado de mal-estar. O sociólogo alemão Ulrich Beck chama a nossa sociedade contemporânea de sociedade global do risco, uma verdadeira “caixa de pandora” que promove o crescente e contínuo processo de liberação aleatória de “novos riscos” que redundam no retorno da incerteza, da imprevisibilidade e da insegurança, em suas dimensões cognitiva e normativa. Já o sociólogo britânico Anthony Giddens chama de “crise do controle”, concebida como perda de domínio sobre o mundo em virtude do surgimento de perigos novos (Santos, Boaventura de Sousa, *op. cit.*, p. 19; Bauman, Zygmunt, *O mal-estar da pós-modernidade*, Rio de Janeiro, Editora Jorge Zahar, 1998; Beck, Ulrich, *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, tradução de Sebastião do Nascimento, São Paulo, Editora 34, 2011; Giddens, Anthony, *As consequências da modernidade*, tradução de Raul Fiker, São Paulo, Editora UNESP, 1991, pp. 133 e ss.).

pós-modernidade as subestimou, até zombou delas. A visão da modernidade em crise de Bordoni articula-se com a de Bauman quando afirma que as promessas ficaram imunes às ondas cruzadas da história, sendo abandonadas estratégias favorecidas, assim como modelos de “boa sociedade” eventualmente concebidos para coroar o esforço de persegui-los de forma resoluta e fiel¹⁰.

A crise do paradigma moderno¹¹ nos mostra a necessidade de reformulação de suas premissas epistemológicas, seja por oposição, com a ruptura de seus parâmetros, seja por uma continuidade remodelada da modernidade¹². As forças que nos levam às crises trazem em si as sementes da renovação. As possibilidades de salvação nesse momento de crise partem da constatação das características desta condição pós-moderna, e reconhecem elementos orientadores dentro do universo de incerteza, a fim de compreender a realidade¹³.

Alertados para uma compreensão mais elaborada, a pós-modernidade se coloca no contexto da complexidade em termos de totalidade e interconexão, em função de um processo evolutivo contínuo e inacabado caracterizado pela verificação de que o que é sólido pode acabar por se tornar fluído com o progresso e a situação de fluidez gera busca por uma solidez duradoura¹⁴, que considere a variabilidade no conhecimento e conceba um repensar multidimensional.

A pós-modernidade¹⁵, ao produzir rupturas e introduzir novas definições axiológicas, traz a economia colaborativa, uma nova forma de pensar o

10 Bauman, Zygmunt & Bordoni, Carlo, *Estado de Crise*, tradução de Renato Aguiar, Rio de Janeiro, Zahar, 2016, pp. 9-75.

11 A modernidade, nascida sob signo da liberdade, definida como o período identificado pela era da razão rumo ao progresso histórico linear e caracterizada pelo fortalecimento dos Estados Nacionais não é suficiente para atender aos desafios da sociedade contemporânea, pois esta, a partir de meados do século XX, passa a ser vista como contingente, instável e imprevisível, solidificada pela globalização, e caracterizada pela invasão da tecnologia eletrônica, automação e informação.

12 Harvey, David, *op. cit.*

13 «Entre as ruínas que se escondem atrás das fachadas, podem pressentir-se os sinais, por enquanto vagos, da emergência de um novo paradigma» (Santos, Boaventura de Souza, *op. cit.*, p. 56).

14 Bauman, Zygmunt, *Modernidade líquida*, Rio de Janeiro, Zahar, 1998.

15 Com a reformulação do pensamento moderno, surge a ideia no contexto pós-moderno da *incredulidade* manifestada pela indeterminação e intensa desconfiança nos discursos universais, que se tornaram dogmáticos, fechados e excludentes. Há uma perda da racionalidade global integradora e explicadora dos fenômenos, com abertura conceitual e metodológica para que os discursos não se tornem invólucros vazios sem significado histórico e social (Harvey, David, *op. cit.*; Santos Filho, J.C., *op. cit.*, pp. 25-60; Trigo L., *op. cit.*, p. 44).

desenvolvimento da atividade econômica, fundamentada na partilha, troca, negociação ou aluguel ou arrendamento de bens, privilegiando o acesso aos mesmos, em detrimento da sua aquisição ou propriedade¹⁶.

A economia colaborativa é um ganho do século XXI, tanto para as empresas como para os consumidores. Gray já alertava que a história não é progresso ou declínio, mas ganhos ou perdas recorrentes¹⁷.

Na perspectiva consumerista, a economia colaborativa partilha bens e/ou serviços proporcionando maior oferta e preços mais baixos. A tradição consumerista, que se havia firmado nos excessos do hiperconsumo que culminaram com a geração de exclusão social, passando pela ênfase da posse de bens, sofreu um forte influxo do acesso partilhado com satisfação de necessidades reais do consumidor, além de possibilitar a troca em caso de necessidade. Ganha, assim, relevante importância prática a ideia do consumo colaborativo¹⁸, pois se define como modelo econômico no qual os bens ou serviços são partilhados, redefinido através da tecnologia moderna e das comunidades.

Quanto às empresas, como atores decisivos desses novos modelos econômicos, aparece como forma de contribuir para o crescimento e competitividade, como geração de novas oportunidades de emprego, de regimes de trabalho flexíveis e de novas fontes de rendimento¹⁹.

Originalmente assentada na utilização partilhada de bens e serviços, segundo abordagem nas organizações empresariais, teve sua compreensão

16 Os bens e serviços são obtidos de forma compartilhada. O foco não está na aquisição de produtos ou troca monetária, mas sim no acesso a bens e serviços.

17 Gray, John, *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*, tradução de Maria Lucia de Oliveira, Rio de Janeiro, Record, 2005, p. 169.

18 «[...] Não é uma ideia nova, mas sim o renovar de uma prática que beneficia da tecnologia atual para que o serviço seja muito mais eficiente e ajustável à escala [...] os consumidores querem possuir menos, mas beneficiar mais. Ao oferecerem alternativas cómodas e, muitas vezes, mais econômicas, as iniciativas de consumo colaborativo otimizam os recursos já disponíveis e evitam que se fabriquem novos produtos desnecessários. Em última análise, partilhar é rentável e sustentável» (Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI. 2014/C 177/01, publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* em 11/06/2014, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=LT>, acesso em: 20.05.2017.

19 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, uma agenda europeia para a economia colaborativa, Bruxelas, 02.06.2016 COM (2016) 356 finais, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2016:0356:FIN>, acesso em: 05.08.2017.

revista como um modelo econômico potencializado pela inovação e plataformas eletrônicas, mantendo, todavia, como fundamentais à sua compreensão as suas características estruturais de partilha de ativos e uso eficaz e integrado dos recursos já disponíveis.

Assim, para compreender a economia colaborativa, entendida como uma nova forma de pensar a atividade econômica frente aos desafios do mercado e as práticas correntes, podem ser arroladas algumas características que lhe conferem um denominador comum que sirva de orientação aos modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas como mercado aberto para utilização temporária de bens e/ou serviços²⁰. Para os fins deste ensaio, serão examinadas as seguintes características:

- a) **Dinamismo e expansionismo:** a economia colaborativa, assim pluralizada para atender a comunidades e cidades por todo o mundo, acompanhando o ritmo frenético da própria convivência civilizada, se vai socorrer das características e elementos presentes em cada contexto sociocultural. As interações entre economia colaborativa e seu dinamismo necessariamente se multiplicam e se adensam, bastando lembrar que é um fenômeno em rápida evolução, cada vez mais evidente entre as forças de transformação da sociedade e as tendências do conservantismo, num processo de reajuste constante do processo com as tradições da história, produzindo um redimensionamento da realidade econômica tradicional.
- b) **Alteridade:** a lógica da eficiência dos mercados ajustada ao rendimento mínimo para dignidade humana num contexto de construção permanente do desenvolvimento sustentável é compatível com alteridade nas relações da economia de partilha. Com efeito, o conceito de uma economia de partilha não pode ser aquele fundamentado nos princípios regentes das práticas econômicas do mercado tradicional, que se distancia paulatinamente da realidade da economia colaborativa. Essa economia de partilha é, assim, o que promove interações, mas com reconhecimento e maior relevância do outro nas relações econômicas; é o que facilmente se identifica pela preocupação dos membros envolvidos nas práticas econômicas como bem-estar do outrem e por sua consequente aptidão para gerar por trocas comunais e compartilhamento ganhos relacionais. Trata-se de um conceito valorativo, pois promove valores cooperativos e exercício

²⁰ *Idem, ibidem.*

da solidariedade face ao progressivo esgotamento do sistema atual e de sua incapacidade para satisfazer as exigências individuais e coletivas dos cidadãos.

- c) Compartilhamento:** é o uso mais eficaz e mais integrado de ativos e recursos que já existem e estão disponíveis. A pessoa fica com a posse do bem somente enquanto precisa utilizar e depois devolve para que outras pessoas o usem. Pode ser manifestada na forma da troca, aluguel, doação, empréstimo ou outra negociação semelhante. É detectada a possibilidade de ganhos não financeiros (desmone-tização: menos circulação de dinheiro). As atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, baseada na distribuição horizontal: pautado na relação entre pessoas e que exploram o conceito de acesso ao invés de posse. As transações de economia colaborativa não implicam uma transferência de propriedade, podendo ser realizadas com fins lucrativos ou sem fins lucrativos.

Além da necessidade de apreciação das características, uma reflexão sumária sobre o sentido mais recente do processo de evolução da economia colaborativa conduz-nos à conclusão de que certos princípios e leis que modelaram o pensamento econômico tradicional²¹ passam a ser revistos pelo desenvolvimento de modelos de negócios baseados na partilha, troca, permuta, aluguer ou comércio de serviços, facilitados por uma plataforma online.

As características e as propriedades dinâmicas e relacionais de circunstâncias históricas, sociais, teóricas e filosóficas refletem nas expressões temporais²², permitindo a apreensão do significado da economia colaborativa como estrutura econômica cuja eficácia representa um novo olhar sobre os

21 «As novas práticas econômicas não se adequam de forma plena aos pressupostos do pensamento econômico tradicional, principalmente no que diz respeito ao comportamento dos agentes no mercado. Há violação das premissas fundamentais na construção ontológica do homem econômico. Os princípios diferenciam das práticas econômicas do mercado tradicional ou escapam da ortodoxia inflexiva da concepção clássica de mercado (exocentrismo): 1) mercado explorador com preços abusivos e serviços desleixados para uma experiência mais digna e justa; 2) Além de criarem novos mercados e de permitirem a expansão dos mercados existentes, as empresas do setor da economia colaborativa acedem a mercados onde até aqui operavam prestadores de serviços tradicionais» (Gerhard, Felipe; Júnior, Jeová Torres Silva; Câmara, Samuel Façanha, "Tipificando a Economia do Compartilhamento e a Economia do Acesso", in *Organizações & Sociedade*, vol. 26, no. 91, Salvador, Oct./Dec. 2019, Epub, Oct. 07, 2019).

22 «A vida social do grupo se reflete nas expressões temporais. [...] Cada grupo, com seu íntimo nexo de entendimento mútuo e comum sobre o ritmo das atividades sociais, define seu tempo a fim de se ajustar ao seu comportamento. Nenhum cálculo altamente complexo baseado na precisão matemática, nem a beleza das observações astronômicas são necessárias para coordenar e sincronizar o comportamento societal.» (Merton, Robert K.; Sorokin, Pitirim A., "Social time: a Methodological

comportamentos de mercado. No presente trabalho, interessa-nos destacar e enfatizar momentos essenciais deste processo de revisão com as novas práticas econômicas: a) fatores ligados à origem da economia colaborativa; b) descontinuidade na identidade criada no século XXI com a promoção de valores cooperativos e exercício da solidariedade; c) a confiança como elemento determinante da economia colaborativa.

2. Surgimento da economia colaborativa

Conexo com a primeira coordenada do processo da economia colaborativa, um dos sintomas de revisão com as novas práticas aponta a crise econômica de 2008, bem como a expansão digital como fatores para o surgimento deste modelo econômico.

Com a crise de 2008²³, o fim do ciclo econômico recessivo culminou numa mudança de paradigma, no qual as pessoas buscam o seu futuro de modo sustentável em termos econômicos, humanos e sociais, e em harmonia com o planeta do ponto de vista ambiental. A referida crise consubstancia-se, desde logo, na implementação de novos arranjos de relações econômicas pautados na relação entre pessoas baseadas no conceito de acesso, ao invés da posse para retornar desenvolvimento sustentável.

O objetivo perseguido, como resposta para as incertezas da crise econômica, é, pois, aproveitar na máxima medida possível a capacidade de buscar o desenvolvimento sustentável, entendida como justificativa adequada da economia colaborativa. Na miragem desse objetivo, deve-se conciliar dimensões que associadas apontam para um nítido esforço dos atores sociais na realização de um crescimento inteligente (desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação), sustentável (promover uma economia mais eficaz, mais ecológica e mais competitiva) e inclusivo (estimular

and functional analysis”, in *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 42, n. 5, pp. 615-629, Mar. 1937, tradução nossa).

23 A crise de 2008 representou uma mudança na história do capitalismo, atingiu todos os mercados, do monetário ao de crédito, das bolsas de valores à de mercadorias. Ela alcançou o âmbito internacional e foi muito intensa, gerando um indício da escassez global de liquidez em dólares e tornando pior os termos de troca, devido à queda dos preços das *commodities*. A bolha financeira americana foi considerada a maior, desde a grande depressão de 1929 (disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rtee/article/view/7363>, acesso em: 10.05.2017).

uma economia com taxas de emprego elevadas, oferecendo ao mesmo tempo a coesão social e territorial)²⁴.

A conjugação das dimensões com a ideologia imperante do equilíbrio dinâmico que propicie melhoria da qualidade de vida sem comprometer as futuras gerações assume, neste cenário, um relevo decisivo como novo paradigma de bem-estar a partir da década de 80, representando, como base da economia colaborativa, uma maneira alternativa de viver com qualidade, valorizando o acesso aos bens, em detrimento da sua propriedade: o melhor aproveitamento dos bens pode concretizar-se numa utilização partilhada ou na reutilização dos bens:

- a) Dimensão econômico-financeira:** eficiência dos mercados ajustados com rendimento mínimo para dignidade humana e à complexidade do mundo natural; adaptação dos custos com a capacidade econômico-financeira (manejo eficiente dos recursos e fluxo permanente de investimentos públicos e privados); consumo colaborativo;
- b) Dimensão ambiental:** é a proteção ambiental que proporcione vida digna, com preservação dos recursos energéticos e naturais, de forma a evitar o retrocesso na biodiversidade. É necessário a responsabilidade ambiental pelas emissões, com redução do desperdício e aumento da eficiência no uso dos recursos naturais;
- c) Dimensão social:** é a preocupação com a redução das desigualdades sociais fundamentada nas estratégias da solidariedade intergeracional, defesa do patrimônio cultural e a efetividade dos direitos sociais²⁵.

Mas, além da crise econômica de 2008, quando um dos bancos de investimentos mais tradicionais dos Estados Unidos, o Lehman Brothers, foi à falência, e as Bolsas do mundo todo despencaram, gerando muita instabilidade no mercado, contribuíram para o surgimento da economia colaborativa os fluxos de comunicação viabilizados pelas tecnologias de comunicação.

24 A Estratégia Europa, 2020, disponível em: https://www.eapn.pt/iefp/docs/Estrategia_Europa_2020.pdf, acesso em: 05.03.2016.

25 Banco Mundial, *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 1992 – Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1992; Kennedy, Paul, *Preparando para o Século XXI*, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1993; Conferência Mundial sobre a Conservação e o Desenvolvimento, da IUCN (Ottawa, Canadá, 1986); O Relatório Brundtland, de 1987, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; Raynaut, Claude; Zaroni, Magda, "La construction d'Interdisciplinarité et formation intégrée de l'environnement et du développement", Paris, UNESCO (document préparé pour la réunion sur le modalités de travail de Chaires UNESCO du développement durable), Curitiba, 1-4 Juillet, 1993 (mimeo).

A tecnologia é parte integrante da vida do homem e da sociedade, funcionando como ferramenta para o desenvolvimento da civilização. Insere-se num processo histórico não linear, atua como canal de expressão da cultura das sociedades, e serve como instrumento transformador das formações sociais²⁶. Fala-se em interação entre sociedade e tecnologia, como um processo impreciso, e de conteúdo heterogêneo, associado à determinação das técnicas de que dispõe um grupo social em qualquer fase histórica de seu desenvolvimento, e ao surgimento de comportamentos, valores e atitudes adaptáveis aos estágios evolutivos referentes aos momentos tecnológicos²⁷.

Fator de organização social, instrumental de produtividade e/ou competitividade, aplicação de conhecimentos ou atividade humana em que se busca a solução de problemas práticos, a tecnologia exerce influência decisiva na sociedade, seja trazendo benefícios à humanidade com o conforto proporcionado pelos diversos aparatos e dispositivos técnicos, seja com os riscos da evolução tecnológica resultante em lucros, interesses e diversas questões sociais, éticas e políticas²⁸.

26 Vargas, M., *Para uma filosofia da tecnologia*, São Paulo, Alfa Omega, 1994; Brito, Gláucia da Silva, *Educação e Novas Tecnologias: um re-pensar*, Curitiba, Ibpex, 2008; Johnson, Steven, *Cultura da interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001; Pinto, Álvaro Vieira, *O conceito de tecnologia*, Rio de Janeiro, Contraponto, v. 1, 2005, p. 20; “o valor da tecnologia não está nela em si mesma, mas depende do uso que fazemos dela” (Côrrea, Juliana, “Novas tecnologias de informação e da comunicação: novas tecnologias de ensino e aprendizagem”, in Coscarelli, Carla Viana (org), *Novas tecnologias, novos textos, novas formas de pensar*, Belo Horizonte, Autêntica, 2002); Cardoso, T. F. L., “Sociedade e Desenvolvimento Tecnológico: Uma Abordagem Histórica”, in Grinspun, M.P.S.Z. (org.), *Educação Tecnológica: Desafios e Perspectivas*, São Paulo, Cortez, 2001; Veraszto, E. V., *Projeto Teckids: Educação Tecnológica no Ensino Fundamental*, Dissertação de Mestrado, Campinas, Faculdade de Educação, UNICAMP, 2004.

27 “As tecnologias são produzidas e apropriadas de formas diferenciadas, a partir de dinâmicos processos socioeconômicos, culturais e políticos específicos. Uma tecnologia influencia fenômenos sociais e é marcada por eles, em um complexo movimento histórico de reciprocidades, usos, inovações, desvirtuamentos e disputas” (Ribeiro de Mello, Gilberto, *Estudos de Prática de Governança Eletrônica: instrumento de controladoria para tomada de decisões na gestão dos Estados Brasileiros*, São Paulo, USP, 2009. 187 f, Tese (Doutorado em Ciências Contábeis) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade São Paulo, São Paulo, 2009).

28 Schienstock, G., “Technology policy in the process of change. Changing paradigms in research and technology policy?”, in Aichholzer y Schienstock, *Technology Policy – Towards An Integration Of Social And Ecological Concerns*, Berlin-Nueva York, De Gruyter, 1994; Wynne, B., “Redefining the Issues of Risk and Public Acceptance”, in *Futures*, fevereiro, 1983; Bunge, M., *Treatise on basic philosophy*, v. 7: Philosophy of science and technology, Dordrecht, Reidel, 1985; Mitcham, Carl, *Thinking through technology. The path between engineering and philosophy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994; Pacey, A., *The Culture of Technology*, Cambridge, MA, MIT Press, 1983; Carvalho, M. G., “Tecnologia e Sociedade”, in Bastos, João A S. L. (org.), *Tecnologia e Interação, Coletânea “Educação e Tecnologia”*, PPGTE-CEFET, Curitiba, CEFET-PR, 1998, p. 1; Bazzo, W. A., *Ciência, Tecnologia e Sociedade: e o contexto da educação tecnológica*, Florianópolis, Ed. da UFSC, 1998; Herrera, Amílcar et al., *Las Nuevas Tecnologías y el Futuro de América Latina. Riesgo y oportunidad*, Siglo XXI, México, 1994; Heidegger, Martin, *Introdução à Metafísica*, São Paulo, Piaget, 1987.

É neste contexto do progresso tecnológico e do seu impacto social que, na história da humanidade, desde o início da civilização, é possível detectar movimentos ou eras tecnológicas, ou seja, épocas na evolução histórico-social do homem marcadas pelo predomínio de um tipo de tecnologia²⁹. O desenvolvimento tecnológico da humanidade pode ser classificado em quatro eras: industrial, elétrica, eletrônica e da informação.

Com isso, se o desenvolvimento tecnológico faz parte das dinâmicas sociais, bastante peculiar à perspectiva do progresso técnico, é possível afirmar, com a chegada dos computadores, e principalmente com a internet, que estamos vivendo numa realidade em que o fluxo de mensagens e imagens entre as redes passou a ser o ingrediente básico nas relações sociais, revelando a configuração de uma sociedade tecnológica marcada pelo avanço da tecnologia de informação, uma verdadeira sociedade de informação. No contexto da sociedade de informação, os avanços da microeletrônica permitiram o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação e o surgimento da era eletrônica, fatores que condicionam a exigência de um momento histórico-cultural mais aberto e potencializado pela difusão, disseminação e transmissão de informações para todos e por todos³⁰.

Na era eletrônica, ancorada nas novas tecnologias digitais, surge um novo ambiente de informação e comunicação, com transmissão global, velocidade ímpar e subversão dos fatores de tempo e espaço, que propicia novas formas de sociabilidade, influenciando no relacionamento entre o público e o privado. É o ciberespaço³¹, termo citado por William Gibson no romance *Neuromancer*, entendido como um espaço de comunicação aberta que surge

29 Ortega y Gasset, J., *Meditação da técnica*, Rio de Janeiro, Livro Ibero Americano Limitada, 1963.

30 «A capacidade criar, difundir e usar conhecimento e informação é cada vez mais o principal fator para o crescimento econômico e a melhoria da qualidade de vida» (OCDE, OCDE SCIENCE, *Technology and Industry Scoreboard 1999*, Benchmarking Knowledge-based Economies, OCDE, 1999); Hobsbawm, E., *O Novo Século (Entrevista a Antônio Polito)*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

31 Parece-nos útil delimitar o âmbito do ciberespaço em dois aspectos: a) aspecto subjetivo: ele designa os seres que navegam e alimentam o universo das redes digitais; dentro do aspecto subjetivo do ciberespaço, a concepção dos seres se utiliza desse espaço, se identificam como identidades nômades sem corpo, sem simultaneidade de presença, apenas em solidão coletiva. Nesta linha, há um universo complexo e dinâmico de interações de sujeitos que transitam no ambiente virtual com discursos, práticas e imagens que passam a influenciar a conformação social; b) aspecto objetivo: ele designa o conteúdo que abrange um universo oceânico de informações com base numa infraestrutura material da comunicação digital. Ao lado da socialização, o ambiente virtual proporciona intercâmbio intenso de informações e imagens, especialmente com o advento da internet e o desenvolvimento da web [Levy, Pierre, *Cibercultura*, São Paulo, Editora 34, 1999; Lysloff, René, "Musical life in Softcity: in internet ethnography", in Lysloff, René & Gay, Leslie (orgs.), *Music and Technoculture*, Middletown, Wesleyan University Press, 2003; Giddens, Anthony, *Modernidade e identidade*, traduzido por Plínio Dentzien, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2002].

da interconexão mundial de computadores. A Era Eletrônica, especialmente com o surgimento da internet, propicia a invasão no corpo da vida comunitária de uma nova identidade social baseada na ampliação da informação como papel de moeda globalizante, criando a *sociedade em rede* e uma *cidadania eletrônica* ou *cibercidadania*³².

O ambiente digital, caracterizado por uma visível alteração no âmbito das relações humanas, apresenta uma vertente da crescente influência das tecnologias de informação e comunicação nas relações de mercado, apontando fundamentalmente para um alargamento do consumo limitado a trocas de produtos e serviços que envolvam valores monetários, com a valorização da posse. Envolvido neste processo está o resgate do comportamento de partilha acrescido do componente tecnológico do acesso e, por conseguinte, uma alteração que repercute na ampliação do ciclo de vida dos produtos, consciência ambiental e interação social³³.

A influência das tecnologias digitais é fator decisivo na viabilização de modelos empresariais integrantes da economia colaborativa, por dois motivos: a) são ferramentas inovadoras baseadas no compartilhamento, permitindo que as pessoas acedam aos bens e/ou serviços; b) gera otimização na localização de recursos e agregação de pessoas com interesses em comum, formando comunidade de interações³⁴.

32 Pieranti, O. P.; Rodrigues, S.; Peci, A., "Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro", in *XXXI Encontro da ANPAD*, Rio de Janeiro, 2007; Toffler, Alvin, *A terceira onda*, Rio de Janeiro, Record, 1997; Akutsu, L.; Pinho, J. A. G., "Sociedade da informação, accountability, e democracia delegada: investigação em portais de governo no Brasil", in *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, set./out. 2002, pp. 723-745; Lock, F. N., *Transparência da gestão municipal através das informações contábeis divulgadas na internet*, 2003, 111 f. (Dissertação – Mestrado em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003; Santana Junior, J. J. B., *Transparência fiscal eletrônica: uma análise dos níveis de transparência apresentados nos sites dos poderes e órgãos dos Estados e do Distrito Federal do Brasil*, 2008, 176 f. (Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Programa Multinstitucional e Inter-regional de Pós-graduação em Ciências Contábeis, Recife, 2008; Castells, Manuel, *A sociedade em rede*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

33 Rett, L., "Marcas e consumo colaborativo: um novo modelo de negócios", in *Anais do V Pró-Pesq. PP-Encontro Nacional de Pesquisadores em Publicidade e Propaganda*, São Paulo, INMOD; ABP2/PPGCOM-ECA-USP, 2014; Jorge, M. S.; Brasil, M. B.; Ferreira, V. H. A., "A sociedade em rede e a perspectiva do consumo colaborativo na contemporaneidade", in *Anais do 2.º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*, Santa Maria, RS, 2013; Botsman, R.; Rogers, R., *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*, Porto Alegre, Bookman, 2011.

34 Shirky, C., *A cultura da participação. Criatividade e Generosidade no mundo conectado*, Rio de Janeiro, Zahar, 2011; Rifkin, J., *A era do acesso*, São Paulo, MackronBooks, 2001; Fontenelle, I., "Mídia, acesso e mercado de experiência", in *Revista Contratempo*, n. 10/11, 2004.

3. Economia colaborativa: um conceito disruptivo?

A crise da identidade subjetiva no contemporâneo pode ser apresentada como um *fenômeno disruptivo* em sua existência³⁵, onde o individualismo diferenciado centrado na figura do homem competitivo e destrutivo se mostra degenerado e/ou inoperante diante das práticas da economia colaborativa.

A crise como fenômeno disruptivo pode ser entendida como a não aceitação das compreensões preestabelecidas sobre o campo de ação e interação nas relações humanas (privilegia-se o aspecto negativo da ruptura, associando-o a uma quebra coletiva do sentido partilhado e da estruturação dos papéis sociais), ou então como a reconstrução dos papéis dos participantes e processos aptos na resolução de desafios na funcionalidade do contexto sociocultural (dá-se relevo à conotação positiva da ruptura, integrando-a no reconhecimento da necessidade de mudanças de referenciais como resposta a novas problemáticas da ordem social).

Podemos afirmar que, antes da economia colaborativa, há uma sociedade de indivíduos isolados uns dos outros, sem diálogo, com base num individualismo exacerbado. Em consequência, é o “Eu” que está em questão o tempo todo, alargado e exaltado em suas fronteiras até o espaço sideral. Uma postura autocentrada do indivíduo acabará por acentuar a busca de crescimento econômico e acúmulo de riqueza numa lógica competitiva de produzir mais e mais, a não fraquejar nesse afã, a não parar, a tornar-se cada vez mais maquinal, bem como havia sido previsto pelo visionário Charles Chaplin (1936) em seu filme *Tempos modernos* como “a nova doença do ser humano”³⁶.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a noção de cultura do narcisismo, a lógica deste casulo, é a auto-absorção, fator que confere uma preocupação excessiva com o “Eu”, ou seja, com olhos em seus próprios desempenhos particulares, os homens se tornam peritos em sua própria decadência. Acontece que, sob o mote da economia colaborativa, constata-se um complexo processo de esgotamento do individualismo diferenciado pela união com aproximação de pessoas e troca de experiências. Há aproximação cada vez maior das experiências conjuntas e divididas, propiciando para a

35 Lerbinger, Otto, *The crisis manager: facing risk and responsibility*, Mahwah, New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 1997, p. 6.

36 Chaplin, C., *Modern times*, Continental Filmes, 1936.

humanidade o desabrochar de um homem solidário e orientado para permitir a livre manifestação de vida em todas as suas formas³⁷.

4. Confiança: fator determinante da economia colaborativa

A confiança³⁸ nas plataformas colaborativas funciona como fator determinante nos modelos empresariais integrantes da economia colaborativa, já que partilhar recursos exige relação de segurança com pessoas, empresas e ideias desconhecidas³⁹.

A criação de uma expectativa positiva em relação ao comportamento dos intervenientes do sistema econômico no qual os bens ou serviços são partilhados entre particulares, de forma gratuita ou contra um preço, tipicamente através da internet, funciona como mecanismo de segurança que possibilita eficácia das transações em uma sociedade interconectada e interativa⁴⁰.

A instrumentalidade da confiança se põe em evidência, num contexto contemporâneo, no âmbito da economia colaborativa, como uma necessidade exigida para partilha de recursos, transcendendo sua função local e/ou institucional, para se tornar distribuída, desde que haja elementos conjugados que certifiquem segurança da ideia, da plataforma e da reputação do procedimento econômico na transação digital⁴¹.

Nesta linha, os modelos empresariais na economia colaborativa só podem funcionar no mercado de negócios, como reais conquistas em benefício das

37 Nohara, Irene, *Fundamentos de Direito Público*, São Paulo, Atlas, 2016; Casalta Nabais, José, "Qual o Melhor Sistema Fiscal para o Século XXI?", in *Revista de Estudos Tributários*, Ano XXII – n.º 127 – Maio-Jun. 2019.

38 Rotter, J. B., "A new scale for the measurement of interpersonal trust", in *Journal of Personality*, v. 35, n. 4, Dec. 1967, pp. 651-665; Williamson, O. E., "Calculativeness, trust, and economic organization", in *Journal of Law and Economics*, v. 36, n. 1, Apr. 1993, pp. 453-486; Quéré, L., "La structure cognitive et normative de la confiance", in *Réseaux*, v. 4, n. 108, 2001, pp. 125-152.

39 Davenport, Thomas H.; Prusak, Laurence, *Conhecimento Empresarial: como as organizações gerenciam o seu capital intelectual*, Rio de Janeiro, Campus, 1998; Terra, José Cláudio Cyrineu, *Gestão do conhecimento: o grande desafio empresarial*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

40 Arrow, K., *The limits of organization*, New York, Norton, 1974; Akerlof, G. A., "The market for «Lemons»: quality uncertainty and the market mechanism", in *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 01 August 1970, pp. 488-500.

41 Sundararajan, A., *The sharing economy. The end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, MA, MIT Press, 2016; Zervas, G.; Proserpio, D.; Byers, J., "A first look at online reputation on Airbnb, where every stay is above average", Working Paper, Jan. 2015, disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2554500>, acesso em: 07.05.2018.

sociedades com modelos de consumo sustentáveis, desde que haja construção permanente com uma trílice estratégia:

- a) Transparência:** redução de assimetria informacional entre os intervenientes na transação digital, com a manutenção de um fluxo de informações de fácil acesso e úteis à prática econômica, e que sejam pertinentes, confiáveis, inteligíveis e oferecidas no momento oportuno;
- b) Responsabilidade:** boa reputação com mecanismos de justificativa, de feedback, explicações, avaliações por pontos e revisões por escrito, sempre de forma consistente e especificada;
- c) Segurança:** criação de medidas de autenticação e garantias, inclusive em plataformas inovadoras e atualizadas com métodos e ferramentas da evolução tecnológica, mantendo a qualidade.

5. Economia colaborativa como fato e valor

Fenômeno relevante para as sociedades contemporâneas, a economia colaborativa, comporta duas linhas de compreensão: como fato e como valor.

Como fato, pode ser historicamente considerado como uma prática econômica de compartilhamento de bens e serviços, o que, afinal, não é um fenômeno novo, mas, ao contrário, muito antigo, pois a colaboração/compartilhamento era prática coletiva sedimentada no cotidiano social nos primórdios da civilização. Aliás, a economia de partilha segue a lógica inexorável da natureza humana colaborativa e não competitiva e sua consequente e inevitável relação simbiótica pela vida.

Com esse sentido, o fenômeno se tem manifestado em destaque com a WEB 2.0, notadamente potencializado com a tecnologia digital, impulsionando a ampliação de negócios que com base em plataformas colaborativas possibilitam a utilização partilhada de bens e serviços.

Ocorre, porém, que, na economia do século XXI, a atual economia colaborativa, com a Revolução das Comunicações, deflagrada no século XX e ainda em curso, é um conceito tecnológico que funciona como canal de expressão da cultura digital da sociedade de informação e comunicação mediatizada e universalizada.

A tradição colaborativa, que se havia firmado por expressão da natureza humana, desde sociedades pré-letradas, recebe na era eletrônica um forte influxo pela expansão das redes sociais com o reconhecimento de um novo

modelo econômico gerado pelas tecnologias de informação e comunicação. A economia em partilha chega, pois, a consumo de bens e/ou serviços para ditar o compartilhamento do acesso, fundamentada na tecnologia virtual como instrumento para otimizar a localização dos recursos, agregar pessoas com interesses comuns e construir comunidades.

Na perspectiva axiológica, como valor⁴², a economia colaborativa tem-se desenvolvido sob os motes de alteridade e solidariedade, nos relacionamentos intersubjetivos, funcionando como um conceito valorativo. O objetivo é o da implementação de um sistema de generosidade baseado no compartilhamento e na doação a outras pessoas, orientado para os resultados de sustentabilidade e dirigido por valores que se pautam pela justiça social e o bem-estar dos consumidores.

É importante ressaltar que um dos vetores da economia colaborativa reside na conexão social, a qual se traduz numa abordagem mais aberta, menos estruturada e fundada na pluralidade das possibilidades de relações sociais. Existem contribuições sociais (produção e consumo conscientes e sustentáveis, colaboração e comportamento anticonsumo). Há engajamento coletivo em causas de orientações sustentáveis e altruístas.

42 Os valores, como ingredientes básicos de uma cultura, funcionam como pontos de referência que caracterizam a visão da sociedade sobre as coisas, dando-lhe orientação a respeito da realidade e em suas relações mútuas. Os valores, conteúdos materiais desejados pela sociedade, funcionando como padrões de vivência axiológicos, são ao longo da evolução, em razão da sua inerente mobilidade, inseridos na ordem jurídica (Reale, Miguel, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2002; Bastos, Celso Ribeiro, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002; Lima, Newton de Oliveira, *Teoria dos valores jurídicos*, Recife, Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009; Dantas, Ivo, *Direito Constitucional e Instituições Políticas*, São Paulo, Editora Jolovi, 1986).

Referências

- Abbagnano, N., *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- Akerlof, G. A., "The market for «Lemons»: quality uncertainty and the market mechanism", in *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 01 August 1970, pp. 488-500.
- Akutsu, L.; Pinho, J. A. G., "Sociedade da informação, accountability, e democracia delegada: investigação em portais de governo no Brasil", in *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, set./out. 2002, pp. 723-745.
- Arendt, Hannah, "O que é política?", in *O que é política?*, tradução de Reinaldo Guarany, Rio Janeiro, Bertrand Brasil, 1998.
- Arrow, K., *The limits of organization*, New York, Norton, 1974.
- Bastos, Celso Ribeiro, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002.
- Bauman, Zygmunt, *O mal-estar da pós-modernidade*, Rio de Janeiro, Editora Jorge Zahar, 1998.
- Bauman, Zygmunt, *Modernidade líquida*, Rio de Janeiro, Zahar, 1998.
- Bauman, Zygmunt & Bordoni, Carlo, *Estado de Crise*, tradução de Renato Aguiar, Rio de Janeiro, Zahar, 2016.
- Bazzo, W. A., *Ciência, Tecnologia e Sociedade: e o contexto da educação tecnológica*, Florianópolis, Ed. da UFSC, 1998.
- Beck, Ulrich, *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, tradução de Sebastião do Nascimento, São Paulo, Editora 34, 2011.
- Botsman, R.; Rogers, R., *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*, Porto Alegre, Bookman, 2011.
- Brito, Gláucia da Silva, *Educação e Novas Tecnologias: um re-pensar*, Curitiba, Ibpex, 2008.
- Bunge, M., *Treatise on basic philosophy*, v. 7: Philosophy of science and technology, Dordrecht, Reidel, 1985.
- Cardoso, T. F. L., "Sociedade e Desenvolvimento Tecnológico: Uma Abordagem Histórica", in Grinspun, M.P.S.Z. (org.), *Educação Tecnológica: Desafios e Perspectivas*, São Paulo, Cortez, 2001.
- Carvalho, M. G., "Tecnologia e Sociedade", in Bastos, João A S. L. (org.), *Tecnologia e Interação, Coletânea "Educação e Tecnologia"*, PPGTE-CEFET, Curitiba, CEFET-PR, 1998.
- Casalta Nabais, José, "Qual o Melhor Sistema Fiscal para o Século XXI?", in *Revista de Estudos Tributários*, Ano XXII – n.º 127 – Maio-Jun. 2019.
- Castells, Manuel, *A sociedade em rede*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

Chaplin, C., *Modern times*, Continental Filmes, 1936.

Côrrea, Juliana, “Novas tecnologias de informação e da comunicação: novas tecnologias de ensino e aprendizagem”, in Coscarelli, Carla Viana (org), *Novas tecnologias, novos textos, novas formas de pensar*, Belo Horizonte, Autentica, 2002.

Dantas, Ivo, *Direito Constitucional e Instituições Políticas*, São Paulo, Editora Jalovi, 1986.

Davenport, Thomas H.; Prusak, Laurence, *Conhecimento Empresarial: como as organizações gerenciam o seu capital intelectual*, Rio de Janeiro, Campus, 1998.

Diniz, M. H., *Dicionário jurídico*, v. 3, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 337.

Esperandio, Mary Rute Gomes, *Para entender pós-modernidade*, São Leopoldo, Sinodal, 2007.

Ferrater-Mora, J., *Dicionário de filosofia*, 2.ª ed., São Paulo, Loyola, 2004, t. 1-4.

Fligstein, N., *The architecture of markets: an economic sociology of capitalist societies*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

Fontenelle, I., “Mídia, acesso e mercado de experiência”, in *Revista Contratempo*, n. 10/11, 2004.

Gerhard, Felipe; Júnior, Jeová Torres Silva; Câmara, Samuel Façanha, “Tipificando a Economia do Compartilhamento e a Economia do Acesso”, in *Organizações & Sociedade*, vol. 26, no. 91, Salvador, Oct./Dec. 2019, Epub, Oct. 07, 2019.

Giddens, Anthony, *As consequências da modernidade*, tradução de Raul Fiker, São Paulo, Editora UNESP, 1991.

Giddens, Anthony, *Modernidade e identidade*, traduzido por Plínio Dentizien, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2002.

Gray, John, *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*, tradução de Maria Lucia de Oliveira, Rio de Janeiro, Record, 2005.

Harvey, David, *Condição pós-moderna*, São Paulo, Edições Loyola, 1992.

Heidegger, Martin, *Introdução à Metafísica*, São Paulo, Piaget, 1987.

Herrera, Amílcar et al., *Las Nuevas Tecnologías y el Futuro de América Latina. Riesgo y oportunidad*, Siglo XXI, México, 1994.

Hobsbawm, E., *O Novo Século (Entrevista a Antônio Polito)*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

Jameson, Fredric, “O pós-moderno e a sociedade de consumo”, in Kaplan, E. Ann (org.), *O mal-estar no pós-modernismo: teorias e práticas*, tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1993.

Johnson, Steven, *Cultura da interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

- Jorge, M. S.; Brasil, M. B.; Ferreira, V. H. A., "A sociedade em rede e a perspectiva do consumo colaborativo na contemporaneidade", in *Anais do 2.º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*, Santa Maria, RS, 2013.
- Kennedy, Paul, *Preparando para o Século XXI*, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1993.
- Lerbinger, Otto, *The crisis manager: facing risk and responsibility*, Mahwah, New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 1997.
- Levy, Pierre, *Cibercultura*, São Paulo, Editora 34, 1999.
- Lima, Newton de Oliveira, *Teoria dos valores jurídicos*, Recife, Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009.
- Lock, F. N., *Transparência da gestão municipal através das informações contábeis divulgadas na internet*, 2003, 111 f. (Dissertação – Mestrado em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.
- Lyon, David, *Pós Modernidade*, São Paulo, Paulus, 1998.
- Lyotard, Jean François, *A condição pós-moderna*, São Paulo, Editora Paz e Terra, 2012.
- Lysloff, René, "Musical life in Softcity: in internet ethnography", in Lysloff, René & Gay, Leslie (orgs.), *Music and Technoculture*, Middletown, Wesleyan University Press, 2003.
- Merton, Robert K.; Sorokin, Pitirim A., "Social time: a Methodological and functional analysis", in *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 42, n. 5, pp. 615-629, Mar. 1937.
- Mitcham, Carl, *Thinking through technology. The path between engineering and philosophy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.
- Nohara, Irene, *Fundamentos de Direito Público*, São Paulo, Atlas, 2016.
- Ortega y Gasset, J., *Meditação da técnica*, Rio de Janeiro, Livro Ibero Americano Limitada, 1963.
- Pacey, A., *The Culture of Technology*, Cambridge, MA, MIT Press, 1983.
- Pieranti, O. P.; Rodrigues, S.; Peci, A., "Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro", in *XXXI Encontro da ANPAD*, Rio de Janeiro, 2007.
- Pinto, Álvaro Vieira, *O conceito de tecnologia*, Rio de Janeiro, Contraponto, v. 1, 2005.
- Possas, M. L., "Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência", in Possas, M. L. (org.), *Ensaios sobre economia e direito da concorrência*, São Paulo, Singular, 2002, v. 1.
- Quéré, L., "La structure cognitive et normative de la confiance", in *Réseaux*, v. 4, n. 108, 2001, pp. 125- 152.

Raynaut, Claude; Zaroni, Magda, "La construction d'Interdisciplinarité et formation intégrée de l'environnement et du développement", Paris, UNESCO (document préparé pour la réunion sur le modalités de travail de Chaires UNESCO du développement durable), Curitiba, 1-4 Juillet, 1993 (mimeo).

Reale, Miguel, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2002

Rett, L., "Marcas e consumo colaborativo: um novo modelo de negócios", in *Anais do V Pró-Pesq. PP- Encontro Nacional de Pesquisadores em Publicidade e Propaganda*, São Paulo, INMOD; ABP2/PPGCOM-ECA-USP, 2014.

Ribeiro de Mello, Gilberto, *Estudos de Prática de Governança Eletrônica: instrumento de controladoria para tomada de decisões na gestão dos Estados Brasileiros*, São Paulo, USP, 2009. 187 f, Tese (Doutorado em Ciências Contábeis) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade São Paulo, São Paulo, 2009.

Rifkin, J., *A era do acesso*, São Paulo, MackronBooks, 2001.

Rotter, J. B., "A new scale for the measurement of interpersonal trust", in *Journal of Personality*, v. 35, n. 4, Dec. 1967, pp. 651-665.

Rouanet, Sérgio P., *As razões do iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1987.

Santos, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, São Paulo, Cortez, 2000, v. 1.

Santos Filho, J.C., "Universidade, Modernidade e Pós-Modernidade", in Santos Filho, J.C & Moraes, S.E. (orgs.), *Escola e Universidade na Pós-Modernidade*, Campinas, Mercado das Letras, 2000.

Santana Junior, J. J. B., *Transparência fiscal eletrônica: uma análise dos níveis de transparência apresentados nos sites dos poderes e órgãos dos Estados e do Distrito Federal do Brasil*, 2008, 176 f, Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Programa Multinstitucional e Inter-regional de Pós-graduação em Ciências Contábeis, Recife, 2008.

Santos, W., *Dicionário jurídico brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

Schienstock, G., "Technology policy in the process of change. Changing paradigms in research and technology policy?", in Aichholzer y Schienstock, *Technology Policy – Towards An Integration Of Social And Ecological Concerns*, Berlin-Nueva York, De Gruyter, 1994.

Shirky, C., *A cultura da participação. Criatividade e Generosidade no mundo conectado*, Rio de Janeiro, Zahar, 2011.

Stigler, G., "Imperfections in the capital market", in *Journal of Political Economy*, Chicago, n. 75, 1967, pp. 287-292.

Sundararajan, A., *The sharing economy. The end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, MA, MIT Press, 2016.

- Terra, José Cláudio Cyrineu, *Gestão do conhecimento: o grande desafio empresarial*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.
- Toffler, Alvin, *A terceira onda*, Rio de Janeiro, Record, 1997.
- Trigo, L., *A Sociedade Pós-Industrial e o Profissional em Turismo*, Papirus Editora, 2000.
- Vargas, M., *Para uma filosofia da tecnologia*, São Paulo, Alfa Omega, 1994.
- Veraszto, E. V., *Projeto Teckids: Educação Tecnológica no Ensino Fundamental*, Dissertação de Mestrado, Campinas, Faculdade de Educação, UNICAMP, 2004.
- Williamson, O. E., "Calculativeness, trust, and economic organization", in *Journal of Law and Economics*, v. 36, n. 1, Apr. 1993, pp. 453-486.
- Wynne, B., "Redefining the Issues of Risk and Public Acceptance", in *Futures*, fevereiro, 1983.
- Zervas, G.; Proserpio, D.; Byers, J., "A first look at online reputation on Airbnb, where every stay is above average", Working Paper, Jan. 2015, disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2554500>.

As cooperativas de plataforma como o meio mais colaborativo de fazer economia colaborativa

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.6>

Deolinda Meira*

* Professora Coordenadora do Instituto Politécnico do Porto/ISCAP/CEOS.PP. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2301-4881>.

Resumo: A economia colaborativa é um vasto e heterogêneo modelo econômico, assente numa comunidade de sujeitos em que se permite o acesso a bens e serviços, emprestado-os, alugando-os, comercializando-os, comprando-os ou vendendo-os em função, principalmente, de necessidades concretas e não tanto em função da rentabilização de resultados econômicos. As cooperativas de plataforma têm sido apontadas como um dos modelos empresariais mais adequados para cumprir e fomentar os princípios colaborativos baseados na partilha e otimização dos recursos e no desenvolvimento sustentável que caracterizam a economia colaborativa. Os princípios cooperativos são verdadeiros princípios colaborativos. Em comum, destaca-se a necessária convivência, no objeto da entidade, das dimensões econômica e social, bem como a conjugação dos interesses dos membros com a prossecução de objetivos de desenvolvimento sustentável. Tendo em conta o seu objeto, o seu modelo de governação e de distribuição dos resultados econômicos, as cooperativas de plataforma apresentam-se como o meio mais colaborativo de fazer economia colaborativa.

Palavras-chave: Economia colaborativa – cooperativas de plataforma – princípios cooperativos – princípios colaborativos.

Sumário: 1. Introdução. 2. A não essencialidade do fim lucrativo e a prevalência da dimensão colaborativa na economia colaborativa. 3. As cooperativas de plataforma. 3.1. Preliminar. 3.2. A colaboração intracooperativa. 3.3. A colaboração intercooperativa. 3.4. A colaboração extracooperativa. 3.5. Voltando às cooperativas de plataforma. Referências.

Abstract: The collaborative economy is a vast and heterogeneous economic model based on a community of subjects in which access to goods and services is allowed, loaned, rented, marketed, bought, or sold mainly according to concrete needs and not so much according to the profitability of economic results. Platform cooperatives have been identified as one of the most appropriate business models for complying with and promoting collaborative principles based on the sharing and optimisation of resources and sustainable development that characterise the collaborative economy. Cooperative principles are true collaborative principles. In common, the necessary coexistence of the economic and social dimensions in the object of the entity stands out and the conjugation of the interests of the members

with the pursuit of sustainable development objectives. Considering their object, their model of governance, and the distribution of economic results, platform cooperatives present themselves as the most collaborative means of making collaborative economy.

Keywords: Collaborative economy – platform cooperatives – cooperative principles – collaborative principles.

Summary: **1.** Introduction. **2.** The non-essentiality of the profit purpose and the prevalence of the collaborative dimension in the collaborative economy. **3.** Platform cooperatives. 3.1. Preliminary. 3.2. Intra-cooperative collaboration. 3.3. Inter-cooperative collaboration. 3.4. Extra-cooperative collaboration. 3.5. Returning to platform cooperatives. References.

1. Introdução

O conceito de economia colaborativa emergiu no final da primeira década do séc. XXI, em virtude de duas ordens de fatores. Por um lado, a crise económico-social e ambiental a que assistimos e que pôs em causa o modelo económico hegemónico baseado na empresa privada lucrativa/capitalista. Efetivamente, este conceito, conjuntamente com outros como o da empresa social, da economia circular, da inovação social, da responsabilidade social da empresa, da cidadania corporativa, da empresa B, da economia do bem comum, das práticas económicas alternativas, insere-se num contexto de crise de identidade da empresa privada lucrativa tradicional. Reorientando os seus objetivos, a empresa privada lucrativa tradicional abandona um enfoque centrado exclusivamente no objetivo lucrativo, passando a assumir objetivos de carácter social e ambiental, mimetizando as empresas do setor da economia social¹. Por outro lado, este conceito não pode ser desligado da revolução digital a que assistimos nas duas últimas décadas e que teve um profundo impacto nas relações de consumo, de trabalho, de produção, de financiamento, de educação, de participação e de governança. Efetivamente, a economia colaborativa utiliza a tecnologia da informação para reduzir as assimetrias de informação e os custos de transação dos bens e serviços, ampliando e aprofundando os mercados colaborativos².

A economia colaborativa assenta em modelos empresariais, em que se identificam três tipos de intervenientes principais: (i) os prestadores de serviços – e que podem ser particulares que oferecem serviços (produtos, competências, tempo), de forma gratuita ou mediante pagamento, ou prestadores de serviços que atuam profissionalmente; (ii) os utilizadores desses serviços; e (iii) as plataformas colaborativas que estabelecem a ligação entre a oferta e a procura em tempo real, facilitando as transações³.

1 Chaves, R. & Monzón, J. L., “La economía social ante los paradigmas económicos emergentes: innovación social, economía colaborativa, economía circular, responsabilidad social empresarial, economía del bien común, empresa social y economía solidaria”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 93, 2018, pp. 5-50.

2 Alfonso Sánchez, Rosalía & Burillo Sánchez, Francisco J., “Capítulo Primero – La Economía llamada «Colaborativa»”, in Rosalía Alfonso Sánchez & Julián Valero Torrijos (directores), *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 49-72.

3 Sánchez Tornel, Víctor Manuel & Perona Guillamón, Macarena, “Capítulo Tercero – La tecnología como instrumento de la Economía Colaborativa”, in Rosalía Alfonso Sánchez & Julián Valero Torrijos (directores), *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 95-117.

As plataformas colaborativas surgem, assim, como um modelo de negócio que visa conciliar uma dimensão colaborativa com uma dimensão económica⁴.

A propriedade das plataformas colaborativas variará em função dos agentes finais que nela participam, das funções que a plataforma desempenha, do modo como se controla a propriedade e se leva a cabo a distribuição dos resultados económicos. Por isso, existem desde plataformas privadas capitalistas até plataformas cooperativas e de economia social.

Não existe um consenso doutrinal quanto à definição de economia colaborativa, em grande medida porque estamos perante uma realidade em formação e com contornos difusos⁵. No entanto, existe um denominador comum em todos os modelos empresariais que incluímos neste conceito de economia colaborativa e que será a “colaboração”, o mesmo é dizer um conjunto de princípios que orienta este modelo de negócio e que poderemos designar de “princípios colaborativos”. A economia colaborativa distancia-se dos modelos económicos tradicionais baseados na cultura da propriedade. De facto, na sua génese, a economia colaborativa assenta numa cultura de colaboração na produção ou na partilha de recursos, que aspira à otimização dos mesmos e ao desenvolvimento sustentável⁶.

A economia colaborativa é um vasto e heterogéneo modelo económico, assente numa comunidade de sujeitos em que se permite o acesso a bem e serviços, emprestado-os, alugando-os, comercializando-os, comprando-os ou vendendo-os em função, principalmente, de necessidades concretas e não tanto da rentabilização de resultados económicos, ou seja, da obtenção de um lucro⁷.

Estamos perante um modelo de negócio que, na sua essência, visa democratizar produtos e serviços⁸.

4 Carballo-Calero, Pablo Fernández, “El ánimo de lucro y la profesionalidad en el ámbito de la economía colaborativa”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 34, 2019, pp. 307-342.

5 Ortiz Vidal, M.^a Dolores, “Capítulo Segundo – La Economía Colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido”, in Rosalía Alfonso Sánchez & Julián Valero Torrijos (directores), *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 73-93.

6 Correcher Mato, Carlos Javier, “Consumo colaborativo y entidades sin fines lucrativos: aspectos fiscales”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 31, 2017, pp. 253-279.

7 Sastre-Centeno, J. M. & Inglada-Galiana, M. E., “La economía colaborativa: un nuevo modelo económico”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 94, 2018, pp. 219-250.

8 Carballo-Calero, Pablo Fernández, *op. cit.*

A Comissão Europeia, na sua Comunicação “Melhorar o Mercado Único: mais oportunidades para os cidadãos e as empresas (COM(2015) 550)”⁹, aponta várias vantagens à economia colaborativa: faz com que os consumidores tenham uma maior escolha e preços mais baixos; cria oportunidades de crescimento para as empresas em fase de arranque inovadoras e para as empresas europeias existentes, tanto nos seus próprios países como além-fronteiras; aumenta o emprego e beneficia os trabalhadores, permitindo maior flexibilidade de horários, de microempregos não profissionais a empreendedorismo a tempo parcial; os recursos podem ser utilizados de um modo mais eficiente, aumentando assim a produtividade e a sustentabilidade.

Por sua vez, a Proposta de Resolução do Parlamento Europeu sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa (2017/2003 (INI))¹⁰ destaca, na Consideração geral n.º 5, que «a economia colaborativa cria novas oportunidades empresariais interessantes e estimula o emprego e o crescimento, desempenhando amiúde um papel importante no sentido de tornar o sistema económico não só mais eficiente, mas também sustentável do ponto de vista social e ambiental, contribuindo dessa forma para uma melhor distribuição de recursos e ativos que, de outro modo, permaneceriam subutilizados e para a transição rumo a uma economia circular». Reconhece, ainda, na Consideração geral n.º 6, que «a economia colaborativa pode ter um impacto significativo nos modelos empresariais regulamentados e há muito estabelecidos em diversos setores estratégicos, como os transportes, o alojamento, a indústria da restauração, os serviços, o comércio a retalho e o setor financeiro».

No entanto, têm vindo a ser identificados alguns problemas no contexto da economia colaborativa, designadamente ao nível das questões sociais e do emprego. As maiores empresas da economia colaborativa pertencem a empresas lucrativas, frequentemente acusadas de gerarem custos sociais significativos, com destaque para o emprego precário e os baixos níveis de direitos laborais¹¹. Neste sentido, o Parecer do Comité das Regiões Europeu “A economia colaborativa e as plataformas em linha: Visão partilhada dos

9 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0550&from=EN>.

10 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_PT.html.

11 Selma Penalva, Alejandra, “Capítulo Decimoquinto – Delimitación de fronteras: diferencias entre trabajo colaborativo y relación laboral no declarada”, in Rosalía Alfonso Sánchez & Julián Valero Torrijos (directores), *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 389-408.

municípios e das regiões (2017/185/04)¹² destaca, na sua Recomendação n.º 29, que «muitas formas de trabalho da economia colaborativa se parecem situar a meio caminho entre o trabalho por conta de outrem e o trabalho por conta própria, uma situação que suscita questões importantes sobre as condições de trabalho, a saúde e a segurança, o seguro de saúde, a falta por doença com remuneração, as prestações de desemprego e a pensão de reforma; salienta que tal poderia conduzir a uma nova categoria de trabalhadores precários». Acrescenta-se, na mesma Recomendação, que «alguns dos modelos empresariais da economia colaborativa se desenvolvem produzindo fortes externalidades negativas a nível social e laboral, em particular devido ao abuso do conceito de “trabalho por conta própria”, e assentam nas divergências sociais entre os trabalhadores, dependendo da legislação nacional aplicável no país da prestação do serviço».

Quanto às plataformas, este mesmo Parecer, na Recomendação n.º 34, destaca «a necessidade de definir com maior precisão a responsabilidade social das plataformas em todas as suas diversas configurações, nomeadamente no que respeita à saúde e à segurança no trabalho e à formação; salienta que o direito dos trabalhadores à informação e à consulta dentro da empresa e o direito de negociação e de ação coletiva, consagrados, respetivamente, nos artigos 27.º e 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais, têm de ser garantidos independentemente do modelo de negócio» e, na Recomendação n.º 35, «considera da maior importância o papel das plataformas em linha, um instrumento multiplicador para o paradigma económico em causa, e espera que elas assumam a responsabilidade de garantir o respeito dos direitos dos utilizadores, da comunidade e do território, visto que tal não constitui automaticamente um entrave ou um obstáculo».

Na mesma linha, a doutrina tem vindo a destacar a desnaturalização do termo “colaborativo”, enfatizando que, atualmente, a economia colaborativa acolhe modelos de negócio em que a dimensão “colaborativa” é esquecida em detrimento da dimensão económica¹³.

Este fenómeno de “desnaturalização” da economia colaborativa ficou conhecido, nos EUA, como “capitalismo de plataforma” (*platform capitalism*), dado que, na maior parte dos casos, as plataformas são detidas por sociedades

12 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IR4163&from=ES>.

13 Miranda Serrano, Luis María, “Economía colaborativa y competencia desleal: ¿deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?”, *Revista de Estudios Europeos*, 70, 2017, pp. 197-249; Carballo-Calero, Pablo Fernández, *op. cit.*

comerciais, que não partilham nem a propriedade nem os resultados com os utilizadores que, de facto, são aqueles que geram valor dentro delas¹⁴.

Neste contexto, este estudo pretende demonstrar que as cooperativas de plataforma se apresentam como uma solução para os problemas societais e laborais da economia colaborativa acima enunciados.

2. A não essencialidade do fim lucrativo e a prevalência da dimensão colaborativa na economia colaborativa

Do que ficou dito, damos por adquirido que a economia colaborativa resulta de uma nova abordagem assente na partilha/colaboração/participação/relação, em que o fim lucrativo não tem um carácter essencial. Estamos perante um conjunto heterogéneo de modos de produção e consumo, através dos quais os agentes partilham, de forma inovadora, ativos, bens ou serviços subaproveitados, a troco ou não de um valor monetário, valendo-se para isso de plataformas digitais e, em particular, da internet¹⁵. Tal significa que a atividade desenvolvida pode ter ou não fim lucrativo.

Em 2016, a Comissão Europeia, na sua Comunicação “Uma Agenda Europeia para a economia colaborativa” (COM/2016/0356 final de 2 de junho de 2016), definiu a economia colaborativa como um modelo empresarial no âmbito do qual «as atividades são realizadas com recurso a plataformas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares», especificando que as transações de economia colaborativa podem ser realizadas com fins lucrativos ou sem fins lucrativos.

Outros documentos da União Europeia, bem como a doutrina, têm destacado a complementaridade e pontos de convergência entre os conceitos de economia colaborativa e economia social, no âmbito da qual as cooperativas constituem o seu braço mais robusto¹⁶.

Aponte-se, neste sentido, o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de sustentabilidade

14 Alfonso, R., “Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 88, 2016, pp. 231-258.

15 Carballo-Calero, Pablo Fernández, *op. cit.*

16 Vicente, A.; Parra, M. C. & Flores, M. P., “¿Es la Economía Colaborativa una versión 2.0 de la Economía Social?”, *Sphera Publica*, 1 (17), 2017, pp. 64-80.

para o século XXI (2014/C 177/01)¹⁷, no qual se refere que o cooperativismo é «o principal aliado do consumo colaborativo ou participativo, na medida em que [ambos] comungam de princípios e valores».

Também o Comité das Regiões Europeu, no seu Parecer “A dimensão local e regional da economia colaborativa (2016/C 051/06)”, aconselha que, aquando da delimitação do conceito de economia colaborativa, se tenham em conta, não apenas as abordagens comerciais, mas também as abordagens não comerciais e de interesse geral, considerando que existem fortes pontos de contacto entre a economia colaborativa e a economia social¹⁸. O Comité apela à Comissão Europeia e aos Estados-Membros para que criem incentivos para que a economia colaborativa apoie e implemente os princípios da economia social, com destaque para os princípios da solidariedade, democracia, participação e cooperação com a comunidade local.

Segundo este Parecer do Comité das Regiões Europeu, a economia colaborativa, enquanto categoria da chamada “economia da partilha”, abrange iniciativas/modelos de negócio que promovem uma abordagem entre pares e/ou envolvem os utilizadores na conceção do processo produtivo ou que fazem dos clientes uma comunidade. Nesta medida, assenta num novo paradigma, em que o principal ator «deixou de ser o “consumidor” que pretende ser proprietário de algo ou comprar um serviço, para passar a ser um cidadão, indivíduo comum, utilizador, fabricante, produtor, criador, designer, co-trabalhador, artesão digital ou agricultor urbano, que procura o acesso a um

17 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=LT>.

18 A Lei n.º 30/2013, de 8 de maio, que aprovou a Lei de Bases da Economia Social (LBES) define a economia social como um «conjunto das atividades económico-sociais, livremente levadas a cabo pelas entidades» indicadas no art. 4.º, a saber: «a) As cooperativas; b) As associações mutualistas; c) As misericórdias; d) As fundações; e) As instituições particulares de solidariedade social não abrangidas pelas alíneas anteriores; f) As associações com fins altruísticos que atuem no âmbito cultural, recreativo, do desporto e do desenvolvimento local; g) As entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e autogestionário, integrados nos termos da Constituição no sector cooperativo e social; h) Outras entidades dotadas de personalidade jurídica, que respeitem os princípios orientadores da economia social previstos no artigo 5.º da presente lei e constem da base de dados da economia social». A integração no setor da economia social só será possível se a entidade em causa, por força da sua forma jurídica ou pela prática, respeitar os princípios orientadores previstos no art. 5.º da LBES, a saber: «a) O primado das pessoas e dos objetivos sociais; b) A adesão e participação livre e voluntária; c) O controlo democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros; d) A conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral; e) O respeito pelos valores da solidariedade, da igualdade e da não discriminação, da coesão social, da justiça e da equidade, da transparência, da responsabilidade individual e social partilhada e da subsidiariedade; f) A gestão autónoma e independente das autoridades públicas e de quaisquer outras entidades exteriores à economia social; g) A afetação dos excedentes à prossecução dos fins das entidades da economia social de acordo com o interesse geral, sem prejuízo do respeito pela especificidade da distribuição dos excedentes, própria da natureza e do substrato de cada entidade da economia».

serviço ou bem necessário para satisfazer algumas das suas necessidades» (Recomendação n.º 3), acrescentado que este ator pode ser também «uma pessoa disposta a agir e concretizar, gerir, criar ou recriar um recurso comum de acesso aberto, material ou imaterial, sem a intermediação de um prestador público ou privado, a um nível de relações entre pares, interpessoais e de pequena escala» (Recomendação n.º 4). Ou seja, este ator pode não ser um mero “ator económico”, podendo ser «um ator cívico, individual ou social para quem as motivações económicas tradicionais são secundárias ou simplesmente não existem». A Recomendação n.º 4 deste Parecer termina salientado que «Alguns dos domínios da economia da partilha não são necessariamente “economias” em sentido estrito, mas sim comunidades sociais e redes colaborativas que geram novos empreendimentos económicos ou desempenham uma função no âmbito das atividades económicas existentes».

Ou seja, do mesmo modo que as entidades da economia social, cujo objetivo principal é o da prossecução do interesse geral, também poderemos encontrar na economia colaborativa modelos empresariais em que o objetivo principal não é o de «procurar maximizar os seus próprios interesses materiais», mas associar «o seu comportamento económico a um compromisso com a comunidade» (Recomendação n.º 6 do Parecer).

A Proposta de Resolução do Parlamento Europeu sobre uma “Agenda Europeia para a Economia Colaborativa (2017/2003 (INI)”, na sua Consideração geral n.º 9, salienta a necessidade de encarar a economia colaborativa «não só como um conjunto de novos modelos empresariais que fornecem bens e serviços, mas também como uma nova forma de integração entre economia e sociedade, no âmbito da qual a prestação de serviços assenta numa grande variedade de relações em que se combinam relações económicas e sociais e se criam novas formas de comunidade e novos modelos empresariais». A referida Recomendação destaca, ainda, que os empresários europeus têm uma forte propensão para criar plataformas colaborativas com fins sociais e reconhece o crescente interesse numa economia colaborativa baseada em modelos empresariais cooperativos (Consideração geral n.º 11).

De facto, a economia colaborativa pode abranger iniciativas muito distintas, desde uma economia colaborativa mais competitiva, em que as plataformas são propriedade de sociedades comerciais, com fins lucrativos, a uma economia colaborativa mais cooperativa, sem fins lucrativos¹⁹.

19 Torres Pérez, Francisco José, “Capítulo Sexto – Economía colaborativa y cooperativismo”, in Rosalía Alfonso Sánchez & Julián Valero Torrijos (directores), *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 177-195.

3. As cooperativas de plataforma

3.1. Preliminar

As cooperativas de plataforma têm sido apontadas como um dos modelos empresariais mais adequados para cumprir e fomentar os princípios colaborativos baseados na partilha e otimização dos recursos e no desenvolvimento sustentável.

Para percebermos essa adequação, torna-se necessário fazer uma análise breve do regime jurídico das cooperativas. Como veremos, a filosofia própria do cooperativismo permite tornar a economia colaborativa verdadeiramente colaborativa para os produtores e utentes dos serviços.

A cooperativa possui um ADN assente numa racionalidade própria, em princípios e características estruturais, em referências normativas e éticas que são absolutamente coerentes com os “princípios colaborativos”, fundados nos valores de autoajuda, responsabilidade individual, democracia, igualdade, equidade, solidariedade e responsabilidade social.

Diz-se que a cooperativa cumpre uma função social, que justifica que, em Portugal, as cooperativas gozem constitucionalmente de uma discriminação positiva por parte do Estado. Efetivamente, a Constituição da República Portuguesa consagra, entre outros, o princípio da proteção do setor cooperativo e social (art. 80.º, alínea f), que fundamenta quer as discriminações positivas deste setor relativamente aos restantes quer a previsão de medidas materiais que permitam o seu desenvolvimento, e o princípio da obrigação do Estado de estimular e apoiar a criação de cooperativas (art. 85.º)²⁰.

Esta função social encontra-se refletida nos valores e princípios cooperativos que integram o conceito de *Identidade Cooperativa*, conceito definido pela Aliança Cooperativa Internacional (ACI), em Manchester, em 1995. Os princípios cooperativos estão descritos no art. 3.º do Código Cooperativo português (CCoop), aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, a saber: adesão voluntária e livre; gestão democrática pelos membros; participação económica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação; e interesse pela comunidade. Os valores cooperativos, que enformam aqueles princípios, são: i) os valores de

20 Namorado, Rui, *A Economia Social e a Constituição, Economia Social em Textos*, 3, Coimbra, CECES/FEUC, 2017.

autoajuda, responsabilidade individual, democracia, igualdade, equidade e solidariedade, nos quais assenta a atividade das cooperativas como organizações; ii) os valores da honestidade, transparência, responsabilidade social e altruísmo, que se dirigem ao comportamento individual dos cooperadores enquanto tais²¹.

Os princípios cooperativos são verdadeiros princípios colaborativos. Em comum destaca-se a necessária convivência, no objeto da entidade, das dimensões económica e social, bem como a conjugação dos interesses dos membros com a prossecução de objetivos de desenvolvimento sustentável.

Poderemos falar de uma tripla dimensão colaborativa nas cooperativas: a colaboração entre os membros da cooperativa (colaboração intracooperativa); a colaboração entre as cooperativas (colaboração intercooperativa); e a colaboração entre a cooperativa e a comunidade (colaboração extracooperativa)²².

Nas linhas que se seguem analisaremos as repercussões jurídicas destas três dimensões no cooperativismo em geral e, conseqüentemente, nas cooperativas de plataforma.

3.2. A colaboração intracooperativa

O fenómeno cooperativo sempre combinou uma vertente fortemente social com uma vertente económica, traduzida esta na satisfação dos interesses dos seus membros. Já em 1935, George Fauquet, na sua obra *O setor cooperativo. Ensaio sobre o lugar do Homem nas instituições cooperativas e destas na economia*, realçava esta dupla vertente da cooperativa, afirmando que «deve distinguir-se na instituição cooperativa um elemento social e outro económico, visto ser: 1. uma associação de pessoas que reconhecem por um lado a similitude de certas necessidades e, por outro lado, a possibilidade de as satisfazer melhor através de uma empresa comum do que individualmente; 2. E uma empresa comum cujo objetivo particular responde precisamente às necessidades a satisfazer»²³.

21 Meira, Deolinda & Ramos, Maria Elisabete, "Os princípios cooperativos no contexto da reforma do Código Cooperativo português", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 27, 2015, pp. 401-428; Namorado, Rui, "Artigo 3.º", in Deolinda Meira & Maria Elisabete Ramos (eds.), *Código Cooperativo anotado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 28-36.

22 Garteiz-Aurrecoea, Javier Divar, *Las cooperativas: una alternativa económica*, Madrid, Dykinson, 2011.

23 Fauquet, George, *O Sector Cooperativo. Ensaio sobre o lugar do homem nas instituições cooperativas e destas na economia* (tradução de F. Pinto), Lisboa, Livros Horizonte, 1980, p. 26.

A incidibilidade destes dois elementos – o social e o económico – marca todo o regime jurídico das cooperativas.

As cooperativas são «pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreaajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles» (n.º 1 do art. 2.º do CCoop).

Ora o objeto social da cooperativa de plataforma surge intimamente ligado à promoção dos interesses dos cooperadores, ou seja, à satisfação das suas necessidades económicas, sociais e culturais. As cooperativas não têm um fim próprio ou autónomo face aos seus membros, sendo um instrumento de satisfação das necessidades individuais (de todos e de cada um) dos cooperadores, que, no seio dela e através dela, trabalham, consomem, vendem e prestam serviços²⁴.

O fim da cooperativa não é, por isso, a obtenção de lucros para depois os repartir, mas maximizar a vantagem que os membros retiram das operações que realizam com a cooperativa ou através da cooperativa.

A instrumentalidade da cooperativa face aos membros resulta, então, do facto de a atividade da cooperativa se orientar necessariamente para os seus membros, que são os destinatários principais das atividades económicas e sociais que esta leva a cabo. Diz-se, por isso, que as cooperativas têm um escopo mutualístico. Estamos perante uma entidade que não se rege por uma perspetiva egoísta, centrada na procura do lucro, mas antes pela satisfação das necessidades dos seus membros²⁵.

Na decorrência do escopo mutualístico da cooperativa, os cooperadores assumem a obrigação de participar na atividade da cooperativa, cooperando mutuamente e entreaajudando-se, ou seja, colaborando. As cooperativas operam com os seus membros, no âmbito de uma atividade que a eles se dirige e na qual participam cooperando (alínea c) do n.º 2 do art. 22.º do CCoop). Esta participação, assente na cooperação e entreaajuda, traduzir-se-á

24 Fajardo, Gemma; Fici, Antonio; Henry, Hagen; Hiez, David; Meira, Deolinda; Münkner, Hans-H. & Snaith, Ian, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, *passim*.

25 Meira, Deolinda, "O princípio da participação económica dos membros à luz dos novos perfis do escopo mutualístico", *Boletín de la Asociación de Derecho Cooperativo*, 53, 2018, pp. 107-137.

num intercâmbio recíproco de prestações entre a cooperativa e os cooperadores, prestações essas que são próprias do objeto social da cooperativa.

No entanto, o nexu teleológico existente entre a cooperativa e os seus membros não deverá ser entendido de um modo absoluto, ou seja, não deverá considerar-se a cooperativa como uma organização fechada, centrada apenas nos seus membros. Assim, o escopo mutualístico prosseguido pela cooperativa não implica que esta desenvolva atividade exclusivamente com os seus membros, podendo também realizar operações com terceiros. Nesta decorrência, o CCoop, no seu art. 2.º, n.º 2, estabeleceu que «as cooperativas, na prossecução dos seus objetivos, poderão realizar operações com terceiros, sem prejuízo de eventuais limites fixados pelas leis próprias de cada ramo».

As operações com terceiros abrangem a atividade entre cooperativas e membros não-cooperadores (terceiros) para o fornecimento de bens, serviços ou trabalho, do mesmo tipo dos fornecidos aos membros cooperadores. Tal significa que as atividades com terceiros, de que fala o legislador, se reportarão a atividades do mesmo tipo da atividade desenvolvida com os cooperadores²⁶.

Estas relações contratuais com terceiros evidenciam, desde logo, a afirmação da vertente colaborativa reivindicada pela cooperativa: a cooperativa satisfará, antes de mais, os interesses dos seus membros ao trabalho, ao crédito, à casa e, contemporaneamente, *transbordará* para o exterior, difundindo os seus serviços também a favor daqueles que, apesar de não serem membros da cooperativa, têm as mesmas necessidades que estes últimos, podendo, deste modo, gerar-se novas adesões. A dimensão colaborativa das cooperativas projeta-se igualmente no destino dado aos resultados positivos provenientes das operações com terceiros. O legislador cooperativo português impediu que estes resultados sejam repartidos entre os cooperadores, quer durante a vida da cooperativa, quer no momento da sua dissolução (arts. 99.º, 100.º, n.º 1, e 114.º do CCoop), sendo transferidos integralmente para reservas irrepartíveis, que entre outros destinos serão utilizadas para aumentar a capacidade e a sustentabilidade da cooperativa, e consequentemente a promoção do cooperativismo²⁷.

26 Meira, Deolinda, "As operações com terceiros no Direito Cooperativo Português (Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de dezembro de 2007)", *RCEJ – Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 17, 2010, pp. 93-111.

27 Meira, Deolinda, "O princípio da participação económica dos membros à luz dos novos perfis do escopo mutualístico", *op. cit.*

Não há verdadeira colaboração sem organizações assentes numa estrutura democrática²⁸. O direito de participação democrática decorre do princípio cooperativo da gestão democrática pelos membros.

A estrutura democrática das cooperativas manifesta-se desde logo na proeminência da assembleia geral, qualificada como “o órgão supremo da cooperativa” (art. 33.º, n.º 1, do CCoop).

A governação cooperativa reflete a sua natureza mutualista ao assegurar que os membros controlam democraticamente a cooperativa, podendo participar ativamente na formulação de políticas e na tomada de decisões fundamentais, com base na regra de “um membro, um voto” (art. 40.º, n.º 1, do CCoop). Esta regra é uma manifestação clara de que as pessoas contam mais do que o capital e que todos contam o mesmo²⁹. Refira-se que a admissão, a título excecional, do voto plural não contraria o princípio da gestão democrática. Entre outros limites imperativos que rodeiam o voto plural, este é sempre uma escolha da cooperativa, pelo que em circunstância alguma o Código Cooperativo português impõe a adoção de voto plural. Por outro lado, os estatutos só podem estabelecer que o voto plural seja atribuído ao cooperador em função da atividade deste na cooperativa (art. 41.º, n.º 2, do CCoop). Acresce que, em deliberações estratégicas para a cooperativa, cada cooperador dispõe somente de um voto, ainda que, por cláusula estatutária, lhe tenha sido atribuído voto plural (art. 41.º, n.º 4, do CCoop).

O caráter democrático da governação cooperativa assenta ainda na circunstância de os titulares dos órgãos sociais deverem ser cooperadores (art. 29.º, n.º 1, do CCoop), o que constitui um importante direito dos membros. Segundo a doutrina cooperativa, este mecanismo foi concebido pelo legislador para assegurar que os membros dos órgãos de governação da cooperativa centrariam a sua atuação no objetivo de promoção dos interesses dos membros. De facto, este mecanismo, ao permitir que os interesses dos cooperadores estejam diretamente representados nos órgãos de administração e de fiscalização, apresenta a vantagem de os titulares destes órgãos

28 Henry, Hagen, “Superar la crisis del Estado de Bienestar: el rol de las empresas democráticas, una perspectiva jurídica”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 24, 2013, pp. 11-20.

29 Fici, Antonio, “El papel esencial del derecho cooperativo”, *CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 27, 2015, pp. 13-47.

da cooperativa, pela sua experiência decorrente do seu duplo papel de beneficiário e dirigente, terem permanentemente presentes os interesses dos cooperadores, não se desviando da finalidade principal da cooperativa³⁰.

Esta colaboração intracooperativa projeta-se, igualmente, no regime económico das cooperativas por via da consagração do chamado princípio da devolução desinteressada.

As reservas obrigatórias (reserva legal e reserva de educação e formação cooperativas), bem como as reservas constituídas com resultados provenientes de operações com terceiros, são insuscetíveis de qualquer tipo de repartição entre os membros da cooperativa (art. 99.º do CCoop), quer no momento em que os membros saem da cooperativa quer no momento da liquidação desta.

Assim, quando o cooperador sai da cooperativa, por demissão ou por qualquer outra via, em matéria de reservas, o art. 89.º, n.º 2, do CCoop dispõe que o cooperador terá direito apenas à quota-parte das reservas não obrigatórias repartíveis (art. 100.º do CCoop).

No momento da liquidação do património da cooperativa, o montante da reserva legal – não afetado à cobertura das perdas de exercício e que não seja suscetível de aplicação diversa – «pode transitar com idêntica finalidade para a nova entidade cooperativa que se formar na sequência de fusão ou cisão da cooperativa em liquidação» (art. 114.º, n.º 2. E «quando à cooperativa em liquidação não suceder nenhuma entidade cooperativa nova, a aplicação do saldo de reservas obrigatórias reverte para outra cooperativa, preferencialmente do mesmo município, a determinar pela federação ou confederação representativa da atividade principal da cooperativa» (art. 114.º, n.º 3).

Esta impossibilidade de distribuir o património residual, em caso de liquidação, deriva da função social que a cooperativa é chamada a cumprir e que implica que o seu destino, após a liquidação, seja a promoção do cooperativismo³¹. Este princípio da devolução desinteressada é claramente convergente com a lógica da colaboração.

30 Münkner, Hans-H., *Co-operative Principles and Co-operative Law*, 2nd, revised edition, Wien, Zurich, Lit Verlag GmbH & Co. KG, 2015.

31 Meira, Deolinda, "O princípio da participação económica dos membros à luz dos novos perfis do escopo mutualístico", *op. cit.*

3.3. A colaboração intercooperativa

Subjacente ao funcionamento e organização do setor cooperativo está um dever de mútua colaboração.

Efetivamente, o Código Cooperativo português prevê várias formas de articulação entre cooperativas: as cooperativas multisetoriais (art. 4.º, n.º 2); a constituição de cooperativas de grau superior (arts. 101.º a 108.º); e a associação entre cooperativas e outras pessoas coletivas (art. 8.º).

Todas estas formas de articulação decorrem do princípio cooperativo da intercooperação, que aparece enunciado no art. 3.º do CCoop, nos seguintes termos: «as cooperativas servem os seus membros mais eficazmente e dão mais força ao movimento cooperativo, trabalhando em conjunto, através de estruturas locais, regionais, nacionais e internacionais». Este princípio estabelece um dever de mútua colaboração entre cooperativas, que visa a prossecução dos interesses dos cooperadores e dos interesses das próprias comunidades em que a cooperativa opera, afastando-se de uma visão nacionalista da intercooperação, dada a referência expressa a vários planos – local, regional, nacional e internacional³².

Subjacente a este princípio está um conceito amplo de intercooperação que abrange quer as relações entre cooperativas quer as relações entre cooperativas e outras pessoas coletivas.

A doutrina aponta dois critérios de classificação, quanto às formas de intercooperação: um critério que distingue entre a intercooperação formal e a informal; um outro que distingue entre intercooperação horizontal e vertical³³.

A intercooperação informal compreende um conjunto de vínculos contratuais que se traduzem numa colaboração económica ou de outro tipo, mais ou menos regular, sem perda de individualidade própria por parte das cooperativas contratantes.

Por sua vez, a intercooperação formal traduz-se na integração das cooperativas em estruturas de grau superior ou na associação de cooperativas

32 Leite, João Salazar, *Princípios Cooperativos*, Lisboa, IN-CM, 2012; Namorado, Rui, "Artigo 3.º", *op. cit.*

33 Namorado, Rui, *Os Princípios Cooperativos*, Coimbra, Fora do Texto, 1995.

entre si ou com outras pessoas coletivas, da qual pode resultar a criação de uma outra pessoa coletiva de natureza cooperativa ou diversa³⁴.

A intercooperação horizontal corresponde à intercooperação entre cooperativas do mesmo ou de diferentes ramos, ou entre cooperativas e outras pessoas coletivas.

A intercooperação vertical, também chamada intercooperação por via da integração, compreende os grupos cooperativos e as cooperativas de segundo grau.

Saliente-se que, nestes casos de intercooperação por via da integração (cooperativas de segundo grau ou de grau superior) ou por via da associação da cooperativa com outras pessoas coletivas, visar-se-á, tal como se refere no art. 3.º do CCoop, aumentar a eficácia no modo como a cooperativa serve os seus membros, pelo que o escopo mutualístico constitui o fundamento último destes processos³⁵.

3.4. A colaboração extracooperativa

O objeto social da cooperativa não se circunscreve à satisfação das necessidades dos seus membros, devendo atender, igualmente, aos interesses da comunidade onde a cooperativa desenvolve a sua atividade.

Neste sentido, o princípio do interesse pela comunidade, que aparece enunciado no art. 3.º do CCoop, dispõe que «as cooperativas trabalham para o desenvolvimento sustentável das suas comunidades, através de políticas aprovadas pelos membros».

Assim, ainda que centradas nas necessidades dos seus membros, as cooperativas trabalham para conseguir o desenvolvimento sustentável das suas comunidades, segundo os critérios aprovados por estes.

Este princípio apresenta uma forte conexão com um outro princípio cooperativo, o princípio da adesão voluntária e livre, que corresponde ao tradicional princípio da porta aberta e que aparece formulado também no

34 Meira, Deolinda, "The cooperative economic groups and the problem of the quantification of the social economy entities", *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 131, 2019, pp. 103-124.

35 Henry, Hagen, "Artigo 101.º", in Deolinda Meira & Maria Elisabete Ramos (eds.), *Código Cooperativo anotado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 548-554.

art. 3.º do CCoop nos seguintes termos: «As cooperativas são organizações voluntárias, abertas a todas as pessoas aptas a utilizar os seus serviços e dispostas a assumir a responsabilidade de membro, sem discriminações de sexo, sociais, políticas, raciais ou religiosas». Este princípio poderá ser encarado através de duas perspetivas, a saber: em primeiro lugar, a adesão deverá ser voluntária, uma vez que dependerá, exclusivamente, da vontade do cooperador; em segundo lugar, a adesão deverá ser aberta a todas as pessoas, desde que estas, como candidatas a cooperadores, preencham duas condições: a possibilidade de fruírem da utilidade própria da cooperativa; e a aceitação das responsabilidades inerentes à filiação³⁶.

Esta conexão entre os dois princípios é evidente, uma vez que a permeabilidade que acompanhou tradicionalmente a cooperativa no momento de incorporar novos membros encontra a sua justificação na vontade de serviço à comunidade em que aquela está inserida. A incorporação de membros provenientes do âmbito territorial onde a cooperativa realiza maioritariamente a sua atividade foi uma constante neste tipo organizacional, cuja finalidade última seria a da satisfação das necessidades sentidas pela comunidade, aparecendo a cooperativa, deste modo, como entidade geradora de empregos estáveis (principalmente porque as cooperativas, em virtude do seu forte enraizamento a nível local, desenvolvem atividades que, pela sua própria natureza, não são suscetíveis de serem deslocalizáveis) e fomentadora de um espírito empreendedor.

Assim, as cooperativas terão a particular responsabilidade de assegurar que o desenvolvimento das suas comunidades seja económica, social e culturalmente sustentado.

Destes princípios decorrerá, portanto, o envolvimento das cooperativas no contexto social, cabendo aos cooperadores a escolha das políticas através das quais esse envolvimento se concretizará.

Um outro princípio de enorme relevância para a sustentação da afirmação de que o objeto da cooperativa abrange o desenvolvimento de atividades com uma dimensão social relevante será o princípio da educação, formação e informação (art. 3.º do CCoop).

36 Meira, Deolinda, "Identidade cooperativa, admissão e demissão dos cooperadores. Realidades convergentes no direito português", in J. Miranda, L. Sousa & E. Gadea (eds.), *Direito Cooperativo e Identidade Cooperativa*, Curitiba, Brazil Publishing, 2019, pp. 71-96.

Diz o legislador que «as cooperativas promoverão a educação e a formação dos seus membros, dos representantes eleitos, dos dirigentes e dos trabalhadores, de modo que possam contribuir eficazmente para o desenvolvimento das suas cooperativas. Elas devem informar o grande público, particularmente os jovens e os líderes de opinião, sobre a natureza e as vantagens da cooperação» (art. 3.º do CCoop).

Este princípio realça a obrigação de as cooperativas, na sua atividade, assegurarem a educação e formação, quer dos seus membros, quer dos titulares dos seus órgãos eleitos, quer dos seus administradores, quer dos seus trabalhadores.

Além disso, este princípio abrange o dever de informar o público em geral, visando sensibilizá-los para a natureza e benefícios da cooperação, o que poderá fomentar novas adesões, e sobretudo adesões conscientes.

Refira-se, finalmente, que este princípio se concretiza, no Código Cooperativo, através da consagração de uma reserva obrigatória «para a educação cooperativa e a formação cultural e técnica dos cooperadores, dos trabalhadores da cooperativa e da comunidade» (art. 97.º). Esta reserva constitui uma das notas mais distintivas da empresa cooperativa relativamente às restantes formas de empresa. Cria-se um património afetado a fins sociais, do qual beneficiarão os próprios cooperadores, os trabalhadores da cooperativa e o meio social³⁷.

A constituição deste tipo de reserva, com esta finalidade, significa que a cooperativa é não só uma organização económica, mas também uma organização com finalidades sociais.

3.5. Voltando às cooperativas de plataforma

Este breve percurso pelo regime jurídico das cooperativas permite evidenciar que, tendo em conta o seu objeto e o seu modelo de governação e de distribuição dos resultados económicos, as cooperativas de plataforma se apresentam como o meio mais colaborativo de fazer economia colaborativa³⁸.

37 Meira, Deolinda, "Reflexões em torno do regime jurídico da reserva de educação e formação cooperativas", in M. Ferraz Teixeira & M. Ferraz Teixeira (eds.), *O Pensamento Feminino na Construção do Direito Cooperativo*, Brasília, Vincere Editora, 2017, pp. 57-72.

38 Torres Pérez, Francisco José, *op. cit.*; Alfonso, R., *op. cit.*; Falcón-Pérez, C.E. & Fuentes-Perdomo, J., "Improving social well-being through platform cooperativism", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 95, 2019, pp. 161-190.

A cooperativa de plataforma cumpre não apenas uma função económica, traduzida na satisfação das necessidades dos seus membros, mas também uma função social, evidenciada pela primazia do indivíduo e dos objetivos sociais sobre o capital, pelo reinvestimento de fundos excedentários nos objetivos de desenvolvimento a longo prazo, pela conjugação dos interesses dos membros com o interesse geral. A cooperativa de plataforma é uma empresa de propriedade coletiva e gerida democraticamente pelos membros.

Nas cooperativas de plataforma, o objeto social da cooperativa desenrola-se através da plataforma, ou seja, através da tecnologia digital. As plataformas são propriedade dos produtores de serviços, dos utentes/utilizadores, isto é, daqueles que, efetivamente, proporcionam os recursos que permitem o funcionamento da plataforma, seja em trabalho/serviços, bens, ou como consumidores de um produto ou serviço. A partilha da propriedade da plataforma permitirá uma mais justa distribuição do valor criado, que ficará nas mãos das pessoas que realmente o geraram e não nas mãos de um reduzido grupo de investidores.

Diversamente de uma sociedade comercial, o fim principal da cooperativa de plataforma não é a obtenção de lucros para depois os repartir, mas maximizar a vantagem que os membros retiram das operações que realizam com a cooperativa ou através da cooperativa.

Esta extensão dos fundamentos, princípios e valores das cooperativas às plataformas colaborativas permitirá, assim, de forma efetiva, a economia colaborativa.

Referências

- Alfonso, R., "Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 88, 2016, pp. 231-258.
- Alfonso Sánchez, Rosalía & Burillo Sánchez, Francisco J., "Capítulo Primero – La Economía llamada «Colaborativa»", in Rosalía Alfonso Sánchez & Julián Valero Torrijos (directores), *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 49-72.
- Carballo-Calero, Pablo Fernández, "El ánimo de lucro y la profesionalidad en el ámbito de la economía colaborativa", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 34, 2019, pp. 307-342.
- Chaves, R. & Monzón, J. L., "La economía social ante los paradigmas económicos emergentes: innovación social, economía colaborativa, economía circular, responsabilidad social empresarial, economía del bien común, empresa social y economía solidaria", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 93, 2018, pp. 5-50, doi: 10.7203/CIRIEC-E.93.12901.
- Correcher Mato, Carlos Javier, "Consumo colaborativo y entidades sin fines lucrativos: aspectos fiscales", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 31, 2017, pp. 253-279.
- Fajardo, Gemma; Fici, Antonio; Henrj, Hagen; Hiez, David; Meira, Deolinda; Münkner, Hans-H. & Snaith, Ian, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017.
- Falcón-Pérez, C.E. & Fuentes-Perdomo, J., "Improving social well-being through platform cooperativism", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 95, 2019, pp. 161-190, doi: 10.7203/CIRIEC-E.95.12655.
- Fauquet, George, *O Sector Cooperativo. Ensaio sobre o lugar do homem nas instituições cooperativas e destas na economia* (tradução de F. Pinto), Lisboa, Livros Horizonte, 1980.
- Fici, Antonio, "El papel esencial del derecho cooperativo", *CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 27, 2015, pp. 13-47.
- Garteiz-Aurrecoa, Javier Divar, *Las cooperativas: una alternativa económica*, Madrid, Dykinson, 2011.
- Henry, Hagen, "Superar la crisis del Estado de Bienestar: el rol de las empresas democráticas, una perspectiva jurídica", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 24, 2013, pp. 11-20.
- _____, "Artigo 101.º", in Deolinda Meira & Maria Elisabete Ramos (eds.), *Código Cooperativo anotado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 548-554.
- Leite, João Salazar, *Princípios Cooperativos*, Lisboa, IN-CM, 2012.

Meira, Deolinda, "As operações com terceiros no Direito Cooperativo Português (Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de dezembro de 2007)", *RCEJ – Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 17, 2010, pp. 93-111.

_____, "Reflexões em torno do regime jurídico da reserva de educação e formação cooperativas", in M. Ferraz Teixeira & M. Ferraz Teixeira (eds.), *O Pensamento Feminino na Construção do Direito Cooperativo*, Brasília, Vincere Editora, 2017, pp. 57-72.

_____, "O princípio da participação económica dos membros à luz dos novos perfis do escopo mutualístico", *Boletín de la Asociación de Derecho Cooperativo*, 53, 2018, pp. 107-137.

_____, "The cooperative economic groups and the problem of the quantification of the social economy entities", *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 131, 2019, pp. 103-124.

_____, "Identidade cooperativa, admissão e demissão dos cooperadores. Realidades convergentes no direito português", in J. Miranda, L. Sousa & E. Gadea (eds.), *Direito Cooperativo e Identidade Cooperativa*, Curitiba, Brazil Publishing, 2019, pp. 71-96.

Meira, Deolinda & Ramos, Maria Elisabete, "Os princípios cooperativos no contexto da reforma do Código Cooperativo português", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 27, 2015, pp. 401-428.

Miranda Serrano, Luis María, "Economía colaborativa y competencia desleal: ¿deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?", *Revista de Estudios Europeos*, 70, 2017, pp. 197-249.

Münkner, Hans-H., *Co-operative Principles and Co-operative Law*, 2nd, revised edition, Wien, Zurich, Lit Verlag GmbH & Co. KG, 2015.

Namorado, Rui, *Os Princípios Cooperativos*, Coimbra, Fora do Texto, 1995.

_____, *A identidade cooperativa na ordem jurídica portuguesa*, 157, Coimbra, Oficina do CES, 2011.

_____, *A Economia Social e a Constituição*, *Economia Social em Textos*, 3, Coimbra, CECES/FEUC, 2017.

_____, "Artigo 3.º", in Deolinda Meira & Maria Elisabete Ramos (eds.), *Código Cooperativo anotado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 28-36.

Ortiz Vidal, M.ª Dolores, "Capítulo Segundo – La Economía Colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido", in Rosalía Alfonso Sánchez & Julián Valero Torrijos (directores), *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 73-93.

Sánchez Tornel, Víctor Manuel & Perona Guillamón, Macarena, "Capítulo Tercero – La tecnología como instrumento de la Economía Colaborativa", in Rosalía Alfonso Sánchez & Julián Valero Torrijos (directores), *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 95-117.

Selma Penalva, Alejandra, "Capítulo Decimoquinto – Delimitación de fronteras: diferencias entre trabajo colaborativo y relación laboral no declarada", in Rosalía Alfonso Sánchez & Julián Valero Torrijos (directores), *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 389-408.

Sastre-Centeno, J. M. & Inglada-Galiana, M. E., "La economía colaborativa: un nuevo modelo económico", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 94, 2018, pp. 219-250, doi: 10.7203/CIRIEC-E.94.12109.

Torres Pérez, Francisco José, "Capítulo Sexto – Economía colaborativa y cooperativismo", in Rosalía Alfonso Sánchez & Julián Valero Torrijos (directores), *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 177-195.

Vicente, A.; Parra, M. C. & Flores, M. P., "¿Es la Economía Colaborativa una versión 2.0 de la Economía Social?", *Sphera Publica*, 1 (17), 2017, pp. 64-80.

PARTE II – Identificação de possíveis situações de economia colaborativa

A educação em economia colaborativa

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.7>

Ana Isabel Guerra*

* Professora Auxiliar em Direito da Universidade Lusófona e membro do CEAD (Centro de Estudos Avançados em Direito).

Resumo: A economia colaborativa surge de uma necessidade económico-social de partilha que de forma menos dispendiosa e mais democrática pretende fazer chegar a todos os seus intervenientes produtos, serviços, aprendizagem e cultura com custos reduzidos e, em alguns casos até, sem qualquer custo direto, como acontece, tendencialmente, com a educação.

A possibilidade de acesso à educação de forma digital tem inúmeras vantagens, como a ausência de deslocamentos, a diminuição dos custos e a otimização do tempo, o que permite a um maior número de estudantes ter acesso à educação, ainda que estejam deslocalizados. Porém, este modelo também padece de alguns problemas, nomeadamente no que diz respeito à maior exposição dos dados pessoais dos seus intervenientes, bem como a maior tentação existente por parte dos alunos pelo recurso à fraude académica e ao plágio. Assim sendo, é premente analisar o custo/benefício deste modelo de educação a fim de aferir a sua eficácia e reais possibilidades de o mesmo ser considerado como uma alternativa ao ensino tradicional.

Palavras-chave: Ensino à distância – ferramentas tecnológicas – partilha – proteção de dados – fraude e plágio.

Sumário: **1.** A economia colaborativa. **2.** A educação integrada na economia colaborativa. **3.** As *apps* utilizadas no ensino à distância concretizadoras da economia colaborativa na educação. **4.** Conclusões. **5.** Referências.

Abstract: The collaborative economy arises from an economic-social need for sharing that, in a less expensive and more democratic way, aims to reach all its stakeholders, products, services, learning and culture with reduced costs and, in some cases, even without any direct cost, as it tends to happen with education.

The possibility of having access to education in digital form has numerous advantages, such as unnecessary displacement, costs reduction and time optimisation, which allow a greater number of students to have access to education, even if they are relocated. However, this model also faces some problems, namely the greater exposure of the personal data of its stakeholders, as well as the greater temptation of students to academic fraud and plagiarism. Therefore, it is imperative to analyse the cost/benefit of this

education model in order to assess its effectiveness and real possibilities of being considered as an alternative to traditional education.

Keywords: Distance learning – technological tools – sharing – data protection – fraud and plagiarism.

Summary: **1.** The collaborative economy. **2.** Integrated education in the collaborative economy. **3.** The apps used in distance learning that materialize the collaborative economy in education. **4.** Conclusions. **5.** References.

1. A economia colaborativa

Numa sociedade que depende massivamente do sucesso económico, procurar alternativas de partilha, em todas as áreas de relevo económico, com menores custos, é uma necessidade de todos os cidadãos à escala global.

A economia colaborativa, como a conhecemos hoje, enquanto conceito transversal e multidisciplinar, surge com o desenvolvimento das novas tecnologias e, em particular, graças ao crescente aparecimento de ferramentas tecnológicas e *apps* (aplicações) facilitadoras do quotidiano, tornando possível fazer compras, reservar alojamentos, negociar em bolsa, aceder a conteúdos educacionais, entre outras variadíssimas atividades. Tudo isso através de um simples clique no computador, *tablet* ou *smartphone*. Este conjunto de ferramentas tecnológicas permite agilizar processos nos quais se privilegia o acesso direto aos serviços, tornando-os mais acessíveis em termos financeiros e democratizando, por essa via, o acesso de todos a variadíssimos serviços que acrescentam uma mais valia inquestionável à vida diária das sociedades que aderem a este tipo de economia e aos seus vantajosos meios de ação.

2. A economia colaborativa na educação

A educação integrada na economia colaborativa, que passaremos a designar por educação colaborativa, é nada mais nada menos do que uma educação de partilha¹. Assim, poderemos definir educação colaborativa como um modelo de ensino e de aprendizagem que visa incentivar a aquisição de conhecimentos, privilegiando o recurso a ferramentas informáticas utilizadas no ensino à distância, que permitem uma interação, em ambiente virtual de aprendizagem (AVA), entre professores e alunos².

Apesar de a sua primeira manifestação em Portugal ter ocorrido há cerca de três décadas³, a educação colaborativa tem-se expressado timidamente.

1 In <http://seduca.com.br/blog/educação-colaborativa-conheça-esse-metodo-e--seus-beneficios/>, consultado em 30/06/2020.

2 Neste sentido, *vide* Dillenbourg, P., "What do you mean by collaborative learning?", in Dillenbourg, P. (Ed.), *Collaborative-learning: Cognitive and Computational Approaches*, Oxford: Elsevier, 1999, pp. 1-19. Não obstante a generalidade da doutrina distinguir entre educação colaborativa e educação cooperativa, entendemos não fazer a referida distinção, por nos parecer descontextualizada face ao objeto do nosso estudo.

3 Podemos considerar como sendo a primeira manifestação nacional da educação colaborativa em solo nacional a fundação da Universidade Aberta, em 1988, que foi a primeira instituição

Não obstante, desde meados de março de 2020, devido ao surto pandémico da Covid-19, a sua prática generalizou-se, de forma transversal a todo o tipo de ensino, à escala global e todos os agentes de ensino, ainda que não estivessem familiarizados com este tipo de educação, foram “forçados” a conhecê-la e a dominá-la minimamente, num curto espaço de tempo, de forma a que milhares de milhões de alunos não ficassem sem acesso à educação, em virtude do confinamento forçado e massivo que todos experienciámos.

Educar por esta via a chamada “geração *online*” é fruto da evolução que a educação teve ao longo dos tempos. Ademais, a escola deverá estar à altura de preparar os alunos para a vida atual e, estando todos nós imbuídos na era digital, nada melhor do que a educação colaborativa para conseguir essa preparação. Este modelo de educação permite estimular a pesquisa *online*, colocar materiais em rede sempre acessíveis, mesmo fora dos estabelecimentos de ensino, criar projetos em grupo para serem realizados *online* e promover a utilização de novas tecnologias por parte dos estudantes⁴.

A educação colaborativa permite sensibilizar os alunos para novas aprendizagens, que privilegiam a realização de debates, atividades práticas, colaboração em projetos comuns e pesquisas, estimulando a proatividade dos mesmos⁵.

Existe ainda nesta forma de ensino alternativo uma maior paridade entre alunos e professores. O professor é nada mais nada menos do que um técnico facilitador de aprendizagens e não uma “autoridade”. O professor promove a discussão de temáticas que, primeiramente, serão analisadas do ponto de vista prático e, depois, teoricamente, enquadradas numa abordagem de lógica construtiva⁶. Este modelo de educação implica que os alunos trabalhem em grupo em prol de uma meta comum, aproximando-se da escola do futuro⁷.

universitária pública a implementar o ensino à distância com recurso a meios tecnológicos, numa lógica de ensino de partilha, de acordo com o *site* www.uab.pt.

4 Neste sentido, *vide* Carvalho, Ana Amélia Amorim, “Apps para ensinar e aprender na era mobile learning”, in *Apps para dispositivos móveis – Manual para professores, formadores e bibliotecários*, dezembro 2015, Lisboa: Ministério da Educação, ISBN: 978-972-742-398-9, pp. 9-17.

5 In Freitas, L.V. e Freitas C.V., *Aprendizagem Cooperativa*, Porto: Edições Asa, 2003.

6 Neste sentido, *vide* Torres, Patricia Lupion *et al.*, *Aprendizagem Colaborativa: teoria e prática*, Coleção Agrinho, Curitiba: SENAR – PR, 2015 pp. 61-93.

7 Neste sentido, *vide* Dillenbourg, P. *et al.*, “The evolution of research on collaborative learning”, in Spada, E.; Reiman, P. (Ed.), *Learning in Humans and Machine: Towards an interdisciplinary learning science*, Oxford: Elsevier, 1996, pp. 189-211.

3. As apps utilizadas no ensino à distância concretizadoras da economia colaborativa na educação

Os telemóveis, *tablets* e computadores vieram facilitar a comunicação, permitindo-nos encontrar conteúdos e comunicar com pessoas de forma rápida e eficaz no universo *online*. A utilização destes equipamentos em prol da educação traz amplas vantagens, na medida em que os estudantes têm grande recetividade quanto à sua utilização. Estes equipamentos permitiram uma aprendizagem interativa que motivará cada vez mais os alunos a aprender⁸.

Existem diversas ferramentas informáticas e *apps* utilizadas neste modelo de ensino, entre elas: o *chromobook*⁹, *meistertask*¹⁰, *piazza*¹¹, *knowlounge – video whiteboard*¹², *trello*¹³, sala de aula *by apple*¹⁴, *Goconqr*¹⁵, *Celly*¹⁶, *Google*

8 Neste sentido, vide Carvalho, Ana Amélia Amorim, *op. cit.*

9 Trata-se de um equipamento informático de valor acessível, desenvolvido pela Google para poder ser utilizado para a educação e que, em vez das ferramentas do *Windows*, oferece os serviços da *Google*, como o *Docs*, *Sheets*, *Drive* ou o *Gmail*, sendo que o trabalho que se desenvolve nestes equipamentos fica automaticamente guardado na *cloud* da *Google*.

10 É uma aplicação que permite a gestão de tarefas.

11 Aplicação disponível para *Android* e *iOS* que permite aos professores responderem às questões dos alunos de forma eficiente e ainda o diálogo entre colegas num espaço privado e seguro.

12 Esta aplicação funciona como uma sala de aula virtual que possui um quadro partilhado vocacionado para um estudo intuitivo. Isto porque permite chamadas de vídeo em tempo real e a partilha de vários quadros. Os alunos poderão trabalhar nesses quadros e/ou ter uma aula nos mesmos. É ainda possível a inserção fácil de imagens e de ferramentas de desenho para explicar conceitos, entre outros, e apresenta uma função de perguntas/respostas e um questionário para testar os conhecimentos dos alunos. Os resultados poderão ser mantidos em privado ou partilhados com o resto do grupo.

13 Aplicação que permite a gestão de grupos, escrever textos, criar listagens de verificação, *checklists*, atribuir tarefas, comentar itens, carregar fotos e/ou vídeos e anexar ficheiros.

14 É uma aplicação apenas disponível para *iOS*, configurando uma sala de aula em *iPads* que pode ser partilhada pelo professor com os alunos. O professor pode ligar-se aos dispositivos dos alunos que se encontrem por perto e pode abrir qualquer aplicação, *site* ou livro, bem como, com um só toque, bloquear os dispositivos de modo a ser usada uma só aplicação, assim incentivando a concentração dos alunos; bloqueando os ecrãs para pausas ou redirecionamento de aulas. Para além de o professor poder visualizar todos os ecrãs ao mesmo tempo ou um de cada vez e avisar os alunos quando os ecrãs estiverem a ser monitorizados, esta tecnologia permite a partilha de trabalhos dos alunos na *apple tv*, dos ecrãs por *airplay*, assim como a organização dos alunos em grupos e a interação entre estes ou de forma individual.

15 Aplicação que possui recursos como mapas mentais, *flashcards*, *quizzes*, *slides* e notas, sendo vocacionada para fomentar uma aprendizagem social e colaborativa, ligando amigos, professores e colegas em grupo.

16 É uma aplicação vocacionada para a organização de conversas de grupos, tópicos e locais em *chatrooms*, ou seja, gerem-se as chamadas *cells*, nas quais se pode partilhar pensamentos em voz alta, organizar o trabalho e discutir com outros membros do grupo ou colegas.

*classroom*¹⁷, *Goclass*¹⁸, *Nearpod*¹⁹, *Zoom*²⁰, *Teams*²¹, *Bookinloop*²², *Wikipedia*²³, *Google books*²⁴, *Moodle*²⁵, *Plagium*, *Urkund*, *Plagiarismdetector*²⁶, entre outras²⁷.

Segundo Ana Amélia Carvalho²⁸, as três grandes vantagens atribuídas à utilização das *apps* na educação são: a possibilidade de sondar e testar, através de questionários e de perguntas de escolha múltipla; representar o conhecimento, através da elaboração de esquemas e mapas de conceitos; e desafiar a aprender.

17 É um programa concebido pela *Google* para ajudar os professores a recolher trabalhos de modo virtual e sem utilizar papel. Permite cópias automáticas de um documento da *Google* para cada aluno, criando pastas no *Drive* para cada trabalho e aluno, permitindo assim uma maior organização e otimização do tempo. Além disso, permite aos alunos verificar os trabalhos que têm para entregar com um simples clique, podendo também os professores ver quem terminou ou não um trabalho, comentando e avaliando o mesmo em tempo real. Também possibilita a comunicação por vídeo e voz em tempo real entre alunos e professores.

18 Aplicação que permite aos professores criar e difundir conteúdos diretamente para os dispositivos dos alunos enquanto projeta um ecrã partilhado.

19 É uma aplicação que transforma *powerpoints* de forma interativa, atribui tarefas e recolhe informações sobre o progresso dos alunos em tempo real.

20 Ferramenta informática que permite a realização de reuniões virtuais em tempo real com compartilhamento de ecrã e a sua gravação. Existem várias funcionalidades como a criação de salas de espera ou organização de grupos diferentes dentro da mesma reunião.

21 É uma aplicação da *Microsoft* que permite realizar, reuniões, agendar tarefas, partilhar ficheiros e trocar mensagens dentro de um determinado grupo de trabalho.

22 Plataforma informática que permite a compra e venda de manuais escolares reutilizados a preços reduzidos.

23 É um projeto de enciclopédia de licença livre. Criado em 15 de janeiro de 2001, baseado na *web* e escrito de forma colaborativa. É um projeto administrado pela Fundação *Wikimedia*, que tem como fundador Jimmy Wales. Como organização sem fins lucrativos, tem a missão de partilhar conteúdos educacionais, com vista a proporcionar a todos condições idênticas de acesso aos mesmos. Atualmente é composta por 51 milhões de artigos escritos de forma conjunta e colaborativa por vários voluntários em todo o mundo; pode ser visualizada em 299 idiomas e tem 365 milhões de leitores. Não obstante a sua grandiosidade e abrangência, esta enciclopédia livre tem um senão: como não existe uma triagem do que é escrito pelos seus colaboradores, todos voluntários e com diferentes graus de instrução académica, nem tudo o que ali está escrito será correto e de fonte fidedigna. Por isso, e sem prejuízo do seu importante papel na transmissão de informação cultural, o uso dos seus conteúdos na educação colaborativa carece de ser complementado por outras fontes de conhecimento.

24 É uma ferramenta informática criada pela *Google* em outubro de 2004, que digitalizou inúmeras publicações a nível mundial e disponibiliza trechos das mesmas aos seus leitores.

25 É um *software* livre de apoio à aprendizagem utilizado em ambiente virtual e que permite a realização de trabalho colaborativo nessa plataforma, estando acessível através da internet ou em rede local, permitindo a criação de cursos ou disciplinas *online*.

26 São ferramentas gratuitas de deteção de plágio na realização de um determinado trabalho.

27 Neste sentido, vide <http://seduca.com.br/blog/educa%u00e7%u00e3o-colaborativa-conhe%u00e7a-esse-metodo-e-seus-benef%u00edcios/>, consultado em 30/06/2020

28 *Op. cit.*, pp. 12-13.

Estas *apps* tiveram a sua origem no facto de a *Microsoft* e a *Google* terem criado *apps* gratuitas que contribuem de forma relevante para a educação colaborativa. Ferramentas como o *Google Drive*, aliadas a plataformas como o *Moodle*, permitem a organização do trabalho de professores e alunos, tendo uma inegável importância na gestão e evolução das aprendizagens, que são monitoradas de forma individualizada e assertiva, permitindo o acompanhamento personalizado de cada aluno²⁹.

As ferramentas tecnológicas gratuitas que permitem videoconferências, como o *Classroom* e a *Google Hangouts*, são essenciais para a realização das aulas virtuais. Este novo conceito de aula amplia a possibilidade de contacto com colegas de outras instituições, independentemente do local do mundo onde estes estejam. Além disso, permite o acesso a imagens e vídeos do mundo exterior, de museus, laboratórios, monumentos, sem necessidade de efetuar deslocações físicas, muitas vezes impossíveis de realizar pelos custos a elas associados. Todas estas possibilidades dão novas competências e permitem aos alunos aprofundarem conhecimentos de uma forma eficaz e totalmente inovadora.

Deverão também ser consideradas como importantes ferramentas tecnológicas as *apps* que permitem contactos gratuitos de voz entre alunos e professores e dos colegas entre si, como é o caso da *app Viber* ou *Whatsapp*, que possibilitam a realização de chamadas e o envio de mensagens em tempo real, desde que ambas as partes estejam ligadas à internet, o que fomenta um maior intercâmbio de dúvidas, questões e conhecimentos entre todos os agentes educativos.

Todas estas *apps* permitem não só uma orientação mais personalizada das aprendizagens em relação a cada aluno como também que o professor ajude os alunos nas suas tarefas, trabalhos e esclarecimento de dúvidas³⁰.

A maioria destas ferramentas informáticas e aplicações são de utilização livre e, como tal, o seu uso é regulado pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 92/2019, de 4 de

29 Neste sentido, vide Pombo, Teresa, "Google Drive: Ferramentas para a sala de aula", in Carvalho, Ana Amélia Amorim (Coord.), *Apps para dispositivos móveis Manual para professores, formadores e bibliotecários*, dezembro 2015, Lisboa: Ministério da Educação, pp. 115-152, ISBN: 978-972-742-398-9.

30 Neste sentido, vide Moura, Adelina, "Skype, Google Hangouts e viber: comunicação online", in Carvalho, Ana Amélia Amorim (Coord.), *Apps para dispositivos móveis Manual para professores, formadores e bibliotecários*, dezembro 2015, Lisboa: Ministério da Educação, pp. 269-277, ISBN: 978-972-742-398-9.

setembro, que no seu art. 10.º remete para a utilização livre prevista no art. 75.º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC)³¹.

Além das ferramentas informáticas em si mesmas, os conteúdos que aí são disponibilizados deverão também ser regulados no âmbito do art. 75.º do CDADC, nomeadamente da alínea f) do seu n.º 2, e devem cumprir os requisitos previstos no n.º 2 do art. 76.º do mesmo código, ou seja, não se devem confundir com a obra de quem as utilize, nem a reprodução ou citação podem ser tão extensas que prejudiquem o interesse por aquelas obras.

De entre as vantagens da educação colaborativa estão a maior autonomia e independência dos alunos na aprendizagem; a existência de maior equidade no acesso livre às ferramentas e aos documentos essenciais para a formação dos estudantes sem custos ou com custos reduzidos.

A existência de uma maior e mais personalizada comunicação permite ainda que o processo de avaliação de aprendizagens se torne mais claro. Além disso, existe uma maior taxa de assiduidade dos alunos deslocalizados, aliada a uma poupança de tempo e de custos nas deslocações, tanto para os professores como para os estudantes. Existe também uma clara vantagem de não ocupação de um espaço físico, o que permite poupar os custos de manutenção e funcionamento³².

Como desvantagens aparece-nos à cabeça o distanciamento físico entre alunos e professores, o que dificulta o convívio social, mas que, em tempos de pandemia, poderá até ser visto como uma vantagem. Esse distanciamento físico implica a existência de um maior trabalho do professor no que toca à motivação dos alunos, para evitar que surjam (des)conexões colaborativas por parte de alguns alunos que não se sentem confortáveis com as ferramentas utilizadas. Associada a esse aumento de trabalho existe uma maior dificuldade na gestão e no tratamento dos dados pessoais no ensino à distância, principalmente em momentos de avaliação. Outra das desvantagens do ensino colaborativo é o crescimento exponencial da fraude e do plágio académico. Assim, há uma necessidade premente de

31 O art. 10.º, n.º 1, do referido diploma tem por epígrafe "limites" e tem a seguinte redação: «Sempre que forem compatíveis, são aplicáveis aos programas de computador os limites estabelecidos para o direito de autor, nomeadamente os constantes do artigo 75.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, mas o uso privado só será admitido nos termos do presente diploma», referindo ainda o seu n.º 2 que «É livre a análise de programas como objecto de pesquisa científica ou de ensino».

32 Neste sentido, *vide* Torres, Patricia Lupion *et al.*, *op. cit.*

credibilizar este modelo de ensino, dotando-o de meios capazes de concorrer com o ensino tradicional³³.

As principais questões que se colocam na educação colaborativa prendem-se com a necessidade de compatibilizar a legislação da proteção de dados com a utilização das plataformas de ensino à distância. Dentro desta temática será necessário avaliar o custo/benefício dessa compatibilização, principalmente em momentos de avaliação à distância, como, por exemplo, a obrigatoriedade de ligação das câmaras e do áudio, pedidos de identificação de alunos, avaliando o risco da eventual “desproteção” desses dados. Impõe-se também analisar porque é que os alunos têm uma maior tentação pelo recurso ao plágio e à fraude académica nos trabalhos e avaliações à distância.

O tratamento destas questões passará inevitavelmente por analisar a lei que regula o funcionamento da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), a Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto, e a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que assegura a execução na ordem jurídica nacional do Regulamento da União Europeia no que respeita à proteção de dados, ou seja, o Regulamento (UE) 2016/679³⁴. Além disso, será necessário verificar como se poderá aplicar a Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, que aprova as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, transpondo a Diretiva (UE) 2016/680³⁵. Além da análise destes diplomas basilares, será também necessário verificar o respeito pela Lei n.º 2/94, de 19 de fevereiro, que estabelece os mecanismos de controlo e fiscalização do sistema de informação de Schengen, garantir o respeito do previsto no art. 35.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) no que diz respeito à utilização da informática nos dados pessoais e compatibilizar todas estas normas com o Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro, alterado pela Lei n.º 92/2019, de 4 de setembro, relativo à proteção dos programas informáticos e com as regras previstas no CDADC quanto à utilização livre.

33 Neste sentido, *vide* Wiersema, N., “How does Collaborative Learning actually work in a classroom and how do students react to it? A Brief Reflection”, s.d., disponível em <http://www.lgu.ac.uk/deliberations/collab.learning/wiersema.html>.

34 O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, prevê a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

35A Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, prevê a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados.

Neste âmbito impõe-se responder a questões como:

- Será legítima a “desproteção” de alguns dados pessoais de alunos e professores, conciliando o previsto no considerando (76) do Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, com o previsto no seu art. 9.º?³⁶;
- Quem deverá ser o responsável pelo tratamento dos dados pessoais neste modelo de educação? Deverá ser o professor ou o coordenador do curso? Quem estará sujeito ao código de conduta no âmbito do tratamento dos dados pessoais?³⁷;
- Como deverá ser adaptado o art. 19.º da Lei n.º 58/2019 ao acesso virtual?³⁸
- Caberá o ensino colaborativo na norma prevista no art. 24.º da Lei n.º 58/2019, que determina que a proteção de dados não prejudica a liberdade de expressão e informação para fins de expressão académica?
- Existirá necessidade de indemnizar por danos alegadamente causados no âmbito da violação de regras de proteção de dados, nos termos dos arts. 33.º e 37.º da Lei n.º 58/2019, no que diz respeito ao ensino colaborativo?

No que diz respeito à fraude e ao plágio académico, será necessário avaliar se as meras consequências internas colocadas pelas instituições serão suficientes para dissuadir os alunos da sua prática ou se é necessário coordená-las de forma efetiva com o regime contraordenacional e penal, nomeadamente com os crimes de usurpação e contrafação previstos nos arts. 195.º e 196.º do CDADC.

É certo que a fraude e o plágio académico são uma importante manifestação de “deslealdade intelectual”, independentemente dos motivos que

36 O considerando (76) do referido Regulamento refere que «A probabilidade e a gravidade dos riscos para os direitos e liberdades do titular dos dados deverá ser determinada por referência à natureza». Importa por isso mesmo compatibilizar este considerando no âmbito da educação colaborativa com o art. 9.º deste regulamento que determina a proteção de categorias especiais de dados pessoais, nomeadamente de dados que permitam distinguir uma pessoa de forma inequívoca. Logo, é necessário aferir se, na educação colaborativa, ao tolerar-se o acesso livre ao direito à imagem/voz, identificando alunos e professores, enquanto direitos que os identificam de forma inequívoca, será necessário avaliar o custo/benefício da sua disponibilidade para estes fins.

37 Para responder a esta questão parece imperativo tomar como ponto de partida os arts. 9.º e 15.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

38 Este artigo, que tem como epígrafe “Videovigilância”, no seu n.º 3, refere-se aos estabelecimentos de ensino, mas apenas ao que diz respeito ao seu espaço físico, proibindo no seu n.º 4 a captação de sons nesses casos.

levam à sua prática³⁹. Por isso mesmo, o avanço tecnológico e os *softwares* de detecção do plágio são tão importantes e permitem atualmente identificar mais facilmente aqueles a quem falta lealdade e que não observam os princípios intelectuais pautados pela verdade e pela originalidade de pensamento⁴⁰.

Podemos associar a fraude a uma “deslealdade intelectual interna”, em que os estudantes recorrem aos trabalhos uns dos outros num mesmo momento temporal em que todos se dedicam à realização da mesma tarefa, trabalho ou avaliação; e o plágio deverá ser encarado como “uma deslealdade intelectual externa”, na qual o estudante recorre a inúmeras fontes nas quais se incluem diversos materiais de estudo, realizados por determinados autores legítimos, como manuais, artigos, textos, material constante da internet, em que os alunos em proveito próprio utilizam esses materiais parafraseando, copiando conceitos ou imitando o estilo dos autores verdadeiros em trabalhos próprios, assacando para si a autoria de material intelectual que pertence legitimamente ao seu criador/autor, que vê o seu trabalho ser abusivamente esventrado por um terceiro⁴¹.

4. Conclusões

A educação em economia colaborativa é uma realidade há várias décadas, mas tem tido um crescimento exponencial associado ao desenvolvimento tecnológico, que permite a interação entre alunos e professores em AVA. Essa interação acontece de forma cada vez mais eficaz com o crescente desenvolvimento de *softwares* de gestão de ensino, que fornecem um considerável leque de opções aos professores para poderem implementar este modelo educacional alternativo. Porém, apesar de a sua existência ter seguramente pelo menos três décadas, ainda existem, atualmente, questões jurídicas de relevo que continuam sem resposta, como é o caso da compatibilização da utilização de *softwares* de aula e de recursos virtuais com o regime da proteção dos dados pessoais que, seguramente, foi criado ignorando esta necessidade no que toca à educação colaborativa.

39 Neste sentido, vide Galvão, Agrazielle Ferreira *et al.*, “Reflexões sobre a ética e o plágio na pesquisa científica”, in *Colloquium Humanarum*, vol. 9, n.º especial, jul.-dez. de 2012, pp. 1094-1100.

40 *Idem, ibidem.*

41 Aguiar, Marília *et al.*, “Problema no meio acadêmico: Plágio”, s.d., disponível em <http://artigos.etc.br/problema-no-meio-academico-plagio.html>, consultado a 30 de junho de 2020.

Importa ainda fazer uma análise das consequências efetivas a que possam levar a fraude e o plágio académicos, tão comuns nesta modalidade de ensino, devendo também procurar-se as suas causas e eventuais formas de dissuasão e prevenção. A análise desta matéria em sede de educação colaborativa permitirá considerar esta modalidade de ensino inclusiva como uma alternativa credível e válida, quando comparada com o ensino tradicional.

5. Referências

Obras e artigos

Aguiar, Marília *et al.*, "Problema no meio acadêmico: Plágio", s.d., disponível em <http://artigos.etc.br/problema-no-meio-academico-plagio.html>, consultado a 30 de junho de 2020.

Carvalho, Ana Amélia Amorim (Coord.), *Manual para professores, formadores e bibliotecários*, Lisboa: Ministério da Educação, dezembro de 2015, ISBN: 978-972-742-398-9, pp. 9-17, 115-152 e 269-277.

Carvalho, Ana Amélia Amorim, "Apps para ensinar e aprender na era mobile learning", in Carvalho, Ana Amélia Amorim (Coord.), *Apps para dispositivos móveis – Manual para professores, formadores e bibliotecários*, dezembro 2015, Lisboa: Ministério da Educação, ISBN: 978-972-742-398-9, pp. 9-17.

Damiani, Magda Floriana, "Entendendo o trabalho colaborativo em educação e revelando seus benefícios", in *Educar*, n.º 31, Curitiba: UFPR, 2008, pp. 213-230.

Dillenbourg, P. *et al.*, "The evolution of research on collaborative learning", in Spada, E.; Reiman, P. (Ed.), *Learning in Humans and Machine: Towards an interdisciplinary learning science*, Oxford: Elsevier, 1996, pp. 189-211.

Dillenbourg, P., "What do you mean by collaborative learning?", in Dillenbourg, P. (Ed.), *Collaborative-learning: Cognitive and Computational Approaches*, Oxford: Elsevier, 1999, pp. 1-19.

Freitas, L.V. e Freitas C.V., *Aprendizagem Cooperativa*, Porto: Edições Asa, 2003.

Galvão, Agrazielle Ferreira *et al.*, "Reflexões sobre a ética e o plágio na pesquisa científica", in *Colloquium Humanarum*, vol. 9, n.º especial, jul-dez. de 2012, pp. 1094-1100.

Moura, Adelina, "Skype, Google Hangouts e viber: comunicação online", in Carvalho, Ana Amélia Amorim (Coord.), *Apps para dispositivos móveis Manual para professores, formadores e bibliotecários*, dezembro 2015, Lisboa: Ministério da Educação, pp. 269-277, ISBN: 978-972-742-398-9.

Nitzke, Julio A.; Carneiro, Mára L. F.; Geller, Marlise; Santarosa, Lucila, "Criação de ambientes de aprendizagem colaborativa", s. d., disponível em <http://penta.ufrgs.br/pgie/sbie99/acac.htm>.

Pombo, Teresa, "Google Drive: Ferramentas para a sala de aula", in Carvalho, Ana Amélia Amorim (Coord.), *Apps para dispositivos móveis Manual para professores, formadores e bibliotecários*, dezembro 2015, Lisboa: Ministério da Educação, pp. 115-152, ISBN: 978-972-742-398-9.

Silva, Obdália Santana Ferraz, "Entre o plágio e a autoria: qual o papel da universidade?", in *Revista Brasileira de Educação [online]*, vol. 13, 2008, pp. 357-368.

Torres, Patricia Lupion *et al.*, *Aprendizagem Colaborativa: teoria e prática*, Coleção Agrinho, Curitiba: SENAR – PR, 2015 pp. 61-93.

Wiersema, N., "How does Collaborative Learning actually work in a classroom and how do students react to it? A Brief Reflection", s.d., disponível em <http://www.lgu.ac.uk/deliberations/collab.learning/wiersema.html>.

Sites consultados

Seduca: <http://seduca.com.br/blog/educa%CC%81o-colaborativa-conhe%CC%81a-esse-metodo-e-seus-beneficios/> (consultado em 30/06/2020).

Universidade Aberta: <http://www.uab.pt>.

Legisla%CC%81o

CDADC – C%33digo de Direitos de Autor e Direitos Conexos

CRP – Constitui%CC%81o da Rep%33blica Portuguesa

Lei n.º 2/94, de 19 de fevereiro

Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro

Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto

Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016

Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016

Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto

Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto

Lei n.º 92/2019, de 4 de setembro

A economia comum e a união de facto: fenómenos de verdadeira economia colaborativa?

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.8>

Rossana Martingo Cruz*
João Nuno Barros**

* Professora Convidada equiparada a Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho. Professora Convidada na Escola Superior de Gestão do IPCA – Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Investigadora do JusGov (E-Tec).

** Assistente Convidado na Escola de Direito da Universidade do Minho.

Resumo: Os princípios estruturantes da economia colaborativa constituem, não raras vezes, a base de outros fenómenos sociais, económicos e legais, afigurando-se também reflexo desses mesmos fenómenos. O direito da família é composto por um conjunto de normas e princípios muito próprios, e que são característicos das relações familiares que são o objeto de estudo dessa mesma área do Direito. Ora, atenta a crescente relevância dos fenómenos de economia colaborativa nos tempos hodiernos, e considerando os traços sociais e legais das relações familiares e parafamiliares que atravessam toda a sociedade contemporânea, a verificação da existência de pontos de contacto entre os referidos fenómenos e o direito da família assume-se como uma matéria ainda pouco estudada, afigurando-se útil perceber se, e em que medida, é que determinadas relações estabelecidas entre pessoas singulares, como a economia comum e a união de facto, podem apresentar-se como verdadeiros fenómenos de economia colaborativa, ou se são um reflexo dos princípios estruturantes da economia colaborativa.

Palavras-chave: Economia colaborativa – economia comum – união de facto.

Sumário: 1. Nota introdutória. 2. A união de facto e a economia comum – alguns contornos legais. 3. Breves considerações acerca do fenómeno da economia colaborativa. 4. A economia comum, a união de facto e os princípios da economia colaborativa. 5. Síntese conclusiva. Referências.

Abstract: The structuring principles of the collaborative economy are often the basis, or reflex, of other social, economic and legal phenomena. Family law is composed of a set of norms and principles that are very specific, and which are characteristic of family relationships that are the object of study in such area of law. Taking into account the growing relevance of collaborative economy phenomena nowadays, and considering the social and legal traits of family and para-family relationships that cross all contemporary society, the study regarding the existence of points of contact between these phenomena and family law has not been subject to a serious studied yet, even though it seems useful to understand whether, and to what extent, certain relations established between natural persons, such as the common economy and the de facto union, can present themselves as true collaborative economy phenomena, or if they are a reflection of the structuring principles of collaborative economy.

Keywords: Collaborative economy – common economy – de facto union.

Summary: 1. Introduction; 2. De facto union and common economy – some legal contours; 3. Summary considerations about collaborative economy; 4. Common economy, de facto union and the principles of collaborative economy; 5. Conclusion. References.

1. Nota introdutória

As constantes mudanças transversais aos mais variados setores da sociedade moderna implicam que, nos tempos hodiernos, todos os cidadãos assumam um papel ativo e de especial relevo na adaptação às recorrentes transformações sociais.

Como é sabido, atentas as funções por si desempenhadas, o Direito deve acompanhar a realidade social que visa regular, sendo que o Direito da Família não constitui exceção a tal princípio. De facto, nos tempos recentes, o Direito da Família tem vindo a sofrer uma evolução, tanto do ponto de vista legislativo, como também social, premissa essa que se reflete, entre outras questões, nas possíveis formas de constituição de uma família. A este respeito, como veremos *infra*, as figuras da união de facto e da economia comum, enquanto relação familiar e *parafamiliar*, respetivamente, desempenham um papel central em face do recorrente recurso às mesmas no âmbito da sociedade portuguesa.

Por outro lado, as transformações vividas nos mais variados campos da sociedade, derivadas do intenso nível de inovação tecnológica verificada, têm vindo a ser objeto de uma atenção e análise redobradas por parte de entidades públicas e privadas, que procuram dar resposta aos desafios decorrentes das necessidades que resultam da referida inovação e da constante mutação social. É neste domínio que nos deparamos com o fenómeno da economia colaborativa, o qual tem estado na agenda política nacional, europeia e internacional, nos anos recentes.

O propósito subjacente à presente investigação passa por descortinar se as figuras da economia comum e da união de facto, de alguma forma, podem corresponder a fenómenos de economia colaborativa, designadamente em face da circunstância de os princípios subjacentes a cada uma das mencionadas figuras serem passíveis de encontrar paralelo ou correspondência nos princípios orientadores e estruturantes dos fenómenos de economia colaborativa.

Para o efeito, iniciaremos o presente estudo pela enunciação de alguns contornos legais associados à união de facto e à economia comum, passando, de seguida, a tecer breves considerações acerca do fenómeno da economia colaborativa, tendo em vista, a final, ser possível emitir uma (necessariamente sumária) opinião acerca da questão que pretendemos ver esclarecida.

2. A união de facto¹ e a economia comum – alguns contornos legais

As figuras da união de facto e da economia comum são figuras com alguns aspetos paralelos, mas com essências distintas. Embora ambas decorram da convivência, o seu caráter *jusfamiliar* não terá a mesma ponderação. Para tanto, importará endereçar – ainda que de forma breve – o que o nosso ordenamento jurídico tem considerado família.

A perceção de família não é estanque nem unívoca, nem se baseia apenas no vínculo conjugal e filial². Os afetos e a convivência estável assumem uma aceitação que o Direito, paulatinamente, absorve e se sente impelido a regular³. A perceção de família – enquanto construção social – muda com o tempo⁴. E, por isso, a mesma deve ser analisada tendo em atenção as circunstâncias concretas que a circundaram em cada momento, levando-nos à, já conhecida, conclusão de que não existe família, mas sim *famílias*⁵ que se

1 Algumas das considerações vertidas neste ponto serão pontuais reminiscências (ainda que adaptadas e abreviadas) do publicado em Cruz, Rossana Martingo, *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019, *passim*.

2 Numa perspetiva um pouco mais tradicionalista de família: «(...) pues la familia contemporánea se asienta, en términos reales, en parámetros muy diversos a los vigentes en los siglos medievales. En particular, la idea contemporánea de familia exige la existencia de vínculos conyugales, generalmente entre hombre y mujer, o una relación de parentesco, sin las cuales – aunque se conviva bajo el mismo techo – difícilmente puede atribuirse a los miembros de cualquier grupo la condición de familiares.», Lasarte, Carlos, *Derecho de Familia – Principios de Derecho Civil VI*, 11.ª, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 2.

3 «Reconhecida a união estável como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica, como ela se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico.», Dias, Maria Berenice, *Manual do Direito das Famílias*, 10.ª ed. (revista, atualizada, ampliada), São Paulo, Thomson Reuters, 2015, p. 52.

4 Antunes Varela caracteriza a evolução histórica da família, abordando a transformação na constituição da mesma. Cfr. Antunes Varela, João de Matos, *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª ed. revista, atualizada e completada, Livraria Petrony, Lda., 1999, pp. 40-49. Para a evolução do conceito de família desde o Direito Romano e Peninsular à Constituição de 1933, vide Lima, Fernando Andrade Pires de e Cruz, Guilherme Braga da, *Direitos de família*, vol. I, *Constituição do estado de casado*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1949, pp. 1 e ss. Estudando o casamento no Direito Romano, cfr. Antokolskaia, Masha, *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective: a tale of two millennia*, Antwerpen, Intersentia, 2006, pp. 56 e ss. Sobre a transição da família alargada para a família conjugal (sendo a industrialização o fator decisivo), consultar Campos, Diogo Leite e Campos, Mónica Martínez de, *Lições de Direito da Família*, 3.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 40 e ss.

5 Neste sentido, Valpuesta Fernández, Rosario, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 44.

vão formando e formatando à vivência de cada um⁶. A importância da família é transversal, já que é no seio da família que o indivíduo se desenvolve⁷.

Atentemos no caráter institucional da família. Esta é a única instituição social que sempre esteve presente em todas as civilizações, cumprindo uma função socializadora⁸. Cada pessoa é livre de formar uma família ou viver à margem desta (apesar de se encontrar, provavelmente, inserido numa organização familiar).

A família é uma célula fundamental da sociedade (art. 67.º da Constituição da República Portuguesa), que possui interesses próprios⁹. A família tem sido influenciada por transformações sociais, culturais, científicas, económicas e morais. Como tal, devemos olhá-la numa ótica de constante mutação, reconhecendo-lhe traços essenciais distintivos.

Sem prejuízo da existência de relações jurídico-familiares estabelecidas no art. 1576.º, tem sido entendido que as relações familiares¹⁰ irão mais além do que aquelas previstas no Código Civil¹¹, sendo o enquadramento

6 Nesta esteira, sociólogos britânicos sugeriram substituir “the family” por “family practices”. Sociólogos alemães também preconizam a mudança para *formas de vida* (“Lebensformen”). «In both cases the plural form replaced the singular.», Ostner, Ilona, “Cohabitation in Germany – Rules, Reality and Public Discourses”, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 15, N.º 1, Oxford, Oxford Univ. Press, 2001, p. 91.

7 «Sem família – sem os ‘outros’, sem todos os outros – o ser humano não consegue deixar de ser um bárbaro, um ser que não fala, só balbucia, nunca chegando a ser humano. (...) Ninguém existe sem os outros. Na família cada um descobre que o eu é os outros, os outros fazem parte do eu.», Campos, Diogo Leite, “Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Volume I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 46. O mesmo autor já tinha anteriormente defendido que «A família é um conjunto de pessoas que desempenha as funções sociais de base: reprodução biológica, socialização, assistência emocional, assistência económica. Em termos de se poder afirmar que uma família ‘eficaz’ poupa à sociedade um psiquiatra, um polícia, um juiz, um guarda prisional, um médico e elevadas despesas de toda a ordem.», Campos, Diogo Leite, “A tributação da Família”, in *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, p. 45.

8 Neste sentido, cfr. Del Campo, S., *La ‘nueva’ familia española*, Madrid, Ed. Eudema, 1991, p. 15.

9 Cfr. Campos, Diogo Leite e Campos, Mónica Martínez de, *op. cit.*, p. 23.

10 Para uma ponderação das relações familiares e sua definição, vide Sousa, Miguel Teixeira de, “Do direito da família aos direitos familiares”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 567 e ss.

11 O elenco taxativo do art. 1576.º não nos deve impedir de refletir sobre a problemática a jusante dessa mesma opção legislativa, até porque o Direito não é uma ciência estanque, pelo que a compreensão da sua motivação, em determinado domínio, deverá ir para além da norma escrita. «De nada valerá saber se a união de facto vale ou não como relação jurídica familiar se o próprio legislador já fez a sua opção ao considerar alguns efeitos jurídicos dessa relação, legislando sobre ela em particular, não beliscando o elenco do art. 1576.º do CC. Entendemos, no entanto, que a questão tem de ser pensada teleologicamente já que as regras se revogam todos os dias e é o legislador

constitucional (arts. 36.º, n.º 1, e 67.º da Constituição da República Portuguesa) mais amplo.

Além das relações jurídico-familiares consagradas no art. 1576.º do Código Civil (o casamento, a adoção, o parentesco e a afinidade), existem outras ligações que, embora não constem naquele artigo, podem ser igualmente consideradas familiares¹². Durante algum tempo vinham sendo denominadas de relações *parafamiliares*.

A união de facto, a economia comum e o apadrinhamento civil¹³ são exemplos de figuras jurídicas que eram apelidadas de relações *parafamiliares*. Hoje a união de facto já é encarada como uma relação familiar (bem como o apadrinhamento civil)¹⁴.

A união de facto é a configuração do direito *convivencial* por excelência, com acolhimento legal atual na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio. Nos termos do

criativo e incansável!», Mota, Helena, “O problema normativo da família: Breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adoptadas pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto”, in *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2001, p. 539. Ainda, a este propósito, «[p]arece mais ajustado tecnicamente procurar-se nas situações contempladas no art. 1576.º a essência comum às mesmas, em ordem a admitir que possam relevar como tais outras que pisem os mesmos parâmetros, em termos analógicos.», Corte-Real, Carlos Pamplona, “Relance crítico sobre o Direito da Família português”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 109.

12 Veja-se, a este propósito, a norma inclusiva e progressista do Código Civil catalão (“Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia”) que, no seu art. 231.º-1, com a epígrafe “La heterogeneidad del hecho familiar”, estabelece que: «1. La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes. 2. Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor.»

13 O apadrinhamento civil previsto na Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, é uma solução para os jovens e crianças (em regra, institucionalizadas) que não podem seguir para a adoção (seja porque não reúnem determinados pressupostos para a adoção ou porque esta se tornou inviável por qualquer outro motivo), mas que também não têm uma opção de vida viável junto da família biológica.

14 Na edição de 2008, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira consideravam a união de facto como relação parafamiliar. Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 93 e ss. Na edição posterior (de 2016), a união de facto e o apadrinhamento civil já são enquadradas como relações familiares, cfr. Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume I, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, pp. 55 e 110, respetivamente. Exemplos apontados como relações *parafamiliares* serão a economia comum; a relação entre esposados (relação que se estabelece entre aqueles que estão para casar); a relação entre tutor e tutelado (relação que se estabelece entre tutor e tutelado quando o tutor não seja da família do tutelado); a relação entre ex-cônjuges, entre outras. *Idem*, pp. 112 e ss.

disposto no n.º 2 do art. 1.º daquele diploma, estarão abrangidas por este regime de proteção legal duas pessoas que vivam em condições análogas às dos cônjuges. Será a convivência efetiva e diária¹⁵ entre duas pessoas, numa relação unígama e com a aparência de uma união conjugal¹⁶.

Esta comunhão repercute-se numa partilha integrada de vida, na existência de projetos de vida comuns, uma entreatajuda e partilha de recursos. Esta ligação baseia-se, unicamente, na vontade de assim conviver. Não existe uma constituição expressa da união, mas sim uma consolidação da mesma no tempo¹⁷.

A união de facto é uma relação onde duas pessoas vivem em condições análogas às dos cônjuges, isto é, numa comunhão de leito, mesa e habitação¹⁸. Esta tríplice comunhão corresponderá, em traços largos, ao dever de coabitação vigente no casamento. Pois, tradicionalmente, este dever consubstancia uma «comunhão de leito, mesa e habitação»¹⁹.

A comunhão de mesa – que releva de forma mais evidente para o presente estudo – traduz a obrigação de partilhar os recursos económicos daquela família. Já a comunhão de leito inclui o caráter íntimo do relacionamento entre as partes. Por último, a comunhão de habitação pressupõe uma residência da família, onde a vida quotidiana do casal aconteça. Nessa medida, a união de facto conjetura a existência de um cariz íntimo e sexual entre os unidos de facto, a partilha de um espaço comum (de referir que a própria Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, apelida o palco da vida conjunta dos conviventes como “casa de morada de família”) e, ainda, a partição de recursos

15 Não sendo união de facto o “living apart together” (LAT). Jorge Duarte Pinheiro caracteriza esta união sem comunhão de habitação (LAT) como uma decisão das partes em residir em locais distintos mantendo a comunhão sexual, a fidelidade e a entreatajuda. Cfr. Pinheiro, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 591.

16 Inerente à convivência análoga ao casamento está o vínculo afetivo entre as partes. «Very few domestic partnership regimes allow the partners to be anything other than a romantic couple.», Thomas-Dusing, Courtney, “The marriage alternative: civil unions, domestic partnerships, or designated beneficiary agreements”, in *The Journal of Gender, Race & Justice*, n.º 17, Winter, 2014, p. 7.

17 Diferentemente do que sucede noutros ordenamentos jurídicos, em que se prevê o registo destas uniões.

18 Como afirma Guilherme Gama, a comunhão de vida compreende três aspetos: coabitação, débito conjugal (que pode ser dispensado em virtude de particularidades face ao casal em concreto) e, ainda, o aspeto económico (a vida em comum com vista à prosperidade). Cfr. Gama, Guilherme Calmon Nogueira, *O companheirismo: uma espécie de família*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 190.

19 Em latim, *Quoad thorum et mensam et habitationem*.

económicos e a entreaajuda material²⁰. Serão estes os elementos caracterizadores de uma plena comunhão de vida no âmbito da união de facto.

No que respeita à comunhão de mesa, importará ressaltar que os unidos de facto – quando contribuem para os encargos da vida em comum – não o farão (em regra) com *animus donandi*, mas sim numa perspetiva colaboracionista obrigacional decorrente da proximidade da vida em comum. Não o fazem amiudadamente com a consciência de que estarão a praticar liberalidades a favor do outro convivente, mas sim a contribuir para os encargos da vida em comum; e, embora a contribuição possa exceder o montante a que cada um está singularmente obrigado, corresponderá a uma ideia de justiça (na medida em que estará inerente às partes uma cooperação; só assim fará sentido a vida em comum na união de facto, quando estes se sintam responsáveis um pelo outro e comunguem esforços). Na maioria das vezes, não se tratará de uma caridade ou bondade a favor do outro convivente, mas uma responsabilização mútua pela entidade familiar que é a união de facto²¹.

Outro aspeto importante na comunhão de habitação prende-se com a proteção da casa de morada de família. O legislador, embora nada preveja a propósito da proteção da casa de morada de família durante a união de facto, não descurou a sua salvaguarda após a dissolução da mesma²².

Em caso de rutura da união de facto, o art. 4.º da referida Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, prevê que o disposto nos arts. 1105.º e 1793.º do Código Civil seja aplicável, com as necessárias adaptações. O legislador remete para o regime da proteção da casa de morada de família após o divórcio, traçando aqui um paralelo com o mesmo (sem prejuízo das necessárias adaptações). Por remissão do art. 4.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, este regime aplicar-se-á, *mutatis mutandis*, à união de facto, sendo necessário aferir se a casa de morada de família pertencia a um dos membros, ou a ambos, ou se a situação em questão corresponde àquela em que a casa é arrendada (arts. 1793.º e 1105.º do Código Civil, *ex vi* art. 4.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio).

20 O nosso ordenamento jurídico, apesar de pressupor este cariz de *mancebia* financeira entre os conviventes, não regulou qualquer regime patrimonial supletivo que vigore no entorno da união de facto. Situação distinta do que sucede noutros países, como França ou Espanha.

21 Em caso de desproporção, será necessário recorrer a mecanismos que reponham o equilíbrio e a justiça, como, por exemplo, o enriquecimento sem causa.

22 A união de facto pode dissolver-se por morte ou por rutura. A dissolução por rutura será judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos que dependam daquela (art. 8.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio).

Se os unidos de facto vivem numa casa arrendada, após a rutura da união devem acordar no destino da casa de morada de família. Caso os dois tenham outorgado o contrato de arrendamento, haverá lugar a uma concentração da posição contratual a favor de um deles. Se só um deles é o arrendatário e não é esse a quedar-se na casa, existirá uma transmissão da posição contratual²³. Na falta de acordo, caberá ao tribunal decidir (nos termos do art. 1105.º, n.º 2). Quer a transmissão, quer a concentração não necessitam de consentimento do senhorio, o qual é somente notificado oficiosamente, nos termos do art. 1105.º, n.º 3.

Por força da remissão do art. 4.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, também se aplicará, em caso de rutura, o art. 1793.º, com as necessárias adaptações, quando a casa de morada de família for propriedade de um dos unidos de facto ou de ambos (em compropriedade). Caberá ao tribunal aferir qual dos membros daquela união terá mais necessidade em permanecer na casa de morada de família. Considerando-se que será o unido de facto não proprietário ou que não é o único proprietário, iniciar-se-á uma relação de arrendamento entre os unidos de facto, nos termos daquele art. 1793.º. As condições deste arrendamento serão determinadas pelo tribunal, nos termos do art. 1793.º, n.º 2, tendo em consideração as circunstâncias concretas dos unidos de facto e tendo em atenção os interesses dos filhos destes, caso existam.

Em caso de dissolução por morte de um dos membros da união de facto, também existe proteção da casa. Embora os efeitos sucessórios da união de facto sejam muito limitados quando comparados ao casamento – desde logo, o unido de facto não é herdeiro legal²⁴ (cfr. arts. 2133.º e 2157.º do Código Civil) – tal não significa que não exista alguma preocupação legislativa com o unido de facto sobrevivente. O legislador entendeu que a comunhão de vida entre as partes motivava uma proteção do espaço comum que partilhavam. Daí que o art. 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, proteja a casa de morada de família em caso de morte do unido de facto proprietário ou comproprietário da mesma.

Em caso de falecimento do unido de facto que era o proprietário da casa de morada de família e do seu recheio, o membro sobrevivente goza de direito real de habitação, pelo prazo de cinco anos, sobre aquela casa, um direito

23 Há, por isso, uma derrogação face ao art. 424.º da cessão contratual, que implica o consentimento do outro contraente numa transmissão contratual. Note-se que o legislador privilegiou o bem-estar da família face ao interesse do senhorio, cuja vontade é desconsiderada nesta matéria.

24 Sem prejuízo da recente possibilidade aventada pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que permite – perante certos requisitos – um pacto renunciativo à condição de herdeiro feito pelos cônjuges.

de uso sobre o recheio e, ainda, o direito de preferência na sua alienação (nos termos do disposto no art. 5.º, n.ºs 1 e 9)^{25/26}. Se a união tiver começado há mais de cinco anos, o direito de habitação e de uso será conferido por mais tempo, nos termos do art. 5.º, n.º 2.

Por motivos de equidade – e excepcionalmente – o tribunal pode prorrogar o prazo de atribuição do direito de habitação, tendo em conta o disposto no n.º 4 do mesmo art. 5.º (nomeadamente, cuidados dispensados pelo membro sobrevivente à pessoa do falecido ou a familiares deste, a necessidade do membro sobrevivente, etc.). Porém, o direito de habitação – previsto no n.º 1 deste art. 5.º – não será conferido ao membro sobrevivente se este tiver casa própria na área do respetivo concelho da casa de morada de família (ou nos concelhos limítrofes, se a casa de morada se situar nas áreas dos concelhos de Lisboa ou Porto) – n.º 6 daquele mesmo preceito legal.

Por sua vez, o direito caduca se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, exceto se tal se dever a motivos de força maior (n.º 5 do mesmo preceito). Esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o membro sobrevivente pode permanecer no imóvel como arrendatário, nas condições gerais de mercado – art. 5.º, n.ºs 7 e 8. Se os membros da união de facto eram comproprietários da casa de morada de família e do correspondente recheio, o sobrevivente fica com o direito de habitação e de uso em exclusivo (art. 5.º, n.º 3).

Em caso de morte do unido de facto que era arrendatário, o membro sobrevivente beneficia da proteção prevista no art. 1106.º do Código Civil. A alínea b) do n.º 1 do art. 1106.º estabelece que o direito de arrendamento para habitação se transmite em favor da pessoa que «com o arrendatário vivesse no locado em união de facto e há mais de um ano». O direito à transmissão não se verifica se, à data da morte do arrendatário, o titular desse direito tiver outra casa, própria ou arrendada, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes, ou no respetivo concelho quanto ao resto do País (n.º 4 do mesmo art. 1106.º).

25 Se os unidos de facto eram comproprietários da casa de morada de família e do respetivo recheio, o sobrevivente terá, em exclusivo, o direito real de habitação e de uso – n.º 3 do art. 5.º.

26 Remete o legislador para o disposto nos arts. 1484.º e ss. do Código Civil (sem prejuízo das especificidades previstas no art. 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio). «1 – O direito de uso consiste na faculdade de se servir de certa coisa alheia e haver os respetivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular, quer da sua família. 2 – Quando este direito se refere a casa de morada, chama-se direito de habitação.» – art. 1484.º do Código Civil.

Note-se que a proteção da casa de morada de família, em caso de morte, sofreu uma importante alteração com a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto. Consagrava o art. 4.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, na sua versão inicial, que em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa, o membro sobrevivente tinha direito real de habitação pelo prazo de cinco anos e, no mesmo prazo, direito de preferência na sua venda (art. 4.º, n.º 1). Porém, tal proteção não seria aplicável se ao membro falecido sobrevivessem descendentes com menos de um ano de idade ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendessem habitar na casa, ou no caso de disposição testamentária em contrário (n.º 2).

Como facilmente se conclui, é considerável a proteção acrescentada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto. Por um lado, não condiciona o direito de habitação à existência de descendentes do membro falecido (com menos de um ano de idade ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendessem habitar na casa) e nada refere quanto à possibilidade de se poder afastar esta proteção por disposição testamentária. Por fim, acrescenta ainda o direito de uso do recheio (que era situação omissa na versão inicial da Lei).

Já a figura da economia comum, menos expressiva na perceção social, está protegida na Lei n.º 6/2001, de 11 de maio, que consagra as Medidas de Proteção das Pessoas que vivam em Economia Comum. Esta é mais uma manifestação do direito *convivencial*, em que o legislador se sentiu obrigado a intervir e regular uma relação decorrente da vida em comum.

Trata-se de uma relação conexa com a família que não tem a relevância jurídica da união de facto. A convivência em economia comum corresponde a uma comunhão de mesa e habitação entre duas ou mais pessoas, segundo o disposto no art. 2.º da Lei n.º 6/2001, de 11 de maio. Embora seja uma relação conexa com a família, não tem a relevância jurídica da união de facto (cujo desenho jurídico é bem mais complexo), nem é considerada uma relação familiar²⁷, atribuindo-se comumente a já aludida expressão de 'relação parafamiliar'. Sem prejuízo, a convivência em economia comum

27 Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira propugnam que a vida em economia comum não traduz uma situação de cariz familiar, uma vez que visa somente objetivos economicistas. Cfr. Corte-Real, Carlos Pamplona e Pereira, José Silva, *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed. atualizada, AAFDL, Lisboa, 2011, p. 189.

poderá ser familiar ou não familiar, consoante os seus membros estejam ou não unidos por laços de parentesco ou afinidade²⁸.

A convivência em economia comum corresponde a uma comunhão de mesa e habitação entre duas ou mais pessoas, segundo o disposto no art. 2.º daquela Lei n.º 6/2001, de 11 de maio. Para que esta convivência seja protegida são necessários os seguintes requisitos cumulativos: duração superior a dois anos (art. 2.º, n.º 1); vivência de entreatajuda ou com partilha de recursos (art. 2.º, n.º 1); existência de, pelo menos, um membro maior de idade (art. 2.º, n.º 2); convivência não motivada em finalidades transitórias (art. 3.º, alínea c)); integração livre de todos os membros no grupo (art. 3.º, alínea d)).

A enumeração destes requisitos tem em conta o elenco dos impedimentos, previstos no art. 3.º, que são: «a) A existência entre as pessoas de vínculo contratual, designadamente sublocação e hospedagem, que implique a mesma residência ou habitação comum; b) A obrigação de convivência por prestação de atividade laboral para com uma das pessoas com quem viva em economia comum; c) As situações em que a economia comum esteja relacionada com a prossecução de finalidades transitórias; d) Encontrar-se alguma das pessoas submetida a situação de coação física ou psicológica ou atentatória da autodeterminação individual.»

O n.º 1 do art. 4.º daquela Lei n.º 6/2001, de 11 de maio, estende à convivência em economia comum benefícios quanto a férias, faltas, licenças e efeitos fiscais (alíneas a), b) e c) daquele preceito). Quando a convivência integrar duas ou mais pessoas, os benefícios das alíneas a) e b) daquele preceito só podem ser exercidos, em cada ocorrência, por uma delas. Existe também uma tutela da casa de morada comum, prevista nas alíneas d) e e) do art. 4.º. Note-se que o legislador usa, neste diploma, a expressão de 'casa de morada comum' e não 'casa de morada de família' como sucede na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que protege as pessoas que vivem em união de facto.

Para proteção da casa, a lei estabelece que, em caso de morte da pessoa proprietária da casa de morada comum, aqueles que com ela tenham vivido em economia comum têm direito real de habitação sobre a mesma, pelo prazo de cinco anos, e, no mesmo prazo, direito de preferência na sua venda, nos termos do n.º 1 do art. 5.º, da Lei n.º 6/2001, de 11 de maio. Contudo, esses direitos não serão atribuídos quando se verifique uma das situações

28 Um exemplo de convivência em economia comum familiar é o caso de irmãos que vivem em comunhão de mesa e habitação.

previstas nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo da presente lei – ou seja, no caso em que ao membro falecido sobrevivam descendentes ou ascendentes que com ele vivessem há pelo menos um ano e pretendam continuar a habitar a casa; de disposição testamentária em contrário; e de sobrevivência de descendentes menores que, não coabitando com o falecido, demonstrem ter absoluta carência de casa para habitação própria.

Se, por outro lado, morrer o membro da convivência em economia comum que era arrendatário da casa de morada comum, um dos membros sobrevivo pode beneficiar da transmissão por morte do arrendamento para habitação, nos termos do art. 1106.º do Código Civil. A posição de arrendatário transmite-se para a pessoa que convivesse em economia comum com o arrendatário, há mais de um ano (art. 1106.º, n.º 1, alínea c)). Havendo várias pessoas com direito à transmissão, a posição do arrendatário transmite-se, em igualdade de circunstâncias, sucessivamente para as pessoas elencadas no art. 1106.º, n.º 3, do Código Civil. Também o direito à transmissão não se verifica se, à data da morte do arrendatário, o titular desse direito tiver outra casa, própria ou arrendada, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes ou no respetivo concelho quanto ao resto do País (art. 1106.º, n.º 4), com a redação da Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto).

Os diplomas legislativos que regulam a união de facto e a convivência em economia comum não consagram regimes incompatíveis (art. 1.º, n.º 2, da Lei da Economia Comum e art. 3.º, n.º 2, da Lei da União de Facto). Assim, os membros da união de facto podem invocar o regime da economia comum, se preencherem os requisitos (embora tal não seja expectável, uma vez que a proteção da união de facto é mais ampla). Porém, caso os unidos de facto não queiram revelar o teor da sua relação em condições análogas às dos cônjuges, podem recorrer ao regime de proteção da Lei n.º 6/2001, de 11 de maio, em caso de dissolução por morte.

As duas figuras jurídicas brotam da convivência e podem coexistir, mas não se confundem. Enquanto na união de facto existe comunhão de leito, mesa e habitação, em muito semelhante à comunhão de vida conjugal (convivência *more uxorio*), na convivência em economia comum, verifica-se uma comunhão de mesa e habitação entre duas ou mais pessoas que estabeleceram, entre si, uma vivência comum de entreaajuda de recursos. Sem prejuízo, ambas têm de durar há mais de dois anos para serem legalmente protegidas.

3. Breves considerações acerca do fenómeno da economia colaborativa

Antes de iniciarmos qualquer exercício crítico relacionado com a suscetibilidade de as figuras da união de facto e da economia comum poderem corresponder, com maior ou menor grau de intensidade, e ainda que indiretamente, a reflexos dos princípios orientadores e estruturantes de economia colaborativa, afigura-se necessário entender em que consiste, de facto, o referido fenómeno, e qual o seu relevo.

No que respeita à importância económica e social associadas à utilização de plataformas de economia colaborativa na União Europeia, cumpre destacar que, de acordo com um estudo levado a cabo pela União Europeia, «[o]verall, we estimate that platforms in five key sectors of the collaborative economy generated revenues of nearly €4bn in Europe in 2015 and facilitated around €28bn of transactions»²⁹, números expressivos relacionados com o sucesso associado ao fenómeno sob análise.

De acordo com a Comunicação COM (2016) 356 da Comissão Europeia, datada de 2 de junho de 2016, intitulada “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”, e para os efeitos constantes da mesma, a expressão economia colaborativa «[...] refere-se aos modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares. São três as categorias de intervenientes na economia colaborativa: (i) os prestadores de serviços que partilham os ativos, os recursos, a disponibilidade e/ou as competências – podem ser particulares que oferecem serviços numa base esporádica (“pares”) ou prestadores de serviços que atuam no exercício da sua atividade profissional (“prestadores de serviços profissionais”); (ii) os utilizadores desses serviços; e (iii) os intermediários que – através de uma plataforma em linha – ligam prestadores de serviços e utilizadores, facilitando as transações recíprocas (“plataformas colaborativas”). Por via da regra, as transações de economia colaborativa não implicam uma transferência de propriedade, podendo ser realizadas com fins lucrativos ou sem fins lucrativos»³⁰.

29 Cfr. o estudo da Comissão Europeia redigido por Robert Vaughan e Raphael Daverio, intitulado “Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe”, Luxembourg: Publications Office of the European Union. 2016, p. 12.

30 Cfr. a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões n.º COM (2016) 356, intitulada “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”, datada de 02/06/2016, p. 3.

Por seu turno, Filipe Cunha, tendo por base a clássica definição avançada por Rachel Botsman³¹, define na sua obra economia colaborativa como «[u]ma economia construída em cima de redes distribuídas de indivíduos e comunidades conectadas em oposição a instituições centralizadas, transformando a maneira como produzimos, consumimos, financiamentos e aprendemos», enaltecendo o papel da *internet* na catalisação do fenómeno colaborativo, a qual permite, entre várias outras possibilidades, aumentar o nível de envolvimento dos utilizadores das plataformas criadas para o efeito no processo de produção e distribuição de bens, produtos, necessidades e serviços transversais à generalidade da população³².

Por outras palavras, a economia colaborativa encontra-se intrinsecamente ligada a uma *nova* forma de perspetivar os negócios, os valores sociais e o sentido de comunidade existente, por via da adoção de um espírito de partilha generalizado e que permite reinventar a forma como os bens e serviços são utilizados e prestados na sociedade moderna³³. Efetivamente, a economia colaborativa não raras vezes é apelidada de *sharing economy*, e definida como o universo de práticas económicas e de consumo baseadas na partilha³⁴, o que nos remete para as raízes históricas da economia colaborativa, ainda que, na sua origem, dotada de um cunho eminentemente familiar e não monetário³⁵. Não obstante, a verdade é que os conceitos aparentam ser distintos entre si, antes parecendo que a *sharing economy*

31 A referida Autora tem vindo a ser considerada como uma pioneira no estudo dos fenómenos de economia colaborativa – entre outros, cf. Botsman, Rachel e Rogers, Roo, *What's Mine is Yours – The rise of collaborative consumption*, Harper Collins, 2010.

32 Cf. Cunha, Felipe, *Economia Colaborativa – recriando significados coletivos*, Bambual Editora, 2020, Ebook. O Autor aproveita a definição para exemplificar a aplicação que tem vindo a ser dada ao fenómeno de economia colaborativa até à data, fazendo referência à utilização de espaços de *co-working*, aos fenómenos de *couch surfing* e de disponibilização de alojamento local através de plataformas como a *Airbnb*, às plataformas de financiamento colaborativo de projetos como a plataforma *Kickstarter*, entre outros que podemos referir, como o caso da *Uber*, do *Ebay*, etc.

33 Cf. Stokes, Kathleen; Clarence, Emma; Anderson, Lauren e Rinne, April, *Making Sense of the UK Collaborative Economy*, Nesta, 2014, p. 14.

34 De acordo com Donatella Privitera, «[t]he sharing economy has become the term used to define a universe of practices and a collaborative consumption economy based on sharing» – cf. Privitera, Donatella, "Describing the Collaborative Economy: Forms of Food Sharing Initiatives", in *Proceedings of the 2016 International Conference "Economic Science for Rural Development"*, n.º 43, 2016, p. 92.

35 Cf. Dredge, D. e Gyimóthy, S., "Definitions and Mapping the Landscape in the Collaborative Economy", in *Collaborative Economy and Tourism – Perspectives, Politics, Policies and Prospects*, Springer, 2017, p. 15.

se pode assumir como uma das subformas que a economia colaborativa pode adotar³⁶.

Alguns dos princípios orientadores da economia colaborativa, e que parecem caracterizar transversalmente todas as suas formas de expressão, são a descentralização económica, a interação social, a distribuição da propriedade, confiança, interdependência e transparência, colaboração, acessibilidade, coletividade e sustentabilidade, entre outros³⁷.

No que respeita às vantagens associadas à implementação de instrumentos de economia colaborativa, importa referir-se que alguns dos benefícios passam pelo encorajamento da partilha de recursos, pelo aumento da eficiência, da transparência e da concorrência de mercado, em larga escala decorrentes da facilidade associada à utilização dos serviços prestados pelas plataformas de economia colaborativa, assim como pela redução das assimetrias de informação características do mercado atual³⁸.

De facto, a economia colaborativa tem vindo a desempenhar um papel central na inovação verificada ao nível de produtos, de processos, de gestão, assim como do próprio mercado e da forma como os cidadãos se relacionam entre si³⁹. Adicionalmente, refira-se ainda que são inúmeros os pontos de contacto entre os princípios orientadores do fenómeno da economia colaborativa e aquilo que tem vindo a ser entendido como sendo os reflexos de uma responsabilidade social dos agentes de mercado, entre os quais os valores de transparência, responsabilidade e confiança, os valores associados

36 Cf. Chang, William, "Growing Pains: The Role of Regulation in the Collaborative Economy", in *Intersect*, Vol. n.º 9, n.º 1, 2015, p. 2.

37 Cf. Cunha, Felipe, *op. cit.*

38 Cf. a Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A European agenda for the collaborative economy – supporting analysis, SWD (2016) 184, datada de 02/06/2016, p. 6. O estudo da Comissão Europeia faz ainda referência a um conjunto de outras vantagens, ainda que indiretas, decorrentes do incremento dos fenómenos de economia colaborativa na União Europeia, e que vão desde benefícios ambientais, à redução dos preços dos bens e serviços de consumo, a novas formas de trabalho, ao desenvolvimento do espírito empreendedor, entre outros – *Idem*. Nesse mesmo sentido, pense-se que «[t]here is no doubt that the burgeoning collaborative economy has benefited producers and consumers. From a macro-economic perspective the use of excess capacity and the micro-entrepreneurialism is a huge social gain. Prices are more affordable. People with few options are accessing new opportunities» – cf. Avital, M.; Andersson, M.; Nickerson, J.; Sundararajan, A.; Van Alstyne, M. e Verhoeven, D., "The collaborative economy: a disruptive innovation or much ado about nothing?", in *Proceedings of the 35th International Conference on Information Systems*, ICIS 2014, Association for Information Systems. AIS Electronic Library (AISeL), Atlanta, GA, 2014, pp. 1-7, na p. 3.

39 Cf. Dredge, D. e Gyimóthy, S., "Collaborative Economy and Tourism", in *Collaborative Economy and Tourism – Perspectives, Politics, Policies and Prospects*, Springer, 2017, p. 6.

às preocupações sociais e ambientais, a prevalência de um espírito de partilha que deriva de uma ideia de participar, emprestar, partilhar, ao invés de deter, entre outros⁴⁰.

No entanto, as vantagens associadas à implementação de fenómenos de economia colaborativa na vida corrente dos cidadãos e dos agentes de mercado não surge desapegada de desafios e dificuldades, sendo que a principal preocupação dos estudiosos da matéria passa por compreender o grau de regulação necessário inerente à existência de agentes comerciais que desempenham a sua atividade através de plataformas tecnológicas, sociais e de mercado de economia colaborativa, desde logo por comparação aos demais agentes comerciais⁴¹. No entanto, entre outras questões, também a dificuldade na proteção dos consumidores, os requisitos de acesso ao mercado, assim como dificuldades associadas à regulação e perceção de questões relacionadas com temas laborais e tributários têm vindo a ser apontados como *focos* de preocupação por parte das competentes autoridades nacionais e europeias⁴².

Georgios Petropoulos avança com uma expressão que parece caracterizar de forma acertada o que se vem de referir, quando ensina que «[n]otwithstanding the multiple definitions, we can say that a key characteristic of the collaborative economy is that it provides an economic opportunity for individuals to trade their under-utilised assets with other individuals through intermediaries that match supply and demand in an efficient way, and with the help of information technologies»⁴³.

Ora, de tudo quanto *supra* se expôs, resulta evidente a premissa de que o fenómeno da economia colaborativa se encontra especialmente vocacionado

40 Cf. Rudnicka, Agata, "The Issues of Social Responsibility", in *Journal of Corporate Responsibility and Leadership*, Vol. n.º 21, 2017, pp. 146-147.

41 Cf. Petropoulos, Georgios, *An economic review of the collaborative economy*, Bruegel Policy Contribution, No. 2017/5, Bruegel, Bruxelas, 2017, p. 2.

42 Cf. o documento com a referência Ares (2016) 2558830, da Comissão Europeia, datado de 02/06/2016, disponível para consulta in https://ec.europa.eu/growth/single-market/services/collaborative-economy_en (acedido pela última vez em 18/06/2020).

43 Cf. Petropoulos, Georgios, *An economic review of the collaborative economy*, *op. cit.*, p. 3. Nesse mesmo sentido, veja-se a opinião de William Chang: «A collaborative economy company gives everyone the capability to access underutilized or unused assets. The ability to make excess or idling capacity available for use is at the core of the collaborative economy. When transportation, housing, or capital is not utilized, excess capacity is produced and potential productivity is lost. While this phenomenon is present in many economic systems, the collaborative economy offers a means to eliminate this otherwise lost productivity through the redistribution and sharing of unused assets» – cf. Chang, William, *op. cit.*, p. 3.

para dar resposta a questões económicas relacionadas com o mercado, em especial com os setores do turismo, transportes, financeiro e laboral⁴⁴, e com os agentes comerciais, de entre os quais se contam produtores de bens, prestadores de serviços, consumidores e intermediários que colocam todos os anteriores em contacto, de tal modo disponibilizando uma plataforma de troca de informação e experiências extremamente relevante no comércio⁴⁵.

Como tal, será que o fenómeno da economia colaborativa, assim como os seus princípios estruturais e orientadores, se encontram, de algum modo, refletidos e incorporados no direito da família, mais especificamente nas relações familiares e parafamiliares admitidas ao abrigo da lei portuguesa? Ainda que a tarefa se afigure complexa, é acerca da referida questão que de seguida nos propomos refletir.

4. A economia comum, a união de facto e os princípios da economia colaborativa

O propósito subjacente à presente secção do nosso estudo é que, chegados a este ponto, possamos ponderar acerca da suscetibilidade de as figuras da economia comum e da união de facto refletirem, de algum modo, algum, ou alguns, dos princípios estruturais da economia colaborativa, de modo a que nos seja então possível responder à questão que inicialmente nos propusemos descortinar: serão a economia comum e a união de facto verdadeiros princípios de economia colaborativa?

Ora, direcionando a nossa análise, num primeiro momento, para a figura da união de facto, e tendo por base tudo quanto *supra* se referiu a seu respeito, a verdade é que não nos parece possível afirmar que a mesma espelhe, ou reflita sequer, seja de modo direto ou indireto, quaisquer princípios derivados do fenómeno da economia colaborativa. Por seu turno, também não se nos afigura que os valores basilares dos fenómenos de economia colaborativa estejam na base, ou na origem, da união de facto.

Conforme tivemos a oportunidade de expor na secção 3. da presente investigação, os valores orientadores e basilares dos fenómenos classificados como sendo de economia colaborativa podem ser reconduzidos aos seguintes: partilha de bens e recursos, interação social, distribuição da propriedade,

44 Cf. Petropoulos, Georgios, *An economic review of the collaborative economy*, *op. cit.*, pp. 4-5.

45 Cf. Petropoulos, Georgios, "Collaborative Economy: Market Design and Basic Regulatory Principles", in *Intereconomics 2017*, Springer, Vol. n.º 52, n.º 6, 2017, pp. 340-345, na p. 340.

confiança, interdependência e transparência, colaboração, acessibilidade, coletividade e sustentabilidade.

Pelo contrário, e conforme dispusemos *supra*, a união de facto constitui uma figura legalmente consagrada que tem na sua base um princípio profundamente distinto dos demais: o da constituição de uma família que não por via do matrimónio⁴⁶.

O princípio que se vem de referir encontra, no nosso ordenamento jurídico, previsão constitucional, a qual se encontra refletida art. 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, no qual se refere que «[t]odos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade». Desconsiderando, na presente sede, na medida em que não se afigura o local apropriado para o efeito, o debate existente entre a doutrina nacional no sentido de se entender se o referido preceito legal engloba, ou não, apenas as relações familiares matrimoniais, ou antes estas e as demais formas de constituição de família – entre as quais a união de facto –, a verdade é que se tende hoje a entender que a união de facto, enquanto forma de família, tem consagração e proteção constitucionais⁴⁷.

De facto, dada a recente (sugerida) desvalorização do instituto matrimonial no seio da sociedade portuguesa, a verdade é que a união de facto vem assumindo uma relevante preponderância enquanto fenómeno familiar que é⁴⁸.

46 Cf. Cruz, Rossana Martingo, *op. cit.*, p. 28. Para Guilherme de Oliveira, na união de facto, “[a]s pessoas vivem em comunhão de leito, mesa e habitação (*tori, mensae et habitationis*), como se fossem casadas, apenas com a diferença de que não o são, pois não estão ligadas pelo vínculo formal do casamento” – cf. Oliveira, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, colaboração de Rui Moura Ramos, Almedina, 2020, p. 337.

47 Cf. Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª ed. revista e atualizada, Coimbra Editora, 2014, p. 561. Outros autores tendem antes a entender que a união de facto tem o seu fundamento constitucional no n.º 1 do art. 26.º da Constituição da República Portuguesa, configurando-se, para esses autores, a possibilidade de estabelecer uma união de facto como uma manifestação ou forma de exercício do direito ao desenvolvimento da personalidade – cf. Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme de, *op. cit.*, pp. 61 e ss. Para um estudo detalhado das posições assumidas a respeito do referido tema, cf. Cruz, Rossana Martingo, *op. cit.*, pp. 81 e ss.; Dias, Cristina Araújo, “De facto relationships as a new family form in the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, in *International Family Law*, 2014, pp. 20 e ss., “A jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem e as novas formas de família”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 15, 2012, pp. 35 e ss., e “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar” in: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, pp. 451 e ss.; entre outros.

48 Acerca do tema da desvalorização do instituto do casamento em Portugal, cf. Silva, Eva Sónia Moreira da, *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*, Gestlegal, 2019. Cf., ainda, Cruz, Rossana Martingo, *op. cit.*, p. 28.

Ao contrário do que sucede nos fenómenos sociais de economia colaborativa, em que o incentivo à partilha de elementos e recursos assume uma posição caracterizadora *per se*, a verdade é que, no nosso ordenamento jurídico, a união de facto tem na sua base a coexistência de um conjunto de elementos subjetivos e objetivos que importa ter presentes, e que vão desde a existência de uma coabitação monogâmica, à notoriedade, à existência de uma relação de cariz íntimo e sexual, à existência de uma comunhão de vida estável, à continuidade do vínculo, bem como da existência de vontade que as partes demonstram em manter uma união⁴⁹.

Conforme tivemos a oportunidade de expor *supra*, a união de facto pressupõe uma comunhão que se repercute, efetivamente, numa partilha integrada de vida, não ocasional, na existência de projetos de vida comuns, duradouros, numa entreeajuda e partilha de recursos que se vai consolidando no tempo. No entanto, a união de facto, como também referimos antes, é uma relação na qual duas pessoas vivem em condições análogas às dos cônjuges, o que pressupõe a existência de uma tríplice comunhão de leito, mesa e habitação⁵⁰.

Nesse sentido, tendo por base os contornos associados à consagração legal da figura da união de facto, assim como ao desiderato subjacente à sua previsão e proteção legal e constitucional, a verdade é que a união de facto em nada se pode confundir com um fenómeno de economia colaborativa, na medida em que a relevância social conferida à família enquanto célula central da sociedade contemporânea reclama a existência de um conjunto de princípios próprios que estão na sua base, não sendo possível reduzir – nem tão-pouco reconduzir – uma das formas de constituição de família ao abrigo da lei portuguesa a um mero fenómeno baseado em valores como a partilha, a integração e a cooperação.

Adicionalmente, refira-se ainda que, como se tal não bastasse, a união de facto, ao pressupor que as pessoas vivam em condições análogas às dos cônjuges, de tal modo assentando a sua existência na tríplice comunhão previamente descrita, acaba por consagrar um conjunto de requisitos que de modo algum se podem reconduzir a fenómenos (essencialmente comerciais) de economia colaborativa, não se nos afigurando crível poder afirmar

49 Cf. Cruz, Rossana Martingo, *op. cit.*, pp. 35-41.

50 A este respeito, reforce-se que é o próprio n.º 2 do art. 1.º da Lei n.º 7/2011, de 11 de maio, que refere que «[a] união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivem em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos».

que exista sequer uma compatibilidade entre estes e os valores familiares e princípios de comunhão que estão na base da figura da união de facto.

Em jeito de conclusão: a união de facto, enquanto forma de família, vai muito para além de uma mera *colaboração* entre duas pessoas.

Debrucemo-nos agora sobre a análise da figura da economia comum e tentemos descortinar se a mesma reflete, de algum modo, ou incorpora, ainda que indiretamente, alguma característica usualmente reconduzida a fenómenos de economia colaborativa.

Como tivemos a oportunidade de avançar no início da presente investigação, a economia comum é uma figura que, pese embora também encontre consagração legal⁵¹, se trata de uma relação conexa com a família, à qual não é atribuída a relevância jurídica da união de facto (cujos contornos jurídicos são mais complexos)⁵², e que tem vindo a ser enquadrada nas relações parafamiliares admitidas segundo a doutrina portuguesa⁵³. A origem da figura resulta da convivência entre as pessoas que estabeleceram, entre si, uma vivência comum de entreaajuda de recursos, conforme resulta do art. 2.º, n.º 1, da própria Lei n.º 6/2001, de 11 de maio.

Ora, tendo por base os princípios orientadores dos fenómenos de economia colaborativa *supra* expostos, de partilha, entreaajuda e comunidade, e efetuando um exercício de raciocínio crítico similar ao desenvolvido por referência à união de facto, afigura-se-nos que, no caso da economia comum, não será possível negar de uma forma tão frontal que a figura, em determinados casos, possa apresentar reflexos, ainda que indiretos, de um fenómeno de economia colaborativa.

Tal sucede, cremos, em face de duas razões de ordem que de seguida nos propomos, de forma necessariamente sumária, a desenvolver.

51 A este respeito, recorde-se que a Lei n.º 6/2001, de 11 de maio, consagra as Medidas de Proteção das Pessoas que vivam em Economia Comum.

52 Cf. Cruz, Rossana Martingo, *op. cit.*, p. 27.

53 De acordo com os ensinamentos de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, relações parafamiliares são aquelas que, «[...] não sendo propriamente relações de família, são conexas com elas, estão equiparadas a relações de família para determinados efeitos, ou são condição de que dependem, em certos casos, os efeitos que a lei atribui à relação conjugal ou às relações de parentesco, afinidade e adoção» – cf. Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme de, *op. cit.*, p. 112.

Em primeiro lugar, o afastamento da figura da economia comum do leque das relações familiares *per si*, e consequentemente da figura da união de facto, poderá flexibilizar o entendimento subjacente ao propósito associado à sua constituição, e que pode já não passar, única e exclusivamente, pela vontade de constituição ou de manutenção de relações de família. De facto, a ideia de que a economia comum não se confunde, para efeitos do propósito subjacente à sua constituição, com a união de facto, assim como com outras relações familiares, já se encontra enraizada na doutrina e na jurisprudência nacionais⁵⁴. Nesse sentido, os argumentos apresentados *supra* e que afastam por completo a possibilidade de a união de facto poder ser entendida como um fenómeno, direto ou indireto, de economia colaborativa, deixam de assumir, no caso da economia comum, o papel de relevo que ali assumem.

Em segundo lugar, cumpre ainda destacar que, em determinados casos, e dependendo sempre a verificação da premissa que de seguida se referirá de uma aferição casuística, a verdade é que a constituição de uma relação de economia comum pode efetivamente ter como objetivo principal a entreatajuda ou a partilha de recursos entre as pessoas que a constituem, aliás como resulta do próprio art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 6/2001, de 11 de maio. Ou seja, a entreatajuda e a partilha de recursos, mais do que servir o propósito de ajuda de caracterização de uma relação enquanto tal, pode constituir, em certas situações, o propósito em si mesmo subjacente à constituição de uma relação de economia comum, o que poderia permitir sufragar o entendimento de que os princípios estruturantes que estão na base dos fenómenos de economia colaborativa poderão também, em determinados casos, estar na base da constituição de uma relação de economia comum.

54 A este respeito, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido no âmbito do processo n.º 546/10.2YXLSB.L1-6, no qual é relator Vítor Amaral, datado de 05/12/2013, disponível para consulta in www.dgsi.pt, no qual se estabelece o seguinte: «Há economia comum quando ocorrer vivência em comunhão de mesa e habitação fundada no estabelecimento de laços de entreatajuda ou partilha de recursos, o que pressupõe uma comunhão de vida, com base num lar em sentido familiar e moral e com sujeição a uma economia doméstica, contribuindo todos ou alguns para os gastos comuns». Já o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no âmbito do processo n.º 04B3633, cujo relator é Ferreira de Almeida, datado de 25/11/2004, disponível para consulta in www.dgsi.pt, ensina que «[o] conceito de “economia comum” pressupõe uma comunhão de vida, com base num lar em sentido familiar, moral, e social, uma convivência conjunta com especial “affectio” ou ligação entre as pessoas envolvidas, convivência essa que não impõe a permanência no sentido físico, antes admitindo eventuais ausências, sem intenção de deixar a habitação, com sujeição a uma economia doméstica comum com a quebra dos laços estabelecidos, verificando-se, assim, apenas uma única economia doméstica, contribuindo todos ou só alguns para os gastos comuns».

Pese embora os argumentos que se vêm de referir possam, de algum modo, flexibilizar a análise que nos propusemos efetuar por referência à figura da economia comum, a verdade é que o resultado alcançado derivado da investigação desenvolvida é o mesmo daquele que se concluiu ser aplicável por referência à união de facto: também a economia comum não se apresenta, sob o nosso ponto de vista, como um verdadeiro fenómeno de economia colaborativa.

De facto, ainda que os argumentos que se acabam de expor pudessem relevar nesse aspeto, a verdade é que também a figura da economia comum vai muito além daquilo que são os objetivos e efeitos de uma relação, não raras vezes contratual, que se baseie num fenómeno de economia colaborativa pura.

A comunhão de mesa e habitação, e a economia doméstica una, caracterizadas por um sentido familiar, moral e social, sentimento este que é a pedra basilar do estabelecimento de uma relação de economia comum, pressupõe na economia comum uma ligação afetiva que os fenómenos de economia colaborativa, de pendor essencialmente comercial e lucrativo, descaram, e pela qual, simplesmente, não se interessam.

Por seu turno, a própria Lei n.º 6/2001, de 11 de maio, no respetivo art. 3.º, estabelece um elenco do qual constam as exceções à produção de efeitos jurídicos ao abrigo da sua aplicação, estipulando que são impeditivos da produção dos efeitos protetivos da referida Lei, «[a] existência entre as pessoas de vínculo contratual», assim como «[a]s situações em que a economia comum esteja relacionada com a prossecução de finalidades transitórias»⁵⁵. Ora, tendo por base tudo quanto acima se referiu em sede de caracterização dos fenómenos de economia colaborativa, a existência de um vínculo contratual, assim como a prossecução de finalidades transitórias, são precisamente princípios caracterizadores dos mencionados fenómenos, o que parece também afastar a possibilidade da sua compatibilização com a figura da economia colaborativa.

Adicionalmente, como ensinam Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, considerando que a Lei n.º 6/2001, de 11 de maio, apenas regula, de forma sumária, a matéria, deixando a descoberto inúmeros aspetos relacionados com a figura da economia comum, inexistem dúvidas de que a sua aplicação prática, assim como a interpretação das respetivas disposições,

⁵⁵ Cf., respetivamente, o art. 3.º, alíneas a) e c), da Lei n.º 6/2001, de 11 de maio.

suscitam várias dificuldades⁵⁶. Tal circunstância implica que não existam ainda, tanto de um ponto de vista legislativo, como jurisprudencial, ou ainda doutrinal, as bases que nos permitam sustentar uma tomada de posição distinta da que acima apresentamos.

Efetivamente, a coincidência entre alguns dos princípios estruturantes e orientadores dos fenómenos de economia colaborativa, e os valores e pressupostos que estão na base de uma relação de economia comum, salvo melhor opinião, não passam disso mesmo, de uma coincidência, não sendo possível afirmar que a economia comum seja, apenas por essa razão, um verdadeiro fenómeno de economia colaborativa, nem tão-pouco que apresenta reflexos, ainda que indiretos e ténues, dos princípios de partilha, transparência, comunidade, entreaajuda e coletividade que caracterizam a economia colaborativa.

Nesse sentido, em jeito de conclusão, pese embora seja possível afirmar que alguns dos princípios que parecem estar na base da figura da economia comum possam considerar-se, em determinados casos, e observadas certas circunstâncias, coincidentes com alguns dos princípios estruturantes dos fenómenos de economia colaborativa, a verdade é que tal coincidência não se afigura elo de conexão bastante que nos habilite a poder afirmar nem que a economia comum se apresenta como um fenómeno de economia colaborativa, nem tão-pouco que a mesma é um reflexo, ainda que indireto, dos princípios caracterizadores de tal fenómeno.

5. Síntese conclusiva

Ao longo do presente estudo procurámos trilhar um caminho que nos permitisse responder à questão constante do título da própria investigação: poderão a união de facto e a economia comum ser considerados como verdadeiros fenómenos de economia colaborativa?

Ora, atentas as principais características de ambas as figuras, assim como o propósito subjacente à constituição de relações familiares ou parafamiliares, concluímos que a importância social e legal atribuída às figuras da união de facto e à economia comum não nos permite afirmar que estejamos perante fenómenos de economia colaborativa, nem tão-pouco que a união de facto ou a economia comum sejam reflexo desses mesmos fenómenos.

56 Cf. Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme de, *op. cit.*, p. 114.

De facto, as relações familiares e parafamiliares acerca das quais nos debruçamos ao longo da presente investigação assumem uma relevância tal no seio da nossa sociedade contemporânea, assim como no ordenamento jurídico português, que reconduzi-las, reduzindo-as, a fenómenos que tenham por base uma vontade de partilha e coletividade, como é o caso dos fenómenos de economia colaborativa, seria descaracterizá-las, atentando contra o seu conteúdo essencial, o que não pode, de modo algum, suceder.

Referências

Antokolskaia, Masha, *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective: a tale of two millennia*, Antwerpen, Intersentia, 2006.

Antunes Varela, João de Matos, *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª edição Revista, actualizada e completada, Livraria Petrony, Lda, 1999.

Avital, M.; Andersson, M.; Nickerson, J.; Sundararajan, A.; Van Alstyne, M. e Verhoeven, D., "The collaborative economy: a disruptive innovation or much ado about nothing?", in *Proceedings of the 35th International Conference on Information Systems*, ICIS 2014, Association for Information Systems. AIS Electronic Library (AISeL), Atlanta, GA, 2014.

Botsman, Rachel e Rogers, Roo, *What's Mine is Yours – The rise of collaborative consumption*, Harper Collins, 2010.

Campos, Diogo Leite, "A tributação da Família", in *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001.

_____, "Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Volume I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

Campos, Diogo Leite e Campos, Mónica Martínez de, *Lições de Direito da Família*, 3.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2017.

Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª ed. revista e atualizada, Coimbra Editora, 2014.

Chang, William, "Growing Pains: The Role of Regulation in the Collaborative Economy", in *Intersect*, Vol. n.º 9, n.º 1, 2015.

Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume I, 4.ª ed. (2008) e 5.ª ed. (2016), Coimbra, Coimbra Editora.

Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões n.º COM (2016) 356*, "Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa", 02.06.2016.

_____, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A European agenda for the collaborative economy European agenda for the collaborative economy - supporting analysis*, SWD (2016) 184, 02.06.2016.

Corte-Real, Carlos Pamplona e Pereira, José Silva, *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed. atualizada, AAFDL, Lisboa, 2011.

Corte-Real, Carlos Pamplona, "Relance crítico sobre o Direito da Família português", in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

Cruz, Rossana Martingo, *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019.

Cunha, Felipe, *Economia Colaborativa – recriando significados coletivos*, Bambual Editora, 2020, Ebook.

Del Campo, S., *La 'nueva' familia española*, Madrid, Ed. Eudema, 1991.

Dias, Cristina Araújo, "A jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem e as novas formas de família", in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 15, 2012.

_____, "Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar", in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012.

_____, "De facto relationships as a new family form in the jurisprudence of the European Court of Human Rights", in *International Family Law*, 2014.

Dias, Maria Berenice, *Manual do Direito das Famílias*, 10.ª ed. (revista, atualizada, ampliada), São Paulo, Thomson Reuters, 2015.

Dredge, D. e Gyimóthy, S., "Definitions and Mapping the Landscape in the Collaborative Economy", in *Collaborative Economy and Tourism – Perspectives, Politics, Policies and Prospects*, Springer, 2017.

_____, "Collaborative Economy and Tourism", in *Collaborative Economy and Tourism – Perspectives, Politics, Policies and Prospects*, Springer, 2017.

Gama, Guilherme Calmon Nogueira, *O companheirismo: uma espécie de família*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.

Lasarte, Carlos, *Derecho de Familia – Principios de Derecho Civil VI*, 11.ª, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Lima, Fernando Andrade Pires de e Cruz, Guilherme Braga da, *Direitos de família*, vol. I, *Constituição do estado de casado*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1949.

Mota, Helena, "O problema normativo da família: Breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adoptadas pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto", in *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2001.

Oliveira, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, colaboração de Rui Moura Ramos, Almedina, 2020.

Ostner, Ilona, "Cohabitation in Germany – Rules, Reality and Public Discourses", in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 15, N.º 1, Oxford, Oxford Univ. Press, 2001.

Petropoulos, Georgios, *An economic review of the collaborative economy*, Bruegel Policy Contribution, No. 2017/5, Bruegel, Bruxelas, 2017.

_____, "Collaborative Economy: Market Design and Basic Regulatory Principles", in *Intereconomics 2017*, Springer, Vol. n.º 52, n.º 6, 2017.

Pinheiro, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016.

Privitera, Donatella, "Describing the Collaborative Economy: Forms of Food Sharing Initiatives", in *Proceedings of the 2016 International Conference "Economic Science for Rural Development"*, n.º 43, 2016.

Rudnicka, Agata, "The Issues of Social Responsibility", in *Journal of Corporate Responsibility and Leadership*, Vol. n.º 21, 2017.

Silva, Eva Sónia Moreira da, *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*, Gestlegal, 2019.

Sousa, Miguel Teixeira de, "Do direito da família aos direitos familiares", in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

Stokes, Kathleen; Clarence, Emma; Anderson, Lauren e Rinne, April, *Making Sense of the UK Collaborative Economy*, Nesta, 2014.

Thomas-Dusing, Courtney, "The marriage alternative: civil unions, domestic partnerships, or designated beneficiary agreements", in *The Journal of Gender, Race & Justice*, n.º 17, Winter, 2014.

Valpuesta Fernández, Rosario, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Vaughan, Robert e Daverio, Raphael, "Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe", Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

A economia colaborativa na saúde

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.9>

Anabela Susana de Sousa Gonçalves*
Catarina Inês Gonçalves da Cruz**

* Professora Associada da Escola de Direito e Investigadora do E-Tec (Jus-Gov).

** Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

Resumo: A economia colaborativa conduziu ao aparecimento de vários modelos de negócio, suportados em aplicativos e plataformas digitais, que permitem a uma nova geração de consumidores o acesso a determinados recursos que, de outro modo, estariam indisponíveis ou seriam financeiramente inacessíveis. Alcança-se assim uma maior sustentabilidade e responsabilidade social e ambiental ao reduzir desperdícios e otimizar recursos. O setor da saúde não passou indiferente a estas mudanças e imediatamente surgiram aplicações adaptadas às novas tecnologias, sobretudo às tecnologias móveis, que reinventaram a prática clínica e tornaram mais acessível o direito à saúde. Tendo em consideração esta nova realidade no setor da saúde, iremos abordar alguns exemplos de plataformas e aplicativos utilizados neste setor.

Palavras-chave: Aplicações (*apps*) de saúde – economia colaborativa – saúde.

Sumário: **1.** A economia colaborativa. **2.** A economia colaborativa na saúde. **3.** A telemedicina como um meio de expansão da economia colaborativa. **4.** Exemplos de economia colaborativa no setor da saúde. **5.** Conclusão. Referências.

Abstract: The sharing economy has led to the emergence of various business models, supported on digital applications and platforms, that allow a new generation of consumers' access to certain resources, that would otherwise be unavailable or would be financially inaccessible. This is a way of reaching greater sustainability and social and environmental responsibility, by reducing waste and optimising resources. The health sector did not stand indifferent to these changes and immediately emerged adapted applications to new technologies, especially mobile technologies, which reinvented clinical practice and made more accessible the right to health. Taking into consideration this new reality, this section will address some examples of platforms and applications used in the health sector.

Keywords: Health – health *apps* – sharing economy.

Summary: **1.** The sharing economy. **2.** The sharing economy in health. **3.** Telemedicine as a way of expanding sharing collaborative. **4.** Examples of sharing economy in the health sector. **5.** Conclusion. References.

1. A economia colaborativa

A economia colaborativa (*sharing economy*) não é mais do que o uso de plataformas tecnológicas que permitem utilizar recursos e contratar serviços que, de outro modo, estariam subaproveitados. Este processo teve por base conceitos primários de comércio, tais como o aluguer de bens e serviços, a permuta, o leilão, entre outros. Assim, o conceito de partilha não é novo porque os seres humanos sempre partilharam. Na sociedade urbana negra e pobre dos Estados Unidos, sempre houve relações de reciprocidade e interdependência, demonstrando que a partilha, há algumas décadas, foi um meio de sobrevivência¹.

O incremento das redes digitais e a sua fácil acessibilidade a baixo custo por qualquer usuário e as alterações operadas na sociedade com uma adaptação a um estilo de vida mais colaborativo permitem trocar e partilhar conhecimentos, informações, espaços e equipamentos, em tempo real, que, para além de resultarem em partilha de interesses, adicionam mais-valias aos envolvidos e poderão resultar ainda num contributo valioso na preservação do meio ambiente. Falamos de economia colaborativa quando acedemos a um produto, por um certo período de tempo, sem necessidade de o adquirir ou quando realocamos um produto ou serviço que já não utilizamos. Ao encararmos o nosso mundo numa perspetiva de mercado, em que tudo e todos os que nele se encontram são bens que se podem trocar, então poderemos começar a entender o papel crítico da partilha no comportamento do consumidor².

Estamos perante um fenómeno recente que está a crescer na nossa sociedade, de forma exponencial. Com a economia colaborativa surgem novos, renovados e inovadores modelos de negócio que vêm substituir ou concorrer com modelos já existentes nos diversos setores da economia, como no turismo, nos transportes, na educação e na saúde.

1 Cfr. Stack, Carol, "All Our Kin: strategies for survival in a black community", New York, 1974, apud Frenken, Koen; Schor, Juliet, "Putting the sharing economy into perspective", in *Journal Elsevier* disponível em <https://www.elsevier.com/locate/eist>, consultado em 04/06/2020.

2 Cfr. Belk, Russel, "Sharing", in *Journal of Consumer Research*, v. 36, n.º 5, 2010, pp. 715-734, disponível em https://www.researchgate.net/publication/46553775_Sharing/link/571e23b708aefa6488999885/download, consultado em 02/06/2020.

2. A economia colaborativa na saúde

No setor da saúde assistimos ao aparecimento de um grande número de plataformas e aplicativos móveis, em permanente evolução e atualização e cuja utilização advém da economia colaborativa. Estas novas plataformas vieram complementar, ou até mesmo substituir, a prestação de cuidados de saúde tradicionais, fornecendo uma panóplia de benefícios, tanto aos consumidores (pacientes) como aos próprios médicos ou outros profissionais de saúde e, consequentemente, promovendo uma maior especialização e competição na prestação de serviços praticada pelos médicos.

Com a economia colaborativa, a prestação de serviços dita tradicional, que nos é familiar e que é baseada na relação pessoal em que o paciente se dirige ao consultório privado do médico ou a um determinado hospital para receber os devidos cuidados de saúde, perde protagonismo. Se tivermos em conta o envelhecimento das populações, a crise económica e situações excecionais, como a originada pela pandemia COVID-19, as ferramentas digitais são o meio mais económico, mais rápido, seguro, capaz e com qualidade suficiente para fazer chegar aos cidadãos todas as informações relevantes, a necessária assistência social e o devido acompanhamento na saúde. A este propósito verificamos uma tendência crescente dos cuidados de saúde em se adaptarem às necessidades do paciente moderno, pelo que a computação ubíqua³ será certamente a solução para responder a esta tendência.

Os novos modelos para a prestação de cuidados de saúde têm de ser concebidos de forma a integrar as tecnologias móveis. O conceito *mHealth* (*Mobile Health*) não é mais do que a utilização de dispositivos móveis para auxiliar a prática clínica, tais como telemóveis, sensores e equipamentos “vestíveis” (dispositivos diretamente conectados ao utente), «equipamentos estes que contribuem para a redução dos gastos em saúde, minimização dos erros médicos, prevenção de hospitalizações desnecessárias e ampliação das possibilidades de interação entre pacientes e profissionais de saúde»⁴. As soluções do *mHealth* podem contribuir para melhorar a qualidade de vida das pessoas, proporcionando-lhes maior autonomia, mas também maior responsabilidade em relação à sua saúde, assim como utilizar os recursos

³ Termo usado pela primeira vez pelo cientista de informática norte americano Mark Weiser, em 1988, para descrever a omnipresença da informática no quotidiano das pessoas. Disponível em <https://www.pt.wikipedia.org>, consultado em 01/06/2020.

⁴ Vide Rocha, Thiago Augusto Hernandez, *et al.*, “Saúde Móvel: novas perspectivas para a oferta de serviços de saúde”, in *Revista Médica Eletrônica*, n.º 1, Vol. 25, Brasília, janeiro-março 2016, pp. 159-170, publicado em <https://www.scielo.br>, consultado em 01/06/2020.

existentes de forma mais eficiente e reduzir a pressão financeira sobre os sistemas de saúde.

Com a utilização das *apps*, dos *smartphones* e dos *point-of-care* (PoC)⁵, o paciente pode gerir os seus registos de saúde e, se assim o entender, partilhar esses registos com o prestador de cuidados de saúde, permitindo uma monitorização e vigilância remota.

3. A telemedicina como um meio de expansão da economia colaborativa

Nos últimos anos, as plataformas de telessaúde têm vindo a crescer, oferecendo um conjunto de benefícios exclusivos para pacientes e médicos, integrando uma nova parcela da economia colaborativa. Para aceder aos serviços médicos, os pacientes têm ao seu dispor um conjunto de plataformas, podendo escolher aquelas que mais lhes convêm, em função do que procuram (consultas médicas esporádicas, tratamentos especializados, atendimento de aconselhamento, etc.). O Serviço Nacional de Saúde (SNS) português está a apostar na implementação de serviços de telessaúde, pois evita que os pacientes tenham de circular pelo país, dando-lhes mais conforto e bem-estar e tornando mais rápida a realização de diagnósticos e aplicação de terapêuticas, o que é também vantajoso para o Estado do ponto de vista económico. O Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra (CHUC) tem realizado algumas consultas na área da cardiologia por telemedicina⁶ com resultados positivos⁷.

5 São dispositivos muito pouco invasivos e que permitem diagnosticar uma determinada condição em pouco tempo, sem necessidade de análises laboratoriais, tais como controlo de glicose ou até eletrocardiogramas. São o caso dos equipamentos “vestíveis” (*Wearables*), que têm dispositivos sensoriais e de acompanhamento das funções fisiológicas, incorporados na roupa ou monitores de pulso, que se conectam via *Bluetooth* ou *Wifi*.

6 De acordo com a Comissão Europeia, telemedicina define-se como «a prestação de serviços de saúde, por meio da utilização de TIC (Tecnologias de Informação e Comunicação), em situações em que o profissional de saúde e o paciente (ou dois profissionais de saúde) não estão no mesmo local. Envolve a transmissão segura de dados e informações médicas, por meio de texto, som, imagens ou outras formas necessárias para a prevenção, diagnóstico, tratamento e acompanhamento dos pacientes». Vide Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre os benefícios da telemedicina para os doentes, os sistemas de saúde e a sociedade COM/2008/689Final, Bruxelas, 04/11/2008, disponível em <https://eur-lex.europa.eu>, consultado em 02/06/2020.

7 Vide <https://www.chuc.min-saude.pt>, consultado em 02/06/2020.

A telemedicina é um ramo da telessaúde que abarca todos os tipos de medicina à distância⁸. São evidentes as vantagens que resultam da utilização da telemedicina, sobretudo quando aplicada em regiões remotas e em populações carentes de cuidados de saúde. Um pequeno hospital de campanha numa região isolada de um país pobre sem médicos especialistas tem, muitas vezes, a telemedicina como único recurso ou opção para ter acesso aos serviços de saúde mais convenientes e correspondentes tratamentos médicos. A telemedicina adquire também uma enorme importância em situações de emergência ou catástrofes.

Podemos, por isso, dizer que a expansão da telemedicina tem facilitado o avanço da economia colaborativa no setor da saúde. Analisaremos, em seguida, de forma breve, alguns exemplos de economia colaborativa no setor da saúde.

4. Exemplos de economia colaborativa no setor da saúde

São já consideráveis o número de plataformas e aplicativos usados regularmente no setor da saúde.

A aplicação *Pager*⁹ surgiu nos EUA em 2014, estando já a expandir-se pela América Latina, com o objetivo de reinventar o atendimento médico tradicional. Permite aos pacientes interagir com o médico ou com a sua equipa através da plataforma, em qualquer momento, a qualquer hora e em qualquer lugar. Com a aplicação, os utentes podem expor a uma equipa de enfermeiros especialistas os seus problemas de saúde e obter soluções para os mesmos, para além de poderem agendar consultas *online* ou ao domicílio, evitando deslocações e não despendendo tempo numa sala de espera de um hospital/clínica, a custos controlados e com pagamentos efetuados digitalmente¹⁰. É uma plataforma de assistência virtual que opera em diferentes países, mas com centros de comando nacionais. A *Pager* é uma prestadora de serviços de informação, navegação e coordenação, que permite

8 De referir, a telemonitorização (controle de sinais vitais à distância), teleintervenção (intervencções cirúrgicas aplicadas à distância, com recurso a *robots* e equipamentos informatizados), tele-educação (fornecimento de informações gerais para a população e técnicas para profissionais de saúde) e teleconferências. Cfr. Raposo, Vera Lúcia, "Telemedicine: The legal framework (or the lack of it) in Europe"; in *GMS Health Technol Assess*, agosto de 2016, disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov>, consultado em 02/06/2020.

9 Disponível em <https://www.pager.com>, consultado em 06/06/2020.

10 Vide Berg, Joel, "From 8 to 50 states, Pager expands servive nationwide", in *MedCity News*, janeiro de 2020, publicado em <https://www.medcitynews.com>, consultado em 15/06/2020.

aos seus utilizadores ter acesso a diversos serviços na área da saúde, que passam pela triagem, telemedicina, prescrições, consultas, transporte para as unidades hospitalares e consultórios médicos, até ao acompanhamento de convalescença¹¹. A *Pager* simplifica a experiência de assistência médica e possibilita a interação *online* com vários profissionais de saúde.

A *iClinic*¹² é uma plataforma de saúde em uso no Brasil, desde 2011, que revolucionou a gestão de clínicas e consultórios, oferecendo um sistema de fácil utilização pelos profissionais de saúde, para que se foquem apenas nos cuidados aos pacientes e não se preocupem com questões técnicas. Traduziu-se num aumento de produtividade, maior afluência de pacientes e redução de custos. Esta plataforma permite a gestão total da clínica, podendo produzir gráficos automáticos de quaisquer dados (perfis de pacientes, duração média de atendimento, estatísticas sobre consultas, etc.). Também garante a segurança total dos dados clínicos que são armazenados automaticamente em locais seguros. Faz ainda o controlo financeiro da clínica, gerindo todos os fluxos de caixa e movimentos contabilísticos e possui ferramentas para agendamento de consultas e confirmação das mesmas por SMS. Todas as prescrições personalizadas são enviadas por SMS ou *e-mail* ao paciente, sendo também possível anexar exames, fotos e documentos ao seu historial clínico. Na plataforma podem ser agendados os pagamentos das consultas ou serviços e fracioná-los em parcelas, bem como obter as respetivas faturas e recibos.

A *Dandelin*¹³, que surgiu recentemente no Brasil, é outra aplicação que tem como lema “saúde para todos, por todos” e que permite agendar consultas para o dia seguinte, com mais de 60 especialistas. O paciente não paga a consulta, desde que seja membro *Dandelin*, tendo de pagar uma assinatura mensal de valor reduzido. Pretende-se aproximar os médicos aos pacientes, tornando acessível a saúde a todos. A estrutura económica é simples, distribuindo equitativamente pelos médicos as receitas angariadas pelas quotizações mensais, em função do número de consultas realizadas nesse mês.

11 Vide Pennic, Jasmine, “Pager goes international, expands virtual care model to latin America”, in *Hit Consultant*, fevereiro de 2020, publicado em <https://www.hitconsultant.net>, consultado em 15/06/2020.

12 Disponível em <https://www.iclinic.com.br>, consultado em 06/04/2020.

13 Disponível em <https://www.dandelin.io>, consultado em 06/04/2020.

A *Clinicco*¹⁴ é uma empresa brasileira pensada para o arrendamento de salas e consultórios a profissionais de saúde, que criou uma plataforma digital de acesso livre a anunciantes e, sobretudo, a profissionais de saúde interessados em utilizar um espaço para exercer a sua atividade, podendo partilhá-lo com outros profissionais de saúde que, por diversas razões, nomeadamente de cariz económico ou de consumo consciente e sustentável, não pretendem adquiri-lo.

Outro exemplo é a *Cohealo*¹⁵, que é uma *startup* tecnológica, sediada nos EUA, que possibilita a partilha de equipamentos de saúde entre hospitais/clínicas. Sabemos que os hospitais devem estar na vanguarda da tecnologia para oferecerem aos seus pacientes um atendimento da mais elevada qualidade. Para esse efeito, muitas vezes, necessitam de adquirir equipamentos sofisticados que lhes permitam fazer diagnósticos mais precisos e rápidos, análises mais detalhadas e expeditas e melhores cirurgias. Contudo, por dificuldades económicas ou por subaproveitamento dos equipamentos, por vezes, decidem pela sua não aquisição, em prejuízo da comunidade envolvente. A *Cohealo* trouxe a solução para o setor, ao possibilitar aos hospitais/clínicas a partilha de equipamentos médicos entre si. Para isso, a *Cohealo* rastreia os equipamentos existentes e o estado em que se encontram nas diversas estruturas de saúde e mede o seu grau de utilização. Em seguida, facilita aos gestores hospitalares e executivos financeiros todas as informações relativas aos equipamentos disponíveis para partilha, podendo estes proceder ao agendamento da sua utilização na aplicação. Por exemplo, se um determinado hospital/clínica necessita de um aparelho para um exame específico e esse aparelho está inativo noutra hospital, esta plataforma facilita o acesso a esse aparelho ao hospital que dele efetivamente precisa e que dele fará um melhor uso, reduzindo em grande medida os custos e os tempos de aquisição. Ainda, face à pandemia que estamos a viver no presente momento, fruto do novo coronavírus (COVID-19) e que tem originado a insuficiência de ventiladores nos hospitais, a *Cohealo* rastreia a utilização de ventiladores nas redes de saúde, verificando a sua disponibilidade e mobilizando equipamentos críticos para as instalações que mais precisam. De notar que, em 2015, a *Cohealo* foi considerada uma das dez principais empresas inovadoras em assistência médica nos EUA, pois ajudou os hospitais a utilizarem plenamente os seus ativos mais caros¹⁶.

14 Disponível em <https://www.clinicco.com.br>, consultado em 06/04/2020.

15 Disponível em <https://www.cohealo.com>, consultado em 07/04/2020.

16 Vide Metwally, Amr Mohamed Alsayed, "What will the sharing economy mean for health care?", in *The Official Magazine Arab Health*, Issue 4 – 2017, publicado em <https://www.arabhealthonline.com>, consultado em 15/06/2020.

Estes exemplos permitem-nos concluir que existem inúmeras possibilidades de virem a surgir mais plataformas e aplicações muito específicas na área da saúde.

Vejamos o caso da *Figure 1*¹⁷, com sede em Toronto, Canadá, que se dedica ao estudo do diagnóstico por profissionais de saúde e estudantes da área. A *Figure 1* permite partilhar experiências clínicas com outros colegas, mantendo o sigilo absoluto da identidade dos pacientes. Os seus utilizadores usam a plataforma pesquisando casos clínicos complexos, doenças raras, partilhando imagens e informações importantes. Esta plataforma revelou-se importante para os médicos durante o surto do COVID-19, na troca de experiências e na consulta de casos clínicos na base de dados, em constante atualização, criada para o efeito.

Outro caso singular é a *PatientsLikeMe*¹⁸, que opera segundo um conceito diferente do habitual, pois utiliza uma rede de pacientes que partilha informações sobre a saúde dos seus membros, fornecendo todas as informações e dados das suas histórias clínicas (sintomas, tratamentos, resultados, etc.) passadas e presentes. Esta plataforma, ao ser acedida pelos pacientes, por profissionais de saúde e laboratórios, permite realizar pesquisas em tempo real, com vista à inovação e/ou desenvolvimento de novos medicamentos e melhores produtos, serviços e/ou atendimento. Para os pacientes registados na aplicação, as vantagens imediatas resultam na melhoria de conhecimentos relacionados com os seus problemas médicos e na troca de experiências com pessoas em situações idênticas.

Ainda no âmbito da economia colaborativa na saúde e fruto da quebra acentuada das margens dos prestadores de serviços, há uma tendência crescente de incorporação ou fusão de inúmeras empresas do setor, nomeadamente laboratórios farmacêuticos. Os hospitais/clínicas adquirem materiais e medicamentos aos distribuidores que fazem a sua intermediação. As novas tecnologias digitais permitem agora ofertas diretas dos laboratórios e fabricantes. Neste sentido, começamos a assistir a negócios *online* por leilão reverso. Significa isto que os hospitais/clínicas que se inscrevam no leilão poderão ter acesso a um determinado medicamento, material hospitalar ou equipamento, por um preço mais acessível. Nestas condições, os distribuidores tendem, naturalmente, a ficar sem condições de preço para poderem intermediar negócios e, muito menos, participar em leilões reversos.

¹⁷ Disponível em <https://www.figure1.com>, consultado em 07/04/2020.

¹⁸ Disponível em <https://www.patientslikeme.com>, consultado em 07/04/2020.

Este tipo de leilão é totalmente oposto ao leilão tradicional. Significa isto que o bem é arrematado pelo fornecedor que efetuar o lance com o preço menor, durante um período de tempo que se situa normalmente entre vinte minutos e uma hora¹⁹. Quando o negócio se conclui, é usual o comprador receber um relatório final detalhado e auditável do processo de leilão. Poderemos considerar o leilão reverso (*reverse auction*) como um meio eficiente de compra e venda, pois consegue-se obter uma redução real de preços com um aumento de competitividade. Os preços vão diminuindo à medida que os fornecedores vão oferecendo o mesmo produto que os seus concorrentes, ganhando aquele que oferecer esse produto pelo valor mais baixo. O leilão reverso, ao ser realizado numa plataforma via internet, tem a grande vantagem de permitir a participação de fornecedores de qualquer parte do mundo. Um exemplo de plataforma digital de negócio eletrónico é a *paradigma WBC*²⁰, sediada no Brasil, que gere a maior base de portais de compras eletrónicas neste país, incluindo leilões reversos. Esta forma de adquirir produtos e equipamentos hospitalares tem vindo a ganhar expressão e é já utilizada em alguns países, designadamente no Brasil, aqui sob o controle da *Anvisa*²¹ (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

5. Conclusão

Olhando para os exemplos concretos que enunciámos, podemos concluir que as atividades da economia colaborativa na área da saúde se encontram agrupadas em seis modelos tipificados, tendo em conta a sua forma de atuação e o público alvo. O primeiro modelo agrupa todas as plataformas e *apps* relacionadas com o agendamento de consultas, suporte e atendimento ao paciente. São os casos das aplicações *Pager* e *Dandelin*. O segundo modelo refere-se à gestão de clínicas e consultórios médicos, cabendo aqui a plataforma *iClinic*. O terceiro modelo abarca a partilha e arrendamento de espaços a profissionais de saúde, como é o caso da plataforma brasileira *Clinicco*. O quarto modelo engloba todas as plataformas digitais de partilha e permuta de equipamentos de saúde. A *Cohealo* é uma referência deste modelo nos EUA. O quinto modelo refere-se à partilha de experiências clínicas entre profissionais de saúde e entre pacientes. Como exemplos temos a *Figure 1* e a *Patientslikeme*. Poderemos ainda referir um sexto modelo, que

19 Vide <https://www.blog.mercadoe.com>, consultado em 14/06/2020.

20 Disponível em <https://www.paradigmabs.com.br>, consultado em 14/06/2020.

21 Disponível em <https://www.portal.anvisa.gov.br>, consultado em 14/06/2020. A Anvisa é um organismo brasileiro que tem como área de atuação a fiscalização de todos os setores de produtos e serviços que possam afetar a saúde da população.

tem vindo a captar o interesse de compradores e fornecedores na área da saúde, pela rapidez do negócio, volume de vendas e otimização de preços. Referimo-nos ao leilão reverso.

Neste sentido, a economia colaborativa na saúde poderá vir a ser a solução de que os profissionais de saúde e os pacientes precisam, constituindo uma real possibilidade de negócio, com qualidade, segurança e a preços controlados.

Por último, revela-se fundamental a adoção de políticas de saúde mais eficientes, que maximizem os ganhos e potenciem maior impacto na economia nacional e na saúde dos cidadãos. Urge direcionar os investimentos para o desenvolvimento de novos métodos e metodologias de investigação, para a formação de recursos humanos adaptados às necessidades de inovação, para a proteção e valorização da propriedade intelectual, orientação regulamentar e ética, e ainda para as necessárias infraestruturas. Apenas deste modo se poderá conseguir uma cooperação mais estreita entre as diferentes entidades responsáveis pela investigação e o seu alinhamento com as necessidades do mercado de saúde²². Não devemos, no entanto, descurar que, neste mundo da economia colaborativa, são, por vezes, ultrapassadas as fronteiras legais e regulamentares, conduzindo a um processo de tensão entre a necessidade de incentivar a inovação, por um lado, e a necessidade de proteger os pacientes, por outro, contra fraudes e outras práticas que possam pôr em risco a saúde e a segurança públicas²³. Parece-nos que a economia colaborativa na saúde necessita de um olhar atento do legislador, uma vez que os quadros legais atuais parecem deficitários para regular os modelos de economia colaborativa que se começam a desenhar na saúde, na perspetiva de proteção do paciente e do interesse público. A concretização de ideias inovadoras em empresas assentes em aplicativos que utilizam plataformas eletrónicas é uma liberdade que, como diz Robert Cooter, «exige lei, não a sua ausência»²⁴. A regulamentação da economia colaborativa é, todavia, um elemento a desenvolver na segunda parte deste projeto.

22 “Saúde, investigação clínica e de translação”, Agenda temática de investigação e inovação, Fundação para a ciência e a tecnologia, versão de abril de 2019, disponível em <https://www.fct.pt>, p. 15, consultado em 14/06/2020.

23 Vide Ranchordás, Sofia, “Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy”, in *The Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 16, 2015, p. 420, disponível em <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol16/iss1/9>, consultado em 15/06/2020.

24 Cooter, Robert D., “Legalize Freedom”, in *Competition Policy and Patent Law under uncertainty: regulating innovation* 39, apud Ranchordás, Sofia, *op. cit.*, p. 467.

Poderemos ainda concluir que os modelos de economia colaborativa estão a conduzir a uma descentralização do atual sistema de saúde, o que poderá levar a profundas alterações e até mesmo à extinção de algumas estruturas atuais de saúde.

Referências

Belk, Russel, "Sharing", in *Journal of Consumer Research*, v. 36, n.º 5, 2010, pp. 715-734, disponível em https://www.researchgate.net/publication/46553775_Sharing/link/571e23b708aefa6488999885/download.

Berg, Joel, "From 8 to 50 states, Pager expands serve nationwide", in *MedCity News*, janeiro de 2020, publicado em <https://www.medcitynews.com>.

Fundação para a Ciência e a Tecnologia, "Saúde, investigação clínica e de translação", Agenda temática de investigação e inovação, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, versão de abril de 2019, disponível em <https://www.fct.pt>.

Frenken, Koen; Schor, Juliet, "Putting the sharing economy into perspective", in *Journal Elsevier* disponível em <https://www.elsevier.com/locate/eist>.

Metwally, Amr Mohamed Alsayed, "What will the sharing economy mean for health care?", in *The Official Magazine Arab Health*, Issue 4 – 2017, publicado em <https://www.arabhealthonline.com>.

Pennic, Jasmine, "Pager goes international, expands virtual care model to latin America", in *Hit Consultant*, fevereiro de 2020, publicado em <https://www.hitconsultant.net>.

Ranchordás, Sofia, "Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy", in *The Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 16, 2015, p. 420, disponível em <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol16/iss1/9>.

Raposo, Vera Lúcia, "Telemedicine: The legal framework (or the lack of it) in Europe", in *GMS Health Technol Assess*, agosto de 2016, disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov>.

Rocha, Thiago Augusto Hernandez, et al., "Saúde Móvel: novas perspectivas para a oferta de serviços de saúde", in *Revista Médica Eletrônica*, n.º 1, Vol. 25, Brasília, janeiro-março 2016, pp. 159-170, publicado em <https://www.scielo.br>.

Lista de endereços eletrônicos consultados

<https://www.pt.wikipedia.org>

<https://www.scielo.br>

<https://www.pager.com>

<https://www.iclinic.com.br>

<https://www.dandelin.io>

<https://www.clinicco.com.br>

<https://www.cohealo.com>

<https://www.figure1.com>

<https://www.patientslikeme.com>

<https://www.portal.anvisa.gov.br>

<https://www.chuc.min-saude.pt>

<https://eur-lex.europa.eu>

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov>

<https://www.blog.mercadoe.com>

<https://www.paradigmabs.com.br>

<https://www.fct.pt>

O caso da economia colaborativa dos transportes

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.10>

Duarte Abrunhosa e Sousa*

* Advogado. Investigador do CIJE – Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Docente universitário convidado. Membro do Comité Executivo da Rede *CIELO Laboral*. Vice-presidente e associado fundador da AJJ – Associação de Jovens Juslaboralistas. Membro do *Committee of Experts* do *Center for Comparative Labour Law and Social Security Law* (COMPASS) da Universidade de Lodz. Associado da APODIT.

Resumo: Tal como na maior parte dos países ocidentais, as plataformas de transporte individual iniciaram a sua atividade em Portugal com vista a ocupar uma posição estratégica e assumir-se como um produto diferenciador do tradicional serviço de táxi. Este facto deu origem ao debate sobre a falta de regulamentação e uma alegada natureza de concorrência desleal face aos taxistas.

Se, numa primeira fase, não existia qualquer regulamentação específica para o sector, com a publicação da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, foi criado o regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica. Todavia, este regime jurídico repercutiu-se numa verdadeira alteração do modelo de negócio de empresas como a UBER. A ideia do acesso a uma plataforma para obter remuneração extra por parte de um motorista no seu próprio veículo automóvel é completamente afastada. Isto porque não só tal acesso depende de inscrição no âmbito de uma pessoa coletiva, mas também pelo facto de o legislador estabelecer que, havendo um contrato de trabalho, os instrumentos de trabalho devem ser da titularidade do operador através de propriedade, aluguer ou qualquer tipo de locação.

Palavras-chave: Economia colaborativa – direito do trabalho – plataformas digitais – transportes.

Sumário: 1. Enquadramento geral das plataformas de transportes em Portugal. 2. A Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto (LPPT) – considerações gerais. 3. Conclusões. Referências.

Abstract: As many other western countries, individual transport platforms started their business in Portugal to gain a strategic position and a differentiation element from the traditional taxi services. This reality triggered the debate about the lack of regulation and its alleged antitrust nature against taxi drivers.

If, at first, there was not any specific regulation for this sector, with the publication of Law 45/2018, of 10th August 2018, the legal framework for electronic transport platforms was created. However, this legal framework changed the business models of companies like UBER. The possibility of

accessing a platform to gain extra remuneration by an individual driver in his own vehicle was removed. This access depends not only on the registration through a legal person, but also on the fact the national legislator determined that, in case of employment contract, working tools should be owned by the operator.

Keywords: Collaborative economy – labour law – digital platforms – transportation.

Summary: **1.** General framework for transport platforms in Portugal. **2.** Law no. 45/2018, of 10th August 2018 (LPPT) – general considerations. **3.** Conclusions. References.

1. Enquadramento geral das plataformas de transportes em Portugal

Tal como na maior parte dos países ocidentais, as plataformas de transporte individual iniciaram a sua atividade em Portugal com vista a ocupar uma posição estratégica e assumir-se com grandes *players* do mercado. Assim, empresas como a UBER e a Cabify começaram a sua atividade no país em julho de 2014¹ e maio de 2016, respetivamente², aumentando de forma sistemática a sua quota de mercado³. Na verdade, estas plataformas assumiram-se rapidamente como um produto diferenciador do tradicional serviço de táxi, uma vez que basta recorrer a um *smartphone* para solicitar o transporte do ponto A para o ponto B. Para além disso, o facto de não haver transações em dinheiro para proceder ao pagamento do transporte reforça ainda mais o carácter prático destas plataformas.

Assim, seis anos depois do início da atividade da primeira plataforma, é possível afirmar que existe alguma normalização na sua utilização por parte dos consumidores em Portugal, apesar das saídas de algumas empresas de referência, como a Cabify. Para além disso, se, numa primeira fase, não existia qualquer regulamentação específica para o sector, no dia 10/08/2018, foi publicada a Lei n.º 45/2018, com vista a criar o *regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descharacterizados a partir de plataforma eletrónica*. Este diploma entrou em vigor no dia 01/11/2018.

O grande debate que tem sido estimulado na sociedade portuguesa quanto à introdução no mercado destas plataformas tem como principal enfoque a falta de regulamentação e uma alegada natureza de concorrência desleal face aos taxistas. Até à presente data, nunca foi levantada qualquer questão laboral que tenha tido eco na opinião pública. Apesar de se desconhecer a natureza das ações interpostas em primeira instância em Portugal e, por via disso, não podermos afirmar com certeza que, de facto, inexistem, a ausência de visibilidade das mesmas acaba por ser um indício forte disso mesmo.

1 Cfr. <https://uberportugal.pt/portugal/uber-perguntas-frequentes/> (com último acesso a 29/01/2019).

2 Sobre o processo de integração das plataformas de transportes em Portugal, cfr. <https://www.dn.pt/lusa/interior/uber-cabify-taxify-e-chaffeur-privé-quatro-plataformas-a-operar-em-portugal-9867057.html> (com último acesso a 29/01/2019). Atuam igualmente no mercado português a *taxify* e a *chaffeur privé*.

3 De acordo com a informação divulgada, a UBER, por exemplo, passou de 1000 motoristas em 2016 para 2500 em 2018 (cfr. <https://www.forbespt.com/a-grande-mudanca-2/?geo=pt>).

2. A Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto (LPPT) – considerações gerais

Conforme acima referido, o legislador português procurou regular a atividade das plataformas de transportes através da criação de um regime legal próprio. Este marco regulatório não foi, contudo, o resultado de um processo simples e consensual.

Na realidade, a primeira versão do diploma aprovado pela Assembleia da República foi vetada pelo Presidente da República, que sugeriu alterações que (i) visassem a modernização normativa do sector de táxi e (ii) promovessem um maior equilíbrio na regulação das plataformas⁴. Esta tomada de decisão esteve sempre envolvida num contexto de forte contestação por parte dos taxistas. Assim, foi o diploma devolvido para a Assembleia da República, que acabou por produzir as alterações solicitadas com a consequente promulgação do Presidente no dia 31/07/2018.

Nos termos da Lei Portuguesa das Plataformas de Transportes (LPPT), são elencadas, desde logo, as entidades que são objeto primordial do regime em causa. Deste modo, é identificada como TVDE⁵ a atividade de transporte individual e remunerada de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica⁶. Não ficam dúvidas de que o legislador pretendeu regular somente os serviços de transportes com recurso a plataformas como a *UBER*, *Cabify*, *Kapten*, entre outras, ficando afastadas do âmbito de aplicação deste diploma plataformas que se dedicam a atividades distintas, como, por exemplo, a *Deliveroo*, *UBER Eats* ou *Airbnb*. Portanto, apesar de a economia colaborativa estar em franco crescimento em Portugal, com a integração de diversas plataformas, o *animus* legislativo focou-se somente no tema que acabou por ter uma maior visibilidade mediática – plataformas de transporte individual remunerado de passageiros em veículos descaracterizados. Esta visão específica do regime criado fez com que o diploma fosse designado essencialmente como a “Lei UBER”⁷.

4 Este veto teve lugar no dia 29/04/2018.

5 Transporte em veículo descaracterizado a partir de plataforma eletrónica.

6 Cfr. art. 1.º, n.º 1, da LPPT.

7 Cfr. os seguintes exemplos da comunicação social portuguesa: <https://www.dn.pt/pais/interior/lei-uber-entra-em-vigor-o-que-muda--10114070.html> e <https://eco.sapo.pt/2018/10/31/distico-no-carro-curso-para-motoristas-e-limite-de-horas-ao-volante-tudo-o-que-vai-mudar-com-a-lei-da-uber/>.

Por outro lado, este regime faz uma delimitação negativa, afastando a sua aplicação a plataformas eletrónicas que sejam somente agregadoras de serviços e que não definam os termos e condições de um modelo de negócio próprio, as atividades de partilha de veículos sem fim lucrativo⁸ e o aluguer de veículo sem condutor de curta duração com características de partilha⁹, organizados ou não através de plataformas eletrónicas¹⁰.

Relativamente aos operadores de TVDE, o legislador faz ainda uma consideração especial que merece, desde já, destaque significativo. Assim, em território português, apenas uma pessoa coletiva poderá exercer a atividade de operador de TVDE¹¹. Ou seja, o legislador estabelece como marco regulador que o desenvolvimento desta atividade está dependente da constituição de uma pessoa coletiva. Para este efeito, o início da atividade de operador de TVDE está sujeito a licenciamento do Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMT), a requerer por via eletrónica mediante o preenchimento de formulário normalizado e disponibilizado através do Balcão do Empreendedor. Para além disso, existe um requisito de idoneidade associado aos titulares dos órgãos de administração, direção ou gerência da pessoa coletiva, através da não verificação das seguintes condicionantes¹²: (i) proibição legal para o exercício de comércio; (ii) condenação transitada em julgado por infrações de natureza criminal às normas relativas ao regime das prestações de natureza retributiva, ou às condições de higiene e segurança no trabalho, à proteção do ambiente e à responsabilidade profissional; e (iii) inibição do exercício do comércio, por ter sido declarada a falência ou insolvência, enquanto não for levantada a inibição ou a reabilitação do falido. Portanto, existe uma preocupação acrescida de garantir a idoneidade dos órgãos da pessoa coletiva que desenvolve a atividade de operador de TVDE. Não há, pois, hipótese de a atividade ser exercida diretamente por uma pessoa singular. A condução dos veículos é efetuada por motoristas com inscrição nas plataformas que recorrem aos serviços do operador.

De uma forma geral, o diploma procura regular a atividade corrente de um operador de TVDE, aproximando as suas regras aos transportes individuais tradicionais, por forma a preservar regras elementares de concorrência.

8 O legislador refere-se expressamente a *carpooling*.

9 Identificado pelo legislador como *carsharing*.

10 Cfr. n.ºs 3 e 4 do art. 1.º da LPPT.

11 Cfr. art. 2.º, n.º 1, da LPPT.

12 Cfr. art. 4.º, n.ºs 1 e 2, da LPPT.

No entanto, não podemos ignorar a existência de um conjunto ténue de normas que visam determinar o conjunto de padrões mínimos do ponto de vista jurídico-laboral.

3. Conclusões

Uma análise atenta, ainda que preliminar, à LPPT permite concluir que o legislador português procurou contornar os problemas jurídico-laborais que têm surgido noutros países ao longo dos últimos anos. Numa primeira vista, demite-se de apontar o caminho para a natureza de vínculo entre os motoristas e as plataformas. Para este efeito, a opção ficou desde logo condicionada com a imposição de constituição de pessoa coletiva para o exercício da atividade como operador de TVDE. Desta forma, fica reduzida a margem para um motorista reclamar a existência de um contrato de trabalho dissimulado perante a plataforma.

Por outro lado, a solução portuguesa coloca um ónus importante para as plataformas, na medida em que apenas podem aceitar a inscrição de motoristas com um contrato escrito que titule a relação entre as partes. Assim, apesar de não assumir um posicionamento quanto à natureza do contrato celebrado entre o motorista e o operador, o legislador português impõe a forma escrita, garantindo uma maior clareza para todas as partes, incluindo para a própria plataforma enquanto terceiro.

A legislação portuguesa acabou por facilitar o posicionamento de intermediação das plataformas, indicando um caminho de relação comercial com os motoristas através de uma nova parte – operador de TVDE. Ao estimular uma organização de motoristas através de pessoas coletivas, a LPPT garante uma verdadeira alteração do modelo de negócio de empresas como a UBER. A ideia do acesso a uma plataforma para obter remuneração extra por parte de um motorista no seu próprio veículo automóvel é completamente afastada. Isto porque tal acesso depende de inscrição no âmbito de uma pessoa coletiva, mas também pelo facto de o legislador estabelecer que, havendo um contrato de trabalho, os instrumentos de trabalho devem ser da titularidade do operador através de propriedade, aluguer ou qualquer tipo de locação.

Por fim, a LPPT evidencia uma forte preocupação pelos limites de duração do tempo de trabalho, tratando de forma igual os motoristas que exercem a sua atividade como trabalhadores dependentes e aqueles que o fazem como trabalhadores independentes. No fundo, esta deverá ser sempre a

principal preocupação do legislador, no sentido de proteger os motoristas e os respetivos clientes do serviço.

Referências

Abrunhosa E Sousa, Duarte, "Impacto da Economia Colaborativa nas Relações de Trabalho – Uma Discussão com Fim à Vista ou em Claro Crescimento?", in *O Primeiro Ano de Vigência da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) – Reflexões e Aspectos Práticos*, Orgs. Fabiano Zavanella e Marcelo Oliveira Rocha, LTr, 2018, pp. 156-165.

_____, "Impacts of the Collaborative Economy in Work Relations: A Growing Process or Already Broken Down?", in *The Sharing Economy: Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Orgs. Maria Regina Redinha, Maria Raquel Guimarães e Francisco Liberal Fernandes, Cambrigde Scholars Publishing, 2019, pp. 388-409.

A economia colaborativa no turismo (alojamento temporário de não residentes)

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.11>

Manuel David Masseno*

* Investigador Sénior do Laboratório UbiNET – Segurança Informática e Cibercrime do Instituto Politécnico de Beja.

Resumo: Este capítulo descreve e analisa, em termos breves e desde uma perspetiva crítica, os dois modelos de negócio mais relevantes no que se refere ao alojamento turístico na denominada “economia de plataforma”, o da *Airbnb* e o da *CouchSurfing*.

Palavras-chave: *Airbnb* – *Couchsurfing* – modelo de negócio – partilha – turismo.

Sumário: 1. O objeto. 1.1. O “Turismo”. 1.2. A “Economia de Partilha”. 1.3. As “Outras Partilhas” no Alojamento Turístico. 2. Os Casos. 2.1. A *Airbnb*. 2.2. A *CouchSurfing*. Referências.

Abstract: This chapter describes and analyses, briefly and from a critical perspective, the two most relevant business models regarding tourism hospitality industry at the so called “platform economy”, those of *Airbnb* and *CouchSurfing*.

Keywords: *Airbnb* – *CouchSurfing* – business model – sharing – tourism.

Summary: 1. The subject. 1.1. “Tourism”. 1.2. The “Sharing Economy”. 1.3. The “Other Shares” at Tourism Hospitality. 2. The Cases. 2.1. *Airbnb* 2.2. *Couchsurfing*.

1. O objeto

1.1. O “Turismo”

Uma primeira questão a enfrentar prende-se com a determinação do que há a entender por “Turismo”, para além de pré-entendimentos... empíricos. Com efeito, a dificuldade de identificar uma tal realidade é assumida pelos especialistas na matéria, os quais acabam procurando arrimo em critérios de ordem formal, definidos institucionalmente¹.

Assim, e antes de tudo, temos as referências da Nações Unidas, inclusive anteriores à constituição da Organização Mundial do Turismo (OMT/UNWTO):

«Para fins estatísticos, a expressão ‘visitante’ denota uma pessoa que visita um país diferente daquele em que tem normalmente a sua residência, com fins diferentes de exercer uma ocupação remunerada no país que visita. Esta definição compreende:

- Turistas, a saber, visitantes temporários que permanecem pelo menos 24 horas no país que visitam; as finalidades da sua viagem podem classificar do seguinte modo: a) prazer, distração, férias, instrução, religião e desporto; b) negócios, família, missões e reuniões;
- Excursionistas, a saber, visitantes que permanecem menos de 24 horas no país que visitam (incluindo os viajantes que realizam cruzeiros).»².

Por sua vez, a União Europeia apenas tem por referência o “alojamento turístico coletivo”, já que:

«Os tipos de estabelecimentos de alojamento em causa são os seguintes:

1 Para uma apresentação de tais debates, temos Cunha, Licínio, “A Definição e o Âmbito do Turismo: um aprofundamento necessário”, in *ReCil – Grupo Lusófona*, 2010, disponível em <http://hdl.handle.net/10437/665>, e Bernardo, Edgar, “Uma Introdução ao Turismo – Conceitos, classificações e tipologias”, in *CIES e-Working Papers* n.º 164/2013, 2013, disponível em https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/9851/1/CIES-WP164_Bernardo.pdf.

2 Recomendação sobre a definição da expressão “Visitante” e da expressão “Turista” para fins de Estatística Internacional, aprovada pela Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Viagens e Turismo Internacionais, em Roma, a 5 de setembro de 1963 (Docs. n. E/CONF.47/18).

1. Estabelecimentos hoteleiros e similares;
2. Outros estabelecimentos de alojamento coletivo, entre os quais:
 - 2.1. Parques de campismo;
 - 2.2. Residências turísticas;»³.

Porém e ainda no âmbito da União Europeia, temos uma definição mais ampla de “Serviço de viagem”, enquanto integrada por:

- a) O transporte de passageiros;
- b) O alojamento que não seja parte integrante do transporte de passageiros e não tenha fins residenciais;
- c) O aluguer de carros ou de outros veículos a motor na aceção do artigo 3.º, ponto 11, da Diretiva 2007/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, ou de motociclos que exijam uma carta de condução da categoria A nos termos do artigo 4.º, n.º 3, alínea c), da Diretiva 2006/126/CE do Parlamento Europeu e do Conselho;
- d) Qualquer outro serviço turístico que não seja parte integrante de um serviço de viagem, na aceção das alíneas a), b) ou c).»⁴.

Finalmente, na nossa “lei de bases das políticas públicas de turismo”, são definidos como:

- «“Turismo”, o movimento temporário de pessoas para destinos distintos da sua residência habitual, por motivos de lazer, negócios ou outros, bem como as atividades económicas geradas e as facilidades criadas para satisfazer as suas necessidades;» e
- «“Turista”, a pessoa que passa pelo menos uma noite num local que não seja o da residência habitual e a sua deslocação não tenha

³ Art. 2.º, alínea a), da Diretiva 95/57/CE do Conselho, de 23 de novembro de 1995, relativa à recolha de informações estatísticas no sector do turismo. Depois, esta matéria foi regulamentada através Decisão da Comissão de 9 de dezembro de 1998 relativa às modalidades de aplicação da Diretiva 95/57/CE do Conselho relativa à recolha de informações estatísticas no sector do turismo, a qual define “Alojamento turístico” como «Qualquer estabelecimento que forneça regularmente ou ocasionalmente dormidas a turistas», Anexo I, 1.1.

⁴ Art. 3.º, alínea 1), da Diretiva (UE) 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, relativa às viagens organizadas e aos serviços de viagem conexos, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Diretiva 90/314/CEE do Conselho. Esta Diretiva foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março, e estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo, transpondo a Diretiva (UE) 2015/2302, constando uma “Definição” análoga no art. 3.º, n.º 1, alínea m).

como motivação o exercício de atividade profissional remunerada no local visitado;»⁵.

Enquanto isso e seguindo uma sequência de afastamento desde um núcleo central:

«1 – São fornecedores de produtos e serviços turísticos as pessoas singulares ou coletivas que exerçam uma atividade organizada para a produção, comercialização, intermediação e gestão de produtos e serviços que concorram para a formação de oferta turística nacional, nomeadamente:

- a) Agências de viagens e turismo;
- b) Empresas ou entidades exploradoras de empreendimentos turísticos;
- c) Empresas de aluguer de veículos de passageiros sem condutor;
- d) Empresas de animação turística e operadores marítimo-turísticos;
- e) Estabelecimentos de restauração e bebidas;
- f) Empresas concessionárias de jogos de fortuna e azar;
- g) Entidades prestadoras de serviços na área do turismo social;
- h) Empresas de transporte aéreo, rodoviário, ferroviário e marítimo de passageiros e entidades gestoras das respetivas infraestruturas de transporte.

2 – Considera-se, ainda, que concorrem para a formação da oferta turística os estabelecimentos de alojamento local, as empresas organizadoras de eventos, congressos e conferências, bem como os agentes económicos que, operando noutros sectores de atividade, sejam responsáveis pela gestão e exploração de equipamentos e recursos turísticos.»⁶.

Assim, verificamos que o ponto de sobreposição dos diversos critérios está no alojamento temporário e em locais diferentes do de residência habitual. Aliás, os estudos a propósito da realidade da “Economia Partilhada”, ao abordar o “Turismo”, fazem-no desde esta mesma perspetiva, embora não

⁵ Art. 2.º, alíneas a) e c), do Decreto-Lei n.º 191/2009, de 17 de agosto, que estabelece as bases das políticas públicas de turismo, enquanto sector estratégico da economia nacional, e define os instrumentos para a respetiva execução.

⁶ *Ibidem*, art. 18.º

explicitem geralmente as razões da opção⁷. Do mesmo modo, a própria organização interna do Projeto aponta para uma separação entre o “Turismo” e o “Transportes”/“Mobilidade”.

Consequentemente, iremos centrar-nos em modelos de negócios relativos ao alojamento temporário de não residentes. Embora os mesmos comportem, até frequentemente, atividades diversas, relativas ao denominado como “turismo experiencial”, desde as visitas a atrações várias, incluindo a bares e restaurantes, até oficinas de culinária ou de jardinagem.

1.2. A “Economia de Partilha”

Depois, no que refere à “Economia de Partilha” e sem entrar no correspondente debate, por tal não nos caber, consideramos fazer o maior sentido mapear as diferentes possibilidades.

Assim, é fundamental distinguir entre o denominado “consumo colaborativo”, com a utilização temporária de bens, neste caso com a prestação acessória de serviços, com empresas que criaram mercados a partir de plataformas digitais, superando as insuficiências de informação entre os donos dos alojamentos e os turistas, com a “partilha verdadeira”, assumindo a segunda uma base comunitária e dirigida à reciprocidade, sem fins lucrativos para a organização que opera a plataforma de encontro. Em síntese, temos uma “pseudo-partilha”, orientada à exploração mais eficiente de bens duradouros, a não ser confundida com a “partilha” em sentido próprio, realizada por “pares”⁸.

7 Assim, Juul, Maria, *Tourism and the sharing economy*, EPRS – European Parliamentary Research Service, PE 595.897, 2017, disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595897/EPRS_BRI\(2017\)595897_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595897/EPRS_BRI(2017)595897_EN.pdf), bem como PricewaterhouseCoopers, *The Sharing Economy*, 2015, disponível em https://www.pwc.fr/fr/assets/files/pdf/2015/05/pwc_etude_sharing_economy.pdf, e ainda Banco BPI Research, “A economia da partilha (*sharing economy*): de fenómeno emergente a peça fundamental da revolução digital”, julho-agosto de 2018, disponível em https://bancobpi.pt/nocache-content/conn/UCM/uuid/dDocName:PR_WCS01_UCM01069978.

8 Sobre estas questões e por todos, além de Juul, Maria, *op. cit.*, PricewaterhouseCoopers, *op. cit.*, e Banco BPI Research, *op. cit.*, são de atender aos quadros conceptuais enunciados e debatidos por Codagnone, Cristiano; Martens, Bertin. “Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues”, Institute for Prospective Technological Studies, Digital Economy Working Paper 2016/01 – JRC100369, 2016, disponível em <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/JRC100369.pdf>, e ainda por Gata, João E., “A economia de partilha”, in *Revista de Concorrência e de Regulação*, A. VII, n.º 26, 2016, pp. 193-219, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2026.pdf, também relevantes para referências adicionais.

Daí a decisão de apresentar duas plataformas distintas, uma com fins lucrativos, a *Airbnb*, e outra sem tais fins, a *Couchsurfing*. Como veremos, enquanto as dimensões colaborativas ou de partilha estão ausentes daquela, constituem a razão de ser desta⁹.

1.3. As “Outras Partilhas” no Alojamento Turístico

Sempre no que se refere ao alojamento turístico, faz ainda sentido distinguir esta “Economia de Partilha” de outras formas de partilha de alojamentos, com vista à sua exploração económica e contando com estruturas próprias destinadas à intermediação.

Assim, desde os anos '80 do Século XX, temos a chamada “propriedade plural em empreendimentos turísticos” ou “condo-hotéis”. Nestes, existem unidades de alojamento pertencentes a múltiplos proprietários, os quais reservam para si a utilização das mesmas por períodos determinados do ano, ou em termos subsidiários à ocupação hoteleira, mas com a respetiva administração a ser realizada por uma “entidade exploradora” única e com uma redução das faculdades dos seus titulares, que vai muito além da comum no que se refere à propriedade horizontal. Entre nós, esta modalidade foi bastante comum, sobretudo no Algarve, pois permitiu orientar as poupanças de muitos emigrantes portugueses para o investimento turístico, obtendo rendimentos quando não se encontravam de férias no país, estando especificamente disciplinada por lei¹⁰.

Por outro lado e também desde há cerca 40 anos, o *Time-Sharing* é uma realidade no que se refere à oferta turística, mas com a aquisição de direitos que permitem a utilização cíclica de bens determinados, embora com a possibilidade de trocas através de estruturas de intermediação, e/ou colocando tais bens no mercado de alojamento turístico para serem explorados, sempre por via de tais estruturas. Para tanto e além do “direito real de

9 Para uma análise destas diferenças, sobretudo de cultura, entre ambas, *vide* Yannopoulou, Natalia; Moufahim, Mona; Bian, Xuemei, “User-Generated Brands and Social Media: Couchsurfing and Airbnb”, in *Contemporary Management Research*, Vol. 9, n.º 1, 2013, disponível em <http://www.cmr-journal.org/article/view/11116>.

10 Atualmente disciplinada pelo Capítulo VIII, arts. 52.º a 64.º do Decreto-Lei n.º 39/2008, de 7 de março, que estabelece o regime jurídico da instalação, exploração e funcionamento dos empreendimentos turísticos, tal como alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 80/2017, de 30 de junho.

habitação periódica”, releva especialmente o “direito de habitação turística”¹¹, integrado este tanto por:

- «a) Contratos de utilização periódica de bens, entendendo-se estes como os contratos de duração superior a um ano, mediante os quais o consumidor adquire, a título oneroso, o direito de utilizar um ou mais alojamentos, por mais do que um período de ocupação, que não configure um direito real de habitação periódica; [como também por]
- b) Contratos de aquisição de produtos de férias de longa duração, entendendo-se estes como os contratos de duração superior a um ano, mediante os quais o consumidor adquire, a título oneroso, o direito a beneficiar de descontos ou outras vantagens a nível de alojamento, por si só ou em combinação com serviços de viagens ou outros, nomeadamente contratos referentes a cartões e clubes de férias, cartões turísticos ou outros de natureza semelhante.»

2. Os Casos

2.1. A Airbnb

Atualmente, a *Airbnb* (www.airbnb.pt) é a maior e mais conhecida plataforma de reservas de alojamento não hoteleiro. Porém, a mesma conta com a concorrência de outras plataformas, tais como a *Tripping.com* (www.tripping.com/vacation-rentals/portugal), a *VRBO* (www.vrbo.com/pt-pt/), a *HouseTrip* (www.housetrip.com), a *RedAwning* (www.redawning.com/category/region/portugal), a *9flats* (www.9flats.com/pt/portugal) ou, ainda, a *Wimdu* (www.wimdu.com/portugal), todas elas atuando no mercado português.

Muito sinteticamente, resulta que a *Airbnb* surgiu em São Francisco, em outubro de 2007. Os seus fundadores, Brian Chesky e Joe Gebbia, tiveram a ideia de oferecer colchões insufláveis (*air*) no seu apartamento, a 80 dólares a noite, numa ocasião na qual todos os alojamentos da cidade estavam sobrelotados devido a um evento, no qual eles estavam também envolvidos.

11 Nos termos do Decreto-Lei n.º 180/99, de 22 de maio, que estabelece o regime jurídico da habitação periódica e da habitação turística, tal como alterado pelo Decreto-Lei n.º 37/2011, de 10 de março, depois da transposição da Diretiva 2008/122/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de janeiro de 2009, sobre a proteção do consumidor relativamente a determinados aspetos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca, sendo a transcrição do art. 45.º, n.º 2.

A oferta teve sucesso, apesar de nenhum dos hóspedes se conhecer entre si, nem aos hospedeiros.

Daí, resolveram explorar a ideia, fundando a *Air Bed & Breakfast*, destinada a facultar dormidas baratas por ocasião de festivais de música ou iniciativas similares. Por essa altura, Nate Blecharczyk aderiu ao projeto e obtiveram um primeiro financiamento da *Y Combinator*, seguido de um outro da *Sequoia Capital*¹².

Inicialmente, a oferta era sobretudo composta por quartos, partes de casas ou segundas residências cujos proprietários pretendiam rentabilizar. Muitas vezes, existia mesmo um interesse genuíno em conhecer e trocar experiências com os hóspedes, com uma atitude semelhante à do que conhecemos no “turismo de habitação” em Portugal.

Depois, foram sendo dados passos no sentido de ser a própria *Airbnb* a promover cada oferta com fotografias profissionais dos espaços, passando em simultâneo a ser “verificada pela Airbnb”, também reforçando a confiança dos hóspedes potenciais. O mesmo objetivo esteve na base da disponibilização de seguros, neste caso destinados também à proteção dos titulares dos alojamentos, ou ainda facultando meios de determinação mais precisa e permanentemente atualizada dos preços a serem cobrados¹³.

Entretanto, esses espaços de partilha foram dando lugar a uma oferta composta sobretudo por apartamentos e casas. E, quase sempre, estes edifícios estão destinados em exclusivo ao alojamento de curta duração, sendo muito frequentemente explorados por empresas com dezenas de unidades de alojamento¹⁴, enquanto a *Airbnb* se tornou na maior empresa de reserva de tais alojamentos.

12 “Scaling Airbnb from the Living Room to Across the Globe”, entrevista a Joe Gebbia, ZURB, 26 de outubro de 2012, disponível em <https://zurb.com/soapbox/joe-gebbia-s-soapbox>.

13 No que se refere a este crescimento e consolidação, vide Guttentag, Daniel, “Airbnb: disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector”, in *Current Issues in Tourism*, n.º 18, 2013, pp. 1192-1217, disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13683500.2013.827159>, e, também, Zervas, Giorgios; Proserpio, Davide; Byers, John W., “The Rise of the Sharing Economy: Estimating the Impact of Airbnb on the Hotel Industry”, in *Journal of Marketing Research*, n.º 54, 2017, pp. 687-705, disponível em <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1509/jmr.15.0204>.

14 A este propósito, em muito elucidativa a entrevista de Brian Chesky, cofundador e CEO da *Airbnb*, a John Arlidge, do *The Sunday Times*, publicada em Portugal pelo caderno *MUST* do *Jornal de Negócios*, no dia 4 de setembro último, disponível em <https://www.must.jornaldenegocios.pt/viver/detalhe/a-airbnb-precisa-de-mudar-temos-de-regressar-ao-essencial>.

Embora os “Termos de Serviço para Utilizadores Europeus” da *AirBnB* estejam disponíveis, inclusive em Língua Portuguesa (www.airbnb.pt/terms), descrevendo o conteúdo dos mesmos, assim como os deveres recíprocos das diversas partes, a caracterização do respetivo modelo de negócio resulta muito claramente do Processo *AirBnB Ireland*, um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia^{15/16}.

Assim e antes de mais, o modelo de negócio da *AirBnB* foi caracterizado nos seguintes termos, nas *Conclusões* do Advogado-Geral Maciej Szpunar, apresentadas em 30 de abril de 2019:

«A AIRBNB Inc., sociedade com sede nos Estados Unidos, é a sociedade-mãe do grupo AIRBNB.

A AIRBNB Ireland UC, sociedade de direito irlandês com sede em Dublin (Irlanda), faz parte do grupo AIRBNB e é detida a 100 % pela AIRBNB Inc. A AIRBNB Ireland gere, para todos os utilizadores estabelecidos fora dos Estados Unidos, uma plataforma *on line* que tem como finalidade pôr em contacto, por um lado, anfitriões (profissionais e particulares) que dispõem de locais de alojamento para locar e, por outro, pessoas que procuram esse tipo de alojamento. [...]

Conforme resulta dos factos no processo principal e das explicações avançadas por algumas das partes, bem como das condições de utilização do serviço aplicáveis aos utilizadores da União da plataforma em causa, a AIRBNB Ireland gere uma plataforma eletrónica que permite pôr em contacto, por um lado, anfitriões que dispõem de locais de alojamento para locar e, por outro, pessoas que procuram esse tipo de alojamento.

A AIRBNB Ireland centraliza os anúncios na sua plataforma, pelo que a procura de alojamento para locar pode ser efetuada em função de

15 Precisamente, refiro-me ao Processo C-390/18, *Airbnb Ireland*, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-390/18>.

16 Antes e por exemplo, já o fora, *oficiosamente* e de um modo sintético, por Juul, Maria, *op. cit.*: «One of the most discussed examples is Airbnb – an online platform where people can book rooms/accommodation. The basic idea behind Airbnb is not new: it helps those who want to provide short-term rentals to get in touch with those who want to rent these spaces (tourists, people who have just moved to a new city, etc.). What is new is the speed and scale at which the peer-to-peer business model together with the development of high-speed internet has made short-term home rentals a common practice [...] Airbnb itself does not own, rent, manage or control the properties that are rented out on its website. Its tasks are limited to listing spaces, processing payments, acting as an escrow and offering damage insurance to hosts. The company takes a 9-12% service fee for each reservation.»

diversos critérios, independentemente do local onde se encontra o potencial locatário. Os resultados da busca efetuada, por exemplo, em função do destino e do período pretendido são afixados sob a forma de lista dos locais de alojamento acompanhados das respectivas fotografias e de informações gerais, nomeadamente os preços. Em seguida, o utilizador dessa plataforma pode aceder a informações mais detalhadas sobre cada local de alojamento e, com base nelas, efetuar a sua escolha.

Cabe ao locador fixar os preços, o calendário das disponibilidades e os critérios de reserva, bem como definir um regulamento interno que os eventuais locatários terão de aceitar. Além disso, os anfitriões têm de selecionar uma das opções pré-definidas pela AIRBNB Ireland no que respeita às condições de anulação da locação do seu alojamento.

Os serviços prestados pela AIRBNB Ireland não se limitam à disponibilização de uma plataforma que permite aos locadores e aos locatários entrar em contacto.

Antes de mais, a AIRBNB Ireland instituiu um sistema em que o locador e o locatário podem deixar uma apreciação sobre a outra parte por meio de uma classificação que varia entre zero e cinco estrelas. As classificações, acompanhadas de eventuais comentários, estão acessíveis na plataforma aos locadores e aos locatários.

Em seguida, em determinados casos, designadamente quando um locador obtém classificações medíocres, comentários negativos ou anula reservas confirmadas, a AIRBNB Ireland pode proceder à suspensão temporária do anúncio, à anulação de uma reserva, ou mesmo à proibição de acesso ao sítio.

Por último, a AIRBNB Ireland propõe igualmente ao locador (i) um modelo que define o conteúdo da sua proposta (ii) um serviço de fotografia (iii) um seguro de responsabilidade civil (iv) uma cobertura de danos até 800 000 euros e (v) uma ferramenta de estimativa do preço que deve praticar pela sua locação em função dos preços médios de mercado extraídos da plataforma.

No grupo AIRBNB, a AIRBNB Payments UK Ltd, sociedade de direito britânico com sede em Londres, presta serviços de pagamento em

linha aos utilizadores da plataforma eletrónica da AIRBNB Ireland e gere as atividades de pagamentos do grupo na União Europeia. Assim, quando o locador aceita um locatário, este efetua um pagamento à AIRBNB Payments UK cujo montante corresponde ao preço da locação, acrescido de um valor entre 6 e 12 % a título de taxas e do serviço prestado pela AIRBNB Ireland. A AIRBNB Payments UK mantém os fundos numa conta em nome do locador e em seguida, 24 horas após o check in do locatário, o locador recebe os fundos por transferência, o que permite assim ao locatário ter a garantia da existência do bem e ao locador a garantia do pagamento.

Assim, os internautas franceses celebram um contrato com a AIRBNB Ireland para efeitos da utilização do sítio (inserção de anúncio, reservas), por um lado, e com a AIRBNB Payments UK no que respeita aos pagamentos efetuados através desse sítio, por outro.»

Depois, no Acórdão proferido em 19 de dezembro de 2019, o TJUE confirmou que:

«A Airbnb Ireland UC, sociedade de direito irlandês, com sede em Dublin (Irlanda), faz parte do grupo Airbnb, composto por várias sociedades detidas direta ou indiretamente pela Airbnb Inc., esta última com sede nos Estados Unidos. A Airbnb Ireland oferece, mediante o pagamento de uma comissão, uma plataforma eletrónica cuja finalidade é pôr em contacto, em particular em França, por um lado, anfitriões, profissionais e particulares que dispõem de locais de alojamento para locar e, por outro, pessoas que procuram esse tipo de alojamento. A Airbnb Payments UK Ltd, sociedade de direito britânico, com sede em Londres (Reino Unido), por sua vez, presta serviços de pagamento em linha, no quadro dessa mediação, e gere as atividades de pagamento do grupo na União Europeia. Além disso, a Airbnb France SARL, sociedade de direito francês, prestadora de serviços da Airbnb Ireland, está encarregada de promover esta plataforma junto de utilizadores no mercado francês, através da organização, nomeadamente, de campanhas publicitárias dirigidas a públicos-alvo.

Além deste serviço de mediação entre locadores e locatários através da sua plataforma eletrónica que centraliza as ofertas, a Airbnb Ireland propõe aos locadores um certo número de outros serviços, como um modelo que define o conteúdo da sua oferta, opcional, um

serviço de fotografia, igualmente opcional, um seguro de responsabilidade civil e uma cobertura de danos até 800 000 euros. Disponibiliza-lhes ainda um instrumento opcional para calcular o preço da sua locação tendo em conta as médias de mercado resultantes desta plataforma. Por outro lado, se um locador aceitar um locatário, este último transfere para a Airbnb Payments UK o valor da renda, acrescido de 6 % a 12 % desse montante a título dos encargos e do serviço fornecido pela Airbnb Ireland. A Airbnb Payments UK conserva os fundos em nome do locador e, a seguir, 24 horas após a entrada do locatário nas instalações, envia-os para o locador por meio de transferência, permitindo, assim, ao locatário, ter a certeza da existência do imóvel e, ao locador, ter a garantia do pagamento. Por último, a Airbnb Ireland instituiu um sistema em que o locador e o locatário podem fazer uma apreciação através de uma classificação que varia entre zero e cinco estrelas, estando esta apreciação disponível na plataforma eletrónica em causa.

Na prática, como explica a Airbnb Ireland, um internauta que procura um alojamento para locar liga-se à plataforma eletrónica homónima, indica o local para onde quer ir, o período e o número de pessoas. Nesta base, a Airbnb Ireland fornece-lhe a lista dos alojamentos disponíveis que correspondem a estes critérios, para que selecione o que preferir e proceda à sua reserva em linha.

Neste contexto, os utilizadores da plataforma eletrónica em causa, quer sejam locadores quer locatários, celebram um contrato com a Airbnb Ireland, para a utilização desta plataforma, e com a Airbnb Payments UK, para os pagamentos realizados através da referida plataforma.»

2.2. A CouchSurfing

A ideia subjacente ao lançamento da *CouchSurfing* (www.couchsurfing.com) surgiu a Casey Fenton (www.caseyfenton.com) em 1999, depois de ele não conseguir encontrar qualquer alojamento em Reiquiavique. Em desespero de causa, acedeu à base de dados da Universidade da Islândia e enviou 1500 mensagens de correio eletrónico a estudantes escolhidos aleatoriamente, pedindo alojamento gratuito, no sofá. Para sua surpresa e nesse mesmo dia, recebeu quase 100 respostas positivas.

Regressado aos EUA, registou o domínio *couchsurfing.com* e, em 2003, lançou uma versão preliminar da página, tendo também constituído a *Couchsurfing International Inc.*, como uma “*nonprofit corporation*”, em New Hampshire, de onde era natural. No ano seguinte, juntaram-se-lhe Dan Hoffer, Sebastien Le Tuan e Leonardo Silveira, com os quais avançou com a plataforma, pensada como uma rede social de pessoas interessadas em viajar e dispostas a receber outros membros nas suas casas. Nesta fase e além de alguma publicidade, funcionou com base em contributos voluntários de programadores, os quais se organizavam em *CouchSurfing Collectives* para finalidades específicas.

Entretanto, em 2011, e por razões de ordem essencialmente tributária, a *Couchsurfing International Inc.* original deu lugar a uma nova entidade, também designada *Couchsurfing International Inc.*, mas registada no Delaware como uma *C corporation*. Esta mudança permitiu-lhes obterem diversos financiamentos externos para o desenvolvimento, começando com a *Benchmark Capital* e a *Omidyar Network*. Porém, a mesma alienou uma parte dos membros, pela perda da cultura de voluntariado da plataforma em todas as suas dimensões. Nesta fase e além da publicitária, a principal fonte de receitas foi a “*Verification*”, uma função adicional que permitia garantir a identidade dos membros, assim como os seus dados, através do cartão de crédito, de modo a reforçar a confiança de quem se disponibiliza a recebê-los¹⁷.

Em maio de 2020 e com a Pandemia, a *Couchsurfing* sofreu uma quebra muito forte de receitas publicitárias, ao ponto de ter abandonado todas as suas instalações e passado a funcionar em termos apenas virtuais, com todo o pessoal remanescente em teletrabalho. Mas, não sendo suficiente, está a procurar reinventar-se como uma rede social com membros pagantes de mensalidades ou anuidades, a partir da “*Verification*”, mas renunciando à publicidade como contrapartida neste regresso tentado à cultura comuni-

17 Para mais desenvolvimentos relativamente à origem e à evolução da *CouchSurfing*, são de atender os estudos de Lauterbach, Debra *et al.*, “Surfing a Web of Trust: Reputation and Reciprocity on CouchSurfing.com”, in *2009 International Conference on Computational Science and Engineering*, IEEE, 2009, disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/5284060>, e de Zuev, Dennis, “Couchsurfing as a spatial practice: accessing and producing xenotopos”, in *Hospitality & Society*, Vol. 1, n.º 3, 2012, pp. 227-244, disponível em https://www.researchgate.net/publication/272274087_CouchSurfing_as_a_spatial_practice_Accessing_and_producing_xenotopos, assim como o artigo curto de Baker, Vicky, “Not-for-profit Couchsurfing becomes a company (with a conscience)”, in *The Guardian*, de 26 de agosto de 2011, disponível em <https://www.theguardian.com/travel/2011/aug/26/couchsurfing-investment-budget-travel>.

tária inicial. Em qualquer caso, continuariam a não ser cobradas quaisquer comissões ou outros serviços aos membros pelos alojamentos efetivados¹⁸.

Dos “*Terms of use*” (www.couchsurfing.com/about/terms-of-use/) e das demais informações facultadas, apenas em Inglês, tal como as outras redes sociais, a *Couchsurfing* assenta na criação de perfis, nos quais os membros, *Surfers*, se identificam em termos pessoais, geográficos e de interesses (<https://about.couchsurfing.com/about/how-it-works/>). Existe também espaço para dar a conhecer o respetivo alojamento, incluindo fotografias, assim como da disponibilidade, e termos, para receber outros membros da rede, embora tal não seja obrigatório. Adicionalmente, são facultados meios para organizar eventos comuns, pelos ditos *Couchsurfing Ambassadors*, ou para dar resposta a outros, como conferências ou concertos.

No entanto, salvo no que decorre da “*Verification*”, a plataforma não assume qualquer compromisso quanto à veracidade das informações inseridas pelos *Surfers*, nem muito menos responde pela conduta destes, tanto enquanto hóspedes como na qualidade de hospedeiros. No entanto, monitoriza os conteúdos, de modo a expurgar os impróprios, assim como à suspensão ou exclusão permanente de perfis através do seu *Trust and Safety Team* (<https://about.couchsurfing.com/about/policies/>).

Com efeito, os próprios contactos para aferir da disponibilidade para receber outro *Surfer* em casa são feitos diretamente e a aceitação é livre por inteiro, o que até tem levantado questões de discriminação étnica ou de género, relativamente às quais a *Couchsurfing* se manifesta como alheia. Adicionalmente, os membros são incentivados a relatarem as suas experiências, o que constitui uma referência importante para os demais. Ainda assim, a Segurança é a principal questão e fica sempre por conta de cada membro, como antes referimos (<https://about.couchsurfing.com/about/safety/>).

18 A propósito desta mudança de paradigma, é de atender ao artigo da SH/FTER – SAPO, de 20 de maio de 2020, “Entre a morte e a nova vida do Couchsurfing”, disponível em <https://shifter.sapo.pt/2020/05/couchsurfing-comunidade/>.

Referências

Baker, Vicky, "Not-for-profit Couchsurfing becomes a company (with a conscience)", in *The Guardian*, de 26 de agosto de 2011, disponível em <https://www.theguardian.com/travel/2011/aug/26/couchsurfing-investment-budget-travel>.

Banco BPI Research, "A economia da partilha (*sharing economy*): de fenómeno emergente a peça fundamental da revolução digital", julho-agosto de 2018 https://bancobpi.pt/nocachecontent/conn/UCM/uuid/dDocName:PR_WCS01_UCM01069978.

Bernardo, Edgar, "Uma Introdução ao Turismo – Conceitos, classificações e tipologias", in *CIES e-Working Papers* n.º 164/2013, 2013, disponível em https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/9851/1/CIES-WP164_Bernardo.pdf.

Codagnone, Cristiano; Martens, Bertin. "Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues", Institute for Prospective Technological Studies, Digital Economy Working Paper 2016/01 – JRC100369, 2016, disponível em <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/JRC100369.pdf>

Cunha, Licínio, "A Definição e o Âmbito do Turismo: um aprofundamento necessário", in *ReCil – Grupo Lusófona*, 2010, disponível em <http://hdl.handle.net/10437/665>.

Gata, João E., "A economia de partilha", in *Revista de Concorrência e de Regulação*, A. VII, n.º 26, 2016, pp. 193-219, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2026.pdf

Gebbia, Joe, "Scaling Airbnb from the Living Room to Across the Globe", entrevista a ZURB, 26 de outubro de 2012, disponível em <https://zurb.com/soapbox/joe-gebbia-s-soapbox>.

Guttentag, Daniel, "Airbnb: disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector", in *Current Issues in Tourism*, n.º 18, 2013, pp. 1192-1217, disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13683500.2013.827159>

Juul, Maria, *Tourism and the sharing economy*, EPRS – European Parliamentary Research Service, PE 595.897, 2017 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595897/EPRS_BRI\(2017\)595897_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595897/EPRS_BRI(2017)595897_EN.pdf).

Lauterbach, Debra *et al.*, "Surfing a Web of Trust: Reputation and Reciprocity on CouchSurfing.com", in *2009 International Conference on Computational Science and Engineering*, IEEE, 2009, disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/5284060>

PricewaterhouseCoopers, *The Sharing Economy*, 2015 https://www.pwc.fr/fr/assets/files/pdf/2015/05/pwc_etude_sharing_economy.pdf.

SH/FTER – SAPO, de 20 de maio de 2020, "Entre a morte e a nova vida do Couchsurfing", disponível em <https://shifter.sapo.pt/2020/05/couchsurfing-comunidade/>.

The Sunday Times, entrevista de Brian Chesky, cofundador e CEO da Airbnb, a John Arlidge, publicada em Portugal pelo caderno *MUST* do *Jornal de Negócios*, no dia 4 de setembro de 2020,

disponível em <https://www.must.jornaldenegocios.pt/viver/detalhe/a-airbnb-precisa-de-mudar-temos-de-regressar-ao-essencial>.

Yannopoulou, Natalia; Moufahim, Mona; Bian, Xuemei, "User-Generated Brands and Social Media: Couchsurfing and AirBnb", in *Contemporary Management Research*, Vol. 9, n.º 1, 2013, disponível em <http://www.cmr-journal.org/article/view/11116>.

Zervas, Giorgios; Proserpio, Davide; Byers, John W., "The Rise of the Sharing Economy: Estimating the Impact of Airbnb on the Hotel Industry", in *Journal of Marketing Research*, n.º 54, 2017, pp. 687-705, disponível em <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1509/jmr.15.0204>.

Zuev, Dennis, "Couchsurfing as a spatial practice: accessing and producing xenotopos", in *Hospitality & Society*, Vol. 1, n.º 3, 2012, pp. 227-244, disponível em https://www.researchgate.net/publication/272274087_CouchSurfing_as_a_spatial_practice_Accessing_and_producing_xenotopos.

**PARTE III – Regulamentação
jurídica da economia
colaborativa**

I – A regulamentação jurídica internacional e europeia da economia colaborativa*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.12>

Anabela Susana de Sousa Gonçalves**

* Atualizado a 30 de julho de 2021.

** Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho, Investigadora do JusGov (E-Tec).

Resumo: As grandes plataformas da economia colaborativa que operam *online* utilizam o mercado digital global para oferecer melhores preços ou disponibilizar uma oferta variada de produtos e serviços, obtendo uma abrangência mundial. A dimensão económica e mediática e o poder de influência destas plataformas são tão elevados que, frequentemente, tentam condicionar as opções legislativas dos Estados. Nesta medida, face a estas plataformas que operam no mercado digital global, é relevante analisar se existem instrumentos internacionais que regulamentem as atividades destas plataformas. Esta característica de internacionalidade e a influência para moldar o mercado das grandes plataformas da economia colaborativa também levaram a União Europeia a lançar um olhar regulatório para as atividades da economia colaborativa, de forma a integrá-las no mercado único digital. Ora, é a regulamentação internacional uniforme da economia colaborativa que passaremos a analisar, numa primeira fase, no plano internacional e, numa segunda fase, no plano da União Europeia.

Palavras-chave: Economia colaborativa – mercado único digital – propostas de Regulamento Mercados Digitais e de Regulamento Serviços Digitais.

Sumário: **1.** Os modelos regulatórios da economia colaborativa. **2.** Instrumentos internacionais. **3.** Instrumentos da União Europeia. **3.1.** A economia colaborativa e a estratégia digital europeia. **3.2.** Legislação da União que se aplica aos modelos de negócio da economia colaborativa. **3.2.1.** Os requisitos de acesso ao mercado. **3.2.2.** Outras áreas de aplicação do direito da União Europeia. **4.** Futuros desenvolvimentos do marco jurídico europeu para a economia colaborativa. **4.1.** O Regulamento P2B. **4.2.** As propostas de Regulamento Mercados Digitais e de Regulamento Serviços Digitais. **5.** Conclusão. Referências.

Abstract: The large platforms of the collaborative economy that operate online use the global digital market to offer better prices or a varied offer of products and services, obtaining a worldwide range. The economic and media dimension and the power of influence of these platforms are so high that they often try to condition the legislative options of States. Taking into consideration these platforms that operate in the global digital market, it is relevant to analyse whether there are international instruments that regulate the activities of these platforms. This characteristic of internationality

and the influence to shape the market by the large platforms of the collaborative economy also led the European Union to take a regulatory look at the activities of the collaborative economy, in order to integrate them into the digital single market. It is the uniform international regulation of the collaborative economy that we will begin to analyse, in a first phase, at the international level and, in a second phase, at the European Union level.

Keywords: Collaborative economy – digital single market – Digital Markets Act and Digital Services Act Proposals

Summary: **1.** The regulatory models of the collaborative economy. **2.** International instruments. **3.** European Union instruments. **3.1.** The collaborative economy and the European digital strategy. **3.2.** Union legislation that applies to the business models of the collaborative economy. **3.2.1.** Market access requirements. **3.2.2.** Other areas of application of European Union law. **4.** Future developments of the European legal framework for the collaborative economy. **4.1.** The P2B Regulation. **4.2.** The Digital Markets Act and the Digital Services Act proposals. **5.** Conclusion. References.

1. Os modelos regulatórios da economia colaborativa

Na primeira parte desta obra, analisámos a definição de economia colaborativa, as características desta realidade e o seu peso nas economias dos Estados. Também refletimos sobre o modelo regulatório mais adequado. Verificámos que existe a opção de cada Estado regular as atividades da economia colaborativa de acordo com as suas opções nacionais ou sujeitar estas atividades a um regime de regulamentação internacional uniforme, através de convenções multilaterais ou acordos bilaterais entre Estados ou pela sua regulamentação em espaços regionais integrados, como é o caso da União Europeia. Esta segunda opção mune os Estados com instrumentos mais eficazes para enfrentar as plataformas colaborativas que operam no mercado internacional e que, frequentemente, são gigantes económicos e mediáticos que tentam condicionar as opções legislativas de regulamentação dos Estados.

Como já referimos, um regime de regulamentação internacional uniforme é mais eficaz na tutela do interesse público, do interesse da parte negocialmente mais fraca (como os consumidores e os trabalhadores), de um mercado concorrencial saudável. Reconhecemos as dificuldades de negociações mais alargadas para regulamentar estas atividades, que são as dificuldades inerentes a qualquer regulamentação do comércio internacional. Reconhecemos também que esta é uma operação mais simples no âmbito da União Europeia, tendo em consideração a estrutura da União e o chapéu legislativo aí existente, que serve de base à regulamentação das atividades da economia colaborativa no mercado interno.

As grandes plataformas da economia colaborativa que operam *online*, como a *Uber* ou a *Airbnb*, utilizam o mercado digital global para oferecer melhores preços ou um conjunto variado de produtos e serviços, obtendo uma dimensão mundial e, por vezes, asfixiando as atividades tradicionais que ofereciam oferecem os mesmos produtos e serviços, numa abordagem desequilibrada. Como vimos anteriormente, a dimensão económica e mediática e o poder de influência destas plataformas são tão elevados que, frequentemente, tentam condicionar as opções legislativas, de regulamentação, dos Estados. Nesta medida, face a estas plataformas que operam no mercado digital global, será relevante analisar se existem instrumentos internacionais para regulamentar as atividades destas plataformas. Esta característica de internacionalidade e a influência para moldar o mercado das grandes plataformas da economia colaborativa também levaram a União Europeia a lançar um olhar regulatório para as atividades da economia colaborativa,

de forma a integrá-las no mercado único digital. Ora, é esta regulamentação internacional uniforme da economia colaborativa que passaremos a analisar, numa primeira fase, no plano internacional e, numa segunda fase, no plano da União Europeia.

2. Instrumentos internacionais

Não existe no plano internacional uma regulamentação uniforme da economia colaborativa. Encontramos, todavia, acordos internacionais que regulam o comércio internacional e que eventualmente se poderão aplicar a estas atividades da economia digital.

Os tratados da Organização Mundial de Propriedade Intelectual relativos à internet contêm normas que se aplicam aos provedores de serviços e às atividades da internet e que terão aplicação às atividades da economia colaborativa. O Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor e o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Prestações e Fonogramas tiveram um grande impacto nos Direitos de Autor digitais. No primeiro encontramos a proteção de direitos de autor num ambiente digital, de programas de computador, bases de dados, obras corporizadas em fonograma, sendo dados aos seus autores direitos exclusivos de distribuição, aluguer e um direito de comunicação em ambiente digital. O segundo refere-se à proteção de direitos conexos também em ambiente digital.

Estes tratados internacionais podem ter influência na regulamentação das atividades da economia colaborativa¹, uma vez que moldam também as leis nacionais. Por exemplo, o art. 11.º do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor estabelece que os Estados Contratantes devem assegurar uma proteção jurídica adequada e eficaz para salvaguardar medidas de carácter tecnológico usadas pelos autores para salvaguardar os direitos que lhes são reconhecidos.

Também podem ter influência nas atividades da economia colaborativa das plataformas colaborativas que operam no mercado internacional, os tratados que visam promover o comércio internacional através da redução de barreiras comerciais. Um desses tratados é o Acordo Geral sobre Comércio

¹ Geist, Michael, "The Sharing Economy and Trade Agreements: The Challenge to Domestic Regulation", in *Law and the "Sharing Economy"; Regulating Online Market Platforms*, Coord.: Derek McKee, Finn Makela and Teresa Scassa, University of Ottawa Press, Canada, 2018, p. 226.

de Serviços (GATS), que entrou em vigor em janeiro de 1995. Este é um acordo de comércio multilateral que abrange a prestação de serviços no comércio internacional. De acordo com o seu preâmbulo, o GATS visa contribuir para a expansão do comércio, pressupondo a transparência e liberalização progressiva do mesmo, como meio de promover o crescimento global, aumentando a certeza e segurança jurídica, através de uma regulamentação comum para as transações internacionais. O GATS regula certas condições de acesso ao mercado e fixa um princípio de tratamento nacional, no sentido de ausência de medidas discriminatórias que afetem as condições de concorrência, prejudicando serviços ou prestadores de serviços estrangeiros². Outro exemplo é o Acordo Económico e Comercial Global entre a União Europeia e o Canadá (CETA), que estabelece regras em matéria de comércio, segurança alimentar e dos produtos, proteção dos consumidores, saúde, ambiente, normas sociais e laborais, para melhoria no acesso ao mercado de mercadorias, serviços e investimentos³.

Apesar dos exemplos enunciados, não encontramos no plano internacional uma preocupação de regulamentar de forma global as atividades da economia colaborativa. Ainda assim, é expectável que, à medida que as atividades da económica colaborativa se desenvolvem e ganham maior peso na economia global, exista uma maior preocupação com a regulamentação internacional destas atividades. De facto, seria interessante o desenvolvimento de uma regulamentação legal uniforme, por exemplo, através de uma lei-modelo, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI). As leis-modelo são instrumentos de *soft law*, que consistem em propostas de regulamentação fornecidas aos Estados, que estes podem adotar e adaptar às circunstâncias nacionais, e que permitem a uniformização de soluções legislativas em certas áreas, ultrapassando as dificuldades de elaboração dos tratados internacionais⁴.

2 WTO, *The General Agreement on Trade in Services, An Introduction*, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gsintr_e.pdf, acesso em 30.03.2021, p. 6.

3 Sobre a aplicação do GATS e CETA às plataformas da economia colaborativa que operam no mercado digital, v. Hatzopoulos, Vassillis, *The Collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury – Hart Publishing, Oxford, London, 2018, pp. 42-43.

4 Um exemplo de grande sucesso é a Lei-Modelo sobre a Arbitragem Comercial Internacional, da CNUDCI, que serve de base a várias legislações nacionais, inclusive à portuguesa. Sobre o conceito de leis-modelo, v. Santos, António Marques dos, *Direito Internacional Privado, Introdução*, AAFDL, Lisboa, 2001, pp. 41-42.

3. Instrumentos da União Europeia

3.1. A economia colaborativa e a estratégia digital europeia

O primeiro documento da União sobre a economia colaborativa data de 2014 e é um parecer do Comité Económico e Social Europeu, onde é reconhecida a complexidade do fenómeno da economia colaborativa, a necessidade da reflexão sobre as suas atividades e de regulamentação das mesmas, de forma a poder estabelecer os direitos e a responsabilidade dos seus operadores⁵.

Após esta atenção inicial, outras iniciativas se seguiram e, em 2015, a Comissão Europeia compromete-se a elaborar orientações sobre a forma como a legislação da União se aplica aos modelos de negócio da economia colaborativa, integrando esta iniciativa a estratégia digital europeia ou a estratégia para o mercado único digital⁶.

Em resultado deste compromisso de desenvolvimento de uma estratégia para o mercado único digital, surge em 2016, a Agenda Europeia para a Economia Colaborativa. Nesta, a Comissão Europeia reconhece a importância da economia colaborativa para o desenvolvimento económico da União, para a criação de emprego, para o aproveitamento eficiente de recursos, mas também a necessidade de clarificar os direitos e obrigações dos seus intervenientes, sendo elencadas um conjunto de orientações relativas: aos requisitos de acesso ao mercado; aos regimes de responsabilidade; à proteção dos utilizadores; aos trabalhadores por conta própria e trabalhadores por conta de outrem na economia colaborativa; à tributação; à monitorização⁷. Deste documento retiram-se vários elementos importantes.

O primeiro é a noção de economia colaborativa na perspetiva da Comissão Europeia. Assim, a economia colaborativa é definida como os «modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas

⁵ Comité Económico e Social Europeu, *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI*, JO C 177, 11.06.2014, pp. 1-8.

⁶ Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Melhorar o Mercado Único: mais oportunidades para os cidadãos e as empresas*, Bruxelas, COM(2015) 550 final, 28.10.2015, p. 4.

⁷ Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 02.06.2016, pp. 2-18.

colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares»⁸. Desta definição retiramos a importância estratégica do elemento tecnológico, para o desenvolvimento das várias concretizações da economia colaborativa, e a plataforma digital, como meio de partilha de bens e serviços. Ainda assim, encontramos uma definição bastante ampla de economia colaborativa, certamente devido à diversidade das atividades que abarca e que têm em comum um conjunto de características, como: a interconexão de um grande número de pessoas, meios e recursos através de vias digitais; a partilha, reutilização e redistribuição de bens e serviços; a relação de confiança estabelecida entre os intervenientes e a construção de uma comunidade em torno do serviço; a natureza aberta e potencialmente global, unindo facilmente atores distribuídos por vários Estados⁹. Esta diversidade é óbvia quando nos detemos nos exemplos de economia colaborativa existentes nas áreas dos transportes, habitação, negócios, educação, saúde... Ora, esta diversidade significa que o regime jurídico aplicável pode ser variável também em função da configuração concreta da atividade da economia colaborativa.

O segundo elemento importante que se retira da Agenda Europeia para a Economia Colaborativa são as categorias de agentes que intervêm na economia colaborativa. Quanto a estas, a Comissão Europeia enuncia três categorias de agentes: os prestadores de serviços; os utilizadores desses serviços; e os intermediários¹⁰. Os prestadores de serviços podem ser particulares que prestam serviços ocasionalmente, através de uma atividade não profissional, ou prestadores de serviços profissionais, que fazem da atividade da economia colaborativa a sua profissão. Os intermediários serão a

8 *Idem, ibidem*, p. 3.

9 Makela, Finn; McKee, Derek; Scassa, Teresa, "Introduction: The «Sharing Economy» through the Lens of Law", in *Law and the "Sharing Economy"*, Coord.: Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa, Sabrina Tremblay-Huet, University of Ottawa Press, Canada, 2018, p. 5; Marín Anglada, Quico; Hernández Lara, Ana Beatriz, "Descripción de un caso real de economía colaborativa en el sector cultural: eventtrade", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 364; Pagès i Galtès, Joan, "Análisis fiscal de los aspectos conceptuales de la economía colaborativa en sentido estricto", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 201-202; Valle Baudino, Paola del, "Economía colaborativa en el marco de las asociaciones sin ánimo de lucro", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 307-308.

10 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, op. cit., p. 3.

ponte que liga os prestadores de serviços e utilizadores, através de plataformas em linha.

Por fim, é reconhecido que a economia colaborativa pode abranger atividades com fins lucrativos ou sem fins lucrativos¹¹, o que volta a acentuar o caráter diverso das atividades abarcadas pela economia colaborativa.

Ora, o mercado único digital implica a existência de «(...) um ambiente jurídico estável e claro que estimule a inovação, combata a fragmentação do mercado e permita a todos os intervenientes aproveitar a nova dinâmica de mercado em condições justas e equilibradas», que traga confiança para as empresas e consumidores europeus¹². No que se refere à economia colaborativa, isso implica alguma certeza quanto à aplicação da legislação da União já existente, que, pelo menos nos domínios já legislados, permite ultrapassar a fragmentação resultante das legislações nacionais¹³.

3.2. Legislação da União que se aplica aos modelos de negócio da economia colaborativa

3.2.1. Os requisitos de acesso ao mercado

Os requisitos de acesso ao mercado é uma das questões-chave identificadas pela Comissão Europeia na Agenda Europeia para a Economia Colaborativa. As atividades da economia colaborativa são um modelo de negócio de prestação de serviços, que entram em concorrência com as atividades tradicionais que operam nos mesmos mercados. A questão que se coloca é em que medida as plataformas colaborativas e os prestadores de serviços têm de obedecer a requisitos de acesso ao mercado.

A resposta a esta questão dependerá do setor de atividade em causa, que terá requisitos específicos, justificados por razões de ordem pública, como a necessidade de proteção da habitação, de evitar a evasão fiscal, de proteção do consumidor, de salvaguarda de estruturas concorrenciais de mercado, entre outros. Variará também em função das especificidades de cada

11 *Idem, ibidem.*

12 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital, Um Mercado Único Digital conectado para todos*, Bruxelas, COM(2017) 228 final, 10.05.2017, p. 3.

13 *Idem, ibidem.*

Estado-Membro e da legislação nacional que as tenta regulamentar. Todavia, existe também legislação da União relevante.

Os arts. 49.º e 56.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) instituem o princípio da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços e a proibição das restrições à livre prestação de serviços em relação aos nacionais da União estabelecidos num Estado-Membro que não seja aquele do destinatário da prestação.

Por sua vez, a *Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno* (Diretiva dos Serviços), no seu art. 9.º, estabelece que os regimes de autorização de acesso resultantes de legislação nacional: não podem ser discriminatórios em relação ao prestador em causa; devem ser justificados por uma razão imperiosa de interesse geral; e o objetivo visado não pode ser atingido através de uma medida menos restritiva. A noção de razões imperiosas de interesse geral está prevista no art. 4.º, n.º 8, da referida Diretiva, configurando questões «(...) de ordem pública; segurança pública e segurança das pessoas; saúde pública; preservação do equilíbrio financeiro do regime de segurança social; defesa dos consumidores, dos destinatários dos serviços e dos trabalhadores; lealdade das transações comerciais; combate à fraude; proteção do ambiente e do ambiente urbano; saúde animal; propriedade intelectual; conservação do património histórico e artístico nacional; objetivos de política social e de política cultural (...)», entre outras, como se infere da redação da norma que estabelece uma enumeração exemplificativa. Assim, os requisitos que limitam o acesso ao mercado são justificados por estas razões imperiosas de interesse geral. Além disso, e nos termos do art. 16.º da Diretiva dos Serviços, na fixação dos requisitos de acesso ao mercado devem ser respeitados os princípios da não discriminação, da necessidade e da proporcionalidade.

Ora, os Estados-Membros devem, na regulamentação das atividades da economia colaborativa, nortear-se por estes princípios, não estabelecendo discriminações injustificadas entre os prestadores de serviços tradicionais e os da economia colaborativa. Além disso, os regimes de autorização de acesso devem ter medidas necessárias e proporcionais, não podendo os seus objetivos de interesse público ser alcançados por medidas menos restritivas. Por essa razão, a Comissão Europeia recomenda que as proibições absolutas e as limitações quantitativas de uma atividade devem ser limitadas, dando o exemplo de que a proibição absoluta da locação de curta duração de apartamentos é difícil de justificar, pois pode ser adotada uma medida

menos restritiva para obter o mesmo fim: restringir este arrendamento de curta duração a um número de dias que permita manter o imóvel no mercado de arrendamento de longa duração é uma medida que provavelmente permite obter o mesmo fim¹⁴.

Analisando a legislação da União, não é claro quando os prestadores que oferecem bens ou serviços de forma ocasional entre pares passam a ser considerados prestadores de serviços profissionais na economia colaborativa. Em relação a estas situações, a Comissão Europeia considera que fazer depender a qualidade de prestadores de serviços profissionais na economia colaborativa de certos patamares quantitativos, com base no rendimento obtido ou na qualidade do serviço, pode ser útil para regulamentar esta questão de forma clara¹⁵.

Quanto à sujeição das plataformas da economia colaborativa a requisitos de acesso ao mercado, a resposta a esta questão depende da configuração daquelas plataformas. Por exemplo, podemos ter plataformas colaborativas que «[p]restam um serviço da sociedade da informação, desde que dispensem um serviço normalmente prestado contra remuneração, à distância, por via eletrónica e na sequência de um pedido individual do destinatário dos serviços»¹⁶ (mero serviço da sociedade da informação). Será o caso da oferta de mecanismos de notação ou de avaliação ou oferta de serviços pós-venda ou proposta de seguros¹⁷. Nesta situação, o art. 4.º da *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* (Diretiva sobre o Comércio Eletrónico) não permite que a atividade de prestador de serviços da sociedade da informação seja sujeita a autorização prévia ou outro requisito de efeito equivalente.

Todavia, a plataforma pode ser o próprio prestador do serviço ou ter uma influência ou controlo significativos sobre o prestador de serviços (sendo consideradas prestadoras de serviços subjacentes). Neste caso e de acordo com a Comissão Europeia, «as plataformas colaborativas poderiam estar

14 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, op. cit., p. 5.

15 *Idem, ibidem*, p. 6.

16 *Idem, ibidem*.

17 *Idem, ibidem*, p. 7

sujeitas aos requisitos do regulamento setorial pertinente, incluindo os relativos à autorização e ao licenciamento geralmente aplicáveis aos prestadores de serviços»¹⁸. O nível de controlo ou de influência exercido pela plataforma colaborativa deve ser avaliado casuisticamente para determinar se a plataforma colaborativa deve ser considerada um prestador de serviços subjacente. Nesta avaliação da influência significativa da plataforma colaborativa sobre o prestador dos serviços, os elementos a ter em conta serão, entre outros que podem variar em função da situação concreta: o preço (se a plataforma fixa o preço ou o prestador de serviços tem liberdade de o fixar ou esta liberdade é limitada por valores fixados pela plataforma); se as condições contratuais essenciais são fixadas pela plataforma colaborativa (como a obrigatoriedade de prestação do serviço em certas condições); se a propriedade dos principais ativos para efetuar o serviço é da plataforma; se a plataforma colaborativa assume os custos e riscos do serviço prestado; se existe uma relação de trabalho entre o prestador e a plataforma¹⁹. Estes são meros elementos indicativos que ajudam a determinar o controlo ou influência significativa da plataforma colaborativa sobre a prestação de serviços, no sentido de apurar se desempenham um papel ativo sobre os mesmos.

3.2.2. Outras áreas de aplicação do direito da União Europeia

Existem outras áreas em que o direito da União se pode aplicar às atividades da economia colaborativa, como será o caso da responsabilidade civil, da proteção dos utilizadores, do direito do trabalho, da proteção de dados, entre outras. Vamos apenas enunciar algumas destas áreas, sem a preocupação de esgotar o tema, uma vez que os estudos que se seguem deter-se-ão com mais pormenor sobre esta questão.

Uma das áreas em que existe direito da União, que se pode aplicar às atividades da economia colaborativa, é a responsabilidade civil. O art. 14.º da *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* (Diretiva sobre o Comércio Eletrónico) estabelece que não pode ser invocada a responsabilidade das plataformas em linha pelo conteúdo das informações que armazenam, nas condições indicadas na norma. Esta exoneração de responsabilidade apenas funciona para uma plataforma da economia colaborativa naquelas situações em que a atividade da mesma é meramente passiva, ou seja, a

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 6.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 7.

«(...) plataforma colaborativa não [desempenhe] um papel ativo que lhe faculte o conhecimento ou o controlo de informação ilegal ou, a partir do momento em que tenha conhecimento dessa informação, atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações»²⁰. Esta análise terá de ser feita casuisticamente e aplica-se apenas às informações armazenadas e não a outros serviços.

Em outras matérias relativas à responsabilidade contratual e extracontratual será aplicável o direito nacional dos Estados-Membros, exceto quanto existirem situações em que estejam em causa elementos de estraneidade. Nessas situações de relações jurídicas plurilocalizadas será aplicado para apurar a ordem jurídica aplicável, quanto à responsabilidade contratual, o Regulamento n.º 593/2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) e, quanto à responsabilidade extracontratual, o Regulamento n.º 864/2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II).

Já no que diz respeito à proteção dos utilizadores, esta poderá ser feita em várias vertentes pelo direito da União. Desde logo, poderá ser prosseguida no âmbito do direito do consumo. É claro que isso implica que estejamos perante uma relação de consumo, o que implica a existência de um profissional, enquanto pessoa que atua no âmbito da sua atividade profissional ou comercial, e um consumidor, que atua com uma finalidade estranha à sua atividade profissional, de acordo com a noção prevista na *Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores* e na *Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores*. Para a aplicação do direito do consumo da União é necessário verificar em que situações o prestador de serviços subjacente pode ser considerado um profissional, uma vez que, por vezes, a prestação de serviços é feita entre pares. O mesmo tem de ser determinado em relação à plataforma colaborativa: em que situações pode ser considerado como um profissional em determinada atividade. Estas questões serão analisadas na secção referente ao direito do consumo.

A plataforma colaborativa, recolhendo e tratando dados pessoais das pessoas singulares, sendo prestadores ou consumidores, terá de obedecer ao regime jurídico de proteção de dados pessoais na União, previsto no *Regulamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à*

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 8.

livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). A aplicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados à economia colaborativa será alvo de atenção numa secção específica.

Por fim, será ainda aplicável a legislação de direito do trabalho de fonte da União, como é o caso da *Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho* ou a *Diretiva 98/59/CE do Conselho de 20 de julho de 1998 relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos despedimentos coletivos*, entre outras. Para o efeito é necessário aferir se a relação que liga a plataforma e o prestador de serviços subjacente pode ser considerada uma relação de trabalho, recorrendo-se para o efeito à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que se centra na existência de uma relação de subordinação, na remuneração e na natureza do trabalho²¹. Também esta questão será estudada com maior pormenor na secção relativa às relações entre economia colaborativa e direito do trabalho.

4. Futuros desenvolvimentos do marco jurídico europeu para a economia colaborativa

Atualmente, a União Europeia procura desenvolver instrumentos para a regulamentação sistemática da economia colaborativa, com vista a aumentar a segurança jurídica e, conseqüentemente, a confiança dos utilizadores das atividades que a desenvolvem²². De facto, o Parlamento Europeu, face às diferenças de regulamentação entre os Estados-Membros das atividades da economia colaborativa, recomenda uma regulamentação uniforme por parte da União Europeia para eliminar as áreas em que há uma divergência regulatória na União, facto que prejudica o mercado interno²³. Também a Comissão Europeia considera necessário a existência de futuras medidas regulatórias, além do quadro legal já existente, que permitam um desenvolvimento sustentável da economia colaborativa e a sua ampliação no mercado europeu, respeitando quatro objetivos: igualdade de condições para serviços digitais comparáveis; comportamento responsável das plataformas

²¹ *Idem, ibidem*, pp. 14-15.

²² Ortiz Vidal, M.ª Dolores, "La economía colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido" in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, coord.: Alfonso Sánchez Rosalía, Julián Valero Torrijos, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 91-92.

²³ <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170609IPR77014/sharing-economy-parliament-calls-for-clear-eu-guidelines>, em 29.03.2021.

online para proteger os valores fundamentais; transparência e justiça para acautelar a confiança dos utilizadores e preservar a inovação; mercados abertos e não discriminatórios numa economia apoiada em dados²⁴. É claro que esta intervenção está limitada às áreas de competência da União²⁵.

Ora, são precisamente os futuros desenvolvimentos do marco jurídico europeu para a economia colaborativa, que agora se começam a desenhar e que fazem parte da estratégia para o mercado único digital, que vamos analisar, ainda que de forma breve, em seguida.

4.1. O Regulamento P2B

O primeiro passo da União para uma regulamentação sistemática das plataformas *online* da economia colaborativa é o *Regulamento (UE) 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha* (Regulamento P2B), que entrou em aplicação em 12 de julho de 2020.

O Regulamento P2B visa regular as relações entre os serviços de intermediação em linha e os utilizadores profissionais desses serviços, promovendo um «ambiente comercial em linha justo, previsível, sustentável e de confiança», dando aos utilizadores profissionais a possibilidade de «usufruir da devida transparência e de vias de recurso eficazes em toda a União a fim de facilitar as atividades comerciais transfronteiriças dentro da União e assim melhorar o funcionamento do mercado interno e dar resposta a uma possível fragmentação emergente em domínios específicos abrangidos pelo presente regulamento», introduzindo equidade e transparência naquelas relações (considerando 7).

De acordo com o art. 1.º, n.º 2, o Regulamento é aplicável a serviços de intermediação em linha e a motores de pesquisa em linha fornecidos, ou objeto de proposta de fornecimento, a utilizadores profissionais e a

24 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*, COM/2016/0288 final, Bruxelas, 2016, p. 6.

25 Para mais desenvolvimentos, v. Finck, Michèle, "The Sharing Economy and the EU", in *The Cambridge Handbook of the Sharing Economy*, Coord.: Nestor M. Davidson, Michèle Finck, John J. Infranca, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 263-265; Strowel, Alain; Vergote, Wouter, "Digital Platforms: To Regulate or Not to Regulate? Message to the Regulators: Get the Economic Rights First, then Focus on the Right Regulation", in *The Platform Economy, Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Coord.: Bram Devolder, Intersentia, United Kingdom, 2019, pp. 24-29.

utilizadores de sítios internet de empresas, sendo este último conceito definido no art. 2.º (7), como «uma pessoa singular ou coletiva que utilize uma *interface* em linha, ou seja, qualquer *software*, nomeadamente um sítio Internet ou uma parte deste e aplicações, designadamente aplicações móveis, para propor bens ou serviços a consumidores com fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional».

Além disso, e tendo em conta os serviços de intermediação em linha e os motores de pesquisa *online* que têm uma atividade transnacional, o Regulamento é aplicável sempre que utilizadores profissionais e utilizadores de sítios internet de empresas tenham estabelecimento ou residência habitual na União e que proponham bens e serviços, por intermédio desses serviços de intermediação em linha ou de motores de pesquisa em linha, a consumidores da União, não sendo relevante para o efeito o local de estabelecimento ou da residência dos respetivos prestadores desses serviços e o direito aplicável.

Da análise do âmbito de aplicação do Regulamento verifica-se que apenas se aplica quando estão em causa utilizadores profissionais das plataformas em linha, excluindo os utilizadores não profissionais, o que nos leva a concluir que é uma regulamentação bastante incompleta da atividade das plataformas que operam na economia colaborativa²⁶. Ainda assim, é um primeiro passo de saudar.

Quanto ao regime jurídico do Regulamento P2B, é de sublinhar o seu art. 3.º, n.º 1, que estabelece que as cláusulas contratuais gerais devem ser redigidas de forma simples, inteligível e devem estar facilmente acessíveis para os utilizadores profissionais, inclusive na fase pré-contratual, e o n.º 2 da norma, que fixa o procedimento para a cessação da prestação dos serviços de intermediação, por parte do prestador de serviços de intermediação em linha. O art. 5.º fixa que as cláusulas contratuais gerais devem estabelecer os principais parâmetros que determinam a classificação²⁷, e aí também devem constar os serviços acessórios propostos e em que condições o utilizador profissional pode propor os próprios bens e serviços

26 Conclusão também assinalada por Rossi, Edoardo Alberto, *La Sharing Economy nel Diritto Internazionale Privato Europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, p. 39

27 Definida no art. 2 (8), como «(...) a importância relativa atribuída aos bens ou serviços propostos por intermédio de serviços de intermediação em linha, ou a relevância atribuída aos resultados de pesquisa pelos motores de pesquisa em linha tal como apresentados, organizados ou comunicados por prestadores de serviços de intermediação em linha ou por fornecedores de motores de pesquisa em linha, respetivamente, independentemente dos meios tecnológicos utilizados para essa apresentação, organização ou comunicação».

acessórios (art. 6.º), assim como uma descrição de tratamento diferenciado (art. 7.º). Além disso, no art. 8.º, encontramos disposições específicas que visam salvaguardar a boa-fé nas relações contratuais entre os prestadores de serviços de intermediação em linha e os utilizadores profissionais. Neste Regulamento encontramos, ainda, disposições sobre mecanismos internos de reclamação (art. 11.º), a possibilidade de recurso à mediação (arts. 12.º e 13.º) e o direito de organizações ou associações representativas de utilizadores profissionais ou utilizadores de sítios internet de empresas e de organismos públicos recorrerem a tribunal para garantir o cumprimento do Regulamento por parte de prestadores de serviços de intermediação em linha ou de fornecedores de motores de pesquisa em linha (art. 14.º).

4.2. As propostas de Regulamento Mercados Digitais e de Regulamento Serviços Digitais

Como estratégia para criar um mercado único digital, seguro, que respeite os direitos fundamentais dos usuários, que gere condições de concorrência equitativa, que permita a inovação, o crescimento e a competitividade, a Comissão Europeia apresentou duas propostas legislativas: a *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais* (Regulamento Serviços Digitais) e a *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital* (Regulamento Mercados Digitais). Ambas as iniciativas são datadas de dezembro de 2020 e visam a regulamentação das plataformas digitais.

Estas duas propostas destinam-se a complementar o Regulamento P2B e outros atos legislativos da União que podem regular os serviços da economia colaborativa, como, por exemplo, o Regulamento Geral de Proteção de Dados, a *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*, a *Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015 relativa aos serviços de pagamento no mercado interno*, a *Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual* (Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual) e a *Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação*.

A proposta de Regulamento Mercados Digitais regula certo tipo de plataformas digitais, que assumem a designação de controladores de acesso (*gatekeepers*). Esta proposta impõe obrigações para os controladores de acesso quando prestam serviços essenciais a utilizadores profissionais estabelecidos na União ou a utilizadores finais estabelecidos ou situados na União (art. 1.º, n.º 2) e visa combater a posição dominante e influência de grandes plataformas que podem ser consideradas controladores de acesso, como a *Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft*, e as práticas desleais que estas possam adotar.

A noção de serviços essenciais está prevista no art. 2.º (2), abrangendo serviços como os serviços de intermediação em linha; motores de pesquisa em linha; serviços de redes sociais em linha; serviços de plataformas de partilha de vídeos; serviços de comunicações interpessoais independentes do número; sistemas operativos; serviços de computação em nuvem; serviços de publicidade. Já um controlador de acesso será aquele prestador de serviços essenciais de plataforma que reúna três requisitos, previstos no art. 3.º, n.º 1, e concretizados no restante corpo daquela disposição legal: tenha um impacto significativo no mercado interno; forneça um serviço essencial com acesso relevante de utilizadores; que ocupe ou venha a ocupar uma posição consolidada.

As obrigações dos controladores de acesso estão previstas no art. 5.º e no art. 6.º, sendo de sublinhar a obrigação de: não combinar dados pessoais obtidos a partir de serviços diferentes [art. 5.º, alínea a)]; permitir que os utilizadores profissionais proponham os mesmos produtos ou serviços aos utilizadores finais por via de serviços de intermediação em linha de terceiros a preços ou em condições diferentes [art. 5.º, alínea b)]; permitir que os utilizadores profissionais promovam ofertas a utilizadores finais angariados por via do serviço essencial de plataforma e celebrem contratos com esses utilizadores finais, independentemente de utilizarem ou não os serviços essenciais de plataforma do controlador de acesso para esse efeito [art. 5.º, alínea c)]; não impedir que os utilizadores profissionais contestem perante as autoridades as práticas dos controladores de acesso [art. 5.º, alínea d)]; não exigir que os utilizadores profissionais usem, proponham ou interoperem com um serviço de identificação do controlador de acesso, ou que os utilizadores profissionais ou utilizadores finais subscrevam ou se registem em quaisquer outros serviços essenciais de plataforma [art. 5.º, alíneas e) e f)]; forneçam informações relativas ao preço pago pelo agente publicitário e editor comercial pela publicação de determinado anúncio e por cada um dos serviços de publicidade pertinentes prestados pelo controlador de acesso [art. 5.º, alínea g)].

Analisando esta Proposta, verifica-se uma preocupação no sentido de que os controladores de acesso, que geralmente têm uma posição significativa no mercado, tenham práticas leais, que permitam um mercado digital mais justo e competitivo, o que será garantido através de um sistema de coimas (art. 26.º), sanções pecuniárias compulsórias (art. 27.º) e a imposição de outras medidas corretivas comportamentais ou, inclusive, estruturais, que podem passar pela separação jurídica, funcional ou estrutural, como a alienação de uma empresa, ou de partes da mesma (considerando 69).

A proposta de Regulamento Serviços Digitais regula aspetos como a responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários, as obrigações específicas de devida diligência das plataformas intermediárias e estabelece regras de cooperação e coordenação entre as autoridades competentes. Desta forma, harmoniza o regime da responsabilidade dos intermediários por conteúdos ilegais, para evitar a fragmentação que poderia resultar das regulamentações nacionais. Assim, a Proposta visa contribuir para o funcionamento salutar do mercado interno de serviços intermediários e estabelecer normas uniformes para um ambiente em linha seguro, previsível, confiável, em que se verifique o respeito pelos direitos fundamentais (art. 1.º, n.º 2).

De acordo com o art. 1.º, n.º 3, o Regulamento será aplicável aos serviços intermediários prestados aos destinatários do serviço cujo local de estabelecimento ou de residência se situe na União. Os serviços intermediários abrangem serviços de *simple transporte* que consista na transmissão de informações ou na concessão de acesso a uma rede de comunicações, um serviço de *armazenagem temporária* de informações prestadas por um destinatário do serviço e um serviço de *armazenagem em servidor* de informações prestadas por um destinatário do serviço [art. 2.º, alínea f)]. Isto significa que são abrangidos serviços intermediários que oferecem infraestrutura de rede, como os fornecedores de acesso à internet, os serviços de alojamento virtual como as infraestruturas de nuvem, as plataformas *online* que reúnem vendedores e consumidores, como as plataformas da economia colaborativa, lojas de aplicações, plataformas de redes especiais e plataformas em linha de grandes dimensões.

Como regula a responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários, a proposta de Regulamento Serviços Digitais estabelece a futura derrogação dos arts. 12.º a 15.º da Diretiva sobre o comércio eletrónico (art. 71.º) e terá um impacto significativo sobre um conjunto de serviços digitais, e respetivos conteúdos, que ligam consumidores a bens e serviços.

Além disso, e como elemento distintivo a assinalar, a proposta de Regulamento Serviços Digitais estabelece obrigações adicionais das plataformas em linha de muito grande dimensão no que se refere à gestão de riscos sistémicos (secção 4). Estas serão plataformas em linha que prestam os seus serviços a um número médio mensal de destinatários ativos do serviço na União igual ou superior a 45 milhões de utilizadores (número equivalente a 10% da população da União) e que, pela sua dimensão e volume de negócios, podem ter um impacto negativo muito considerável sobre o mercado interno. Nessa medida, de acordo com o considerando 56, «(...) as plataformas em linha de muito grande dimensão devem, por conseguinte, avaliar os riscos sistémicos decorrentes do funcionamento e da utilização do seu serviço, bem como de potenciais utilizações abusivas por parte dos destinatários do serviço, e tomar medidas de atenuação adequadas». Isto significa que desta proposta de Regulamento resultam obrigações proporcionais à dimensão das empresas em causa, existindo uma preocupação de regulamentar, responsabilizar e fiscalizar as atividades das plataformas em linha de muito grande dimensão pelo impacto e volume de negócios que têm no mercado interno.

Como principais elementos que caracterizam esta proposta de Regulamento, podemos assinalar: a existência de medidas para combater os conteúdos ilegais em linha, incluindo a responsabilidade pelos mesmos e sua remoção e a existência de colaboração das plataformas com sinalizadores de confiança (art. 19.º); a obrigação de rastreabilidade dos utilizadores profissionais (art. 22.º) para garantir a sua fiabilidade; o estabelecimento de salvaguardas eficazes para os utilizadores, como a faculdade de contestar as decisões de moderação de conteúdos das plataformas; a introdução de medidas de transparência, como, por exemplo, em relação a algoritmos e aos critérios utilizados para priorizar e orientar a informação; as medidas referentes às grandes plataformas, o que inclui as medidas baseadas nos riscos e auditorias independentes; a criação de infraestruturas de supervisão²⁸.

5. Conclusão

As propostas de Regulamento Mercados Digitais e de Regulamento Serviços Digitais ainda têm um longo caminho de aperfeiçoamento até à sua versão final. Todavia, juntamente com o Regulamento P2B, são um testemunho

²⁸ Para um resumo sobre estas medidas, v. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_pt, acesso em 30.03.2021.

da vontade da União em regular de forma sistemática as plataformas digitais e, desta forma, as atividades da economia colaborativa que recorrem às mesmas. Esta regulamentação é também um desafio para a União Europeia, pois é necessário encontrar um equilíbrio entre a previsibilidade, a segurança jurídica, a tutela dos direitos dos utilizadores, a necessidade de promover o desenvolvimento saudável do mercado digital, por um lado, e, por outro, a necessidade de permitir o desenvolvimento da economia colaborativa, não só nos setores de atividade já existentes, mas também em novas áreas, permitindo a inovação, o empreendedorismo e um desenvolvimento sustentável das economias dos Estados.

São estes desafios que estão presentes nos futuros desenvolvimentos do marco jurídico europeu para a economia colaborativa e são estes desafios que também se colocam, de forma mais geral, à comunidade internacional, no desenvolvimento de instrumentos globais que regulamentem as atividades da economia colaborativa. Neste momento, a União Europeia lidera o caminho de uma regulamentação uniforme, no caso regional, da economia colaborativa, pelo impacto económico que estas atividades têm no mercado interno e pela abrangência transnacional das suas atividades. É expectável e desejável, pela influência global das atividades da economia colaborativa, que no futuro este exemplo seja seguido através do desenvolvimento de instrumentos internacionais, como por exemplo, através de leis-modelo no âmbito da CNUDCI.

Referências

Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Melhorar o Mercado Único: mais oportunidades para os cidadãos e as empresas*, Bruxelas, COM(2015) 550 final, 28.10.2015, pp. 1-25.

_____, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 02.06.2016, pp. 2-18.

_____, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*, COM/2016/0288 final, Bruxelas, 2016, pp. 2-17.

_____, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital, Um Mercado Único Digital conectado para todos*, Bruxelas, COM(2017) 228 final, 10.05.2017, pp. 1-28.

Comité Económico e Social Europeu, *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI*, JO C 177, 11.06.2014, pp. 1-8.

Finck, Michèle, "The Sharing Economy and the EU", in *The Cambridge Handbook of the Sharing Economy*, Coord.: Nestor M. Davidson, Michèle Finck, John J. Infranca, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 261-273.

Geist, Michael, "The Sharing Economy and Trade Agreements: The Challenge to Domestic Regulation", in *Law and the "Sharing Economy"; Regulating Online Market Platforms*, Coord.: Derek McKee, Finn Makela and Teresa Scassa, University of Ottawa Press, Canada, 2018, pp. 222-260.

Hatzopoulos, Vassillis, *The Collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury – HartPublishing, Oxford, London, 2018.

Makela, Finn; McKee, Derek; Scassa, Teresa, "Introduction: The «Sharing Economy» through the Lens of Law", in *Law and the "Sharing Economy"*, Coord.: Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa, Sabrina Tremblay-Huet, University of Ottawa Press, Canada, 2018, pp. 1-14.

Marín Anglada, Quico; Hernández Lara, Ana Beatriz, "Descripción de un caso real de economía colaborativa en el sector cultural: eventtrade", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 361-370.

Ortiz Vidal, M.^a Dolores, "La economía colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido" in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Coord.: Rosalía Alfonso Sánchez, Julián Valero Torrijos, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 73-93.

Pagès i Galtès, Joan, "Análisis fiscal de los aspectos conceptuales de la economía colaborativa en sentido estricto", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 199-230.

Rossi, Edoardo Alberto, *La Sharing Economy nel Diritto Internazionale Privato Europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019.

Santos, António Marques dos, *Direito Internacional Privado, Introdução*, AAFDL, Lisboa, 2001.

Strowel, Alain; Vergote, Wouter, "Digital Platforms: To Regulate or Not to Regulate? Message to the Regulators: Get the Economic Rights First, then Focus on the Right Regulation", in *The Platform Economy, Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Coord.: Bram Devolder, Intersentia, United Kingdom, 2019, pp. 3-30.

Valle Baudino, Paola del, "Economía colaborativa en el marco de las asociaciones sin ánimo de lucro", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales*, Coord.: Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 307-330.

WTO, *The General Agreement on Trade in Services*, An Introduction, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gsintr_e.pdf.

II – Regulamentação jurídica da economia colaborativa: o regime brasileiro

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.13>

Ana Flávia Messa*

* Doutora em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Público pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Membro do Conselho Editorial da *International Studies on Law and Education*. Professora da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Investigadora integrada na equipa do JusGov (no âmbito das atividades do JusLab e do E-Tec) da Universidade do Minho.

Resumo: No presente artigo, interessa-nos destacar e enfatizar reflexões construtivas sobre a regulamentação jurídica da economia colaborativa, um modelo econômico fundamentado na partilha, troca, negociação, aluguel ou arrendamento de bens, privilegiando o acesso aos mesmos, em detrimento da sua aquisição ou propriedade. Como um fenômeno em rápida evolução, o objetivo é apresentar momentos essenciais dessa regulamentação, visando garantir uma inovação com responsabilidade por meio de soluções adaptadas para a realização do interesse público.

Palavras-chave: Economia colaborativa – partilha – plataformas colaborativas – inovação – modelos empresariais – regulamentação jurídica – Direito.

Sumário: 1. Segurança jurídica como necessidade. 2. Direito e realidade: simbiose interativa. 3. Mudança paradigmática: contexto epistemológico na disciplina de realidades emergentes. 4. O Direito como fonte de regulamentação jurídica. 5. Diálogo sistematizador e transversal do direito regulamentador da economia colaborativa. 6. Aspectos na regulamentação jurídica da economia colaborativa. 7. Marco regulatório da economia colaborativa. Referências.

Abstract: In this article, we are interested in highlighting and emphasizing constructive reflections on the legal regulation of the collaborative economy, an economic model based on the sharing, exchange, negotiation, rent or lease of goods, favoring access to them, to the detriment of their acquisition or ownership. As a rapidly evolving phenomenon, the objective is to present essential moments of this regulation, aiming to guarantee a responsible innovation through solutions adapted to the realization of the public interest.

Keywords: Collaborative economy – sharing – collaborative platforms – innovation – business models – legal regulation – Law.

Summary: 1. Legal security as a necessity. 2. Law and reality: interactive symbiosis. 3. Paradigm shift: epistemological context in the discipline of emerging realities. 4. Law as a source of legal regulation. 5. Systematizing and transversal dialogue on the regulatory law of the collaborative economy. 6. Aspects in the legal regulation of the collaborative economy. 7. Regulatory framework for the collaborative economy. References.

1. Segurança jurídica como necessidade

A segurança jurídica é um elemento da segurança¹, já que integra sua estrutura de proteção a uma sociedade e a cada um de seus integrantes contra ameaças de qualquer natureza, não obstante seja uma parte dotada de autonomia própria.

A segurança, com muitos outros conceitos genéricos, é termo amplo, não isento de subjetividade e relativo, pois a segurança total, absoluta e permanente, é impossível diante do futuro imprevisível, realidade mutável e incerteza do conhecimento. A questão não é saber se existe ou não segurança, mas se estamos lidando com mais ou menos segurança.

A segurança, desde as épocas mais primitivas, pode ser entendida como uma necessidade² individual, ou seja, uma aspiração básica³ inerente ao ser humano⁴ de buscar um estado de proteção sem ameaças, ou então como uma necessidade social⁵, ou seja, o desejo da coletividade de querer compreender a realidade⁶, com a obtenção de condições de proteção contra ameaças ou perigos, que garantam um planejamento de vida e a produção de um futuro de forma consciente. Foi numa perspectiva cognitiva que começou a existir a segurança.

1 Luchaire, François, "La sécurité juridique en droit constitutionnel français", disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil.../secjur.pdf, acesso em 15 de setembro de 2013; Delpiazzo, Carlos e, "El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual", in *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, disponível em revistaderecho.um.edu.uy, acesso em 18 de outubro de 2013.

2 «Necessidade é, em resumo, a privação de certas satisfações.» (Maslow, A., *Introdução à psicologia do ser*, Rio de Janeiro, Eldorado, 1962).

3 Stork, Ricardo Yepes; Echevarría, Javier Aranguren, *Fundamentos de Antropologia: um ideal de excelência humana*, São Paulo, Inst. Bras. Filosofia Ciência Raimundo Lúlio, 2005, p. 338.

4 «El último [la seguridad], sobre todo, y como ya se ha indicado numerosas veces, va junto con el terror del hombre ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido» (Coing, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, tradução de Juan Manuel Mauri. Barcelona, Ed. Ariel, 1961).

5 «Entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada que não tenha necessidade de segurança jurídica para atingir os objetivos e até mesmo sobreviver» (Dallari, Dalmo de Abreu, *Segurança e Direito. O renascer do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1980).

6 «Não há dúvida de que o homem almeja conhecer a si mesmo e conhecer o mundo em que está imerso, com o desejo de atingir aquele saber fundamental que dê coerência a seu agir, aquele saber básico que forneça o sentido último de sua vida e lhe ofereça mais plena explicação da realidade que o cerca.» (Hervada, Javier, *Lições propedêuticas de filosofia do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2008).

Embora a tendência para viver em sociedade seja natural, a ordem de convivência é criada e constituída pelo homem, sendo característica do agir ou não agir dos seres humanos. A sociedade é produto das interações sociais⁷. As relações humanas que formam a sociedade resultam da interação entre indivíduos possibilitada pela comunicação das ideias, pensamentos e sentimentos.

A convivência social é viabilizada pela existência de uma ordem jurídica e, portanto, de uma instância superior para declarar e aplicar o direito⁸. O Estado, fenómeno complexo, surge num certo momento da evolução social, quando as sociedades, ao adquirirem maior complexidade, verificam a necessidade de sua instituição. Neste contexto, a satisfação da necessidade social de segurança⁹ é obtida pela organização e proteção estabelecidas pelo Direito¹⁰ e pelo Estado¹¹.

2. Direito e realidade: simbiose interativa

As características e as propriedades dinâmicas e relacionais de circunstâncias históricas, sociais, teóricas e filosóficas refletem nas expressões temporais¹², permitindo a apreensão do significado do Direito como estrutura

7 Simmel, Georg, "A sociabilidade (Exemplo de sociologia pura ou formal)", in *Questões fundamentais da sociologia: indivíduo e sociedade*, tradução de Pedro Caldas, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2006.

8 Reale, Miguel, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2000.

9 «La seguridad es otro de los valores de gran consideración, por cierto, de importancia básica porque la certeza de saber a qué atenerse, es decir, la certeza de que el orden vigente ha de ser mantenido aún mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo en buena medida cuál será la marcha de su vida jurídica» (Garrone, J. A., *Dic. Juríd.*, Abeledo-Perrot, T. III, Bs. As., 1987).

10 «A segurança é a razão do Direito» (Cavalcanti Filho, Theophilo, *O Problema da Segurança no Direito*, São Paulo, RT, 1964); «O objetivo do Direito é a paz» (Ihering, Rudolf Von, *A luta pelo Direito*, tradução de Pietro Nassetti, 2.ª ed., São Paulo, Martin Claret, 2008). «O direito é, portanto, uma ferramenta que fornece as condições necessárias para a vida interativa em sociedade e para a realização de valores morais inquestionáveis como a liberdade e a justiça» (*Lou Fuller*, by Summers, Robert, Stanford, Califórnia, Stanford University Press, 1984); «O Direito tem dupla vocação: a de proporcionar segurança a uma sociedade e a de fazer imperar a justiça em suas relações. Como se pode observar, se, por um lado, o anseio de justiça é profundo e tem movido toda a evolução do Direito, é certo que, desde as sociedades primitivas, a necessidade de segurança, que nos vem do próprio instinto, tem precedência lógica e cronológica, pois sem ela nenhuma ordem poderia sequer existir.» (Neto, Diogo de Figueiredo Moreira, *Mutações do direito público*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006).

11 «A segurança, a par da liberdade e da paz pública, é encarada como uma das tarefas mais complexas e prioritárias dos Estados democráticos» (Parreira, Luis Newton, "Tardes de Queluz. A Guarda face aos desafios do ambiente de segurança do século XXI", in *Revista Pela Lei e Pela Grei*, n.º 92, outubro-dezembro de 2011, p. 63).

12 «A vida social do grupo se reflete nas expressões temporais. (...) Cada grupo, com seu íntimo nexo de entendimento mútuo e comum sobre o ritmo das atividades sociais, define seu tempo a fim de

jurídica cuja eficácia dependeria do grau de concretização das normas jurídicas em prol da implementação dos direitos fundamentais.

De acordo com o contexto histórico e o processo evolutivo os anseios sociais por segurança mudam, sofrendo variação temporal e espacial, devendo o Direito¹³ e o Estado promover adequação às mudanças, com respostas aos problemas e necessidades estruturais da vida do indivíduo e do grupo compatíveis no horizonte do presente e futuro, para que haja o estabelecimento do equilíbrio, justiça e bem-estar.

A ideia de eternidade na perspectiva jurídica, ao considerar o Direito como um modelo fundamental da vida em grupo, indiferente ao tempo, apesar de acolhida pelo jusnaturalismo antigo e moderno¹⁴, e incrementada sob

se ajustar ao seu comportamento. Nenhum cálculo altamente complexo baseado na precisão matemática, nem a beleza das observações astronômicas são necessárias para coordenar e sincronizar o comportamento societal.» (Merton Robert K.; Sorokin, Pitirim A., "Social time: a Methodological and functional analysis", in *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 42, n. 5, Mar. 1937, pp. 615-629, tradução nossa).

13 «Segurança na teoria jurídica significa garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos» (Silva, José Afonso da, "Democracia. segurança e garantismo", in *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n.7, 2000, pp. 163-174); «(...) segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, que é próprio de tudo que vive. A sociedade, como o direito que nela e para ela se cria, é móvel. O que se busca é a segurança do movimento.» (Rocha, Carmen Lúcia Antunes, "O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade", in *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, Belo Horizonte, Fórum, 2004).

14 O jusnaturalismo (antigo, medieval e moderno) não possui um aspecto histórico, proclamando a existência de uma lei natural, eterna e imutável, distinta do Direito Positivo, e que engloba as mais amplas manifestações do idealismo que se traduzem na crença de um preceito superior advindo da vontade divina, da ordem natural das coisas, do instinto social, ou mesmo da consciência e da razão do homem. A compreensão quanto ao estado atemporal do direito neste contexto jusnaturalista, desde Aristóteles até o final do século XV, tem sido beneficiada pelos aportes estoicos e teleológicos no que se refere ao papel do direito natural como uma ordem moral imutável, embora o conflito da ordem positiva e ordem natural pudesse ser encontrado em passagens de Heráclito, Platão e na Antígona de Sófocles. O direito natural na antiguidade greco-latina, distintamente do entendimento moderno, aferrado ao método geométrico, brota da própria ordem do cosmos, cuja visão era fundamentada na ordem natural das coisas. Neste jusnaturalismo cosmológico, a atemporalidade do direito natural era revelada pelas leis eternas e imutáveis que regiam o funcionamento do cosmos. Cabe ressaltar que, na antiguidade clássica, a constituição concebida como ordem fundamental de uma comunidade política era percebida como perpétua e imutável, sendo que a possibilidade de sua alteração representava uma ofensa a um tabu, muito embora, no plano real, as reformas aconteciam a fim de evitar a destruição da pólis. Esta concepção eleva o direito natural a um papel de ordenação natural e social que governava o mundo, e passa com os teólogos da igreja romana a ser legitimada por Deus, como expressão da lei eterna, divina. Essa concepção teleológica marcada pela tendência teocêntrica no período medieval, com as contribuições de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, e fundamentada na razão eterna divina, contribuiu para a atemporalidade do direito, através das exigências imutáveis da divindade. Embora ao lado do jusnaturalismo coexistia a crença de um direito superior ao positivo, como um sistema de normas de conduta intersubjetiva diversa do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo), surge na idade moderna, desenvolvida a partir do renascimento, a concepção do direito natural fundamentado na razão humana, que, por

os auspícios do positivismo jurídico¹⁵, não se revela compatível ao mundo histórico cultural em que se insere, que por sua vez exige uma leitura construída por meio do consenso social, linguístico e progressivo na solução de problemas¹⁶.

A segurança¹⁷ como valor deve funcionar como instrumento de equilíbrio entre a ordem e progresso social¹⁸, entre a manutenção e evolução da ordem¹⁹, buscando equacionar a estabilidade e evolução através de mecanismos de adaptação à realidade²⁰, numa tentativa de permitir a revisão dos padrões culturais preexistentes, crenças com as mudanças²¹ e inovações

sua vez, mantém a característica da imutabilidade (Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 110; Wolkmer, Antonio Carlos, *Ideologia, Estado e Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 124; Bobbio, Norberto, *Dicionário de Política*, Brasília, UnB, 1992, p. 655; Wieacker, Franz, *História do direito privado moderno*, tradução de Antônio Manuel Hespanha, 2.^a ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1993, p. 310; Grócio, Hugo, *The law of war and peace*, Livonia, Lonang, 2005, disponível em <http://www.lonang.com/exlibris/grotius/>, acesso em 25.07.2014).

15 A ideia de uma articulação do direito com o tempo social não encontra respaldo no positivismo jurídico que, embora conceba um direito contingente e mutável, não permite uma interpretação evolutiva do direito, pois a significação era obtida pelos sentidos imediatos encontrados nos textos legislativos, como resultado de um legalismo hermenêutico.

16 «Se, porém, aceitarmos a proposta de que a avaliação das doutrinas deve basear-se na progressividade e na efetividade quanto à solução de problemas da tradição de pesquisa com que estão associadas, estaremos comprometidos com a ideia de que a História intelectual deve ser um ingrediente indispensável de qualquer situação de escolha racional» (Laudan, Larry, *O progresso e seus problemas: rumo a uma teoria do conhecimento científico*, tradução Roberto Leal Ferreira, São Paulo, Editora Unesp, 2011, p. 273).

17 «Não seremos humanos sem segurança ou sem liberdade; mas não podemos ter as duas ao mesmo tempo e ambas na quantidade que quisermos» (Bauman, Zygmunt, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, tradução de Plínio Dentizien, Rio de Janeiro, Zahar, 2003).

18 «Em si, progredir significa apenas "ir para frente" implicando a ideia de um acréscimo. Entretanto, nem sempre é possível afirmar que tal acréscimo é necessariamente positivo. Com efeito, até a respeito de um tumor se pode dizer que está progredindo; mas, neste caso, o que aumenta é um mal, uma doença. Portanto, em muitos contextos a noção de progresso é neutra. Todavia, com referência ao progredir da história, a noção de progresso é positiva. Para o iluminismo, como também para nós hoje, progresso é um crescimento da civilização, um aumento para melhor, um melhoramento.» (Sartori, Giovanni, *Homo Videns: televisão e pós-pensamento*, tradução de Antonio Angonese, Bauru, EDUSC, 2001).

19 «(...) a segurança implica um equacionamento entre outros importantes valores: a ordem e o progresso. O primeiro refere-se à manutenção, à continuidade, enquanto o segundo relaciona-se à evolução.» (Gussi, Evandro, *A segurança na Constituição*, Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, UFRGS, 2005).

20 «(...) o Direito é, pois, o resultado de uma relação permanente e iterativa entre a mutabilidade e a estabilidade.» (Rivas de Simone, Diego Caldas, *Segurança jurídica e tributação: da certeza do direito à proteção da confiança legítima do contribuinte*, São Paulo, Quartier Latin, 2011).

21 «Não há nada permanente, exceto a mudança» (Heráclito).

surgidas com progresso²², buscando sempre conformação com a diretriz contemporânea da efetividade na resolução dos problemas²³.

O Direito é uma realidade social, que, segundo Bergel, espelha as aspirações dos povos e as relações de forças que desenvolvem no país e na civilização que ele rege²⁴. Porém, uma temporalidade que se absolutiza é perigosa. Do mesmo modo que a fixação exclusiva no passado da memória é portadora de desvio, o ir simplesmente rumo ao futuro é suspeito²⁵.

Assim, quando ocorre discrepância ou descompasso entre a realidade *a quo* e uma situação possível, surge percepção do problema da insegurança que exige solução com base num instrumental evolutivo diverso do que foi projetado e construído para satisfazer as exigências da estrutura social e ideologia de um contexto histórico pretérito²⁶.

3. Mudança paradigmática: contexto epistemológico na disciplina das realidades emergentes

A sociedade, ao longo dos séculos, tem vivenciado uma série de problemas e questionamentos que envolvem o seu modo de relacionar-se com o mundo que a rodeia, colocando em questão o conhecimento, não apenas como mecanismo de compreensão e transformação do mundo, mas como uma necessidade para a ação.

Portanto, pensar o mundo, e a forma como o homem se relaciona com ele no contexto da realidade social, nos remete às formas de conhecimento na

22 «O homem tem uma capacidade biológica limitada para a mudança. Quando essa capacidade é ultrapassada, ele entra em choque com o futuro... “A maioria dos voluntários do Corpo de Paz e, na realidade, dos viajantes, tem a reconfortante certeza de que regressará à cultura que deixou; a vítima do choque do futuro não tem essa certeza.”» (Toffler, Alvin, *O choque do futuro*, Lisboa, Edição Livros do Brasil, 1970).

23 «A dificuldade maior não está em persuadir as pessoas a aceitarem as ideias novas, mas em persuadi-las a abandonar as antigas» (Keynes, John Maynard, *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, São Paulo, Atlas, 2009).

24 Bergel, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 203.

25 Ost, François, *O tempo do direito*, tradução de Élcio Fernandes, Bauru, EDUSC, 2005, p. 348.

26 «Para compreender as modificações de muitos ambientes pessoais, temos necessidade de olhar além deles. E o número e variedade dessas modificações estruturais aumentam à medida que as instituições dentro das quais vivemos se tornam mais gerais e mais complicadamente ligadas entre si. Ter consciência da ideia da estrutura social e utilizá-la com sensibilidade é ser capaz de identificar as ligações entre uma grande variedade de ambientes em pequena escala» (Mills, C. Wright, *A Imaginação Sociológica*, Rio de Janeiro, Zahar, 1982).

organização do pensamento, na ânsia de compreender as mudanças que se processam no modo de a sociedade pensar, interagir e compreender o funcionamento da vida em suas diversas dimensões.

O conhecimento, como capacidade humana para resolver os problemas da vida, com menos riscos e perigos, resultante da dinâmica simultânea dos aspectos físico, biológico e social, refletida num processo de conscientização da realidade e de apropriação da natureza pelo homem, é desenvolvido progressivamente em escalas cada vez mais complexas e com novas respostas às novas necessidades.

Além de um processo histórico-social, o conhecimento como atividade humana de transformação da opacidade da realidade em caminhos “iluminados”²⁷, pelo controle dos fenómenos naturais, ou por curiosidade intelectual, é uma criação da mente humana com seus conceitos e ideias implicados em um caminho não linear, constante e complexo da evolução.

Diante de uma nova realidade, os cientistas percebem que precisam buscar nova forma de pensar para conseguir compreender os fenómenos da vida e as relações entre os seres humanos. Tal exigência reflete não apenas nas ciências naturais, mas também nas ciências sociais, de forma que a mudança na visão de mundo deve ser feita no interior de um horizonte de apreensão dessa nova realidade repleta de perplexidades.

Nesta trajetória de construção e estabelecimento de bases e fundamentos na compreensão da realidade, surge o conhecimento científico em que as teorias científicas são derivadas de maneira vigorosa da obtenção dos dados da experiência adquiridos por observação e experimento²⁸.

É importante anotar que, no conhecimento científico²⁹, o pesquisador recorre à observação e à reflexão que faz sobre problemas que enfrenta e à experiência passada e atual dos homens na solução destes problemas, a fim de munir-se dos instrumentos mais adequados à sua ação e intervir

27 Luckesi, C. C., *Fazer universidade: uma proposta metodológica*, São Paulo, Cortez, 1985, p. 51.

28 Chalmers, A. F., *O que é ciência afinal?*, São Paulo, Brasiliense, 1994, p. 27.

29 «O discurso científico bem construído, sobretudo quando tem pretensões cognitivas, deve ser: 1) formalmente impecável (requisito sintático); 2) referir-se de maneira unívoca a estados da realidade (requisito semântico). Só assim pode se habilitar a 3) convencer (requisito pragmático) a comunidade de pesquisadores do valor explicativo das teses defendida» (Oliva, Alberto, *Filosofia da ciência*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2010).

no seu mundo para construí-lo adequado à sua vida³⁰, com respostas inteligentes e fundamentadas em teorias reflexivas e construídas em cada período histórico³¹.

O cientista lida com uma “estrutura organizada” de doutrinas já existentes e com situações da vida real que são reconhecidas como problemas nessa estrutura³² e, a partir daí, constrói e contrasta explicações, formulando teorias e práticas³³. O conhecimento científico é estruturado com dados de teorias reflexivas num contexto histórico-social.

Com a dinâmica evolutiva, o pensamento científico passa por mudanças que geram novos modelos explicativos de ver o mundo, de explicar o novo e de olhar para o passado. Nesta construção e elaboração do conhecimento científico, é importante acentuar sua condição de processo dinâmico de aquisição³⁴, apresentando a característica de falível³⁵, sendo daqueles cuja evidência evolutiva gera diferentes dimensões e hipóteses ao longo do tempo³⁶, com formulação rigorosa na modernidade³⁷, e uma constatação de descontinuidade imersa e atuante na concepção do mundo.

Ao constatar que o conhecimento avança de forma progressiva, seja pela construção, seja pela retificação³⁸, pode-se afirmar que o cientista lida com a realidade social extraída do dinamismo da vida individual e coletiva cujos

30 Chizzotti, A., *Pesquisa em ciências humanas e sociais*, São Paulo, Cortez, 1991.

31 «Ogni epoca storica ha conosciuto suoi miti specifici. Anche la nostra non si sottrae a questa sorta di legge dell'evoluzione sociale. Si pensi al mito dell' homo oeconomicus, al mito tecnologico, al mito dell'individualismo.» (Zamagni, Stefano, “Economia del dono”, in Agamben, Giorgio *et al.*, *Del cooperare: manifesto per una nuova economia*, Milano, Feltrinelli, 2012, p. 58).

32 Popper, Karl, *A lógica da pesquisa científica*, São Paulo, Cultrix, 2011, p. 23.

33 Popper, Karl, *La miséria del historicismo*, Madrid, Alianza, 1973, p. 45.

34 Kuhn, Thomas, “Logic of discovery or psychology of research”, in Lakatos, I.; Musgrave, A (org.), *Criticism and the growth of knowledge*, London, Cambridge University Press, 1970, pp. 1-2.

35 «A ciência em momento algum é totalmente exata, mas raramente é inteiramente errada, e tem, como regra, mais chance de ser exata do que as teorias não-científicas. É, portanto, racional aceitá-la hipoteticamente» (Russell, Bertrand, *My philosophical development*, Routledge, London, 1995, p. 13).

36 Popper, Karl, *A lógica da pesquisa científica*, *op. cit.*

37 Embora a busca por explicações racionais da realidade tenham sido iniciadas na Grécia Clássica, afirma-se que foi a partir da modernidade que a ciência se constitui como uma nova concepção de mundo (Gressler, L. A., *Introdução à pesquisa: projetos e relatórios*, São Paulo, Loyola, 2003, p. 27; Andery, Maria Amália *et al.*, *Para Compreender a Ciência: uma perspectiva histórica*, Rio de Janeiro, Espaço e Tempo, 1996, p. 20; Japiassú, Hilton, *A Revolução Científica Moderna: de Galileu a Newton*, São Paulo, Letras e Letras, 1997, p. 58).

38 Bachelard, G., *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*, Rio de Janeiro, Contraponto, 1996, p. 17.

produtos humanos encarnam valores que dão sentido às constelações singulares que constituem a história humana³⁹.

Essa leitura da realidade social pela ciência possibilita, além do discernimento do que é aceito ou não pela própria comunidade científica⁴⁰ e pela população em geral, a revelação de expressões humanas constantes nas estruturas, nos processos, nos sujeitos, nos significados e nas representações, em que o presente é marcado pelo passado e projetado para o futuro, num embate constante entre o que está dado e o que está sendo construído⁴¹.

Gray já alertava que a história não é progresso ou declínio, mas ganhos ou perdas recorrentes⁴². O avanço do conhecimento, ao nos guiar no mundo da vida, possibilitando o debate em torno dos seus problemas reais, gera novas perspectivas para a compreensão e explicação de certos aspectos da realidade.

O progresso na ciência é um processo contraditório marcado pelas revoluções do pensamento científico e pela construção de paradigmas, processo complexo e multifacetado, que, como modelos explicativos, considera problemas, elege métodos e permite o foco da pesquisa.

Desta forma, é necessário alocar a teoria dos paradigmas de Thomas Kuhn no quadro de produção do conhecimento científico, já que a ciência é um território que pode ser explorado a partir de paradigmas que caracterizam o conhecimento, de acordo com a explicação racional na busca da compreensão das coisas, sem excluir a análise da dinâmica evolutiva da própria ciência.

Essa diversidade de mudanças paradigmáticas da ciência é uma característica relevante da evolução do pensamento científico e corresponde à própria necessidade de referenciais teóricos que acompanhem as transformações dos valores, das crenças, dos conceitos e das ideias acerca da realidade.

39 Hughes, J., *A Filosofia da pesquisa social*, Rio de Janeiro, Zahar, 1980, p. 73.

40 Para Menon, a comunidade científica como parte da sociedade deve contribuir para as necessárias transformações sociais que podem implantar o desenvolvimento (Menon, M.G.K., "O papel da ciência no desenvolvimento sustentável", in *Estudos Avançados*, 6(15), 1992, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a10.pdf>, acesso em 28.04.2015).

41 Minayo, M. C. de S. (org.), *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*, Petrópolis, Vozes, 2000.

42 Gray, John, *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*, tradução de Maria Lucia de Oliveira, Rio de Janeiro, Record, 2005, p. 169.

A teoria de paradigmas de Kuhn se apresentou com destaque na década de 70, passando a ser usada na compreensão da realidade pela comunidade de cientistas, com o reconhecimento construtivo do conhecimento, em oposição à postura empirista-indutivista.

A concepção de Kuhn, com pressupostos inaceitáveis na perspectiva do positivismo lógico, propõe na compreensão da dinâmica de teorias que episódios revolucionários são um traço estrutural do desenvolvimento científico num sistema social que, além de controlar seus membros e atividades, também veicula orientações e representações cognitivas.

Na visão epistemológica de Kuhn, o modelo científico vigorante em certo momento histórico, no qual a comunidade científica adere, com a dinâmica evolutiva, é substituído pela introdução de novas premissas teóricas que passam a atuar em um sistema no meio social.

As novas premissas teóricas representam a complementação e/ou superação com a teoria paradigmática anterior, então predominante no pensamento científico, inspirando a ruptura renovadora da estrutura do conhecimento, fornecendo-lhe uma nova forma de colocar e resolver problemas.

O desencanto com o paradigma vigente é acompanhado, num ciclo de sucessividade, por uma substituição de princípios, onde basicamente se alternam períodos de ciência normal e ciência extraordinária. No modelo kuhniano, a produção do conhecimento científico passa por estágios sucessivos em que cada revolução científica altera a perspectiva histórica da comunidade que o experimenta, afetando a estrutura das publicações de pesquisa e dos manuais do período pós-revolucionário⁴³.

O período pré-paradigmático exige uma competição de tratativas e concepções, a fim de promover unidade e progresso no campo de investigação, e «é regulamente marcado por debates frequentes e profundos a respeito de métodos, problemas e padrões de solução legítimos – embora esses debates sirvam mais para definir escolas do que para produzir um acordo»⁴⁴.

Trata-se de um período de maturação de métodos, problemas e padrões de solução que culminem no período de ciência normal. Ao final dos debates pré-paradigmáticos, os cientistas desembocam num consenso sobre normas,

43 Kuhn, Thomas Samuel, *A estrutura das revoluções científicas*, São Paulo, Perspectiva, 1994, p. 14.

44 *Idem, ibidem*, p. 72.

regras, crenças e valores, fruto de estudos, projetos e reflexão profunda sobre as implicações teóricas e práticas do objeto da investigação.

No período de ciência normal, a comunidade de cientistas adere aos paradigmas, como as «realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência»⁴⁵.

Uma comunidade científica, ao aceitar um paradigma, adota um método ou modelo de teorias e maneiras de definir dados para solucionar de forma satisfatória às anomalias e questões que surgem da leitura da realidade, criando um referencial que possibilita a organização da sociedade⁴⁶.

Após detectado o paradigma, surge o seu desenvolvimento (fase da ciência normal), permitindo a capacitação dos estudiosos na compreensão da realidade. Antes de o paradigma tornar-se dominante, revogando-se o método e as crenças do modelo anterior, passa por período em que se introduz mudanças na formulação de problemas e suas resoluções.

Assim, o paradigma como modelo de conceitos e valores prevalece num certo momento histórico, através de teorias que o fundamentam e que influenciam nas atividades desenvolvidas. À medida que a história avança, sucessivas descobertas e mudanças acabam por mostrar um mundo diferente e/ou complementar do universo anterior.

Com o passar dos tempos, surgem novos problemas que escapam às explicações dos paradigmas vigentes (anomalia), gerando a necessidade de novas respostas. Detecta-se, neste caso, a crise do paradigma. E, quando a solução da crise é encontrada em novos paradigmas, ocorre a ruptura (revolução científica), seja por complementação ou substituição.

Assim, surge no mundo das ciências a mudança de paradigmas⁴⁷. Trata-se de uma nova maneira de pensar, de se relacionar e de agir para integração

45 *Idem, ibidem*, p. 13.

46 «Paradigmas ajudam o cientista a ver novos significados em dados antigos ou buscar novas informações para a solução de quebra-cabeças» (Novak, Joseph Donald, *Uma teoria da educação*, tradução de Marco Antônio Moreira, São Paulo, Pioneira, 1981, p. 28).

47 A palavra paradigma tem sua origem do grego *parádeima*, que significa modelo ou padrão (Vasconcellos, Maria José Esteves, *Pensamento sistêmico: novo paradigma da ciência*, Campinas, Papyrus, 2002); no mundo das ciências, paradigma são realizações científicas universalmente reconhecidas que, por um certo tempo, fornecem problemas e soluções para uma comunidade de profissionais (Kuhn, Thomas Samuel, *A estrutura das revoluções científicas*, *op. cit.*); «(...) o princípio, o modelo ou a

na nova realidade. Os novos paradigmas podem surgir baseados em rupturas totais ou não, sendo possível a existência simultânea e/ou interdependente entre paradigmas divergentes e também a continuidade de um paradigma a partir da aparição de outros novos paradigmas⁴⁸.

Este processo de mudança paradigmática, como um processo difícil e lento de renovação da concepção anterior de toda uma estrutura de ideias⁴⁹, envolve algumas análises no sentido de colaborar para a reconstrução do conhecimento sob novas perspectivas e em novas épocas históricas⁵⁰. Assim, quando surge um novo paradigma, temos um processo desenvolvido nos seguintes termos:

- a) *uma nova perspectiva*: uma nova estrutura de pensamento na compreensão do mundo, dos homens e das coisas, visando solução de velhos e novos problemas. O surgimento de novas descobertas com mudanças nas crenças e valores subjacentes à prática científica. Em relação às teorias aceitas no passado, pode-se dizer que os problemas ali surgidos receberam soluções possíveis. Acontece que as mudanças nas circunstâncias históricas e sociais tornam as teorias aceitas no passado falsas e/ou insuficientes, pois já não conseguem responder a novas perguntas e dar contas dos novos fenômenos;

regra geral, seja o conjunto das representações, crenças, ideias que se ilustram de maneira exemplar ou que ilustram casos exemplares" (Morin, Edgar, *Ciência com consciência*, tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2001, pp. 258-259).

48 «(...) o superado não deixa de existir, não recai no puro e simples nada; ao contrário, o superado é elevado a nível superior. E isso porque ele serviu de etapa, de mediação para a obtenção do resultado superior; certamente, a etapa atravessada não mais existe em si mesma, isoladamente como ocorria num estágio anterior; mas persiste no resultado, através de sua negação» (Lefebvre, Henri, "Lógica concreta (Dialética): a superação", in *Lógica formal/lógica dialética*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 1991, pp. 228-233); «Conhecer significa voltar-se para a realidade, e 'deixar falar' o nosso objeto, mas conhecer significa também apreender o mundo através de esquemas já conhecidos, identificar no novo a permanência de algo já existente ou reconhecível» (França, V.R.V., "Teorias da Comunicação: busca de identidade e dos caminhos", in *Rev. Esc. Biblioteconomia*, UFMG, 23, pp. 138-153).

49 Há coexistência de paradigmas, sendo que o antecessor apenas perde sua centralidade, mas continua atuante na sociedade (De Masi, Domenico (org.), *A sociedade pós-industrial*, tradução de Anna Maria Capovilla e outros, São Paulo, Senac, 2000, p. 29).

50 «(...) a ciência segue o seguinte modelo de desenvolvimento: uma sequência de períodos de ciência normal, nos quais a comunidade de pesquisadores adere a um paradigma, interrompidos por revoluções científicas (ciência extraordinária). Os episódios extraordinários são marcados por anomalias/crises no paradigma dominante, culminando com sua ruptura.» (Ostermann, F., "A Epistemologia de Kuhn", in *Caderno Catarinense de Ensino de Física*, v. 13, n. 3, 1996, p. 185).

- b) *falta de tipicidade*: os velhos paradigmas são insuficientes como modelo explicativo. Nesta esteira, para Kuhn, as referências teóricas que fornecem respostas são chamadas de paradigmas, que, por sua vez, sofrem rupturas e superações na dinâmica evolutiva, surgindo revoluções científicas⁵¹. Fala-se em *crise paradigmática*, com o reconhecimento de que os acontecimentos e problemas da realidade não se encaixam dentro do padrão de soluções modulares, provocando um mal-estar na comunidade científica;
- c) *amplitude*: o novo paradigma pode introduzir uma nova percepção, uma visão mais ampla do conhecimento tradicional, conciliando aparentes contradições⁵²;
- d) *mudança de postura*: a adesão à nova ideia deve ser percebida de forma imediata resultando numa ampliação de conhecimentos. A conscientização da comunidade científica é sinal de maturidade científica no entendimento de ser momento oportuno para uma melhor compreensão do conhecimento. Os problemas da realidade social podem ser compartilhados por diferentes paradigmas de forma complementar. Nem sempre os paradigmas são progressivos, podendo falar-se, inclusive, em progresso cumulativo⁵³.

A mudança de paradigmas é originada da constatação de que a teoria científica é dinâmica, e traduzida num processo de construção de novas formas de pensar e entender a realidade, e superação de outros modelos de racionalidade.

Essas mudanças encontram-se de tal forma imbricadas nas estruturas sociais que se torna necessário considerar a atividade do cientista sob o

51 «(...) as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias (...): uma teoria científica, após ter atingido o status de paradigma, somente é considerada inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la. (...) Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, bem como sua comparação mútua.» (Kuhn, Thomas Samuel, *A estrutura das revoluções científicas*, *op. cit.*, pp. 107-108).

52 «(...) muitas observações intrigantes acumulam-se fora do antigo modelo explicativo, forçando-o a modificar-se (...) Uma nova e poderosa percepção explica as aparentes contradições. É introduzido um novo princípio (...) uma nova perspectiva. Forçando uma teoria mais ampla, a crise não é destrutiva, e sim instrutiva (...) Por sua perspectiva mais ampla, transforma o conhecimento tradicional e as novas e persistentes observações, conciliando as aparentes contradições. O novo paradigma é mais produtivo que o antigo. Prevê com mais precisão. E, além do mais, escancara portas e janelas a novas explorações» (Ferguson, Marilyn, *A conspiração aquariana*, tradução de Carlos Evaristo M. Costa, Rio de Janeiro, Record, Nova Era, 2000, pp. 1-42).

53 Laudan, Larry, *op. cit.*

influxo de fatores sociais, externos ao conhecimento científico, sem descurar da causalidade intrínseca do domínio interno da ciência.

Pensar e escrever sobre a mudança científica além de instigante é refletir sobre ideias e coisas dentro da contingência e heterogeneidade dos processos históricos, evidenciando as influências socioculturais nos conteúdos cognitivos, sendo lógico considerar na linha de entendimento de Shapin & Schaffer que soluções para problemas de conhecimento são soluções para problemas de ordem social⁵⁴.

A imagem que caracteriza de forma mais original as relações entre paradigmas nos dias atuais parece-me ser, sem dúvida, a de um *período de transição paradigmática*⁵⁵, em que a dinâmica da realidade exige novos paradigmas que consigam melhor explicar os problemas contemporâneos.

Esta imagem espelha de forma muito sugestiva os dilemas e os desafios epistemológicos que existem no século XXI, em que múltiplos e inter-relacionados problemas evidenciam a existência de um estado de mal-estar⁵⁶.

O sociólogo alemão Ulrich Beck chama a nossa sociedade contemporânea de sociedade global do risco, uma verdadeira “caixa de pandora” que promove o crescente e contínuo processo de liberação aleatória de “novos riscos” que redundam no retorno da incerteza, da imprevisibilidade e da insegurança, em suas dimensões cognitiva e normativa⁵⁷. Já o sociólogo britânico Anthony Giddens chama de “crise do controle”, concebida como perda de domínio sobre o mundo, em virtude do surgimento de perigos novos⁵⁸.

Por isso, reconhece-se, aos novos problemas, verdades novas e, a partir desse processo, é estabelecido um diálogo com a realidade permeado de

54 Shapin, Steven & Schaffer, Simon, *Leviathan and the air-pump: Hobbes, Boyle and The Experimental Life*, Princeton, Princeton University Press, 1985.

55 «(...) a definição da transição paradigmática implica a definição das lutas paradigmáticas, ou seja, das lutas que visam aprofundar a crise do paradigma dominante e acelerar a transição para o paradigma ou paradigmas emergentes.» (Santos, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, São Paulo, Cortez, 2000, v. 1, p. 19).

56 Bauman, Zygmunt, *O mal-estar da pós-modernidade*, Rio de Janeiro, Editora Jorge Zahar, 1998.

57 Beck, Ulrich, *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, tradução de Sebastião do Nascimento, São Paulo, Editora 34, 2011.

58 Giddens, Anthony, *As consequências da modernidade*, tradução de Raul Fiker, São Paulo, Editora UNESP, 1991, pp. 133 e ss.

evidências e resistências, com a produção de conhecimentos que enfrentem os desafios decorrentes das novas necessidades da época.

Em relação à economia colaborativa no contexto das relações sociais e sistemas específicos de produção e circulação de bens e serviços⁵⁹, instituto da pós-modernidade⁶⁰, o diálogo com a realidade pressupõe considerar esse “novo” modelo econômico como um paradigma⁶¹ em construção apresentado de certo modo como uma intenção “revolucionária”, já que representa uma substituição de modelos de compreensão de uma realidade⁶², embora não seja um fenômeno novo, pois a colaboração/compartilhamento era prática coletiva sedimentada no cotidiano social nos primórdios da civilização.

59 «(...) Não só como um conjunto de novos modelos empresariais que fornecem bens e serviços, mas também como uma nova forma de integração entre economia e sociedade, no âmbito da qual a prestação de serviços assenta numa grande variedade de relações em que se combinam relações econômicas e sociais e se criam novas formas de comunidade e novos modelos empresariais» (Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de junho de 2017, sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa (2017/2003(INI)), disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_PT.html, acesso em 05.07.2018.

60 «O conceito de pós-modernidade faz parte do pensamento social porque nos alerta para algumas mudanças sociais e culturais importantes que estão acontecendo neste final de século XX» (Lyon, David, *Pós Modernidade*, São Paulo, Paulus, 1998, p. 09); «Não há como buscar uma verdade que se chama pós-modernidade. Mas há, sim, como colocar em evidência a construção de sentido sobre um processo de *recomposição* de diversos elementos (políticos econômicos, culturais, religiosos etc.), que leva à emergência do que se tem chamado hoje de pós-modernidade» (Esperandio, Mary Rute Gomes, *Para entender pós-modernidade*, São Leopoldo, Sinodal, 2007, p. 9); «(...) emergência de novos aspectos formais da cultura com a emergência de um novo tipo de vida social e com uma nova ordem econômica» (Jameson, Fredric, “O pós-moderno e a sociedade de consumo”, in Kaplan, E. Ann (org.), *O mal-estar no pós-modernismo: teorias e práticas*, tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1993, p. 27); «O pós-moderno é muito mais a fadiga crepuscular de uma época que parece extinguir-se ingloriosamente que o hino de júbilo de amanhã que despontam.» (Rouanet, Sérgio P., *As razões do iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1987, pp. 229-277); Harvey, David, *Condição pós-moderna*, São Paulo, Edições Loyola, 1992; Santos Filho, J.C., “Universidade, Modernidade e Pós-Modernidade”, in Santos Filho, J.C. & Moraes, S.E. (orgs.), *Escola e Universidade na Pós-Modernidade*, Campinas, Mercado das Letras, 2000, pp. 25-60; Trigo L., *A Sociedade Pós-Industrial e o Profissional em Turismo*, Papyrus Editora, 2000, p. 44; Lyotard, Jean François, *A condição pós-moderna*, São Paulo, Editora Paz e Terra, 2012.

61 «Os paradigmas fazem a ponte entre a teoria e a realidade por meio da elaboração de teses científicas que são utilizadas na elaboração de programas e sistemas, na execução de políticas, de projetos de desenvolvimento. Estes têm como referências os conhecimentos construídos a partir de determinada visão de mundo que projeta as ações necessárias para a transformação da realidade.» (Arendt, Hannah, “O que é política?”, in *O que é política?*, tradução de Reinaldo Guarany, Rio Janeiro, Bertrand Brasil, 1998, pp. 21-25).

62 «Em vez da eternidade, a história; em vez do determinismo, a imprevisibilidade; em vez do mecanicismo, a interpenetração, a espontaneidade e a auto-organização; em vez da reversibilidade, a irreversibilidade e a evolução; em vez da ordem, a desordem; em vez da necessidade, a criatividade e o acidente» (Santos, Boaventura de Sousa, *op. cit.*, pp. 70-71).

As mudanças qualitativas que exigem uma reformulação dos esquemas teóricos com os quais se apreendem e transmitem a economia colaborativa como uma nova forma de pensar a atividade econômica frente aos desafios do mercado e as práticas correntes, no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas como mercado aberto para utilização temporária de bens e/ou serviços⁶³, devem por conta do universo pós-moderno subjacente ter como exigência a readaptação às transformações históricas sofridas pela sociedade, levando em conta dois pilares essenciais:

- a) o reconhecimento dos direitos fundamentais não somente como prestações aos poderes estatais, mas também como valores importantes em uma comunidade política, constituindo as bases da ordem jurídica da coletividade⁶⁴;
- b) com a conquista do Estado de Direito Material, a irradiação de valores materiais e axiológicos contidos na Constituição nas relações humanas, como representação que certa comunidade faz da sua ordenação e do seu destino à luz dos princípios jurídicos⁶⁵. É a influência dos valores e princípios constitucionais nas relações sociais e na ordem jurídica, com a conseqüente adaptação dos institutos e estruturas da disciplina com os fundamentos constitucionais.

4. O Direito como fonte de regulamentação jurídica⁶⁶

O Direito, enquanto ordem normativa, é instrumento da segurança jurídica⁶⁷, já que, por meio do estabelecimento de normas jurídicas, tem o

63 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, uma agenda europeia para a economia colaborativa, Bruxelas, 02.06.2016 COM (2016) 356 finais, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2016:0356:FIN>, acesso em 05.08.2017.

64 Sarmento, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Livraria Lumen Juris, 2006.

65 Andrade, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Editora Almeda, 1983, p. 56.

66 «Direito é a ordenação das relações de convivência» (Grinover, Ada Pellegrini; Araújo Cintra, Antônio Carlos; Dinamarco, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2007); «A sociedade sem o direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida.» (Durkheim, Émile, *As regras do método sociológico*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1960). O direito surge quando a pessoa conhece a realidade, de forma a poder prever as situações, e por consequência realizar planejamento de vida. Se o cidadão sabe de antemão o que pode acontecer, prever os efeitos do seu comportamento, do comportamento dos outros, inclusive do Estado, terá garantia de estabilidade e certeza na vida.

67 O direito é o que se precisa para que o povo possa alcançar a sua estabilidade (Carnelutti, Francesco, *A Arte do Direito*, São Paulo, Bookseller Editora, 2005).

papel de reger as relações humanas, de forma a garantir coexistência social pacífica⁶⁸. A formulação do complexo normativo numa sociedade exprime a exigência necessária de ordem nas inter-relações convivenciais⁶⁹, prevenindo conflitos e possibilitando estabilidade, harmonia e equilíbrio na vida social⁷⁰.

Parece haver um consenso entre os estudiosos que tratam da regulamentação jurídica da vida humana que com ela se impõe a lógica da juridicidade. Trata-se do reconhecimento da pluralidade de fontes normativas como forma de lidar com situações inéditas e emergentes provocadas pelas constantes, sucessivas e significativas transformações sociais.

Com efeito, na economia colaborativa, como fenómeno em rápida evolução, pluralizado para atender a comunidades e cidades por todo o mundo, num processo de reajuste constante do processo com as tradições da história, produzindo um redimensionamento da realidade económica tradicional, torna-se relevante o reconhecimento desta juridicidade como garantia efetiva da correção e da lealdade da integração dos vários agentes económicos no mercado e de sua igualdade material em termos concorrenciais.

A regulação estatal no domínio económico, seja no plano normativo, seja no âmbito administrativo, traduz competência constitucionalmente assegurada ao poder público, cuja atuação – destinada a fazer prevalecer os vetores condicionantes da atividade económica [Constituição da República Federativa do Brasil (CF), art. 170] – é justificada e ditada por razões de interesse público, especialmente aquelas que visam preservar a segurança da coletividade.

68 «É sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo que enseja às pessoas a possibilidade de ser orientarem, graças à ciência que, de antemão, lhes é dada sobre o que devem ou que podem fazer, por lhes ser obrigatório ou conveniente, e o que não devem, não podem ou não lhes convém fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. Com isto, os sujeitos de direito podem ter uma certa segurança em relação ao futuro, o qual se lhes apresenta, então, com alguma estabilidade no que atina aos efeitos que terão amanhã os comportamentos que praticarem hoje» (Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Grandes Temas de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 12).

69 «A regra de direito é social pelo seu fundamento, no sentido de que só existe porque os homens vivem em sociedade.» (Duguit, Leon, *Fundamentos do Direito*, revisão e tradução de Marcio Pugliesi, São Paulo, Ícone, 1996).

70 «Uma das principais funções das instituições sociais é criar estruturas de ordem e estabilidade nas relações entre membros da comunidade. Cabe ao direito acrescentar a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de segurança jurídica.» (Machado, João Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1999).

A obrigação do Estado, impregnada de qualificação constitucional, de proteger a integridade de valores fundados na preponderância do interesse social e na necessidade de defesa da incolumidade pública legitima medidas governamentais, no domínio econômico, decorrentes do exercício do poder de polícia, a significar que os princípios que regem a atividade empresarial autorizam, por efeito das diretrizes referidas no art. 170 da CF, a incidência das limitações jurídicas que resultam do modelo constitucional que conforma a própria estruturação da ordem econômica em nosso sistema institucional⁷¹.

5. Diálogo sistematizador e transversal do direito regulamentador da economia colaborativa

A economia colaborativa, visando equilíbrio nas relações humanas com o uso partilhado de bens e serviços, numa lógica de alteridade e valores cooperativos, na sua estruturação jurídica, além de encontrar-se dispersa nas várias regulamentações genéricas e buscar elementos reguladores em todos os ramos do Direito, se identifica pela preocupação de interesse público no controle do mercado e na proteção dos próprios competidores e consumidores.

A juridicidade, numa concepção garantista, deve representar o fortalecimento da livre iniciativa, do livre mercado e do empreendedorismo, num ambiente favorável para o crescimento e competitividade, como geração de novas oportunidades de emprego, de regimes de trabalho flexíveis e de novas fontes de rendimento⁷².

Com efeito, o importante para qualquer regulamentação jurídica dessa estrutura econômica, cuja eficácia representa um novo olhar sobre os comportamentos de mercado, é o comprometimento com a conjugação equilibrada do bem-estar, desenvolvimento nacional, proteção ambiental e justiça social.

Além da conjugação equilibrada, entendemos a necessidade da regulamentação estatal a fim de promover uma concorrência leal com outros serviços, evitando o abuso de mercado, bem como corrigir ações irracionais do

71 [RE 597.165 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 4-11-2014, 2ª T, DJE de 9-12-2014.]

72 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, uma agenda europeia para a economia colaborativa, *op. cit.*

mercado. Ao mesmo tempo, essa regulamentação, além de técnica, deve estabelecer parâmetros principiológicos vinculados à inovação.

Os princípios norteadores na condução da economia colaborativa funcionarão como instrumentos de compreensão da realidade, gerados num contexto histórico, científico e social, que possibilitam previsibilidade no sentido de funcionamento e planejamento da vida das pessoas em sociedade. São construções teóricas estruturantes que funcionam como padrão ou modelo ordenador das relações sociais.

A conscientização e a concretização desses parâmetros jurídicos permitem a compreensão da realidade e do sistema jurídico, gerando a possibilidade de análise crítica com debates e sugestões, características de um processo evolutivo. É caminhar de um conhecimento de regulação para um conhecimento por emancipação.

Além da necessidade dos princípios jurídicos, evitando que os efeitos dos comportamentos de agentes econômicos sejam lesivos de interesses socialmente desejáveis, constata-se a ausência dessa normatização jurídica na viabilização eficiente e equilibrada dos modelos empresariais integrantes da economia colaborativa e potencializados pela influência das tecnologias digitais, como ferramentas inovadoras baseadas no compartilhamento, permitindo que as pessoas acedam aos bens e/ou serviços, e que gera otimização na localização de recursos e agregação de pessoas com interesses comuns, formando comunidade de interações⁷³.

6. Aspectos na regulamentação jurídica da economia colaborativa

Na regulamentação jurídica da economia colaborativa, podemos enumerar os seguintes aspectos:

- a) **Novidade:** a economia colaborativa como um novo modelo econômico assentado no uso partilhado de bens e serviços, e potencializado pela inovação e plataformas eletrônicas, articula padrões e esquemas novos de atuação, exigindo elementos normativos compatíveis. Certos princípios e leis que modelaram o pensamento

⁷³ Shirky, Clay, *A cultura da participação. Criatividade e Generosidade no mundo conectado*, Rio de Janeiro, Zahar, 2011; Rifkin, J., *A era do acesso*, São Paulo, MackronBooks, 2001; Fontenelle, I., "Mídia, acesso e mercado de experiência", in *Revista Contratempo*, n.º 10/11, 2004.

econômico tradicional⁷⁴ passam a ser revistos pelo desenvolvimento de modelos de negócios baseados na partilha, troca, permuta, aluguer ou comércio de serviços, facilitados por uma plataforma *online*. A economia colaborativa surge como um fenômeno disruptivo em sua existência⁷⁵, já que pressupõe a não aceitação dos esquemas de produção e regulatórios vigentes sobre o campo de ação e interação nas relações humanas, visando a necessidade de mudanças de referenciais como resposta a novas problemáticas da ordem econômica⁷⁶.

- b) **Especificidade:** considerada como uma prática econômica de compartilhamento de bens e serviços, possui particularidades que devem ser levados em conta na estruturação jurídico-normativa⁷⁷. Por exemplo, na Uber, em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma⁷⁸.
- c) **Livre concorrência:** devem ser evitados os abusos do poder econômico, visando garantir aos agentes econômicos a oportunidade de competirem de forma justa no mercado. A competição deve ser norteada pelas seguintes diretrizes: 1) deve ser feita em segmen-

74 «As novas práticas econômicas não se adequam de forma plena aos pressupostos do pensamento econômico tradicional, principalmente no que diz respeito ao comportamento dos agentes no mercado. Há violação das premissas fundamentais na construção ontológica do homem econômico. Os princípios diferenciam das práticas econômicas do mercado tradicional ou escapam da ortodoxia inflexiva da concepção clássica de mercado (exocentrismo): 1) mercado explorador com preços abusivos e serviços desleixados para uma experiência mais digna e justa; 2) Além de criarem novos mercados e de permitirem a expansão dos mercados existentes, as empresas do setor da economia colaborativa acedem a mercados onde até aqui operavam prestadores de serviços tradicionais» (Gerhard, Felipe; Júnior, Jeová Torres Silva; Câmara, Samuel Façanha, "Tipificando a Economia do Compartilhamento e a Economia do Acesso", in *Organizações & Sociedade*, vol. 26, no. 91, Salvador Oct./Dec. 2019, Epub Oct. 07, 2019).

75 Lerbinger, Otto, *The crisis manager: facing risk and responsibility*, Mahwah, New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 1997, p. 6.

76 Keller, C. I.; Baptista, P., "Porque, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas", in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, set./dez. 2016, pp. 123-163, disponível em: <https://goo.gl/dghBgn>, acesso em 12.05.2019; Ranchordás, S., "Innovation experimentalism in the age of the sharing economy, information society project", in *Lewis & Clark Law Review*, Portland, v. 19, n. 4, 2015, pp. 871-924, disponível em <https://goo.gl/VWWhva>, acesso em: 12.06.2020.

77 Frazão, A., "Tecnologia e regulação dos «novos serviços»", in *JOTA*, São Paulo, 6 out. 2016, disponível em <https://goo.gl/9wqmXt>, acesso em: 06.05.2019.

78 Informativo n.º 665/19, disponível em <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=UBER&operador=e&b=INFJ>, acesso em: 24.03.2020.

to lícito; 2) objetivar êxitos econômicos, de acordo com as leis de mercado; 3) contribuir para o desenvolvimento nacional e justiça social; 4) tutelar o mercado e o consumidor; 5) o Estado deve criar órgãos para manter a concorrência lícita e leal.

- d) Defesa do consumidor:** na perspectiva consumerista, a economia colaborativa partilha bens e/ou serviços, proporcionando maior oferta e preços mais baixos. A tradição consumerista, que se havia firmado nos excessos do hiperconsumo que culminaram com a geração de exclusão social, passando pela ênfase da posse de bens, sofreu um forte influxo do acesso partilhado com satisfação de necessidades reais do consumidor, além de possibilitar a troca em caso de necessidade. Ganha, assim, relevante importância prática a ideia do consumo colaborativo⁷⁹, pois se define como modelo econômico no qual os bens ou serviços são partilhados, redefinidos através da tecnologia moderna e das comunidades. Neste contexto, a regulamentação jurídica propõe a defesa do consumidor, feita através de legislação protetiva, instituições adequadas, do bem-estar com produtos e serviços de maior qualidade, preços mais vantajosos e qualidade na distribuição de bens produzidos ou criados na sociedade, com divisão justa ou com possibilidade razoável de aquisição e interferência do Estado na relação de consumo para evitar abusos do poder econômico.
- e) Defesa do meio ambiente:** a exploração da atividade econômica feita de acordo com a capacidade dos ecossistemas, a não utilização predatória de recursos não renováveis, o consumo e o desenvolvimento devem ser sustentáveis, no sentido de respeitar o meio ambiente e garantir qualidade de vida (progresso não é desenvolvimento desenfreado, mas valorização humana); práticas respeitadas do meio ambiente que privilegiem a qualidade de vida.
- f) Busca do pleno emprego:** significa oferecer oportunidade de empregos a quem tem condições de exercer atividade produtiva; o Estado deve adotar políticas que fomentem tal busca, de forma a valorizar o trabalho humano e a justiça social; é princípio diretivo

79 «(...) Não é uma ideia nova, mas sim o renovar de uma prática que beneficia da tecnologia atual para que o serviço seja muito mais eficiente e ajustável à escala (...) os consumidores querem possuir menos, mas beneficiar mais. Ao oferecerem alternativas cómodas e, muitas vezes, mais econômicas, as iniciativas de consumo colaborativo otimizam os recursos já disponíveis e evitam que se fabriquem novos produtos desnecessários. Em última análise, partilhar é rentável e sustentável» (Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI. 2014/C 177/01, publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* em 11.6.2014, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=LT>, acesso em: 20/5/2017).

na economia que se opõe às políticas recessivas. No caso da Uber, a proibição legal do livre exercício da profissão de transporte individual remunerado afronta o princípio da busca pelo pleno emprego, insculpido no art. 170, VIII, da CF, pois impede a abertura do mercado a novos entrantes, eventualmente interessados em migrar para a atividade como conseqüência da crise econômica, para promover indevidamente a manutenção do valor de permissões de táxi⁸⁰.

- g) Redução das desigualdades regionais e sociais:** a meta é a igualdade substancial, ou seja, buscar as mesmas condições econômicas e sociais; orientar a intervenção do Estado na economia, no sentido de melhorar a distribuição de riquezas ou a renda nacional para proporcionar um aumento do nível de vida, da consciência, de educação e de cultura das camadas inferiores da população, assegurando a cada membro o mínimo necessário. É objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.
- h) Controle judicial:** compete ao Judiciário, à luz do sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição brasileira, invalidar atos normativos que estabeleçam restrições desproporcionais à livre iniciativa e à liberdade profissional. A Constituição impõe ao regulador, mesmo na tarefa de ordenação das cidades, a opção pela medida que não exerça restrições injustificáveis às liberdades fundamentais de iniciativa e de exercício profissional (art. 1º, IV, e 170; art. 5º, XIII, CF)⁸¹.
- i) Proporcionalidade:** qualquer medida cerceadora da atuação da iniciativa privada na ordem econômica que seja válida teria de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade em sua tríplíce dimensão: a) adequação: deve ser compatível aos fins a que se destina; b) necessidade: a medida deve ser necessária para o atingimento dos referidos fins – o que decorreria da inexistência de mecanismos mais brandos para que sejam alcançados os resultados pretendidos; c) proporcional em sentido estrito: propiciar benefícios que superem, sob o ângulo dos valores constitucionais em jogo, os ônus impostos aos agentes econômicos e a sociedade, que sofrerão os efeitos da restrição imposta⁸².

80 [ADPF 449, rel. min. Luiz Fux, j. 8-5-2019, P, DJE de 2-9-2019.]

81 [ADPF 449, rel. min. Luiz Fux, j. 8-5-2019, P, DJE de 2-9-2019.]

82 Sarmento, D., "Parecer: Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte individual de passageiros: «O caso Uber»", São Paulo, Conjur, 2015, disponível em <https://goo.gl/Nb9iG8>, acesso em: 06.05.2017.

- j) **Integração:** eficiência dos mercados ajustada com o rendimento mínimo para a dignidade humana e à complexidade do mundo natural; adaptação dos custos com a capacidade econômico-financeira (manejo eficiente dos recursos e fluxo permanente de investimentos públicos e privados); consumo colaborativo; responsabilidade ambiental pelas emissões, com redução do desperdício e aumento da eficiência no uso dos recursos naturais; a preocupação com a redução das desigualdades sociais fundamentada nas estratégias da solidariedade intergeracional, defesa do patrimônio cultural e a efetividade dos direitos sociais⁸³.

7. Marco regulatório da economia colaborativa

Uma reflexão sobre o funcionamento da economia colaborativa conduz-nos a conclusão da necessidade de normas, leis e diretrizes que regulem o seu funcionamento. A busca de um marco regulatório é a solução adotada para garantir a continuidade, qualidade e a confiabilidade das atividades facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, baseada na distribuição horizontal: pautado na relação entre pessoas e que exploram o conceito de acesso ao invés de posse.

Neste contexto, interessa-nos destacar e enfatizar a situação no Brasil desta regulamentação jurídica, cuja criação é fundamental para estimular a confiança de investidores e consumidores e para o bom andamento do setor:

- 1) **debate temático:** a regulamentação jurídica foi alvo de debates em abril e maio de 2018, na Comissão Especial do Marco Regulatório da Economia Colaborativa na Câmara dos Deputados, cujos pontos fundamentais de análise foram: responsabilidade, avaliação da confiança, relação de emprego e tributação⁸⁴. Os principais desafios são não inibir a inovação e criar segurança jurídica pela proteção de dados;

83 Banco Mundial, *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 1992 – Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1992; Kennedy, Paul, *Preparando para o Século XXI*, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1993; Conferência Mundial sobre a Conservação e o Desenvolvimento, da IUCN (Ottawa, Canadá, 1986); O Relatório Brundtland, de 1987, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; Raynaut, Claude; Zaroni, Magda, “La construction d’interdisciplinarité et formation intégrée de l’environnement et du développement”, Paris, UNESCO (document préparé pour la réunion sur les modalités de travail des chaires UNESCO du développement durable), Curitiba, 1-4 Juillet, 1993 (mimeo).

84 <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/cesp-marco-regulatorio-da-economia-colaborativa>.

2) criação da confiança: a instrumentalidade da confiança se põe em evidência, num contexto contemporâneo, no âmbito da economia colaborativa, como uma necessidade exigida para partilha de recursos, transcendendo sua função local e/ou institucional, para se tornar distribuída, desde que haja elementos conjugados que certifiquem segurança da ideia, da plataforma e da reputação do procedimento econômico na transação digital⁸⁵.

Nesta linha, os modelos empresariais na economia colaborativa só podem funcionar no mercado de negócios, como reais conquistas em benefício das sociedades com modelos de consumo sustentáveis, desde que haja construção permanente como uma tríplice estratégia: **a) transparência:** redução de assimetria informacional entre os intervenientes na transação digital, com a manutenção de um fluxo de informações de fácil acesso e úteis à prática econômica e que sejam pertinentes, confiáveis, inteligíveis e oferecidas no momento oportuno; **b) responsabilidade:** boa reputação com mecanismos de justificativa, de *feedback*, explicações, avaliações por pontos e revisões por escrito, sempre de forma consistente e especificada; **c) segurança:** criação de medidas de autenticação e garantias, inclusive em plataformas inovadoras e atualizadas com métodos e ferramentas da evolução tecnológica, mantendo a qualidade.

85 Sundararajan, A., *The sharing economy. The end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, MA, MIT Press, 2016; Zervas, G.; Proserpio, D.; Byers, J., "A first look at online reputation on Airbnb, where every stay is above average", Working Paper, Jan. 2015.

Referências

- Abbagnano, N., *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- Akerlof, G. A., "The market for «Lemons»: quality uncertainty and the market mechanism", in *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 01 August 1970, pp. 488-500.
- Akutsu, L.; Pinho, J. A. G., "Sociedade da informação, accountability, e democracia delegada: investigação em portais de governo no Brasil", in *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, set. /out. 2002, pp. 723-745.
- Andery, Maria Amália et al., *Para Compreender a Ciência: uma perspectiva histórica*, Rio de Janeiro, Espaço e Tempo, 1996.
- Andrade, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Editora Almeda, 1983.
- Arendt, Hannah, "O que é política?", in *O que é política?*, tradução de Reinaldo Guarany, Rio Janeiro, Bertrand Brasil, 1998.
- Arrow, K., *The limits of organization*, New York, Norton, 1974.
- Bachelard, G., *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*, Rio de Janeiro, Contraponto, 1996.
- Bauman, Zygmunt, *O mal-estar da pós-modernidade*, Rio de Janeiro, Editora Jorge Zahar, 1998.
- _____, *Modernidade líquida*, Rio de Janeiro, Zahar, 1998.
- _____, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, tradução de Plínio Dentizien, Rio de Janeiro, Zahar, 2003.
- Bauman, Zygmunt & Bordoni, Carlo, *Estado de Crise*, tradução de Renato Aguiar, Rio de Janeiro, Zahar, 2016.
- Bazzo, W.A., *Ciência, Tecnologia e Sociedade: e o contexto da educação tecnológica*, Florianópolis, Ed. da UFSC, 1998.
- Beck, Ulrich, *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, tradução de Sebastião do Nascimento, São Paulo, Editora 34, 2011.
- Bergel, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- Bobbio, Norberto, *Dicionário de Política*, Brasília, UnB, 1992.
- Botsman, R; Rogers, R., *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*, Porto Alegre, Bookman, 2011.
- Brito, Glauca da Silva, *Educação e Novas Tecnologias: um re-pensar*, Curitiba, Ibipex, 2008.

Bunge, M., *Treatise on basic philosophy. v.7: Philosophy of science and technology*, Dordrecht, Reidel, 1985.

Cardoso, T. F. L., “Sociedade e Desenvolvimento Tecnológico: Uma Abordagem Histórica”, in Grinspun, M.P.S.Z. (org.), *Educação Tecnológica: Desafios e Perspectivas*, São Paulo, Cortez, 2001.

Carnelutti, Francesco, *A Arte do Direito*, São Paulo, Bookseller Editora, 2005.

Carvalho, M. G., “Tecnologia e Sociedade”, in *Tecnologia e Interação*, João A. S. L. Bastos (org.), *Coletânea “Educação e Tecnologia”*, PPGTE-CEFET, Curitiba, CEFET-PR, 1998.

Casalta Nabais, José, “Qual o Melhor Sistema Fiscal para o Século XXI?”, in *Revista de Estudos Tributários*, Ano XXII, n.º 127, maio-jun. 2019.

Castells, Manuel, *A sociedade em rede*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

Cavalcanti Filho, Theophilo, *O Problema da Segurança no Direito*, São Paulo, RT, 1964.

Chalmers, A. F., *O que é ciência afinal?*, São Paulo, Brasiliense, 1994.

Chaplin, C., *Modern times*, Continental Filmes, 1936.

Chizzotti, A., *Pesquisa em ciências humanas e sociais*, São Paulo, Cortez, 1991.

Coing, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, tradução de Juan Manuel Mauri. Barcelona, Ed. Ariel, 1961.

Côrrea, Juliana, “Novas tecnologias de informação e da comunicação: novas tecnologias de ensino e aprendizagem”, in Coscarelli, Carla Viana (org.), *Novas tecnologias, novos textos, novas formas de pensar*, Belo Horizonte, Autentica, 2002.

Dallari, Dalmo de Abreu, *Segurança e Direito. O renascer do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1980.

Davenport, Thomas H.; Prusak, Laurence, *Conhecimento Empresarial: como as organizações gerenciam o seu capital intelectual*, Rio de Janeiro, Campus, 1998.

Delpiazzo, Carlos e, “El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual”, in *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, disponível em revistaderecho.um.edu.uy.

De Masi, Domenico (org.), *A sociedade pós-industrial*, tradução de Anna Maria Capovilla e outros, São Paulo, Senac, 2000.

Diniz, M. H., *Dicionário jurídico*, v. 3, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 337.

Duguit, Leon, *Fundamentos do Direito*, revisão e tradução de Marcio Pugliesi, São Paulo, Ícone, 1996.

Durkheim, Émile, *As regras do método sociológico*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1960.

Esperandio, Mary Rute Gomes, *Para entender pós-modernidade*, São Leopoldo, Sinodal, 2007.

- Ferguson, Marilyn, *A conspiração aquariana*, tradução de Carlos Evaristo M. Costa, Rio de Janeiro, Record, Nova Era, 2000.
- Ferrater-Mora, J., *Dicionário de filosofia*, 2. ed., São Paulo, Loyola, t. 1-4, 2004.
- Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, Atlas, 2003.
- Fligstein, N., *The architecture of markets: an economic sociology of capitalist societies*, Princeton, Princeton University Press, 2001.
- Fontenelle, I., "Mídia, acesso e mercado de experiência", in *Revista Contratempo*, n.º 10/11, 2004.
- França, V.R.V., "Teorias da Comunicação: busca de identidade e dos caminhos", in *Rev. Esc. Biblioteconomia*, UFMG, 23, pp. 138-153.
- Frazão, A., "Tecnologia e regulação dos «novos serviços»", in *JOTA*, São Paulo, 6 out. 2016, disponível em <https://goo.gl/9wqmXt>.
- Garrone, J. A., *Dic. Juríd.*, Abeledo-Perrot, T. III, Bs. As., 1987.
- Gerhard, Felipe; Júnior, Jeová Torres Silva; Câmara, Samuel Façanha, "Tipificando a Economia do Compartilhamento e a Economia do Acesso", in *Organizações & Sociedade*, vol. 26, no. 91, Salvador Oct./Dec. 2019, Epub Oct. 07, 2019.
- Giddens, Anthony, *As consequências da modernidade*, tradução de Raul Fiker, São Paulo, Editora UNESP, 1991.
- _____, *Modernidade e identidade*, traduzido por Plínio Dentizien, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2002.
- Gray, John, *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*, tradução de Maria Lucia de Oliveira, Rio de Janeiro, Record, 2005.
- Gressler, L. A., *Introdução à pesquisa: projetos e relatórios*, São Paulo, Loyola, 2003.
- Grinover, Ada Pellegrini; Araújo Cintra, Antônio Carlos; Dinamarco, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2007.
- Grócio, Hugo, *The law of war and peace*, Livonia, Lonang, 2005, disponível em <http://www.lonang.com/exlibris/grotius/>.
- Gussi, Evandro, *A segurança na Constituição*, Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, UFRGS, 2005.
- Harvey, David, *Condição pós-moderna*, São Paulo, Edições Loyola, 1992.
- Heidegger, Martin, *Introdução à Metafísica*, São Paulo, Piaget, 1987.
- Herrera, Amílcar et al., *Las Nuevas Tecnologías y el Futuro de América Latina*, Siglo XXI, México, 1994.

Hervada, Javier, *Lições propedêuticas de filosofia do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2008.

Hobsbawm, E., *O Novo Século (Entrevista a Antônio Polito)*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

Hughes, J., *A Filosofia da pesquisa social*, Rio de Janeiro, Zahar, 1980.

Ihering, Rudolf Von, *A luta pelo Direito*, tradução de Pietro Nasseti, 2.^a ed., São Paulo, Martin Claret, 2008.

Jameson, Fredric, "O pós-moderno e a sociedade de consumo", in Kaplan, E. Ann (org.), *O mal-estar no pós-modernismo: teorias e práticas*, tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1993.

Japiassú, Hilton, *A Revolução Científica Moderna: de Galileu a Newton*, São Paulo, Letras e Letras, 1997.

Johnson, Steven, *Cultura da interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

Jorge, M.S; Brasil, M.B; Ferreira, V.H.A., "A sociedade em rede e a perspectiva do consumo colaborativo na contemporaneidade", in *Anais do 2.º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*, Santa Maria, RS, 2013.

Keller, C. I.; Baptista, P., "Porque, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas", in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, set./dez. 2016, pp. 123-163, disponível em: <https://goo.gl/dghBgn>.

Kennedy, Paul, *Preparando para o Século XXI*, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1993.

Keynes, John Maynard, *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, São Paulo, Atlas, 2009.

Kuhn, Thomas Samuel, *A estrutura das revoluções científicas*, São Paulo, Perspectiva, 1994.

Kuhn, Thomas, "Logic of discovery or psychology of research", in Lakatos, I.; Musgrave, A (org.), *Criticism and the growth of knowledge*, London, Cambridge University Press, 1970.

Laudan, Larry, *O progresso e seus problemas: rumo a uma teoria do conhecimento científico*, tradução Roberto Leal Ferreira, São Paulo, Editora Unesp, 2011.

Lefebvre, Henri, "Lógica concreta (Dialética): a superação", in *Lógica formal/lógica dialética*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 1991.

Lerbinger, Otto, *The crisis manager: facing risk and responsibility*, Mahwah, New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 1997.

Levy, Pierre, *Cibercultura*, São Paulo, Editora 34, 1999.

Lock, F. N., *Transparência da gestão municipal através das informações contábeis divulgadas na internet*, 111f (Dissertação – Mestrado em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

Luchaire, François, “La sécurité juridique en droit constitutionnel français”, disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil.../secjur.pdf.

Luckesi, C. C., *Fazer universidade: uma proposta metodológica*, São Paulo, Cortez, 1985.

Lyon, David, *Pós Modernidade*, São Paulo, Paulus, 1998.

Lyotard, Jean François, *A condição pós-moderna*, São Paulo, Editora Paz e Terra, 2012.

Lysloff, René, “Musical life in Softcity: in internet ethnography”, in Lysloff, René & Gay, Leslie (orgs.), *Music and Technoculture*, Middletown, Wesleyan University Press, 2003.

Machado, João Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1999.

Maslow, A., *Introdução à psicologia do ser*, Rio de Janeiro, Eldorado, 1962.

Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Grandes Temas de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

Menon, M.G.K., “O papel da ciência no desenvolvimento sustentável”, in *Estudos Avançados*, 6(15), 1992, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a10.pdf>.

Merton Robert K.; Sorokin, Pitirim A., “Social time: a Methodological and functional analysis”, in *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 42, n. 5, Mar. 1937.

Mills, C. Wright, *A Imaginação Sociológica*, Rio de Janeiro, Zahar, 1982.

Minayo, M. C. de S. (org.), *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*, Petrópolis, Vozes, 2000.

Mitcham, Carl, *Thinking through technology. The path between engineering and philosophy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.

Morin, Edgar, *Ciência com consciência*, tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2001.

Neto, Diogo de Figueiredo Moreira, *Mutações do direito público*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

Nohara, Irene, *Fundamentos de Direito Público*, São Paulo, Atlas, 2016.

Novak, Joseph Donald, *Uma teoria da educação*, tradução de Marco Antônio Moreira, São Paulo, Pioneira, 1981.

Oliva, Alberto, *Filosofia da ciência*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2010.

Ortega y Gasset, J., *Meditação da técnica*, Rio de Janeiro, Livro Ibero Americano Limitada, 1963.

Ostermann, F., "A Epistemologia de Kuhn", in *Caderno Catarinense de Ensino de Física*, v. 13, n. 3, 1996.

Ost, François, *O tempo do direito*, tradução de Élcio Fernandes, Bauru, EDUSC, 2005.

Pacey, A., *The Culture of Technology*, Cambridge, MA, MIT Press, 1983.

Parreira, Luis Newton, "Tardes de Queluz. A Guarda face aos desafios do ambiente de segurança do século XXI", in *Revista Pela Lei e Pela Grei*, n.º 92, outubro-dezembro de 2011.

Pieranti, O. P.; Rodrigues, S.; Peci, A., "Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro", in *XXXI Encontro da ANPAD*, Rio de Janeiro, 2007.

Pinto, Álvaro Vieira, *O conceito de tecnologia*, Rio de Janeiro, Contraponto, v. 1, 2005.

Popper, Karl, *A lógica da pesquisa científica*, São Paulo, Cultrix, 2011.

_____, *La miséria del historicismo*, Madrid, Alianza, 1973.

Possas, M. L., "Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência", in Possas, M. L. (org.), *Ensaios sobre economia e direito da concorrência*, São Paulo, Singular, v. 1, 2002.

Quéré, L., "La structure cognitive et normative de la confiance", in *Réseaux*, v. 4, n. 108, 2001, pp. 125- 152.

Ranchordás, S., "Innovation experimentalism in the age of the sharing economy, information society project", in *Lewis & Clark Law Review*, Portland, v. 19, n. 4, 2015, pp. 871-924, disponível em <https://goo.gl/JVWhva>.

Raynaud, Claude; Zaroni, Magda, "La construction d'Interdisciplinarité et formation intégrée de l'environnement et du développement", Paris, UNESCO (document préparé pour la réunion sur les modalités de travail des chaires UNESCO du développement durable), Curitiba, 1-4 Juillet, 1993 (mimeo).

Reale, Miguel, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2000.

Rett, L., "Marcas e consumo colaborativo: um novo modelo de negócios", in *Anais do V Pró-Pesq PP- Encontro Nacional de Pesquisadores em Publicidade e Propaganda*, São Paulo, INMOD; ABP2/PPGCOM-ECA-USP, 2014.

Ribeiro de Mello, Gilberto, *Estudos de Prática de Governança Eletrônica: instrumento de controladoria para tomada de decisões na gestão dos Estados Brasileiros*, São Paulo, USP, 2009. 187 f. Tese (Doutorado em Ciências Contábeis) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade São Paulo, São Paulo, 2009.

Rifkin, J., *A era do acesso*, São Paulo, MackronBooks, 2001.

Rivas de Simone, Diego Caldas, *Segurança jurídica e tributação: da certeza do direito à proteção da confiança legítima do contribuinte*, São Paulo, Quartier Latin, 2011.

- Rocha, Carmen Lúcia Antunes, "O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade", in *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, Belo Horizonte, Fórum, 2004.
- Rotter, J. B., "A new scale for the measurement of interpersonal trust", in *Journal of Personality*, v. 35, n. 4, Dec. 1967, pp. 651-665.
- Rouanet, Sérgio P., *As razões do iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1987.
- Russell, Bertrand, *My philosophical development*, Routledge, London, 1995.
- Santos, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, São Paulo, Cortez, 2000, v. 1.
- Santos Filho, J.C., "Universidade, Modernidade e Pós-Modernidade", in Santos Filho, J.C. & Moraes, S.E. (orgs.), *Escola e Universidade na Pós-Modernidade*, Campinas, Mercado das Letras, 2000.
- Santana Junior, J. J. B., *Transparência fiscal eletrônica: uma análise dos níveis de transparência apresentados nos sites dos poderes e órgãos dos Estados e do Distrito Federal do Brasil*, 2008, 176 f., Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Programa Multinstitucional e Inter-regional de Pós-graduação em Ciências Contábeis, Recife, 2008.
- Santos, W., *Dicionário jurídico brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- Sarmiento, D., "Parecer: Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte individual de passageiros: «O caso Uber»", São Paulo, Conjur, 2015, disponível em <https://goo.gl/Nb9iG8>.
- Sarmiento, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Livraria Lumen Juris, 2006.
- Sartori, Giovanni, *Homo Videns: televisão e pós-pensamento*, tradução de Antonio Angonese, Bauru, EDUSC, 2001.
- Schienstock, G., "Technology policy in the process of change. Changing paradigms in research and thecnology policy?", in Aichholzer, G. y Schienstock, G. (eds.), *Technology policy: Towards and integration of social and ecological concerns*, Berlin-Nueva York, De Gruyter, 1994.
- Shapin, Steven & Schaffer, Simon, *Leviathan and the air-pump: Hobbes, Boyle and The Experimental Life*, Princeton, Princeton University Press, 1985.
- Shirky, Clay, *A cultura da participação. Criatividade e Generosidade no mundo conectado*, Rio de Janeiro, Zahar, 2011.
- Silva, José Afonso da, "Democracia. segurança e garantismo", in *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 7, 2000.

Simmel, Georg, "A sociabilidade (Exemplo de sociologia pura ou formal)", in *Questões fundamentais da sociologia: indivíduo e sociedade*, tradução de Pedro Caldas, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2006.

Stigler, G., "Imperfections in the capital market", in *Journal of Political Economy*, Chicago, n. 75, 1967, pp. 287-292.

Stork, Ricardo Yepes; Echevarría, Javier Aranguren, *Fundamentos de Antropologia: um ideal de excelência humana*, São Paulo, Inst. Bras. Filosofia Ciência Raimundo Lúlio, 2005.

Summers, Robert, *Lou Fuller*, Stanford, Stanford University Press, 1984.

Sundararajan, A., *The sharing economy. The end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, MA, MIT Press, 2016.

Terra, José Cláudio Cyrineu, *Gestão do conhecimento: o grande desafio empresarial*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

Toffler, Alvin, *A terceira onda*, Rio de Janeiro, Record, 1997.

_____, *O choque do futuro*, Lisboa, Edição Livros do Brasil, 1970.

Trigo L., *A Sociedade Pós-Industrial e o Profissional em Turismo*, Papirus Editora, 2000.

Vargas, M., *Para uma filosofia da tecnologia*, São Paulo, Alfa Omega, 1994.

Vasconcellos, Maria José Esteves, *Pensamento sistêmico: novo paradigma da ciência*, Campinas, Papirus, 2002.

Veraszto, E. V., *Projeto Teckids: Educação Tecnológica no Ensino Fundamental*, Dissertação de Mestrado, Campinas, Faculdade de Educação, UNICAMP, 2004.

Williamson, O. E., "Calculativeness, trust, and economic organization", in *Journal of Law and Economics*, v. 36, n. 1, Apr. 1993, pp. 453-486.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Ideologia, Estado e Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

Wieacker, Franz, *História do direito privado moderno*, tradução de Antônio Manuel Hespanha, 2.ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1993.

Wynne, B., "Redefining the Issues of Risk and Public Acceptance", in *Futures*, February 1983.

Zamagni, Stefano, "Economia del dono", in Agamben, Giorgio *et al.*, *Del cooperare: manifesto per una nuova economia*, Milano, Feltrinelli, 2012.

Zervas, G.; Proserpio, D; Byers, J., "A first look at online reputation on Airbnb, where every stay is above average", Working Paper, Jan. 2015.

III – Regulamentação jurídica nacional

A responsabilidade civil das plataformas da economia colaborativa*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.14>

Anabela Susana de Sousa Gonçalves**
João Nuno Barros***

* Atualizado a 30 de junho de 2021.

** Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov (E-Tec).

*** Assistente-Convidado na Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutorando em Ciências Jurídicas Privatísticas na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador do JusGov.

Resumo: A evolução dos fenómenos da economia colaborativa tem vindo a modificar a forma como as pessoas se relacionam entre si aos mais diversos níveis e contribuiu também para o surgimento de novas questões jurídicas relacionadas com a regulação da atividade desenvolvida pelas plataformas da economia colaborativa, aqui se incluindo a sua potencial responsabilidade civil perante os utilizadores que, em face da respetiva utilização, possam ter sofrido danos. Esta é a questão sobre a qual nos propomos debruçar, sendo que começaremos por analisar, de forma necessariamente breve, a crescente preocupação da União Europeia em relação à atividade desenvolvida por parte das plataformas da economia colaborativa em matéria de responsabilidade civil, passando de seguida para uma breve incursão no ordenamento jurídico português, com o objetivo de abordar as implicações do tema ao abrigo do sistema legal vigente.

Palavras-chave: Economia colaborativa – plataformas – responsabilidade civil.

Sumário: 1. Nota introdutória. 2. A preocupação europeia relacionada com a responsabilidade civil das plataformas da economia colaborativa. 3. Breves questões relacionadas com a responsabilidade civil das plataformas da economia colaborativa no ordenamento jurídico português. 4. Síntese conclusiva. Referências.

Abstract: The growing of the collaborative economy phenomena has been changing the way people relate to each other at the most diverse levels and has also contributed to the emergence of new legal issues related to the regulation of the activity developed by the collaborative economy platforms, including here their potential civil liability to users who may suffered damage. This is the question that is going to be addressed. After analysing, briefly, the growing concerns of the European Union regarding the activity developed by the collaborative economy platforms in matters of civil liability, the paper moves to a brief incursion into the Portuguese legal system, with the objective of addressing the implications of the theme under the current legal system.

Keywords: Collaborative economy – platforms – civil liability.

Summary: **1.** Introduction. **2.** The European concerns regarding the civil liability of collaborative platforms. **3.** Brief aspects of the civil liability of collaborative platforms in the Portuguese legal system. **4.** Conclusion. References.

1. Nota introdutória

A relevância que tem vindo a ser assumida pelos fenómenos da economia colaborativa reflete-se, de forma direta e inequívoca, nas avultadas receitas auferidas por parte das plataformas da economia colaborativa que estão na sua base. Segundo um estudo da Comissão Europeia, «[o]verall, we estimate that platforms in five key sectors of the collaborative economy generated revenues of nearly €4bn in Europe in 2015 and facilitated around €28bn of transactions»¹.

Os modelos de negócio da economia colaborativa são variáveis. De acordo com a Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, «(...) são três as categorias de intervenientes na economia colaborativa: (i) os prestadores de serviços que partilham os ativos, os recursos, a disponibilidade e/ou as competências – podem ser particulares que oferecem serviços numa base esporádica (“pares”) ou prestadores de serviços que atuam no exercício da sua atividade profissional (“prestadores de serviços profissionais”); (ii) os utilizadores desses serviços; e (iii) os intermediários que – através de uma plataforma em linha – ligam prestadores de serviços e utilizadores, facilitando as transações recíprocas (“plataformas colaborativas”)»². Além disso, as atividades da atividade colaborativa podem ter ou não fim lucrativo³. A plataforma pode ser o próprio prestador do serviço, ter uma influência ou controlo significativos sobre o prestador de serviços ou, então, ter uma função meramente passiva entre o prestador e o utilizador. Ora, é esta diversidade de modelos que torna a regulamentação das atividades da economia colaborativa mais complexa.

A evolução dos fenómenos da economia colaborativa tem vindo a modificar a forma como as pessoas se relacionam entre si aos mais diversos níveis – contactos, compras, transporte, alojamento, entre outros –, sendo que, no entanto, contribuiu também para o surgimento de novas questões de índole legal, como foi o caso da regulação da atividade desenvolvida pelas

1 *Vd.* o estudo da Comissão Europeia redigido por Robert Vaughan e Raphael Daverio, intitulado “Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe”, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2016, p. 12.

2 *Cfr.* Comissão Europeia, *Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*, COM (2016) 356, 02.06.2016, p. 3.

3 *Idem, ibidem.*

plataformas da economia colaborativa⁴, aqui se incluindo a sua potencial responsabilidade civil perante os utilizadores que, em face da respetiva utilização, possam ter sofrido danos⁵.

O tema sobre o qual nos propomos debruçar na presente investigação centra-se, precisamente, nesse mesmo aspeto, sendo que começaremos por analisar, de forma necessariamente breve, aquela que foi sendo a crescente preocupação conferida por parte das competentes autoridades europeias à atividade desenvolvida por parte das plataformas da economia colaborativa em matéria de responsabilidade civil, passando de seguida para uma breve incursão no ordenamento jurídico português, com o objetivo de abordar as implicações do tema ao abrigo do sistema legal vigente.

2. A preocupação europeia relacionada com a responsabilidade civil das plataformas da economia colaborativa

A necessidade de uma regulamentação europeia que vá ao encontro das imposições decorrentes da implementação das plataformas da economia colaborativa no quotidiano dos cidadãos é há muito um desígnio da União Europeia⁶. Em face da constante globalização, assim como da inexistência de fronteiras relacionadas com circulação de pessoas, bens e capitais no território da União Europeia, a verdade é que a circunstância de a economia colaborativa propiciar e potenciar relações entre pessoas e entidades situadas em diferentes Estados-Membros pode dar origem a situações de

4 *Vd.* Koopman, Christopher; Mitchell, Matthew; Thierer, Adam, "The sharing economy and consumer protection regulation – The case for policy change", in *Business, Entrepreneurship, & the Law*, Volume VIII, n.º 2, 2015, pp. 529-545, na p. 530. *Vd.* ainda, Miller, Stephen R., "First Principles for Regulation of the Sharing Economy", in *Harvard Journal on Legislation*, Volume 53, 2016, pp. 147-202; e, ainda, Brescia, Raymond H., "Regulating the Sharing Economy: New and Old Insights into an Oversight Regime for the Peer-to-Peer Economy", in *Nebraska Law Review*, Volume 95, 2016, pp. 87-145.

5 Sobre o tema, veja-se o estudo de Mcpeak, Agnieszka A., "Sharing Tort Liability in the New Sharing Economy", in *Connecticut Law Review*, Volume 49, n.º 1, 2016, pp. 171-225.

6 No entanto, não só na União Europeia tem vindo a ser debatida a questão, na medida em que o tema da responsabilidade civil das plataformas da economia colaborativa perante os seus utilizadores se apresenta como preocupação acrescida em todo o mundo. Exemplificativamente, e em face da proximidade cultural, social, histórica e linguística, remetemos para os recentes estudos relacionados com o ordenamento jurídico brasileiro, de Verbicaro, Dennis; Vieira, Janaina do Nascimento, "A Hipervulnerabilidade do Turista e a Responsabilidade das Plataformas Digitais: uma análise a partir da perspectiva da Economia Colaborativa", in *Revista de Direito do Consumidor*, Volume 127, 2020, pp. 1-17, e de Almeida, Alvimar Virgílio de, *Defesa do consumidor na economia compartilhada: a questão da responsabilidade civil*, Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia – Universidade Católica de São Paulo, 2019.

enorme insegurança relativamente às regras aplicáveis à regulamentação da atividade colaborativa.

Uma das áreas do Direito relativamente à qual se reclama uma maior atenção relacionada com a regulamentação europeia das atividades desenvolvidas por parte de plataformas da economia colaborativa é, precisamente, a área da responsabilidade civil⁷, sendo que a Comissão Europeia, desde cedo reconhecendo a importância subjacente à atividade desenvolvida pelas mencionadas plataformas, pretendeu clarificar o cômputo de regras aplicáveis em matéria de responsabilidade civil^{8/9}.

Em 2016, debatia-se já, no seio das instâncias europeias, se as plataformas da economia colaborativa poderiam ser responsabilizadas pelo uso ilegal de conteúdo ou informação constante das mesmas, assim como qual o papel atribuído a cada um dos Estados-Membros no que respeitaria à imposição de regras aplicáveis às mencionadas plataformas, no sentido de monitorização de eventual e potencial atividade ilegal levada a cabo, por terceiros, através do uso das plataformas da economia colaborativa. Ora, no que respeita à primeira preocupação, desde cedo que a Comissão Europeia, ainda que encorajando a luta contra conteúdo *online* ilegal por parte das plataformas da economia colaborativa, entendeu que «[t]he collaborative platform may be exempted from intermediary liability for the information stored if: - the services provided are of a merely technical, automatic and passive nature, and the platform has no knowledge of illegal information stored on its website or, once it becomes aware of it, it acts swiftly to remove it or disable access to this information»¹⁰.

Esta posição da Comissão Europeia radica no art. 14.º da *Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a*

7 Comissão Europeia, *A European agenda for the collaborative economy – Fact Sheet*, Comissão Europeia, Bruxelas, 2016, p. 1.

8 Comissão Europeia, *The collaborative economy – Ares (2016)2558830*, Comissão Europeia, Bruxelas, 2016, pp. 1-2.

9 Na base da importância conferida por parte da Comissão Europeia às questões relacionadas com a responsabilidade civil das plataformas da economia colaborativa perante os seus utilizadores estarão as preocupações subjacentes à premissa de que a falta de tratamento de tal questão, de forma clara e uniforme, pode apresentar-se como um obstáculo ao fomento da economia digital na União Europeia e à entrada de novos agentes comerciais no referido setor – a este respeito, e quanto à ideia de base que daqui se pretende extrair, entre outros, *vd.* Sundararajan, Arun, “Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative) Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues – Written testimony for the hearing titled, The Power of Connection: Peer-to-Peer Businesses”, held by the Committee on Small Business of the United States House of Representatives, January 15th, 2014, p. 6.

10 Comissão Europeia, *A European agenda for the collaborative economy – Fact Sheet, op. cit.*, p. 3.

certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (Diretiva sobre o Comércio Eletrónico), que estabelece que não pode ser invocada a responsabilidade das plataformas em linha pelo conteúdo das informações que armazenam, nas condições indicadas na norma. Esta exoneração de responsabilidade apenas funciona para uma plataforma da economia colaborativa naquelas situações em que a atividade da mesma é meramente passiva, ou seja, a «(...) plataforma colaborativa não [desempenhe] um papel ativo que lhe faculte o conhecimento ou o controlo de informação ilegal ou, a partir do momento em que tenha conhecimento dessa informação, atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações»¹¹. Esta análise terá de ser feita casuisticamente e aplica-se apenas às informações armazenadas e não a outros serviços.

Relativamente a esta questão, a Comissão defendia, em 2006, que «EU countries cannot oblige platforms to generally monitor or to actively seek out illegal activity. Voluntary checks, such as on the identity of providers or the quality of the services provided can be carried out by collaborative platforms. They should not be seen automatically as indication of an active role assumed by the collaborative platform. The fact that a collaborative platform carries out certain voluntary checks of those offering services through their platform, or offers ancillary activities such as payment facilities or rating services does not automatically mean that the platform can no longer rely on the liability exemption for its hosting services»¹².

Na Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, o tema da responsabilidade civil das plataformas colaborativas foi novamente abordado. No referido documento, é afirmado que, verificadas determinadas condições, e tendo por base uma aferição casuística, as plataformas da economia colaborativa, enquanto prestadoras de serviços intermediários da sociedade de informação, e na medida em que não desempenhem um papel ativo que lhes faculte o conhecimento ou o controlo de informação ilegal¹³, se

11 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, *op. cit.*, p. 8.

12 Comissão Europeia, *A European agenda for the collaborative economy – Fact Sheet*, *op. cit.*, p. 3.

13 Ver artigo 4.º da Diretiva relativa ao comércio eletrónico. Nos processos apensos C-236/08 a C-238/08, Google France/Louis Vuitton, o TJUE sublinhou o critério fundamental para considerar uma plataforma em linha como um “prestador intermediário”, invocando o considerando 42 da Diretiva 2000/31/CE. Segundo este considerando, a atividade da sociedade da informação limita-se ao processo técnico de exploração e abertura do acesso a uma rede de comunicação na qual as informações prestadas por terceiros são transmitidas ou temporariamente armazenadas com o propósito

encontram exoneradas de responsabilidade pelas informações que armazenam, conforme resulta do disposto no art. 14.º da Diretiva sobre o Comércio Eletrónico^{14/15}.

A exoneração de responsabilidade *supra* analisada, que resulta de disposições de índole europeia, apenas se refere ao conteúdo das informações que a plataforma albergue e não é extensível a outros serviços ou atividades que sejam desenvolvidos e prestados por parte da plataforma, como pode ser o caso de atividades conexas ao serviço principal, como avaliação ou notação, serviços de pagamento, seguros, verificação de identidade, entre outros, nem tão-pouco à violação das obrigações que, em matéria de proteção de dados pessoais, impendem sob a plataforma. No entanto, importa denotar que o «simples facto de uma plataforma exercer outras atividades, além de albergar informações, não significa necessariamente que essa plataforma não possa invocar a exoneração de responsabilidade para esses serviços»¹⁶.

exclusivo de tornar a transmissão mais eficaz. Tal atividade é puramente técnica, automática e de natureza passiva» – *Idem, ibidem*, p. 8. Nesse mesmo sentido, *vd.* Comissão Europeia, *Task 1 Report – Description of the regulatory environment surrounding the collaborative economy in the tourism accommodation sector*, Bruxelas, 2018, p. 16, onde se refere que um prestador intermediário implica uma atividade automática e passiva. No entanto, pense-se que há determinadas plataformas que, pese embora se apresentem enquanto um mero intermediário, «[...] providing a 'matching service'», em simultâneo, são dotadas de equipas internas cuja tarefa é a revisão do conteúdo da informação colocada na plataforma, no sentido de detetar atividade suspeita, e de encontrar formas de combate à fraude, o que contribui para uma situação de complexa resolução – *vd.*, Codagone, Cristiano; Martens, Bertin, "Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues", Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper, No. 2016/01, European Commission, Joint Research Centre (JRC), Sevilha, 2016, p. 22.

14 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, *op. cit.*, pp. 8-9.

15 A este respeito, e por referência, em específico, à plataforma *Airbnb*, veja-se o que escreveu, já em 2015, Talia G. Loucks: «Airbnb's role in facilitating the rental of rooms is quite similar to the role of a travel agent. Travel agents and travel agency websites are not generally liable for any negligence or dangerous conditions of the third-party hotels or travel operators they work with. So, if Airbnb is considered nothing more than a travel agency, then all liability for anything that happens on the premises goes to the Airbnb host. Airbnb would thus owe no duty to guests. Even if Airbnb hosts only owe the same duty to guests as that of a landlord to a tenant, injuries occurring on the property as the result of defect are unlikely to find recourse through Airbnb. Instead, injured guests would have to seek compensation from the host» – *vd.* Loucks, Talia G., "Travellers Beware: Tort Liability in the Sharing Economy", in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, Volume 10, n.º 4, 2015, pp. 329-342, p. 335. Para um estudo mais detalhado acerca do regime jurídico norte-americano relacionado com o tema, *vd.* Interian, Johanna, "Up in the Air: Harmonizing the Sharing Economy through Airbnb Regulations", in *Boston College International & Comparative Law Review*, Volume 39, 2016, pp. 129-161, pp. 138-140.

16 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, *op. cit.*, p. 9.

Pese embora seja de salutar a agenda da Comissão Europeia relativamente à economia colaborativa, assim como o facto de aí ter sido abordada a questão relacionada com os regimes de responsabilidade potencialmente aplicáveis às plataformas da economia colaborativa, a verdade é que desde cedo se levantaram vozes que reclamam que a Comissão Europeia deveria ter ido mais longe em vários aspetos¹⁷.

Como refere Caroline Cauffman, ainda que inexistentem dúvidas quanto ao facto de as plataformas da economia colaborativa serem parte numa relação de índole contratual com os seus utilizadores¹⁸, por referência à circunstância de a plataforma da economia colaborativa poder incorrer em responsabilidade em face de «unlawful behavior of users on the platform, such as illegal transactions, posting false and misleading advertisements and reviews, and even non-performance of the underlying contract», surge a questão de saber «whether such possible liability of the platform should follow the rules of non-contractual liability or whether the platform is in some way to be regarded as the recipient of the service's counterparty, as one of the parties to a multiparty agreement or as the agent of one or both parties to the underlying transaction»¹⁹. Ora, segundo a Autora, a Comissão Europeia deveria ter ido mais longe na resposta a estas questões, não se limitando a constatar que a resposta a dar às mesmas depende do enquadramento jurídico e fático relevante em cada caso concreto^{20/21}.

Por seu turno, Christopher Koopman, Matthew Mitchell e Adam Therier são da opinião de que, ao invés de se afigurar necessário regular ao pormenor

17 Entre outros, vd. Cauffman, Caroline, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy - (Too) Platform and Service Provider friendly?*, Maastricht European Private Law Institute Working Paper no. 2016/07, 2016, pp. 9-13.

18 Com a consequente premissa de que o incumprimento das obrigações contratualmente assumidas pode dar origem ao pagamento de uma indemnização ao abrigo do instituto da responsabilidade civil contratual.

19 Vd. Cauffman, Caroline, *op.cit.*, p. 9.

20 *Idem, ibidem.*

21 Não obstante, a verdade é que inexistentem dúvidas de que a constatação acerca dos serviços que cada plataforma da economia colaborativa presta em benefício dos seus utilizadores, e que pode implicar que a mesma venha, ou não, a ser responsabilizada, se assume como uma «[...] highly fact-dependent question», desde logo na medida em que as próprias plataformas, numa tentativa de exclusão da sua própria responsabilidade, tendem a caracterizar os serviços por si prestados quase como se de uma disponibilização de um espaço para troca de informações entre os seus utilizadores se tratasse, o que não vai ao encontro da realidade na grande maioria dos casos, mas ainda assim dificulta o ressarcimento de danos que hajam sido sofridos pelos seus utilizadores – vd. Katz, Vanessa, “Regulating the Sharing Economy”, in *Berkeley Technology Law Journal*, Volume n.º 30, 2015, pp. 1067-1126, nas pp. 1072-1073.

as questões jurídicas relacionadas com a tecnologia emergente da atividade desenvolvida pelas plataformas da economia colaborativa, uma solução adequada poderá passar por adaptar e ajustar as normas relativas aos regimes de responsabilidade civil a estas novas tecnologias e realidades, de tal modo reduzindo a suscetibilidade de aparecimento de questões distintas e complexas decorrentes da regulação da atividade das mencionadas plataformas²².

Tendo como cenário o regime normativo de fonte da União descrito, importa agora olhar para a ordem jurídica nacional e analisar algumas questões que resultam da sua aplicação à responsabilidade das plataformas da economia colaborativa.

3. Breves questões relacionadas com a responsabilidade civil das plataformas da economia colaborativa no ordenamento jurídico português

A presente secção do estudo efetuado visa abordar um conjunto de questões relacionadas com a potencial responsabilidade civil das plataformas da economia colaborativa no ordenamento jurídico português, sendo que, a este respeito, importa começar por referir que, apenas e tão-só na medida em que seja considerado aplicável o direito material português, é que as referidas considerações deverão ser tidas como válidas. De facto, conforme resulta por demais evidente, pese embora uma plataforma de economia colaborativa possa prestar serviços em Portugal aos seus utilizadores, a verdade é que a mesma pode ser explorada por parte de uma entidade constituída ao abrigo do direito de um qualquer outro Estado-Membro, pode existir uma convenção de escolha do direito aplicável à relação contratual estabelecida com os seus utilizadores no âmbito dos contratos celebrados com os mesmos, entre outras hipóteses. Nesse sentido, o direito português apenas e tão-só se considerará aplicável contando que, de acordo com a legislação aplicável em matéria de direito internacional privado, seja, efetivamente, o direito material português o normativo aplicável à regulação da relação contratual estabelecida entre a plataforma da economia colaborativa e os seus utilizadores²³.

22 *Vd.* Koopman, Christopher; Mitchell, Matthew; Thierer, Adam, "The Sharing Economy: Issues facing Platforms, Participants, and Regulators", in *Mercatus Center at George Mason University, Sharing Economy Workshop*, Project no. P15-1200, 2015, p. 9.

23 Para um estudo detalhado e completo acerca dos processos de escolha do direito aplicável às relações contratuais ao abrigo do ordenamento jurídico português, *vd.*, entre outros, Machado, João

Posto isto, como é sabido, a suscetibilidade de uma determinada pessoa – singular ou coletiva – ser responsabilizada juridicamente²⁴ pelos atos ou omissões por si praticadas no âmbito da liberdade que lhe é concedida está intrinsecamente relacionada com o princípio da autonomia privada e, conseqüentemente, consubstancia uma limitação à liberdade da referida pessoa, valendo esta ideia para todo e qualquer tipo de atividade²⁵. Como ensina Pedro Pais de Vasconcelos, «[a] liberdade sem responsabilidade constitui arbítrio, e o arbítrio é incompatível com a dignidade», não sendo possível, conseqüentemente, existir liberdade sem responsabilidade²⁶.

De facto, a responsabilidade civil decorre da existência de um dever do agente do facto danoso em indemnizar aquele que sofreu os danos decorrentes da atuação do primeiro, estando-lhe subjacente a ideia de reparação de um dano privado sofrido por outrem²⁷, e visa, precisamente, transferir os prejuízos da esfera de quem os sofreu para a esfera de quem os causou, de tal modo sendo assegurada uma exceção ao princípio *casum sentit dominus*: em princípio, aquele que sofreu um dano deve assumir o mesmo na sua pessoa ou nos seus bens, em decorrência do «efeito do risco geral da sua vida»²⁸. Nessa medida, a responsabilidade civil consistirá, nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, «[...] na necessidade imposta pela lei a quem

Baptista, *Lições de Direito Internacional Privado*, Reimpressão da 3.ª ed. atualizada, Almedina, 2017; Brito, Maria Helena, *Direito Internacional Privado Sob Influência do Direito Europeu*, Âncora Editora, 2017; GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Temas de Direito Internacional Privado e de Processo Civil Internacional*, Librum Editora, 2019; Correia, A. Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Reimpressão da edição de Outubro de 2020, Almedina, 2018; Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado – Volume I*, 3.ª ed. refundida, AAFDL Editora, 2019; __, *Direito Internacional Privado – Volume II*, 4.ª ed. refundida, Almedina, 2015; __, *Direito Internacional Privado – Volume III – Tomo I*, 3.ª ed., AAFDL Editora, 2019; entre outros. Para um estudo geral e completo acerca das matérias relacionadas com direito internacional privado, vd. Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado – A Mudança de Paradigma*, Almedina, 2013.

24 Entre outros, de acordo com os ensinamentos de Mário Júlio de Almeida Costa, «[a] responsabilidade civil distingue-se bem da simples *responsabilidade moral*, que pertence ao domínio da consciência e em que o resultado externo não representa pressuposto necessário» – vd. Costa, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 7.ª ed. revista e atualizada, colaboração de António Alberto Vieira Cura, Almedina, 2018, p. 83.

25 Vd. Hörster, Heinrich Ewald; Silva, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, 2.ª ed. totalmente revista e atualizada, 2019, p. 77.

26 Vd. Vasconcelos, Pedro pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Almedina, 2017, p. 15.

27 Na medida em que, como ensina Mário Júlio de Almeida Costa, «[...] o dever jurídico infringido foi estabelecido diretamente no interesse da pessoa lesada. O que verdadeiramente importa nas sanções civis é a restituição dos interesses lesados. Daí que sejam privadas e disponíveis» – vd. Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. revista e atualizada, Almedina, 2016, p. 521.

28 Vd. Hörster, Heinrich Ewald; Silva, Eva Sónia Moreira da, *op. cit.*, p. 78.

causa prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão»²⁹.

Considerando que, no caso das relações estabelecidas entre as plataformas da economia colaborativa e os seus utilizadores, estaremos no âmbito da esfera negocial, em que a potencial atuação levada a cabo por parte da entidade que explora a plataforma da economia colaborativa pode implicar a violação de deveres contratuais por si assumidos no âmbito da relação previamente estabelecida com os seus utilizadores, de tal maneira causando-lhes danos tuteláveis aos olhos do Direito, caímos no espectro da responsabilidade civil contratual, a qual se encontra regulada nos arts. 798.º e ss. do Código Civil^{30/31}. Como ensina Mário Júlio de Almeida Costa, «[a] *responsabilidade contratual* resulta da violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico»³², sendo que, por seu turno, Nuno Manuel Pinto Oliveira define a responsabilidade contratual «[...] pela positiva – decorre da infração de um dever de carácter especial ou específico e, dentro

29 *Vd.* Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, 2012, p. 128.

30 A este respeito, recorda-se e reforça-se que apenas se encontra em análise, na presente sede, a suscetibilidade de responsabilidade das plataformas da economia colaborativa no âmbito das relações estabelecidas com os seus utilizadores, que com a mesma contrataram, o que, em nosso ver, justifica que a responsabilidade da entidade que explora a plataforma da economia colaborativa assuma a natureza de responsabilidade contratual. Não obstante, a verdade é que a responsabilidade civil das plataformas da economia colaborativa não se limita aos casos em que da sua atuação possa resultar a produção de danos na esfera dos seus utilizadores, na medida em que quando das suas ações resultem danos na esfera jurídica e patrimonial de pessoas que não sejam seus utilizadores, em virtude, por exemplo, como veremos *infra*, da exposição de conteúdos ilícitos na plataforma, a via adequada tendente a responsabilizar a entidade exploradora da plataforma da economia colaborativa será, a nosso ver, quando preenchidos os respetivos pressupostos, a via da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, nos termos dos arts. 483.º e ss. do Código Civil.

31 Como ensina Fernando Baptista de Oliveira, «[a] responsabilidade civil contratual é aquela que resulta da violação de uma obrigação em sentido técnico, pré-existente entre o lesante e o lesado, seja qual for a sua fonte – contrato, negócio jurídico unilateral ou lei. Isto é, quando o ilícito se refere a uma relação obrigacional ou de crédito, que existia entre o lesante e o ofendido, a responsabilidade emergente diz-se contratual, obrigacional ou negocial. [...] A responsabilidade contratual pressupõe uma relação jurídica anterior da qual resultam obrigações não cumpridas pela pessoa que nela figura como sujeito passivo» – *vd.* Oliveira, Fernando Baptista de, *Contratos Privados – Das Noções à Prática Judicial*, Volume III., colaboração de Alexandre Norinho de Oliveira, 1.ª ed., Coimbra Editora, 2014, pp. 424-425. No mesmo sentido, *vd.* Trigo, Maria da Graça; Moreira, Rodrigo, “Artigo 798.º – Responsabilidade do devedor”, in *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 1102-1106, na p. 1103, onde se refere que, em regra, a responsabilidade civil obrigacional opõe «[...] sujeitos de uma relação obrigacional preexistente, *maxime* o credor e o devedor do dever principal da prestação».

32 *Vd.* Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 539.

dos deveres especiais ou específicos, decorre da infracção de um dever de prestação (art. 397.º do Código Civil)»³³.

O art. 798.º do Código Civil estabelece que «[o] devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor», sendo que o art. 799.º que se lhe segue consagra, no âmbito da responsabilidade civil contratual, uma presunção de culpa do devedor, operando uma inversão do ónus da prova relativamente à culpa, incumbindo ao devedor, isto é, ao lesante, ao contrário do que sucede em sede de responsabilidade civil extracontratual, o ónus de provar que o incumprimento do contrato que gerou os danos na esfera do lesado, ou o cumprimento defeituoso da(s) sua(s) obrigação(ões)³⁴, não procedeu de culpa sua³⁵.

Considerando que, por via de regra, uma pessoa que leve a cabo uma determinada conduta culposa, ou omita um comportamento que se impunha que fosse adotado, e caso daí resultem danos na esfera jurídica de uma outra pessoa³⁶, pode vir a ser responsabilizada, a verdade é que uma pessoa coletiva que explore e desenvolva uma plataforma da economia colaborativa pode também ser chamada a indemnizar os danos provocados num utilizador dessa mesma plataforma, desde que cumpridos os pressupostos *supra* elencados. Caberá então perceber se, em sede do ordenamento jurídico português, tal sucede nestes termos, assim como quais os atos, positivos ou negativos, adotados por parte de uma entidade exploradora de uma plataforma da economia colaborativa, que podem originar esta obrigação de indemnizar os danos sofridos pelos seus utilizadores.

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos

33 *Vd.* Oliveira, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 591.

34 No que respeita ao incumprimento, ou ao cumprimento defeituoso, das obrigações a que o devedor se encontra adstrito, e que pode espoletar a aplicação do instituto da responsabilidade civil contratual, *vd.* Proença, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª ed. revista e atualizada, Universidade Católica Editora, 2017.

35 *Vd.* Prata, Ana, "Artigo 798.º – Responsabilidade do devedor", in *Código Civil Anotado*, Volume I, Almedina, 2017, nas pp. 996-997. Veja-se, a este respeito, que o art. 799.º, n.º 1, do Código Civil apresenta o seguinte conteúdo: «Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua».

36 É pressuposto da aplicação do instituto da responsabilidade civil a existência de danos, caso contrário, a falta de prejuízo implica que o incumprimento da obrigação seja irrelevante para efeitos indemnizatórios – *vd.* Neto, Abílio, *Código Civil Anotado*, 18.ª ed. revista e atualizada, Ediforum, 2013, p. 779.

serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno, confirma que uma das principais preocupações do legislador nacional consistiu «em determinar o regime de responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços», em especial estabelecendo-se «as condições de irresponsabilidade destes prestadores face à eventual ilicitude das mensagens que disponibilizam»³⁷. O art. 11.º do mencionado diploma legal refere que «[a] responsabilidade dos prestadores de serviços em rede está sujeita ao regime comum, nomeadamente em caso de associação de conteúdos, com as especificações constantes dos artigos seguintes». Por seu turno, o art. 14.º do referido diploma estabelece a já referida isenção de responsabilidade do prestador intermediário de serviços quando exercerem uma atividade técnica, automática e de natureza passiva³⁸. Também o art. 15.º do mencionado Decreto-Lei n.º 7/2004, relativo à armazenagem intermediária, refere, no seu n.º 1, que o prestador intermediário de serviços de transmissão de comunicações em rede que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas, nem tão-pouco na seleção destas ou dos destinatários, e desde que respeite as condições de acesso à informação, encontrar-se-á isento de toda a responsabilidade pela armazenagem temporária e automática da informação, exclusivamente para tornar mais eficaz e económica a transmissão posterior a nova solicitação de destinatários do serviço. Não obstante, o n.º 2 estabelece duas situações em que se passa a aplicar, neste caso, o regime comum de responsabilidade civil, o que sucederá caso o prestador de serviços não proceda, segundo as regras usuais do setor, na atualização da informação, assim como no uso da tecnologia, designadamente no caso de aproveitamento para obtenção de dados sobre a utilização da informação.

Questão distinta refere-se aos serviços relativos a armazenagem principal de informação disponibilizada pelos prestadores de serviços, assim como aos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos em rede, por meio de instrumentos de busca, hiperconexões ou processos análogos que permitam o acesso a conteúdos ilícitos, já que, por referência a tais serviços, os arts. 16.º e 17.º do diploma legal sob análise estabelecem que o prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena, se tiver

37 Por tudo quanto se refere, cf. o ponto 3 do preâmbulo do mencionado Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro.

38 Para um estudo mais detalhado acerca do presente preceito legal, vd. Trabuco, Cláudia, «Conteúdos Ilícitos e Responsabilidade dos Prestadores de Serviços nas Redes Digitais», in *Direito da Sociedade e da Informação*, Volume VII, Coimbra Editora, 2008, pp. 473-497, nas pp. 487-490.

conhecimento de atividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação (cf. art. 16.º, n.º 1), havendo responsabilidade civil sempre que, perante as circunstâncias que conhece, o prestador do serviço tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação (cf. art. 16.º, n.º 2), aplicando-se as regras comuns de responsabilidade sempre que o destinatário do serviço atuar subordinado ao prestador ou for por ele controlado (cf. art. 16.º, n.º 3)³⁹.

De tudo quanto se vem de expor resulta por demais evidente que o legislador nacional, na transposição da Diretiva reguladora das atividades desenvolvidas pelas plataformas da economia colaborativa, teve em especial atenção a manutenção do princípio regra da irresponsabilidade de tais plataformas⁴⁰, ainda que, naturalmente, tenha deixado abertas as portas à

39 A problemática associada à utilização do termo “conhecimento do conteúdo ilícito” afigura-se manifestamente vaga e indeterminada, mas deve ser interpretada, de acordo com a opinião de João Pedro Fachana Cardoso Moreira da Costa, no sentido de não violar o art. 12.º do mesmo diploma legal, o qual consagra a inexistência de um dever geral de vigilância por parte dos prestadores de serviços. Já no que respeita à premissa de o preceito legal sob análise fazer referência à “ilicitude manifesta” de um determinado conteúdo como condição para o prestador de serviços poder ser responsabilizado, mais uma vez encontramos-nos perante um conceito indeterminado que gera elevadas doses de insegurança e incerteza jurídicas, consequências negativas e que poderão, de certa forma, condicionar o direito dos utilizadores das mencionadas plataformas. Por fim, no que respeita à necessidade de determinação da diligência exigida por referência à remoção do conteúdo ilícito depois de a plataforma ser notificada acerca da sua existência, o preceito legal sob análise não concretiza o prazo que razoavelmente deve ser observado no sentido de determinar se o prestador de serviços agiu com a diligência exigida, termos em que somos remetidos para uma análise casuística que permita perceber, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, qual o prazo que deveria ter sido observado – *vd. Costa, João Pedro Fachana Cardoso Moreira da, A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet – Em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Dissertação de Mestrado em Direito, realizada sob a orientação de Manuel A. Carneiro da Frada, 2011, pp. 95-101. No sentido de inexistência de um dever geral de vigilância: «A directiva prossegue também a regulação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços no sentido de os ‘irresponsabilizar’ – e de com isso promover a liberdade de navegação e de comunicação por via da redução dos custos de seguros, que se repercutiriam sobre os utilizadores – da ilicitude das mensagens que disponibilizam. Em vista da directiva, o diploma interno (cap. III) não estabelece nenhum dever geral de vigilância do prestador intermediário de serviços sobre as informações que transmite ou armazena ou a que faculte o acesso, e enuncia os deveres comuns a todos os chamados intermediários; depois, consagra o regime de responsabilidade específico das actividades de simples transporte, armazenagem intermediária (ou temporária) e armazenagem principal (ou em servidor)» – *vd. Pereira, Alexandre Libório Dias, “Princípios do Comércio Electrónico (breve apontamento ao DL 7/2004, 7.1)”*, in *Miscelâneas IDET*, n.º 3, Almedina, 2004, pp. 75-112, na p. 92.

40 «A LCE estabelece o princípio da irresponsabilidade dos prestadores de serviços pela informação que transportem, armazenem ou a que facultem o acesso, enquanto exerçam uma actividade puramente técnica, automática e de natureza passiva. Reconhece-se que nestes casos não é exigível, nem tecnicamente possível, ter conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o seu controlo. Porém, no caso de serviços de armazenagem principal de informações e de associação de conteúdos, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude do conteúdo, exige-se que o prestador de serviços proceda com diligência no sentido de remover as informações em causa

possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil das plataformas da economia colaborativa, perante os seus utilizadores, nos cenários *supra* descritos, se e na medida em que, na sequência da realização de uma aferição casuística às atividades especificamente desenvolvidas por tais plataformas, se verifique que a sua atividade não se limita, apenas e tão-só, à de mero intermediário de informação entre os seus utilizadores⁴¹.

Não obstante, como bem refere, a nosso ver, Cláudia Trabuco, atento o conteúdo do art. 11.º do diploma legal sob análise, sem prejuízo das exceções *supra* detalhadas, a verdade é que o Decreto-Lei n.º 7/2004 consagra o princípio geral da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede – aqui se incluindo os prestadores de serviços por via de plataformas da economia colaborativa –, o qual se afigura, segundo a Autora, um vetor essencial e premente do ordenamento jurídico nacional, «[...] que implica a imputação de danos a uma esfera jurídica distinta daquela em que estes se verificaram nos casos em que, reunidos que sejam determinados pressupostos, exista uma actuação ilícita e culposa»⁴². Em sentido idêntico, Marisa Catarina da Conceição Dinis refere também que «[a] primeira conclusão que se retira deste[s] mandamento[s] legal[is] é simples: é ao regime comum da responsabilidade, civil e criminal que devemos recorrer quando nos encontramos no âmbito de atividades dos prestadores de serviços em rede. Este regime geral da responsabilidade só não será de aplicar nos casos especificamente apontados pela lei, *in casu*, nos artigos 14º, 15º, 16º e 17º do Decreto-Lei 7/2004»⁴³.

ou impossibilitar o acesso a elas, sob pena de responder por perdas e danos» – *vd. Rocha, Manuel Lopes; Vaz, Sónia Queirós; Lousa, Filipe Viana, Legislação e Mecanismos de Regulamentação do Negócio Electrónico, SPI – Sociedade Portuguesa de Inovação, 2006, p. 12.*

41 O tema sempre gerou, e continua a gerar, controvérsia entre a doutrina nacional, que considera a presente temática como um dos principais problemas relacionados com a regulação do comércio eletrónico em Portugal. A esse respeito, *vd. Pereira, Alexandre Dias, Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Electrónico na Internet, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Working Paper n.º 2/01, 2001, p. 5*, onde se refere que «[p]or outro lado, o comércio eletrónico coloca certos problemas que dizem respeito, por exemplo, [...] à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha, mormente quando actuam como meros intermediários de informação digital». Para uma análise acerca tanto do regime de responsabilidade dos prestadores de serviços por via de uma plataforma da economia colaborativa, como da (in)existência de uma obrigação geral de vigilância desses mesmos prestadores de serviços, por referência à Diretiva em estudo, *vd. Bolzam, Angelina Cortelazzi; Santos, Rafael Fernando dos, "Responsabilidade civil dos provedores de internet na comunidade europeia", in Cadernos de Direito, Piracicaba, Volume n.º 16(30), 2016, pp. 67-86.*

42 *Vd. Trabuco, Cláudia, op. cit., pp. 480-481.*

43 *Vd. Dinis, Marisa Catarina da Conceição, "Do Regime geral do Comércio Eletrónico no Ordenamento Jurídico Português", in Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, BDJUR, Volume II, n.º 2, 2021, pp. 145-184, na p. 164.*

De facto, como bem faz notar Flávio Tartuce, «[...] o artigo 13.º [do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro] impõe deveres comuns aos prestadores intermediários dos serviços digitais [as plataformas da economia colaborativa poderão, mediante aferição casuística, ser consideradas enquanto tal], que podem ser considerados deveres anexos que decorrem da boa fé objetiva e do bom andamento de suas atividades»⁴⁴, ainda que daqui não se possa retirar, cremos, o fundamento para responsabilizar a plataforma da economia colaborativa perante os seus utilizadores, desde logo na medida em que os referidos deveres consubstanciam obrigações daquela perante as autoridades competentes, e não perante os seus utilizadores.

Em qualquer caso, como bem denota José de Oliveira Ascensão, a verdade é que «[a]s regras sobre responsabilidade dos provedores [de serviços na sociedade da informação, como é o caso das plataformas da economia colaborativa] significam antes regras de tendencial irresponsabilidade, excepto em situações particularmente qualificadas», o que se fica a dever, segundo o Autor, no caso de o provedor de serviços ser um mero intermediário, na medida em que «[...] o provedor de transmissão não deve sequer indagar o conteúdo das mensagens que transmite», e no caso em que o prestador de serviços não se limita a ser um mero intermediário, antes prestando outros serviços, e por referência à potencial responsabilização em face do caráter ilícito dos conteúdos transmitidos, na medida em que estes «[...] não são juízes da licitude ou ilicitude dos conteúdos»⁴⁵.

De acordo com o referido *supra*, a verdade é que, em sede de ordenamento jurídico português, e quando a questão se coloque no sentido de ser aplicável, ao mérito do litígio, a lei material portuguesa, deverá ser efetuado um juízo casuístico, ponderado e informado, que passe por perceber, em concreto, qual a atividade desenvolvida por parte da plataforma da economia colaborativa que possa ter sido o *veículo* de produção do dano na esfera de um seu utilizador, tendo em conta determinar se a mesma estava sujeita a um dever de controlo sobre os conteúdos produzidos na sua esfera, ou não. De qualquer das formas, tanto o juízo de ponderação casuístico *supra* sugerido como potenciais revisões à letra da lei aplicável ao tema deverão

44 *Vd.* Tartuce, Flávio, "Contratação eletrónica. Princípios sociais, responsabilidade civil pré-contratual e pós-contratual. Uma abordagem luso-brasileira", in *Direito da Sociedade da Informação*, coord. de José de Oliveira Ascensão, Volume IX, Coimbra Editora, 2011, pp. 187-227, na p. 216.

45 *Vd.* Ascensão, José de Oliveira, "A sociedade digital e o consumidor", in *Direito da Sociedade da Informação*, coord. de José de Oliveira Ascensão, Volume VIII, Coimbra Editora, 2009, pp. 123-153, na p. 145. Nesse mesmo sentido, *vd.* Silva, Hugo Lança, *As leis do comércio electrónico – Tentativa de desconstrução de um complexo puzzle*, Verbo Jurídico – Compilações Doutrinais, 2007, pp. 17-18.

sempre assentar num outro tipo de juízo, que se consubstancia em garantir um adequado equilíbrio entre a proteção e a tutela dos utilizadores das plataformas da economia colaborativa, por um lado, e a liberdade de atuação das plataformas, por outro.

Quando, em face das circunstâncias do caso concreto, se chegue à conclusão de que a exclusão de responsabilidade civil não se considere aplicável, na eventualidade de se encontrarem preenchidos os pressupostos de que depende a aplicação do instituto da responsabilidade civil, a plataforma da economia colaborativa – ou melhor, a entidade que procede à sua exploração – poderá ser obrigada a indemnizar os utilizadores da plataforma como consequência de ter sido praticado, ou omitido, com culpa, por parte da plataforma da economia colaborativa, o facto voluntário ilícito que gerou os danos na esfera jurídica e/ou patrimonial do(s) utilizador(es) da plataforma.

4. Síntese conclusiva

Em jeito de conclusão, importa reforçar a premissa de que a regulação da atividade desenvolvida por parte das plataformas da economia colaborativa é um tema que tem estado na agenda europeia desde há vários anos até esta data, com o objetivo de reforçar um desejo antigo dos órgãos europeus, que passa por criar e desenvolver um mercado único digital forte e sem fronteiras. Nessa medida, a União Europeia tem vindo a potenciar a criação e o desenvolvimento da atividade das plataformas da economia colaborativa, pretendendo, simultaneamente, incutir nos cidadãos uma cultura de partilha e reaproveitamento de recursos subjacente ao fenómeno colaborativo.

O ordenamento jurídico português reflete, em matéria legal, aquelas que são as principais opções adotadas pelo legislador europeu e consagra um regime de tendencial irresponsabilização das plataformas da economia colaborativa, enquanto prestadoras de serviços em rede que atuam como meros intermediários de informação, no âmbito das respetivas atividades.

Não obstante, a tutela dos utilizadores das plataformas da economia colaborativa justifica que, quando exista um dano que seja produzido na esfera jurídica daqueles em face de um qualquer ato ou omissão perpetrada pela plataforma da economia colaborativa, seja efetuada uma análise casuística associada à atividade desenvolvida por esta em específico, tendo em vista determinar se a mesma se considera, ou não, abrangida nos casos que consagram a impossibilidade de responsabilização da própria plataforma. Quando tal não seja o caso, poderão os utilizadores das

plataformas da economia colaborativa valer-se dos institutos legais vigentes no ordenamento jurídico nacional – *maxime*, o instituto da responsabilidade civil contratual –, tendo em vista garantir o ressarcimento, por parte da entidade exploradora da plataforma da economia colaborativa, dos danos por si sofridos.

Referências

Almeida, Alvimar Virgílio de, *Defesa do consumidor na economia compartilhada: a questão da responsabilidade civil*, Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia – Universidade Católica de São Paulo, 2019.

Ascensão, José de Oliveira, "A sociedade digital e o consumidor", in *Direito da Sociedade da Informação*, coord. de José de Oliveira Ascensão, Volume VIII, Coimbra Editora, 2009, pp. 123-153.

Barbosa, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncipia, 2017.

Bolzam, Angelina Cortelazzi; Santos, Rafael Fernando dos, "Responsabilidade civil dos provedores de internet na comunidade europeia", in *Cadernos de Direito*, Piracicaba, Volume n.º 16(30), 2016.

Brescia, Raymond H., "Regulating the Sharing Economy: New and Old Insights into an Oversight Regime for the Peer-to-Peer Economy", in *Nebraska Law Review*, Volume 95, 2016, pp. 87-145.

Brito, Maria Helena, *Direito Internacional Privado Sob Influência do Direito Europeu*, Âncora Editora, 2017.

Cauffman, Caroline, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider friendly?*, Maastricht European Private Law Institute Working Paper no. 2016/07, 2016, pp. 9-13.

Codagone, Cristiano; Martens, Bertin, "Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues", Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper, No. 2016/01, European Commission, Joint Research Centre (JRC), Sevilha, 2016.

Comissão Europeia, *A European agenda for the collaborative economy – Fact Sheet*, Comissão Europeia, Bruxelas, 2016.

_____, *The collaborative economy – Ares (2016)2558830*, Comissão Europeia, Bruxelas, 2016.

_____, *Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*, COM (2016) 356, 02.06.2016.

_____, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, intitulada Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, SWD (2016) 184, Bruxelas, 2016.

_____, *Collaborative Economy: Opportunities, Challenges, Policies – Conference Report*, Comissão Europeia – Single Market Forum 2018/2019, Bruxelas, 2018.

_____, *Task 1 Report - Description of the regulatory environment surrounding the collaborative economy in the tourism accommodation sector*, Bruxelas, 2018.

_____, *Final Report - Legal Assessment of the Regulatory environment surrounding the collaborative economy in the tourism accommodation sector across the 28 Member States*, Bruxelas, 2018.

Correia, A. Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Reimpressão da edição de outubro de 2020, Almedina, 2018.

Costa, João Pedro Fachana Cardoso Moreira da, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet – Em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Dissertação de Mestrado em Direito, realizada sob a orientação de Manuel A. Carneiro da Frada, 2011.

Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. revista e atualizada, Almedina, 2016.

_____, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 7.ª ed. revista e atualizada, colaboração de António Alberto Vieira Cura, Almedina, 2018.

Dinis, Marisa Catarina da Conceição, “Do Regime geral do Comércio Eletrónico no Ordenamento Jurídico Português”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, BDJUR, Volume II, n.º 2, 2021, pp. 145-184.

Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado – A Mudança de Paradigma*, Almedina, 2013.

_____, *Temas de Direito Internacional Privado e de Processo Civil Internacional*, Librum Editora, 2019.

Hörster, Heinrich Ewald; Silva, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, 2.ª ed. totalmente revista e atualizada, 2019.

Interian, Johanna, “Up in the Air: Harmonizing the Sharing Economy through Airbnb Regulations”, in *Boston College International & Comparative Law Review*, Volume 39, 2016, pp. 129-161.

Katz, Vanessa, “Regulating the Sharing Economy”, in *Berkeley Technology Law Journal*, Volume n.º 30, 2015, pp. 1067-1126.

Koopman, Christopher; Mitchell, Matthew; Thierer, Adam, “The sharing economy and consumer protection regulation – The case for policy change”, in *Business, Entrepreneurship, & the Law*, Volume VIII, n.º 2, 2015, pp. 529-545.

_____, “The Sharing Economy: Issues facing Platforms, Participants, and Regulators”, in *Mercatus Center at George Mason University*, Sharing Economy Workshop, Project no. P15-1200, 2015.

Loucks, Talia G., “Travellers Beware: Tort Liability in the Sharing Economy”, in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, Volume 10, n.º 4, 2015, pp. 329-342.

Machado, João Baptista, *Lições de Direito Internacional Privado*, Reimpressão da 3.ª ed. atualizada, Almedina, 2017.

Mcpeak, Agnieszka A., “Sharing Tort Liability in the New Sharing Economy”, in *Connecticut Law Review*, Volume 49, n.º 1, 2016, pp. 171-225.

Miller, Stephen R., "First Principles for Regulation the Sharing Economy", in *Harvard Journal on Legislation*, Volume 53, 2016, pp. 147-202.

Neto, Abílio, *Código Civil Anotado*, 18.^a ed. revista e atualizada, Ediforum, 2013.

Oliveira, Fernando Baptista de, *Contratos Privados – Das Noções à Prática Judicial*, Volume III., colaboração de Alexandre Norinho de Oliveira, 1.^a ed., Coimbra Editora, 2014.

Oliveira, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011.

Pereira, Alexandre Dias, *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Electrónico na Internet*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Working Paper n.º 2/01, 2001.

Pereira, Alexandre Libório Dias, "Princípios do Comércio Electrónico (breve apontamento ao DL 7/2004, 7.1)", in *Miscelâneas IDET*, n.º 3, Almedina, 2004, pp. 75-112.

Petropoulos, Georgios, "An economic review of the collaborative economy", Bruegel Policy Contribution no. 2017/5, Bruxelas, 2017.

Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado – Volume II*, 4.^a ed. refundida, Almedina, 2015.

_____, *Direito Internacional Privado – Volume I*, 3.^a ed. refundida, AAFDL Editora, 2019.

_____, *Direito Internacional Privado – Volume III – Tomo I*, 3.^a ed., AAFDL Editora, 2019.

Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2.^a reimpressão, Coimbra Editora, 2012.

Prata, Ana, "Artigo 798.º – Responsabilidade do devedor", in *Código Civil Anotado*, Volume I, Almedina, 2017.

Proença, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 2.^a ed. revista e atualizada, Universidade Católica Editora, 2017.

Rocha, Manuel Lopes; Vaz, Sónia Queirós; Lousa, Filipe Viana, *Legislação e Mecanismos de Regulação do Negócio Electrónico*, SPI – Sociedade Portuguesa de Inovação, 2006.

Silva, Hugo Lança, *As leis do comércio electrónico – Tentativa de desconstrução de um complexo puzzle*, Verbo Jurídico – Compilações Doutrinárias, 2007.

Sundararajan, Arun, "Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative) Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues – Written testimony for the hearing titled, The Power of Connection: Peer-to-Peer Businesses", held by the Committee on Small Business of the United States House of Representatives, January 15th, 2014.

Tartuce, Flávio, "Contratação eletrónica. Princípios sociais, responsabilidade civil pré-contratual e pós-contratual. Uma abordagem luso-brasileira", in *Direito da Sociedade da Informação*, coord. de José de Oliveira Ascensão, Volume IX, Coimbra Editora, 2011, pp. 187-227.

Trabuco, Cláudia, “Conteúdos Ilícitos e Responsabilidade dos Prestadores de Serviços nas Redes Digitais”, in *Direito da Sociedade e da Informação*, Volume VII, Coimbra Editora, 2008, pp. 473-497.

Trigo, Maria da Graça; Moreira, Rodrigo, “Artigo 798.º – Responsabilidade do devedor”, in *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 1102-1106.

Vasconcelos, Pedro pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Almedina, 2017.

Vaughan, Robert; Daverio, Raphael, *Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, Comissão Europeia, 2016.

Verbicaro, Dennis; Vieira, Janaina do Nascimento, “A Hipervulnerabilidade do Turista e a Responsabilidade das Plataformas Digitais: uma análise a partir da perspectiva da Economia Colaborativa”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Volume 127, 2020, pp. 1-17.

Os dados pessoais dos utilizadores das plataformas colaborativas à luz do RGPD*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.15>

Anabela Susana de Sousa Gonçalves**
Tiago Branco da Costa***

* Atualizado a 30 de junho de 2021.

** Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov (E-Tec).

*** Assistente Convidado na Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutorando em Ciências Jurídicas Privatísticas na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador do JusGov.

Resumo: A economia colaborativa tem-se afirmado como um modelo de negócio capaz de ditar uma nova interação entre a economia e a sociedade e uma das áreas em que esta interação tem levantado maior preocupação é a da proteção de dados pessoais. Se, por um lado, existe um aumento e uma facilidade da interação entre os sujeitos no tráfico jurídico negocial, e, por conseguinte, dos fluxos de dados pessoais, por outro lado, é importante refletir sobre a proteção dos dados pessoais, enquanto direito fundamental. Neste sentido, importará enquadrar esta nova realidade no panorama legal atual, clarificando em que medida convive a economia colaborativa com a proteção de dados pessoais e desvendando os principais desafios que se levantam, designadamente no que respeita à licitude do tratamento de dados, aos deveres do responsável pelo tratamento de dados e aos direitos dos titulares.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais – economia colaborativa – plataformas digitais.

Sumário: **1.** A aplicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados à economia colaborativa. **2.** Fundamento do tratamento de dados: licitude e finalidades. **2.1.** A licitude do tratamento de dados. **2.1.1.** A execução de um contrato e as diligências pré-contratuais. **2.1.2.** O consentimento do titular dos dados. **2.1.3.** Interesses legítimos. **2.1.4.** Outros fundamentos de licitude para o tratamento de dados. **2.2.** Finalidades do tratamento de dados. **3.** Os deveres dos responsáveis pelo tratamento. **4.** Os direitos dos utilizadores das plataformas colaborativas enquanto titulares de dados. **5.** Conclusão. Referências.

Abstract: The collaborative economy is a business model capable of dictating a new interaction between the economy and society and one of the areas where this interaction has raised the most concern is regarding the protection of personal data. If, on the one hand, there is an increase and facilitation of the interaction between legal persons in the legal business traffic, and, consequently, in the cross-border flows of personal data, on the other hand, it is important to study the protection of personal data, as a fundamental right. In this sense, it will be important to fit this new reality into the current legal landscape, clarifying the extent to which the collaborative economy coexists with the protection of personal data and unveiling the

main challenges arising in this regard, namely with regard to the lawfulness of data processing, to duties of the data controller and the rights of the data subjects.

Keywords: Protection of Personal Data – collaborative economy – digital platforms.

Summary: **1.** The application of the General Data Protection Regulation to the collaborative economy. **2.** Grounds data processing: lawfulness and purposes. **2.1.** The lawfulness of data processing. **2.1.1.** The performance of a contract and pre-contractual steps. **2.1.2.** The consent of the data subject. **2.1.3.** Legitimate interests. **2.1.4.** Other lawfulness grounds for data processing. **2.2.** Purposes of data processing. **3.** The duties of controllers. **4.** The rights of users of collaborative platforms as data subjects. **5.** Conclusion. References.

1. A aplicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados à economia colaborativa

Na Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, a Comissão Europeia define a economia colaborativa como os «(...) modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares»¹. Não obstante as dificuldades que se assinalam relativamente à definição concreta e precisa deste fenómeno², será esta a noção de economia colaborativa que adotaremos.

No referido documento, a Comissão Europeia reconhece a diversidade de configurações que as atividades da economia colaborativa podem assumir e, conseqüentemente, a variedade de questões jurídicas que podem produzir, sendo certo que «[c]ada relação (utilizador-plataforma; prestador de serviços-plataforma; prestador de serviços-utilizador) deve ser analisada separadamente»³. A necessidade de respeitar a regulamentação jurídica existente em matéria de proteção de dados pessoais foi uma das questões jurídicas assinaladas⁴. De facto, as plataformas digitais da economia colaborativa recolhem e tratam dados pessoais em grandes quantidades e estes adquirem um valor económico considerável, porque são um elemento importante para a atividade dessas plataformas. Todavia, de acordo com a posição do Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD/EDPB), os

1 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 02.06.2016, p.3.

2 V. Basselier, R.; Langenus, G.; Walravens, L., "The rise of the sharing economy", in *NBB Economic Review*, iii, 2018; pp. 57-59; Makela, Finn; Mckee, Derek; Scassa, Teresa, "Introduction: The «Sharing Economy» through the Lens of Law", in *Law and the "Sharing Economy"* (Coord. Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa, Sabrina Tremblay-Huet), University of Ottawa Press, Canada, 2018, p. 5; Marín Anglada, Quico; Hernández Lara, Ana Beatriz, "Descripción de un caso real de economía colaborativa en el sector cultural: eventtrade", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales* (Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 364; Pagès i Galtès, Joan, "Análisis fiscal de los aspectos conceptuales de la economía colaborativa en sentido estricto", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales* (Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 201-202; Valle Baudino, Paola del, "Economía colaborativa en el marco de las asociaciones sin ánimo de lucro", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales* (Angél Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 307-308.

3 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, op. cit., p. 3.

4 *Idem, ibidem*, p. 11.

dados pessoais não podem ser considerados uma mercadoria comercializável⁵. Por esta razão, e para garantir a confiança dos utilizadores das atividades da economia colaborativa (como prestadores ou consumidores) e o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, a Comissão Europeia afirmou a necessidade de as plataformas colaborativas cumprirem o quadro de regulamentação existente na União referente à proteção de dados⁶.

A proteção de dados pessoais encontra a sua regulamentação jurídica no Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento 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 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados ou RGPD), que visa a concretização da proteção de dados pessoais, enquanto direito fundamental, nos termos estabelecidos no art. 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Na ordem jurídica portuguesa, o RGPD é executado pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (Lei da Proteção de Dados Pessoais).

A primeira questão a analisar é em que circunstâncias as atividades da economia colaborativa estão abrangidas pelo âmbito de proteção do RGPD. De acordo com o art. 2.º, n.º 1, do RGPD, este é aplicável ao «tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados», sendo excluídas da sua aplicação as situações identificadas no n.º 2 da referida disposição legal. Uma dessas exclusões é o tratamento de dados pessoais efetuado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas, o que significa a inaplicabilidade do RGPD quando não estejam em causa atividades profissionais ou comerciais. Contudo, o considerando 18 do RGPD esclarece que o «(...) regulamento é aplicável aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes que forneçam os meios para o tratamento dos dados pessoais dessas atividades pessoais ou domésticas». Ainda assim,

5 Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados*, p. 16, disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_pt.pdf; consultado em 01.04.2021.

6 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, op. cit., p. 11.

concordamos que não é fácil estabelecer quando é que uma atividade é pessoal ou doméstica⁷.

No domínio particular das plataformas colaborativas, atendendo à complexidade das relações estabelecidas entre os diversos sujeitos participantes, podemos identificar situações que ficam abrangidas pelo âmbito de aplicação material do RGPD e outras que se encontram excluídas, consoante a natureza das pessoas que intervêm e a qualidade que reúnem ou não de comerciantes. Além disso, como foi reconhecido pelo Comité das Regiões Europeu, as atividades da economia colaborativa podem ser realizadas com fins lucrativos ou sem fins lucrativos⁸. Segundo Alarcón Sevilla, nas plataformas colaborativas lucrativas, incluir-se-iam aquelas que ligam oferta e procura *online* num setor específico, em que o lucro resulta geralmente de uma percentagem que é aplicada ao preço do serviço, que tomam decisões alimentadas por razões económicas ou comerciais, e como forma de controlo selecionam o prestador do serviço⁹.

Ora, é mais fácil a associação das plataformas colaborativas lucrativas à atividade profissional ou comercial. Quando a entidade que explora a plataforma digital é uma pessoa coletiva, que atua no âmbito da sua atividade comercial ou profissional, as relações quer em relação ao utilizador, quer em relação ao prestador de serviços ou vendedor estarão abrangidas pelo RGPD. Por seu turno, quando a entidade exploradora da plataforma digital for uma pessoa singular, a mesma estará igualmente incluída no âmbito de aplicação material do RGPD, quer esta a explore no âmbito da sua atividade profissional, quer não o faça nessa qualidade, já que, figurando como algo público ou divulgado entre um grupo indefinido de sujeitos, a mesma deixará de ser, necessariamente, classificada como uma atividade pessoal ou doméstica¹⁰. Deste modo, quando nos referimos ao tratamento de dados que resulta da interação entre este tipo de plataformas colaborativas e o utilizador, em princípio, estaremos dentro do âmbito de aplicação do RGPD.

7 No mesmo sentido, Alarcón Sevilla, Verónica, "Los datos personales de los usuarios en la economía colaborativa: protección o negocio?", in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital* (Rosalia Alfonso Sánchez, Julián Valero Torrijos), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 123; Hatzopoulos, Vassilis, *The Collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury Hart Publishing, Oxford and Portland, 2018, p. 73.

8 Comité das Regiões Europeu, *Parecer do Comité das Regiões Europeu – A economia colaborativa e as plataformas em linha: Visão partilhada dos municípios e das regiões*, JO C 185, 09.06.2017, p. 24.

9 Alarcón Sevilla, Verónica, *op. cit.*, p. 126.

10 Neste sentido, *vd.* Pinheiro, Alexandre Sousa *et al.*, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 106.

Em relação às plataformas colaborativas, é ainda necessário fazer outra distinção, entre aquelas que são puramente intermediárias e aquelas que exercem um controlo sobre o serviço. O art. 14.º da 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 (Diretiva sobre o Comércio Eletrónico), estabelece que não pode ser invocada a responsabilidade das plataformas em linha pelo conteúdo das informações que armazenam, nas condições indicadas na norma. Esta exoneração de responsabilidade apenas funciona para uma plataforma da economia colaborativa naquelas situações em que a atividade da mesma é meramente passiva, ou seja, a «(...) plataforma colaborativa não [desempenhe] um papel ativo que lhe faculte o conhecimento ou o controlo de informação ilegal ou, a partir do momento em que tenha conhecimento dessa informação, atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações»¹¹. Esta análise terá de ser feita casuisticamente, e aplica-se apenas às informações armazenadas e não a outros serviços ou atividades da própria plataforma que impliquem tratamento de dados¹². Em contrapartida, se existir direção ou controlo sobre a atividade económica dos prestadores ou usuários, já não gozarão desta exceção¹³.

A questão poderá conhecer outros contornos quando estejamos a observar a relação que se estabelece entre o prestador de serviços e o utilizador, quando estiver em causa uma relação entre dois particulares que atuem a título pessoal, isto é, duas pessoas singulares cuja atuação nada tem que ver com fins profissionais ou comerciais. O tratamento de dados no âmbito desta relação estará excluído do âmbito de aplicação do RGPD.

Note-se que o titular dos dados tanto pode ser o prestador dos serviços, como o usuário (consumidor), desde que esteja em causa uma pessoa singular, porque o RGPD apenas protege os dados pessoais das pessoas singulares, como resulta do art. 4.º, n.º 1, e do considerando 14 do RGPD, não abrangendo o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas coletivas¹⁴.

11 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, op. cit., p. 8.

12 Neste sentido, Hatzopoulos, Vassilis, op. cit., p. 73.

13 Neste sentido, Alarcón Sevilla, Verónica, op. cit., p. 126.

14 Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas e que revoga a Diretiva 2002/58/CE (Regulamento relativo à privacidade e às comunicações eletrónicas*

O prestador do serviço e o usuário introduzem os seus dados pessoais na plataforma colaborativa. Esta, por sua vez, tendo os dados registados no seu sistema informático, faz o tratamento dos mesmos, decidindo a(s) finalidade(s), os meios de tratamento e o uso que faz deles, assumindo, assim, o papel de responsável pelo tratamento, nos termos do art. 4.º, n.º 7. Já o prestador de serviços, frequentemente, assumirá o papel de subcontratante, nos termos do art. 4.º, n.º 8, quando, de acordo com o contrato que estabeleceu com a plataforma colaborativa, usa estes dados pessoais para se conectar com o usuário e prestar o serviço em causa, respeitando as instruções do responsável pelo tratamento. Todavia, as posições de responsável pelo tratamento de dados e de subcontratante são muito próximas e a sua delimitação está dependente, no caso em concreto, da análise da determinação das finalidades e dos meios de tratamento, o que pode colocar a plataforma e o prestador de serviços quer no papel de responsável pelo tratamento, quer de subcontratante, consoante o seu modelo de organização e negócio em causa. Não podemos, contudo, ignorar a possibilidade de ambos os sujeitos serem considerados responsáveis pelo tratamento, na aceção do art. 26.º do RGPD, quando determinem conjuntamente as finalidades e os meios desse tratamento de dados pessoais.

Além disso, a aplicação do RGPD precisa também de respeitar o seu âmbito espacial, estabelecido no art. 3.º. Para o efeito, é necessário que o tratamento dos dados, ocorrendo dentro ou fora da União, seja efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União (art. 3.º, n.º 1). Ou seja, nesta situação, basta a plataforma colaborativa estar situada na União para lhe ser aplicada o regime do RGPD. Todavia, o art. 3.º, n.º 2, estende a aplicação do RGPD àquelas situações em que a plataforma colaborativa não tem um estabelecimento localizado na União que seja relevante para as atividades de tratamento de dados em causa. De acordo com a norma, o RGPD é aplicável ao tratamento de dados pessoais dos titulares de dados que estejam na União, realizado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União Europeia, desde que as atividades de tratamento estejam relacionadas: com a oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados, independentemente de ser exigido um pagamento do titular; ou com a monitorização do comportamento desses titulares de dados, na medida em que o comportamento tenha lugar na União. Desta

COM/2017/010 final - 2017/03 (COD), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52017PC0010>. O desiderato deste diploma, cujo processo legislativo se encontra em curso, é o de assegurar um nível equivalente de proteção das pessoas singulares e coletivas e a livre circulação de dados de comunicações eletrónicas na União (considerando 42 e art. 1.º).

forma, o art. 3.º, n.º 2, estende a aplicação do regime do RGPD a plataformas colaborativas que estejam situadas fora da União, nas circunstâncias descritas na norma¹⁵.

2. Fundamento do tratamento de dados: licitude e finalidades

Assinalado o âmbito de aplicação material do RGPD às atividades da economia colaborativa, cumpre-nos, em seguida, analisar os fundamentos para o tratamento de dados no contexto destas atividades, que estão presentes no art. 6.º. A análise do fundamento que subjaz ao tratamento de dados pessoais implica, por um lado, uma leitura dos requisitos de licitude e, por outro, a observação das regras atinentes às finalidades do tratamento de dados, decorrentes do princípio da limitação das finalidades, consagrado no art. 5.º, n.º 1, alínea b), do RGPD.

2.1. A licitude do tratamento de dados

Encontramos o fundamento para o tratamento lícito de dados pessoais no art. 6.º do RGPD, podendo ser feito quando se verifique pelo menos uma das seguintes situações: (i) o titular tiver prestado o seu consentimento; (ii) o tratamento se reputar necessário para a execução de um contrato no qual o titular é parte ou no âmbito de diligências pré-contratuais; (iii) o tratamento se afigure necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica; (iv) o tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular ou de outra pessoa singular; (v) o tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública; ou, ainda, (vi) o tratamento for necessário para efeitos dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento de dados.

Vejamos, então, quais as condições de licitude que assumirão maior relevo no âmbito da economia colaborativa.

15 Sobre o âmbito de aplicação espacial do RGPD e a aplicação extraterritorial que dele resulta, v. Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, "Aplicação (extra)territorial do Regulamento Geral de Proteção de Dados", in *Anuário de Direitos Humanos*, vol. 2, 2020, pp. 1-20; *idem*, "The extraterritorial application of the EU Directive on data protection", in *The Spanish Yearbook of International Law*, 19, 2015, pp. 195-209.

2.1.1. A execução de um contrato e as diligências pré-contratuais

As plataformas digitais que atuam no contexto da economia colaborativa têm como propósito fomentar e facilitar a celebração de negócios jurídicos entre vendedores ou prestadores de serviços e utilizadores, intervindo de forma mais ou menos acentuada, consoante o contexto e o tipo de atividade. Neste sentido, reputa-se adequado iniciar esta jornada pela referência ao tratamento de dados no contexto da execução de um contrato no qual o titular de dados é parte ou no âmbito de diligências pré-contratuais, a seu pedido, como fundamento para o tratamento lícito de dados, previsto no art. 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD.

Por regra, será este o fundamento de licitude que estará subjacente ao tratamento de dados dos utilizadores, já que os mesmos utilizarão a plataforma, precisamente, com o propósito de encontrar uma oportunidade de negócio que corresponda às suas necessidades e/ou preferências. Se o tratamento de dados pessoais do titular não for assegurado, o contrato que se procura estabelecer não será concretizado, daí que a “necessidade” de conhecer e tratar estes dados seja, de facto, o elemento essencial desta equação¹⁶.

O conceito de necessidade é um conceito autónomo face ao direito dos Estados-Membros e deve ser interpretado objetivamente, no sentido em que o serviço solicitado só possa ser prestado mediante o tratamento específico daqueles dados pessoais¹⁷. Não obstante, não significa isto que o conceito de necessidade deva abarcar tudo aquilo que se afigure útil ou conveniente, nem tão-pouco aquilo que seja permitido por um contrato ou que conste dos termos de um contrato. Deve, antes, proceder-se a uma interpretação assente numa proporcionalidade entre as finalidades do tratamento em causa, os dados pessoais e as respetivas operações de tratamento¹⁸.

Este fundamento de licitude não tem aplicação quando esteja em causa o tratamento de dados pessoais de categorias especiais. Neste particular, será necessário verificar o preenchimento de qualquer uma das exceções previstas no art. 9.º, n.º 2, do RGPD¹⁹.

16 A este respeito, *vd.* Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 207.

17 Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Diretrizes 2/2019*, *op. cit.*, p. 8.

18 *Idem, ibidem*; Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados...*, *op. cit.*, pp. 210-212.

19 Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, p. 25, disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_pt.pdf, consultado em 01.04.2021.

Deve ainda considerar-se a possibilidade de conviverem, na mesma relação, diferentes operações de tratamento de dados, as quais poderão e deverão basear-se em fundamentos de licitude distintos, consoante a finalidade (individual) a que se encontrem adstritas²⁰. Isto significa que, quando cesse ou seja alcançada a finalidade para a qual os dados pessoais foram tratados, no domínio do contrato, esse tratamento em particular deve cessar. Contudo, a(s) operação(ões) de tratamento que, ainda que aparentemente conexas com a relação estabelecida entre o responsável pelo tratamento de dados e o titular de dados, se baseiem numa outra finalidade e num outro fundamento de licitude poderão continuar a ser efetuadas, consoante, naturalmente, o caso em concreto²¹.

No que concerne ao tratamento de dados efetuado no âmbito das negociações pré-contratuais, deve-se assinalar que as mesmas devem ter sido solicitadas pelo próprio titular de dados. Deste modo, «a comercialização não solicitada ou outro tratamento não solicitado efetuado unicamente por iniciativa do responsável pelo tratamento de dados ou a pedido de terceiros» não poderá também ser incluída nesta cláusula de licitude²².

2.1.2. O consentimento do titular dos dados

O consentimento do titular dos dados, previsto no art. 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD, será outro fundamento para o tratamento lícito de dados pessoais, sobretudo para aquelas situações em que o tratamento de dados não possa ser considerado necessário para a execução de um contrato no qual o titular intervenha, ou na fase preliminar desse mesmo contrato²³, ainda que aparentemente conexas com a finalidade inicialmente definida (*v.g.*, para fins de publicidade)²⁴. Contudo, especiais deveres de cuidado impõem-se a este respeito, sobretudo no que concerne aos requisitos de validade do consentimento²⁵.

20 Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Diretrizes 2/2019, op. cit.*, p. 12.

21 *Idem, ibidem*, p. 13.

22 *Idem, ibidem*, p. 14.

23 Deve-se notar que, quando fazemos referência à execução do contrato ou às diligências pré-contratuais, devem ser entendidas no sentido de incluir o momento anterior ao da celebração do contrato, o momento da execução do contrato, o momento da cessação e até mesmo o momento posterior ao da cessação. Neste sentido, *vd. Cordeiro, A. Barreto Menezes, Direito da Proteção de Dados...*, *op. cit.*, pp. 209-210.

24 Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Diretrizes 05/2020, op. cit.*, p. 12.

25 Cfr. o considerando 42 do RGPD; Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Diretrizes 05/2020, op. cit.*, p. 5.

O consentimento válido, à luz do disposto no art. 6.º, n.º 1, alínea a), e no art. 7.º do RGPD, deve corresponder a uma declaração de vontade livre, específica, informada, inequívoca²⁶.

Esta declaração de vontade deve ser livre na aceção de ter partido voluntariamente do titular de dados e não ter, portanto, resultado de uma imposição ou exigência do responsável pelo tratamento de dados²⁷.

Da leitura conjugada do art. 7.º, n.º 4, e do considerando 43 do RGPD resulta a invalidade do consentimento, quando este esteja relacionado com um tratamento de dados pessoais que não seja necessário para a execução do contrato, ainda que este seja adequado à situação em particular. Neste domínio, o legislador estabeleceu, no considerando 43, algumas presunções quanto ao consentimento não livre, a saber: (i) situação de desequilíbrio entre o responsável pelo tratamento e o titular de dados; (ii) impossibilidade de prestar o consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados, ainda que seja adequado no caso específico; (iii) dependência entre a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, e o consentimento, apesar de o consentimento não ser necessário para a sua execução.

Se atentarmos, por exemplo, ao conteúdo das Diretrizes do Comité Europeu para a Proteção de Dados, a propósito do tratamento para publicidade comportamental em linha (suportado na alínea b) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD), constatamos que estas operações de tratamento surgem, frequentemente, no domínio dos contratos, como forma de financiamento dos serviços em linha. Todavia, entende o Comité Europeu para a Proteção de Dados que, «[r]egra geral, o tratamento de dados pessoais para publicidade comportamental não é necessário para a execução de um contrato de serviços em linha. Normalmente, será difícil argumentar que o contrato não foi executado porque não havia anúncios comportamentais. Tal é ainda mais corroborado pelo facto de os titulares dos dados terem o direito absoluto, nos termos do artigo 21.º, de se oporem ao tratamento dos seus dados para efeitos de comercialização direta. Além disso, o artigo 6.º, n.º 1, alínea b), não pode constituir um fundamento jurídico para a publicidade comportamental em linha simplesmente porque essa publicidade financia indiretamente a prestação

26 Para mais desenvolvimentos sobre a licitude do consentimento para efeitos do RGPD, v. Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, "O tratamento de dados pessoais no Regulamento geral de Proteção de Dados", in *Scientia Iuridica*, n.º 350, maio/agosto 2019, pp. 179-183.

27 Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Diretrizes 05/2020, op. cit.*, p. 8.

do serviço. Embora esse tratamento possa apoiar a prestação de um serviço, tal não é, por si só, suficiente para comprovar que o mesmo é necessário para a execução do contrato em causa»²⁸.

Pretendemos com esta referência evidenciar que o tratamento de dados que não seja essencial para a execução do contrato, ainda que figure como forma de financiamento do mesmo, não está contemplado dentro da cláusula de licitude prevista no art. 6.º, n.º 1, alínea b). Por essa razão, deve o responsável pelo tratamento de dados encontrar uma outra condição de licitude, que em parte significativa dos casos pode ser o consentimento do titular. O que não entendemos admissível é que se possa assumir que este consentimento (que está claramente individualizado da outra condição de licitude referente à execução do contrato) possa agora figurar como parte integrante do contrato.

Por um lado, se este consentimento fosse assim tão relevante para a execução do contrato, então teria de ser considerado abrangido pela condição prevista na alínea b) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD.

Por outro lado, ao não ser abrangido pela alínea b) do n.º 1 do art. 6.º, terá este consentimento de ficar sujeito às condições gerais que estão previstas para qualquer consentimento neste domínio, tal como resulta do art. 7.º do RGPD. Ao ser assim, um consentimento que seja exigido ao titular de dados acoplado à execução de um contrato correrá o risco de não cumprir todos os requisitos de que depende a sua validade, mormente o carácter livre. No entanto, admitimos que as sugestões de critérios de análise da validade do acoplamento do consentimento com a execução do contrato sugerida por A. B. Menezes Cordeiro²⁹ se afiguram pertinentes, sobretudo aquele que admite que o responsável pelo tratamento pode oferecer duas hipóteses do mesmo serviço ao titular dos dados, uma com o consentimento acoplado e outra com o consentimento automatizado³⁰.

O consentimento válido traduz-se também numa declaração de vontade específica, o que concretiza o princípio da limitação das finalidades, na medida em que se exige que o consentimento seja prestado especificamente

28 Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Diretrizes 2/2019*, *op. cit.*, p. 16.

29 Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados...*, *op. cit.*, p. 180.

30 Nesta última hipótese, até poderíamos admitir que, ao invés de o consentimento aparecer como automatizado, o mesmo, porventura, não existisse, embora as condições contratuais pudessem ser distintas.

para aquele fim. A este respeito, o Comité Europeu para a Proteção de Dados identificou três domínios essenciais a considerar para efeitos de ponderar a especificidade deste consentimento: «(i) especificação em função da finalidade como salvaguarda contra o desvirtuamento da função; (ii) granularidade nos pedidos de consentimento, e (iii) separação clara entre as informações relacionadas com a obtenção de consentimento para atividades de tratamento de dados e as informações sobre outras questões»³¹.

Ademais, exige-se uma declaração de vontade informada, no sentido de assegurar que o titular dos dados consentiu conscientemente e munido de toda a informação essencial sobre o tratamento de dados que o responsável pelo tratamento pretende levar a cabo. Este requisito concretiza o princípio da transparência, que exige, por um lado, uma facilidade de acesso à informação e comunicações por parte do seu titular e, por outro lado, a facilidade de compreensão dessa informação e comunicações³². Daí que, no considerando 42 do RGPD, se exija uma adequação da linguagem empregue pelo responsável pelo tratamento na transmissão das informações essenciais ao titular de dados³³.

Por outro lado, exige-se, ainda, que a declaração de vontade seja inequívoca, no sentido de que deve ser oferecida por meio de ação (expressa ou tácita) e não por meio de uma omissão ou do silêncio do titular de dados³⁴.

Por fim, deve-se assinalar que o consentimento deverá corresponder, em determinados contextos, a uma declaração de vontade explícita, sobretudo naqueles em que se impõem necessidades especiais de tutela dos direitos dos titulares de dados³⁵. É o caso particular do tratamento de dados de categorias especiais, das disposições sobre transferências de dados para países

31 Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Diretrizes 2/2019*, *op. cit.*, p. 16.

32 Nesta senda, importa atentar ao conteúdo dos arts. 12.º a 14.º do RGPD. *Vd.* Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados...*, *op. cit.*, p. 183; Pinheiro, Alexandre Sousa *et al.*, *op. cit.*, pp. 228-230.

33 Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Diretrizes 05/2020*, *op. cit.*, p. 18.

34 *Idem*, *ibidem* p. 21. Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados...*, *op. cit.*, dá como exemplos de atos inequívocos: «(...) marcar uma caixa de um formulário de um sítio web (*ticking or unticking a box*); selecionar os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade de informação – p.ex.: aceitando a utilização de *cookies*; deslizar o dedo por uma barra no ecrã, assentir com a cabeça em frente de uma câmara inteligente; rodar o telemóvel no sentido dos ponteiros do relógio ou movimentá-lo de forma a desenhar no ar o número oito».

35 Cordeiro, A. Barreto Menezes, *O consentimento do titular dos dados no RGPD* [em linha], Blook, p. 23, disponível em <https://blook.pt/blook.pt/publications/publication/e772e2d8f7b4/>, consultado em 01.04.2021.

terceiros ou organizações internacionais na ausência de garantias adequadas e das decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis.

Em qualquer dos casos, o consentimento do titular de dados poderá ser revogado a todo o tempo³⁶, sem que, contudo, seja colocada em causa a validade do tratamento ocorrido até então, e de forma tão fácil quanto aquela que se estabeleceu para a sua concessão.

2.1.3. Interesses legítimos

O tratamento de dados será lícito se o tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento de dados ou por terceiros, de acordo com o art. 6.º, n.º 1, alínea f), do RGPD. Este fundamento de licitude é aquele que mais dúvidas suscita, tendo em conta que, ao invés dos restantes, assenta nos interesses (lícitos e legítimos) do responsável pelo tratamento de dados ou de terceiros. Vejamos em que medida.

A primeira dificuldade que se assinala diz respeito à interpretação do conceito indeterminado “interesses legítimos”. A este respeito, pese embora não seja oferecida uma definição para o termo em questão, são avançados alguns exemplos, concretamente nos considerando 47 a 49 do RGPD³⁷.

Importa, em primeiro lugar, clarificar que o interesse «é o objetivo mais abrangente que o responsável pelo tratamento pode ter no tratamento, ou o benefício que o responsável pelo tratamento retira – ou que a sociedade pode retirar – do tratamento»³⁸. Quando o responsável pelo tratamento for uma pessoa coletiva, este trabalho de delimitação do interesse (que deve ser legal) surge mais facilitado, pois esta pessoa estará sempre circundada pelo fim a que se destina. Deste modo, a entidade que explora a plataforma colaborativa ou o vendedor/prestador de serviços deve ater-se ao seu propósito natural, ao seu fim. Por seu turno, quando estejamos perante uma pessoa singular, para que o tratamento de dados esteja subordinado ao

36 Esta é uma proteção importante para o titular de dados, pois, como refere Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados...*, op. cit., p. 188, isto permite acautelar eventuais evoluções tecnológicas que permitam que o responsável pelo tratamento obtenha mais informações dos seus dados pessoais do que aquelas que o titular dos dados quer fornecer.

37 Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, *Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE*, p. 39, disponível em https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_pt.pdf, consultado em 01.04.2021.

38 *Idem, ibidem*, p. 38.

cumprimento das regras previstas no RGPD, a sua atuação deverá circunscrever-se a uma atuação comercial ou profissional, pelo que o conceito de interesse também só poderá ser entendido neste domínio.

O passo seguinte referente à classificação do interesse como legítimo afigura-se de difícil concretização, pelo que terá de submeter-se este interesse ao teste da ponderação³⁹. Este teste de ponderação é-nos exigido pelo RGPD, no sentido de pesar, por um lado, os interesses legítimos em apreço e, por outro lado, os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais (em especial se o titular for uma criança). Este deve ter em conta os seguintes aspetos: (i) avaliação do interesse legítimo do responsável pelo tratamento, (ii) impacto nas pessoas em causa; (iii) equilíbrio provisório; e (iv) garantias complementares aplicadas pelo responsável pelo tratamento para evitar qualquer impacto indevido nas pessoas em causa⁴⁰.

Ademais, outra dificuldade ou fragilidade se avizinha: o responsável pelo tratamento de dados decidirá se estamos ou não perante um interesse legítimo próprio ou de terceiro, deverá levar a cabo o teste de ponderação, determinar a realização ou a não realização do tratamento, as operações de tratamento e a forma como serão levadas a cabo. A posição que o responsável pelo tratamento de dados assume neste domínio em particular coloca o titular de dados numa situação de especial vulnerabilidade e/ou exposição, pois, apesar dos deveres e obrigações a que o responsável pelo tratamento se encontra adstrito, a verdade é que o titular de dados pode facilmente perder o controlo quanto ao tratamento dos seus dados pessoais⁴¹.

2.1.4. Outros fundamentos de licitude para o tratamento de dados

No domínio da licitude do tratamento de dados pessoais, existem outros fundamentos que o poderão legitimar e que estão previstos no art. 6.º do RGPD.

Na alínea c) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD, estabelece-se como fundamento de tratamento a necessidade de cumprimento de uma obrigação legal⁴² por parte do responsável pelo tratamento de dados. A este respeito importa

39 *Idem, ibidem*, p. 40. De acordo com Pinheiro, Alexandre Sousa *et al.*, *op. cit.*, p. 224, será importante ter em conta a posição jurídica e a expectativa das partes.

40 Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Parecer 06/2014, op. cit.*, p. 52.

41 Cfr. Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados...*, *op. cit.*, p. 224.

42 Sobre a terminologia empregue no RGPD – “obrigação jurídica” –, *vd.* Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados...*, *op. cit.*, p. 213.

referir que esta necessidade de cumprimento deve ser efetiva e resultar claramente da lei (nacional ou da União), encontrando-se esta obrigação legal de tratamento sujeita a dois limites: o do interesse público e o da proporcionalidade⁴³. Com efeito, esta cláusula poderá também surgir frequentemente no domínio da utilização das plataformas colaborativas, na medida em que a interação do utilizador com o vendedor ou prestador de serviços, ou do utilizador com a plataforma, ou ainda entre a plataforma e o vendedor ou prestador de serviços origine o cumprimento de uma obrigação legal que implique, por sua vez, uma qualquer operação de tratamento de dados (v.g., emissão de uma fatura-recibo). Este será, então, mais um dos fundamentos de licitude que, facilmente, poderá ser acoplado a um outro, como seja, por exemplo, o da execução de um contrato.

Por seu turno, o fundamento da defesa dos interesses vitais do titular ou de terceiros, previsto no art. 6.º, n.º 1, alínea d), do RGPD, tem um campo de aplicação mais restrito, na medida em que o conceito de “interesses vitais” assim o obriga. Por outro lado, conforme se assinala na doutrina, o tratamento de dados que ocorra nestas circunstâncias tenderá a respeitar a dados relativos à saúde⁴⁴. Por estas razões, este fundamento de licitude do tratamento de dados não deverá assumir um papel significativo neste domínio, embora tenhamos de reconhecer a sua presença, mormente no domínio da prestação de cuidados de saúde, onde se conhecem já diversas plataformas colaborativas⁴⁵.

Por fim, prevê, ainda, o art. 6.º, n.º 1, alínea e), do RGPD a licitude do tratamento de dados quando este seja necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento de dados. Este fundamento reclama também particular atenção, na medida em que no domínio do direito público, onde um dos sujeitos atua dotado do seu *ius imperium*, será um dos fundamentos com maior aplicabilidade⁴⁶.

43 Cfr. art. 6.º, n.ºs 2 e 3, do RGPD.

44 Cfr. art. 9.º, n.º 1, alínea c), do RGPD; Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados...*, op. cit., pp. 204-206.

45 Gonçalves, Anabela Susana de Sousa; Cruz, Catarina, *A economia colaborativa na saúde*, nesta obra coletiva, pp. 235-249.

46 Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados...*, op. cit., pp. 219-222.

2.2. Finalidades do tratamento de dados

O tratamento de dados pessoais lícito respeita o princípio da limitação das finalidades, o que significa que os dados pessoais devem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas. Não podemos ignorar que este princípio basilar, patente no art. 5.º, n.º 1, alínea b), do RGPD, não vive isolado, mas, pelo contrário, concretiza e é concretizado pelo princípio da licitude (ao qual aludimos *supra*), pelo princípio da lealdade e pelo princípio da transparência, na medida em que permite informar o titular dos fins do tratamento, dos riscos associados, das regras desse tratamento, das garantias e dos direitos que assistem ao titular.

Cumpra, antes de mais, clarificar o conceito de finalidade, devendo ser entendido como «razão específica pela qual os dados são tratados: o objetivo ou a intenção do tratamento de dados»⁴⁷. Definida a finalidade, o responsável pelo tratamento de dados deve procurar o fundamento de licitude que lhe permita proceder ao tratamento de dados de forma lícita. E, encontrado esse fundamento, terá necessariamente de o respeitar no futuro, sob pena de o desvirtuar e de, por conseguinte, o tratamento de dados ser considerado ilícito. A lógica subjacente é a de impedir o responsável pelo tratamento de levar a cabo operações de tratamento de dados que não condigam com o objetivo principal delineado e sirvam, antes, para prosseguir outros interesses do responsável pelo tratamento de dados ou de terceiros e, assim, alargar o espectro de operações de tratamento.

Não obstante, pese embora a regra geral seja a de limitar as finalidades do tratamento, impedindo-se um tratamento que extravase as finalidades inicialmente definidas, a título excecional, esse alargamento poderá verificar-se. Os requisitos legais de que depende a extensão da licitude do tratamento de dados pessoais são quatro: (i) o tratamento de dados deve prosseguir um fim distinto (diverso ou mais extenso) daquele para o qual os dados pessoais do titular foram inicialmente recolhidos; (ii) não haja consentimento do titular para esse tratamento para outros fins; (iii) o tratamento para outros fins não seja operado com base em disposições do direito da União ou dos Estados-Membros, que constituam uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar os objetivos referidos no art. 23.º, n.º 1, do RGPD – (a) a segurança do Estado; (b) a defesa; (c) a segurança pública; (d) a prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais, ou a execução de sanções penais,

⁴⁷ Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Parecer 06/2014, op. cit.*, p. 38.

etc. – ; e (iv) a compatibilidade entre o tratamento para outros fins e a finalidade para a qual os dados pessoais foram inicialmente recolhidos.

3. Os deveres dos responsáveis pelo tratamento

Conforme tivemos oportunidade de assinalar *supra*, apesar das diferentes naturezas que as relações estabelecidas no contexto da economia colaborativa podem assumir entre os diversos sujeitos, os responsáveis pelo tratamento e os subcontratantes que forneçam os meios para o tratamento dos dados pessoais de atividades pessoais ou domésticas sempre estarão obrigados ao cumprimento do regime legal instituído pelo RGPD. Neste sentido, a pessoa, singular ou coletiva, encarregue de explorar a plataforma colaborativa sempre será considerada responsável pelo tratamento ou subcontratante, nos termos do RGPD.

A questão que se coloca de seguida e a que tem um maior impacto para a esfera jurídica do titular dos dados é a de saber se o vendedor/prestador de serviços é ou não um responsável pelo tratamento ou subcontratante ao abrigo do RGPD. E, mais, interessará igualmente saber se esta pessoa e o tratamento de dados que eventualmente levará a cabo estarão ou não abrangidos pelo RGPD.

Uma vez que esta questão foi já abordada nos capítulos antecedentes, vamos-nos escusar de a abordar novamente com o mesmo pormenor, relembrando apenas que a atividade deste vendedor/prestador de serviços estará abrangida pelo RGPD sempre que desenvolva uma atividade comercial ou profissional e no âmbito da mesma proceda ao tratamento de dados pessoais. Assim sendo, cumprirá, agora, sublinhar os deveres a que o responsável pelo tratamento e o subcontratante estarão adstritos.

Em primeiro lugar, diríamos que o responsável pelo tratamento sempre estará obrigado a cumprir os preceitos legais previstos no RGPD e nos demais diplomas legais que o complementam, bem como a assegurar o respeito pelos direitos dos titulares e o cumprimento dos princípios basilares que se estabelecem no art. 5.º do RGPD, e que depois vêm a ser concretizados pelas subseqüentes disposições legais – princípio da licitude, lealdade e transparência, princípio da limitação das finalidades, princípio da minimização dos dados, princípio da exatidão, princípio da limitação da conservação, princípio da integridade e confidencialidade e princípio da responsabilidade. O responsável pelo tratamento de dados deve, assim, ao abrigo do princípio da licitude, lealdade e transparência, facultar ao titular de dados,

aquando da recolha dos seus dados, um conjunto alargado de informações sobre o tratamento que se pretende levar a cabo (arts. 13.º e 14.º do RGPD), e, ao longo da relação, todas as informações atinentes aos direitos do titular e ao seu exercício. A informação deve ser concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, privilegiando-se uma linguagem clara e simples, de acordo com o art. 12.º do RGPD.

Ademais, o responsável pelo tratamento de dados está obrigado a aplicar as medidas técnicas e organizativas que se afigurem adequadas a assegurar e poder comprovar que o tratamento de dados é realizado em conformidade com o RGPD, bem como a assegurar um nível de segurança adequado ao risco. Neste particular, cada responsável pelo tratamento deverá, casuisticamente, atendendo à natureza, ao âmbito, ao contexto e às finalidades do tratamento de dados, aos riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares, as técnicas mais avançadas e os custos de aplicação, ponderar a adoção dessas medidas (art. 32.º do RGPD). Por outro lado, o responsável pelo tratamento de dados poderá estar sujeito ao registo de todas as operações de tratamento de dados, caso se trate de uma empresa ou organização com mais de 250 trabalhadores, caso o tratamento seja suscetível de implicar um risco para os direitos, liberdades e garantias dos titulares, não seja ocasional ou caso abranja categorias especiais de dados (art. 30.º do RGPD).

Estes preceitos contribuem, deste modo, para a concretização dos princípios da integridade, da confidencialidade e da responsabilidade⁴⁸. A respeito deste último, devemos ainda sublinhar que a entidade exploradora da plataforma colaborativa e o vendedor/prestador de serviços poderão assumir diferentes papéis, consoante definam ou não as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais.

Ademais, poderemos também assistir a uma outra realidade, aquela em que vários sujeitos exploram em conjunto uma plataforma colaborativa, cabendo neste caso ponderar se e em que medida todos definem as finalidades e os meios de tratamento. De qualquer modo, e pese embora a lei reconheça a possibilidade de os vários responsáveis pelo tratamento de dados distribuírem entre si a responsabilidade e o papel que cada um assumirá perante

48 Sobre estes princípios e as disposições legais que os concretizam, v. Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, "O tratamento de dados pessoais no Regulamento Geral de Proteção de Dados", *op. cit.*, pp. 173-179.

o titular de dados, a verdade é que estamos perante uma relação interna à qual o titular deve ser alheio⁴⁹.

Destarte, no que à dimensão externa diz respeito, de acordo com o art. 26.º, n.º 3, do RGPD, o titular dos dados poderá validamente exercer os seus direitos contra qualquer um dos responsáveis conjuntos, independentemente da responsabilidade que cada um deles assumiu em relação aos restantes, pois o art. 26.º, n.º 1, do RGPD estabelece que quando há uma pluralidade de responsáveis pelo tratamento, em que determinam as finalidades e os meios de tratamento, ambos são responsáveis conjuntos pelo tratamento. Como refere A. B. Menezes Cordeiro, «[é] irrelevante se apenas um dos sujeitos tem o controlo físico do sistema que procede aos tratamentos ou se para o exterior tudo se desenrola como se o tratamento fosse realizado por apenas um responsável. Os propósitos prosseguidos podem não ser os mesmos, mas deverá sempre existir um qualquer tipo de relação – p.e.: várias empresas criam uma plataforma comum na Internet para prosseguir finalidades próprias»⁵⁰.

No que concerne à sua responsabilidade perante o titular de dados, ambos responderão, nos termos do disposto nos arts. 79.º e 82.º do RGPD⁵¹, quando o titular dos dados entenda ter havido violação dos direitos que lhe assistem, na sequência de um tratamento desconforme e tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a essa violação.

4. Os direitos dos utilizadores das plataformas colaborativas enquanto titulares de dados

Aos utilizadores das plataformas colaborativas, na qualidade de titulares de dados, são-lhes reconhecidos o direito à informação (arts. 13.º e 16.º), o direito de acesso (art. 15.º), o direito de corrigir, apagar e limitar (arts. 16.º

49 Note-se que o art. 26.º, n.º 2, do RGPD estabelece que a essência do acordo fixado entre os responsáveis pelo tratamento é disponibilizada ao titular dos dados.

50 Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados...*, op. cit., pp. 311-314.

51 Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Da responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais* [em linha], Blook [Consult. 05 abr. 2021], disponível em <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/>; Barbosa, Mafalda Miranda, "Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil", in *Revista de Direito Comercial*, n.º 2, março de 2018, pp. 423-493; Costa, Tiago Branco da, "A responsabilidade civil decorrente da violação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados", in *UNIO E-BOOK 2019: O Mercado Único Digital da União Europeia como desígnio político: a interoperabilidade como o caminho a seguir* (Alessandra Silveira; Joana Covelo de Abreu; Larissa Coelho), Pensamento Sábio – Associação para o conhecimento e inovação, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2019, pp. 68-77.

a 19.º), o direito de oposição (art. 21.º), o direito a não ser alvo de decisões automatizadas (art. 22.º), o direito à portabilidade (art. 20.º) e o direito à comunicação de violação de dados pessoais (art. 34.º).

O direito à informação é o contraponto, em bom rigor, do dever de o responsável pelo tratamento de dados facultar ao titular de dados, aquando da recolha dos seus dados, um conjunto alargado de informações sobre o tratamento que se pretende levar a cabo, e, ao longo da relação, todas as informações atinentes aos direitos do titular e ao seu exercício (arts. 13.º e 14.º do RGPD).

Por sua vez, o titular dos dados tem o direito de obter, do responsável pelo tratamento, a confirmação de que os seus dados pessoais são ou não objeto de tratamento; e, em caso afirmativo, o direito de aceder aos seus dados e a outras informações, como sejam as finalidades do tratamento dos dados, as categorias dos dados pessoais em questão, o direito de apresentar reclamação a uma autoridade de controlo, os destinatários ou categorias de destinatários a quem os dados pessoais foram ou serão divulgados, nomeadamente os destinatários estabelecidos em países terceiros ou pertencentes a organizações internacionais, entre outros (art. 5.º, alíneas a) a h), do RGPD). É nisto que se traduz o seu direito de acesso.

Ademais, além de poder aceder aos seus dados, o titular pode também retificá-los ou completá-los (art. 16.º do RGPD), assim como poderá exigir o seu apagamento, sem demora injustificada (art. 17.º do RGPD), ou a sua limitação (art. 18.º do RGPD). A retificação e a completude dos dados concretizam o princípio da exatidão, plasmado no art. 5.º, n.º 1, alínea d), do RGPD.

Por sua vez, o direito à limitação e o direito ao apagamento figuram como concretização do princípio da minimização dos dados, também consagrado no art. 5.º do RGPD. Este último direito ao apagamento, quando exercido, implica que o responsável pelo tratamento comunique a cada destinatário a quem os dados pessoais tenham sido transmitidos o apagamento dos dados (art. 19.º do RGPD). Só assim não será se a comunicação se revelar impossível ou implicar um esforço desproporcionado.

Note-se que o exercício deste direito no contexto da utilização das plataformas colaborativas pode implicar uma alteração significativa da relação outrora celebrada. Na verdade, cumpre perceber em que moldes esta relação é configurada, para conseguirmos descortinar o resultado desta operação. Com efeito, o utilizador interage, primeiramente, com a plataforma

colaborativa, no sentido de encontrar a proposta comercial que lhe agrade ou satisfaça, e de oferecer todas as informações que sejam necessárias para a celebração do negócio. Por sua vez, a plataforma colaborativa transmitirá, necessariamente, essa informação ao vendedor/prestador de serviços, para que seja possível a celebração do negócio final. Sem esta comunicação entre a plataforma colaborativa e o vendedor/prestador de serviços, não teremos negócio (pelo menos por via da plataforma). Dito isto, constatamos que, caso o titular dos dados pretenda exercer o seu direito ao apagamento junto da entidade exploradora da plataforma colaborativa, esta estará obrigada a comunicá-lo, nos termos do disposto no art. 19.º do RGPD, aos destinatários a quem os dados tenham sido transmitidos, portanto, pelo menos, aos vendedores/prestadores de serviços. Caso assim não o faça, podemos estar perante um tratamento ilícito, pois, consoante os contornos de cada caso, podemos, com o exercício deste direito pelo titular, ter perdido o fundamento legal para o seu tratamento (p.e., no caso do consentimento do titular para o tratamento de dados).

No entanto, o titular dos dados poderá exercer este seu direito diretamente sobre o vendedor/prestador de serviços, quando este esteja abrangido pelo âmbito de aplicação material do RGPD, e, se assim for, o impacto do exercício deste direito será, por princípio, mais circunscrito.

Ao elenco destes direitos, que transitam da anterior Diretiva, junta-se agora o direito à portabilidade dos dados, que concede ao titular a possibilidade de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha facultado a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado de uso corrente e de leitura automática e de os transmitir a outro responsável, o que deverá ocorrer diretamente entre os responsáveis pelo tratamento de dados (art. 20.º do RGPD).

Além disso, assiste ao titular o direito de oposição, a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos seus dados pessoais (art. 21.º do RGPD). Neste domínio, poderá ainda o titular opor-se, particularmente, à sujeição a decisões individuais automatizadas (art. 21.º, n.º 5, do RGPD).

Por fim, mas não menos importante, reconhece-se ao titular dos dados um direito de informação sobre a violação de dados pessoais, suscetível de implicar um elevado risco para os seus direitos e liberdades (arts. 33.º e 34.º do RGPD).

O utilizador da plataforma terá assim ao seu dispor um leque alargado de direitos que poderá exercer, diretamente, junto do responsável pelo tratamento de dados. Contudo, esse exercício individual poderá não ser suficiente para garantir o resultado final pretendido ou poderá o titular dos dados ter intenção de exigir uma indemnização ou compensação pelos danos que o tratamento de dados lhe tenha causado na sua esfera jurídica. Deste modo, cumpre referir, muito brevemente, os meios de tutela dos direitos dos titulares de dados, que se encontram consagrados no RGPD.

Os titulares de dados têm, desde logo, ao seu dispor o direito de apresentar uma reclamação junto de uma autoridade de controlo, em especial no Estado-Membro da sua residência habitual, do seu local de trabalho, ou do local onde foi, alegadamente, praticada a infração (art. 77.º do RGPD). Ademais, poderá o titular dos dados intentar uma ação judicial contra uma autoridade de controlo, quando entenda que uma qualquer decisão da mesma coloca em causa os seus direitos ou lhe causa prejuízo (art. 78.º do RGPD).

Em terceiro lugar, surge, ainda, o direito de avançar judicialmente contra o responsável pelo tratamento de dados ou o subcontratante, nos casos em que o titular entenda ter havido uma violação dos direitos que lhe assistem, na sequência de um tratamento dos seus dados pessoais ao arpejo dos preceitos legais em vigor. Esta ação judicial a intentar contra o responsável pelo tratamento de dados ou subcontratante poderá comportar o direito de indemnização, previsto no art. 82.º do RGPD, nos termos do qual qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais, devido a uma violação do RGPD, tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratado pelos danos sofridos⁵².

A responsabilidade que recai sobre o responsável pelo tratamento de dados é resultante da violação à lei, isto é, da promoção de um tratamento de dados desconforme com os princípios e regras ínsitos no RGPD (art. 82.º, n.º 1, 1.ª parte). Por sua vez, a responsabilidade que recai sobre o subcontratante resulta do incumprimento das obrigações que especialmente lhe são dirigidas nos termos do RGPD, ou das instruções que lhe tenham sido facultadas pelo responsável pelo tratamento de dados (art. 82.º, n.º 1, 2.ª parte).

52 Para mais desenvolvimentos, v. Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Da responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais*, op. cit.; Barbosa, Mafalda Miranda, "Data controllers e data processors...", op. cit., pp. 438-492; Costa, Tiago Branco da, "Proteção de dados pessoais: da Diretiva ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados", in *Desafios do Direito no Século XXI: uma reflexão luso-brasileira sob o signo interdisciplinar* (Isabel Celeste M. Fonseca; Larissa Coelho), Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governança, Braga, 2019, pp. 93-114.

De qualquer modo, apesar dos diferentes contornos que a responsabilidade de um e de outro sujeito pode conhecer, as suas responsabilidades são solidárias, no domínio das relações externas, isto é, no domínio da relação com o titular de dados. Todavia, existirá, no domínio das relações internas entre responsáveis pelo tratamento e subcontratantes, um direito de regresso (art. 82.º, n.ºs 4 e 5, do RGPD).

5. Conclusão

As atividades da economia colaborativa representam um desafio para a proteção de dados, uma vez que fazem um uso ativo de tecnologia que, frequentemente, implica a recolha e o tratamento de dados pessoais, por vezes, em grande quantidade, que são necessários para a prossecução da atividade em causa e que têm um relevante valor económico associado. Por esta razão, a proteção de dados pessoais ganha uma especial importância, no sentido do desenvolvimento das atividades da economia colaborativa, garantindo o respeito pelo quadro normativo europeu em matéria de proteção de dados.

Nesta medida, acompanhamos de perto as preocupações do Comité Europeu para a Proteção de Dados, no que concerne à “comercialização” de dados pessoais, pelo que se afigura necessária uma interpretação prudente e restritiva dos fundamentos de licitude do tratamento de dados, bem como dos conceitos indeterminados frequentemente empregues a este respeito. Neste particular, suscitam maior atenção e cautela o fundamento de licitude referente à execução de um contrato no qual o titular é parte, ao consentimento, e, ainda, ao referente aos legítimos interesses do responsável pelo tratamento ou de terceiros.

No que respeita aos deveres do responsável pelo tratamento, não conhecemos desvios significativos no domínio particular das plataformas colaborativas, em relação ao quadro geral, pelo que a pessoa, singular ou coletiva, que explore uma plataforma colaborativa deverá ser considerada responsável pelo tratamento ou subcontratante, e, portanto, sujeita ao cumprimento das regras impostas pelo RGPD.

O mesmo se verifica em relação aos direitos do titular de dados consagrados no RGPD, que apenas vão conhecendo os limites que a própria lei estabelece em relação a qualquer tratamento de dados. A nota mais relevante neste domínio, já que pode afastar-se da disciplina imposta noutros domínios, é a da tutela alargada de que gozam estes direitos, na medida em

que o titular dos dados terá sempre a possibilidade de exercer os seus direitos em relação ao responsável pelo tratamento e ao subcontratante, por um lado, e neste domínio em particular, contra a plataforma colaborativa, por outro lado.

Estas plataformas colaborativas têm, em alguns domínios, tentado fugir à responsabilidade perante os utilizadores, tentando imputá-la na íntegra aos vendedores/prestadores de serviço que celebram o negócio jurídico com os utilizadores. Contudo, neste domínio, verificámos que não é possível essa desresponsabilização, já que, à luz do quadro legal da proteção de dados, o utilizador da plataforma, enquanto titular dos dados, poderá exercer os seus direitos e lançar mão dos meios judiciais contra qualquer responsável pelo tratamento de dados ou subcontratante.

Isto não significa que não existam áreas de interseção entre a economia colaborativa e a proteção de dados que mereçam uma maior atenção e outro nível de regulamentação, como é o caso da inteligência artificial, frequentemente usada pelas plataformas digitais que integram a economia colaborativa. A necessidade de regulamentação da inteligência artificial começou a desenhar-se em 2018, com a Estratégia Europeia para a Inteligência Artificial, onde é reconhecido que o recurso à inteligência artificial pelas grandes empresas implica a exploração de volumes de dados consideráveis, inclusive de dados pessoais⁵³, sendo necessário um olhar especial para a proteção de dados pessoais neste domínio⁵⁴. Quando os intermediários em linha utilizam a inteligência artificial para analisar grandes quantidades de dados pessoais, estabelecendo ligações entre eles, «para dar prioridade à informação apresentada aos seus utilizadores e para efetuar moderação de conteúdos»⁵⁵, entre outros, criam-se riscos para a proteção de dados pessoais, tal como foi identificado no Livro Branco sobre a inteligência

53 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Inteligência artificial para a Europa*, COM(2018) 237 final, Bruxelas, 25.04.2018, pp. 1-21.

54 Como também foi reconhecido no primeiro Plano Coordenado para a inteligência artificial, de 2018: European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Coordinated Plan on Artificial Intelligence*, Brussels, COM(2018) 795 final, 07.12.2018, pp. 1-9; e nas orientações para uma inteligência artificial fiável, de 2019: European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, COM(2019) 168 final, Brussels, 08.04.2019, pp. 1-10.

55 Comissão Europeia, *Livro Branco sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança*, COM(2020) 65 final, Bruxelas, 19.02.2020, p. 12.

artificial⁵⁶, e a legislação existente pode ser insuficiente⁵⁷. Esta preocupação é refletida na *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da União*, que contém algumas normas específicas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. Ainda que a referida proposta não seja isenta de críticas⁵⁸, é de saudar o facto de a preocupação da proteção de dados pessoais acompanhar a evolução da tecnologia.

Por outro lado, a proposta de extensão e complementação desta proteção da esfera privada das pessoas singulares ao domínio das pessoas coletivas – *maxime* pela já citada Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas e que revoga a Diretiva 2002/58/CE (Regulamento relativo à privacidade e às comunicações eletrónicas) – é também de louvar⁵⁹. Entende a Comissão Europeia que o regime jurídico contido na referida Diretiva não responde convenientemente aos atuais desafios e desenvolvimentos tecnológicos, com prejuízo para a privacidade e confidencialidade das comunicações eletrónicas. «Esses desenvolvimentos incluem a entrada no mercado de serviços de comunicações eletrónicas que, na perspetiva de um consumidor, são alternativas aos serviços tradicionais, mas que não têm de cumprir o mesmo conjunto de regras. Outro desenvolvimento diz respeito a novas técnicas que permitem o rastreio do comportamento em linha dos utilizadores finais que não são abrangidas pela Diretiva 2002/58/CE»⁶⁰. Por essa razão pretende-se, a breve trecho, que

56 *Idem, ibidem*.

57 Como resulta do recente Novo Plano Coordenado para a Inteligência Artificial, de 2021: European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Fostering a European approach to Artificial Intelligence*, COM(2021) 205 final, Brussels, 21.04.2021, pp. 5-6.

58 Como resulta da opinião emitida pelo European Data Protection Board, *Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, EDPB-EDPS, Brussels, 18 June 2021, pp. 2-23.

59 Cfr. o considerando 6 da proposta de Regulamento: Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais...*, *op. cit.*, p. 13. V., ainda, o considerando 8 e os arts. 6.º a 8.º, onde se lê que: «O presente regulamento deve aplicar-se aos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas, aos fornecedores de listas acessíveis ao público e aos fornecedores de software que permita comunicações eletrónicas, incluindo a recuperação e a apresentação de informações na Internet. Deve aplicar-se igualmente às pessoas singulares e coletivas que utilizam serviços de comunicações eletrónicas para enviar comunicações comerciais diretas ou recolher informações relacionadas com equipamentos terminais dos utilizadores finais ou neles armazenadas».

60 Considerando 6: *idem, ibidem*, pp. 13-14.

as disposições constantes do RGPD possam também aplicar-se a utilizadores finais que sejam pessoas coletivas, pois reconhece-se que os dados das comunicações eletrónicas podem também revelar informações sobre pessoas coletivas (*v.g.*, segredos comerciais)⁶¹, sobretudo no contexto da economia digital, na qual, conforme alerta a Comissão Europeia, «os serviços são frequentemente prestados em troca de uma contrapartida que não dinheiro, por exemplo, mediante a exposição dos utilizadores finais a anúncios»⁶².

61 Considerando 3: *idem, ibidem*, p. 13.

62 Considerando 18: *idem, ibidem*, p. 17.

Referências

Alarcón Sevilla, Verónica, "Los datos personales de los usuarios en la economía colaborativa: protección o negocio?", in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital* (Rosalía Alfonso Sánchez, Julián Valero Torrijos), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 119-136.

Barbosa, Mafalda Miranda, "Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil", in *Revista de Direito Comercial*, n.º 2, março de 2018, pp. 423-493.

Basselier, R.; Langenus, G.; Walravens, L., "The rise of the sharing economy", in *NBB Economic Review*, iii, 2018.

Carvalho, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 56-60.

Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 02.06.2016, pp. 2-18.

_____, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Inteligência artificial para a Europa*, COM(2018) 237 final, Bruxelas, 25.04.2018, pp. 1-21.

_____, *Livro Branco sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança*, COM(2020) 65 final, Bruxelas, 19.02.2020, pp. 1-30.

_____, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas e que revoga a Diretiva 2002/58/CE (Regulamento relativo à privacidade e às comunicações eletrónicas COM/2017/010 final – 2017/03 (COD)*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52017PC0010>, pp. 2-39.

Comité das Regiões Europeu, *Parecer do Comité das Regiões Europeu – A economia colaborativa e as plataformas em linha: Visão partilhada dos municípios e das regiões*, JO C 185, 09.06.2017, pp. 24-28.

Comité Europeu para a Proteção de Dados, *Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados*, p. 16, disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_pt.pdf, consultado em 01.04.2021.

_____, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, p. 25, disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_pt.pdf, consultado em 01.04.2021.

Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Da responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais* [em linha], Blook [Consult. 05 abr. 2021], disponível em <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/>.

_____, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2020.

_____, *O consentimento do titular dos dados no RGPD* [em linha], Blook, p. 23, disponível em <https://blook.pt/blook.pt/publications/publication/e772e2d8f7b4/>, consultado em 01.04.2021.

Costa, Tiago Branco da, "A responsabilidade civil decorrente da violação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados", in *UNIO E-BOOK 2019: O Mercado Único Digital da União Europeia como designio político: a interoperabilidade como o caminho a seguir* (Alessandra Silveira; Joana Covelo de Abreu; Larissa Coelho), Pensamento Sábio – Associação para o conhecimento e inovação, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2019, pp. 68-77.

_____, "Proteção de dados pessoais: da Diretiva ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados", in *Desafios do Direito no Século XXI: uma reflexão luso-brasileira sob o signo interdisciplinar* (Isabel Celeste M. Fonseca; Larissa Coelho), Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governança, Braga, 2019, pp. 93-114.

European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Coordinated Plan on Artificial Intelligence*, Brussels, COM(2018) 795 final, 07.12.2018, pp. 1-9.

_____, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, COM(2019) 168 final, Brussels, 08.04.2019, pp. 1-10.

_____, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Fostering a European approach to Artificial Intelligence*, COM(2021) 205 final, Brussels, 21.04.2021, pp. 1-9.

European Data Protection Board, *Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, EDPB-EDPS, Brussels, 18 June 2021, pp. 2-23.

Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, "The extraterritorial application of the EU Directive on data protection", in *The Spanish Yearbook of International Law*, 19, 2015, pp. 195-209.

_____, "O tratamento de dados pessoais no Regulamento Geral de Proteção de Dados", in *Scientia Iuridica*, n.º 350, maio/agosto 2019, Braga, pp. 165-190.

_____, "Aplicação (extra)territorial do Regulamento Geral de Proteção de Dados", in *Anuário de Direitos Humanos*, vol. 2, 2020, pp. 1-20.

Gonçalves, Anabela Susana de Sousa; Cruz, Catarina, *A economia colaborativa na saúde*, nesta obra coletiva, pp. 235-249.

Hatzopoulos, Vassilis, *The Collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury Hart Publishing, Oxford and Portland, 2018.

Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, *Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE*, p. 39, disponível em https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_pt.pdf, consultado em 01.04.2021.

Koppernock, Martin, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, Zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Nomos Verlag, Baden, 1997.

Makela, Finn; Mckee, Derek; Scassa, Teresa, "Introduction: The «Sharing Economy» through the Lens of Law", in *Law and the "Sharing Economy"* (Coord. Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa, Sabrina Tremblay-Huet), University of Ottawa Press, Canada, 2018.

Marín Anglada, Quico; Hernández Lara, Ana Beatriz, "Descripción de un caso real de economía colaborativa en el sector cultural: eventtrade", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales* (Ángel Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

Pagès i Galtès, Joan, "Análisis fiscal de los aspectos conceptuales de la economía colaborativa en sentido estricto", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales* (Ángel Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

Pinheiro, Alexandre Sousa, "Apresentação do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 – Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)", in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2018-1, pp. 303-327.

Pinheiro, Alexandre Sousa *et al.*, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Coimbra, Almedina, 2018.

Rees, Christopher, "Tomorrow's privacy: personal information as property", in *International Data Privacy Law*, 2013, vol. 3, no. 4, pp. 220-221, doi:10.1093/idpl/ipt022.

Valle Baudino, Paola del, "Economía colaborativa en el marco de las asociaciones sin ánimo de lucro", in *Comercio Internacional y Economía Colaborativa en la Era Digital. Aspectos Tributarios y Empresariales* (Ángel Urquizu Cavallé, Estela Rivas Nieto), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

Zech, Herbert, "Information as Property, Journal of Intellectual Property", in *Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 6, no. 3, December 2015, pp. 192-197.

Direito do Trabalho e economia colaborativa – desafios de regulamentação

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.16>

Maria Irene Gomes*

* Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do Centro de Investigação para a Justiça e Governação (JusGov) e membro integrado da Unidade Estado, Empresa e Tecnologia (E-Tec).

Resumo: Os modelos de economia colaborativa que maiores interrogações colocam ao Direito do Trabalho relacionam-se com a prestação de serviços *on demand via apps*, questionando-se, afinal, se, em face de muitas das suas características, o vínculo que se estabelece entre os operadores das plataformas e os prestadores de serviço reveste, ou não, uma natureza laboral. No ordenamento jurídico português, o fenómeno foi regulado com a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, circunscrevendo-se ao regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica, tendo o diploma introduzido como novidade regulatória um quarto sujeito nesta relação em regra triangular – o operador de TVDE. O legislador português não parece ter pretendido tomar uma posição perentória quanto à qualificação do prestador de atividade neste setor, construindo o modelo de regulação em torno da vinculação do motorista ao operador de TVDE, e não à plataforma digital. A resposta regulativa é setorial, fragmentada, dotada de alguma opacidade e, por isso, justificativa de novas intervenções já anunciadas.

Palavras-chave: Economia colaborativa – condições de trabalho – Direito do Trabalho – desafios de regulamentação.

Sumário: **1.** Aproximação à temática da economia colaborativa – algumas notas introdutórias e de enquadramento. **2.** Problemas de ausência/insuficiência/ocultação de regulamentação da economia colaborativa e as interrogações colocadas ao Direito do Trabalho. **3.** Propostas de enquadramento regulatório. **4.** A resposta do legislador português ao caso particular dos transportes – a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, e sua análise crítica. **5.** As propostas do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho*. **6.** Notas conclusivas. Referências.

Abstract: The collaborative economy models pose questions to labour law, questioning if, in view of many of its characteristics, the bond established between the platform operators and the service providers has, or not, a labour nature. In the Portuguese legal system, the phenomenon was regulated by Law 45/2018, of 10th August, being limited to the legal framework for electronic transport platforms. This law introduced as regulatory novelty a fourth subject in this triangular relationship - the TVDE operator. The Portuguese legislator does not seem to have intended to take a peremptory

position regarding the qualification of the activity provider in this sector, building the regulatory model around the binding of the driver to the TVDE operator, and not to the digital platform. The regulatory response is sectoral, fragmented, endowed with some opacity and, therefore, justifying new interventions already announced.

Keywords: Collaborative economy – working conditions – Labour Law – regulatory challenges.

Summary: **1.** Approach to the theme of collaborative economy – some introductory and framework notes. **2.** Problems of absence/insufficiency/concealment of regulation of the collaborative economy and the questions posed to labour law. **3.** Regulatory framework proposals. **4.** The Portuguese legislator's response to the specific transport case – Law 45/2018, of 10th August, and its critical analysis. **5.** The proposals provided by the *Green Book on the Future of Work*. **6.** Conclusions. References.

1. Aproximação à temática da economia colaborativa – algumas notas introdutórias e de enquadramento

1.1. Parece incontornável afirmar que fatores de carácter tecnológico, particularmente as tecnologias de informação e comunicação, associados à sua ampla acessibilidade, ao maior *know-how* tecnológico, à própria universalidade da língua inglesa, possibilitaram uma economia mais global, mais eficaz e de menores custos de transação nos mais diversos domínios da vida quotidiana, proporcionando uma transação de bens, de serviços e de informação sem precedentes¹. É neste contexto que, operacionalizada através de plataformas digitais, se fala em economia colaborativa, terminologia a que aderimos, mas que está longe de ser una e unívoca, até porque, muitas vezes, os modelos operacionalizados pelas plataformas digitais são impulsionados por escopos económicos, afastando-se das noções altruístas de partilha ou de colaboração².

1.2. Do ponto de vista dos sujeitos intervenientes, a economia colaborativa gravita em torno dos prestadores de serviços, dos utilizadores e das plataformas digitais.

Os prestadores de serviços realizam atividades ou disponibilizam bens para os utilizadores da plataforma, com carácter esporádico ou de maneira mais profissional, a título gratuito ou mediante pagamento. Trata-se de um coletivo marcadamente heterogéneo, sendo variáveis as idades, as qualificações detidas, os objetivos pretendidos com a realização da atividade ou a disponibilização do bem.

1 Além de a expansão do fenómeno resultar da digitalização, dado que o suporte tecnológico exponeciou as transações entre os diferentes sujeitos económicos, as razões ambientais, associadas à imposição de redução do impacto das atividades produtivas e à procura da satisfação de necessidades sem dispêndio de novos recursos económicos, bem como a generalizada crise económico-financeira iniciada em 2008, responsável pela perda de muitos postos de trabalho tradicionais e pela, consequente, procura de formas alternativas e complementares de obtenção de rendimentos, têm sido apontadas como estando na origem do êxito destes modelos económicos. Sobre o enquadramento, conceito(s), e distinção da economia colaborativa de outras figuras, *vd.* Parte I desta obra.

2 De facto, como assinala Ginès i Fabrellas, Anna (*El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 15, 23, e 25-29), se há plataformas para aluguer de veículos ou de bicicletas entre privados, como a *Getaround* e a *Spinlister*, e plataformas para a partilha de redes, como a *Fon*, também existem plataformas, como a *Uber*, a *TaskRabbit*, a *Deliveroo* e a *Glovo* que, despojadas das ideias de partilha e de reutilização, se afastaram da essência da economia colaborativa, desenvolvendo verdadeiros modelos de negócios. Daí a necessidade de distinguir entre as plataformas digitais de tipo colaborativo e as plataformas digitais comerciais *for profit*, estas últimas classificadas como pertencentes à *gig economy* ou à *uber economy*, quando tomada a *Uber* como o exemplo paradigmático deste novo tipo de economia. Sobre as tipologias das plataformas digitais, *vd.*, por exemplo, Rosenbaum Carli, Federico, *El trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 51-59.

Os utilizadores, solicitantes ou clientes são pessoas singulares ou coletivas que procuram satisfazer necessidades, recorrendo às negociações por meios eletrónicos com vista à obtenção de um serviço ou de um bem a menor custo.

As plataformas digitais são empreendimentos consolidados por força da quantidade expressiva de prestadores de atividade nelas inscritos, ligando-os aos utilizadores, com vista a facilitar as transações recíprocas, e podendo ser realizadas com fins lucrativos ou sem fins lucrativos.

1.3. Do ponto de vista da caracterização da economia colaborativa, torna-se difícil apresentar um modelo padronizado, dada a heterogeneidade da realidade em causa, revelada, aliás, pela miríade de expressões a ela associada, consoante a característica que mais se procura evidenciar: *digital economy*³, *sharing economy*⁴, *peer-to-peer economy*⁵, *crowdwork*⁶, *on-demand work*⁷.

Em todo o caso, é usual referir-se como tonalidades dominantes deste tipo de economia: «a interconexão de um grande número de pessoas, meios e recursos através de vias digitais; a partilha, a reutilização e a redistribuição de bens e de serviços; a relação de confiança estabelecida entre os intervenientes e a construção de uma comunidade em torno do serviço; a natureza aberta e potencialmente global, unindo facilmente atores distribuídos por vários Estados»⁸.

³ Realçando-se a característica do equipamento utilizado, os meios digitais, que permitem fazer um *matching* exponencial entre a procura e a oferta.

⁴ Colocando-se a tónica na partilha entre quem procura e quem oferece, através das plataformas digitais, um serviço ou um bem, sendo a *BlaBlaCar* e a *Airbnb* dois dos exemplos paradigmáticos.

⁵ Sugerindo-se o mero encontro entre a procura e a oferta de um serviço, como se a relação se estabelecesse diretamente entre utilizador e prestador, aparecendo a plataforma digital como um mero intermediário.

⁶ Acentuando-se a multiplicidade de potenciais prestadores de atividade ou fornecedores do bem solicitado.

⁷ Assinalando-se a ocasionalidade que perpassa este tipo de modelo em que o prestador de serviços só labora *se, quando e até quando é chamado*.

⁸ Gonçalves, Anabela, “Enquadramento político-internacional da economia colaborativa”, in Parte I desta obra, p. 72. No âmbito da Comissão Europeia, *Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*, COM (2016) 356, 02.06.2016, p. 3 (<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/COM-2016-356-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>), considera-se que a expressão «economia colaborativa» se refere «aos modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares».

1.4. Ora, não obstante alguns traços identificadores desta realidade, o certo é que a diversidade a ela inerente coloca diferentes exigências de regulamentação, desde logo no que respeita aos requisitos de acesso ao mercado. É, assim, razoável que se estabeleça um regime mais favorável e flexível para as plataformas digitais que, afastadas de uma vertente profissional e de lucro, atuam como meras intermediárias, daquelas plataformas digitais que exercem uma acentuada influência sobre a prestação de serviços, possibilitando a sua utilização comercial, e que, conseqüentemente, justificam um regime administrativo, fiscal e laboral mais próximo dos operadores tradicionais, em nome da proteção dos consumidores, do combate à concorrência desleal e ao *dumping* social⁹.

1.5. Em face do exposto, atendendo ao facto de os modelos de economia colaborativa que maiores interrogações colocam ao Direito do Trabalho serem os relacionados com a prestação de serviços no mundo real, sendo a plataforma digital o instrumento para a sua realização (*crowdwork offline* ou *work on demand via apps*), é sobre eles que reteremos a nossa atenção no presente texto, procurando refletir sobre os caminhos possíveis a adotar quanto à sua regulamentação. Desafios de regulamentação que se prendem não só com os problemas de qualificação dos vínculos estabelecidos entre as plataformas digitais e aqueles que nelas prestam serviço, e, porventura, com os utilizadores que nelas os procuram satisfazer, como também, e com carácter precedente e conexo, com os problemas de qualificação da própria natureza da atividade desenvolvida pelas plataformas digitais¹⁰.

9 Cfr. Cavas Martínez, Faustino, "Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa: una aproximación jurídico-laboral", in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Coord.: Rosalía Alfonso Sánchez, Julián Valero Torrijos, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 412-413; Rosenbaum Carli, Federico, *op. cit.*, pp. 167-170.

10 Sendo que as preocupações que perpassam a regulamentação da economia colaborativa são, na verdade, múltiplas, de diferente natureza e variáveis consoante o tipo de setor em causa, impondo-se um difícil equilíbrio de regulamentação que assegure, por um lado, a proteção dos consumidores, dos prestadores de atividade, da concorrência, de um normal funcionamento do mercado, e, por outro lado, que não asfixie as atividades que integram a economia colaborativa que, por definição, é uma economia aberta e em desenvolvimento. E a natureza global deste tipo de economia partilhada coloca ainda difíceis problemas de regulamentação transnacional, questionando-se o acerto entre uma regulamentação tendencialmente única ou uma regulamentação setorial, variável de país para país. Apontando este tipo de preocupações, Gonçalves, Anabela, *op. cit.*, pp. 73 e ss.

2. Problemas de ausência/insuficiência/ocultação de regulamentação da economia colaborativa e as interrogações colocadas ao Direito do Trabalho

2.1. Na perspectiva daqueles que prestam atividade sob alçada destes modelos económicos, são facilmente detetáveis as condições de trabalho precarizadas a que ficam, ou podem ficar, sujeitos, ainda que estas apresentem diferentes colorações, consoante o tipo de plataforma em causa, e surjam aparentemente como meros danos colaterais da flexibilidade prometida de trabalhar *apenas se e quando se quiser*¹¹: a fragmentação funcional, através da atribuição de micro tarefas (*gigs, rides* ou *tasks*); a despersonalização, por força das convocatórias em *crowdsourcing* das tarefas a realizar; a precariedade, traduzida em contratações *on demand* ou *just-in-time*; a assunção dos riscos na prestação das tarefas, como consequência da atribuição do estatuto de trabalhadores autónomos¹².

2.2. E as ameaças apontadas tornaram-se particularmente visíveis no âmbito das conhecidas plataformas de transportes, tais como a *Uber*¹³ e a *Cabify*¹⁴. Não é, pois, de estranhar, que, desprovidos de uma regulamentação suficiente ou afastados intencionalmente de uma regulamentação ocultada,

11 E sem deixar de se reconhecer as inegáveis vantagens subjacentes a estes modelos de prestação de trabalho, designadamente ao disponibilizar novas oportunidades de emprego junto a coletivos que, de outra forma e por variadas razões, ficariam afastados do mundo do trabalho, e ao permitir uma maior conciliação entre a vida laboral e a vida familiar.

12 Cfr. Ginès i Fabrellas, Anna, *op. cit.*, pp. 51-54 e 169-193; Rosenbaum Carli, Federico, *op. cit.*, pp. 60-81.

13 Entre nós, para uma visão sobre o funcionamento da *Uber*, Amado, João Leal/Santos, Catarina Gomes, "A *Uber* e os seus motoristas em Londres: *mind the gap!*", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4001, 2016, pp. 111-127; Pereira, Rita Garcia, "A *Uber* e o contrato de trabalho: um admirável mundo novo?", in *Questões Laborais*, Ano XXIII, n.º 49, 2016, pp. 29-47; Silva, Mariana Leite da, "O Estatuto Jurídico-Laboral do Motorista no Contexto da Atividade de TVDE – Em Particular, o Caso da *Uber*", in *Questões Laborais*, Ano XXVI, n.º 54, 2019, pp. 161-162 e 169-177.

14 Plataformas cuja qualificação foi objeto, desde cedo, de uma acesa discussão, pois este tipo de plataformas alegava revestir uma natureza de mera empresa tecnológica, cujo objetivo residia em permitir tão-somente um encontro mais alargado e eficaz entre a procura e a oferta. E a propugnação por tal natureza não era, nem é, naturalmente inócua, pois nela residia, e reside, o afastamento da regulamentação legal aplicável ao setor em causa, como, por exemplo, o dos transportes, e o afastamento da qualificação como trabalhador subordinado a quem nela presta atividade. Mas foram várias as decisões judiciais a afastar a natureza meramente tecnológica da plataforma, particularmente no que respeita à *Uber*. No âmbito da União Europeia, revestiram especial importância os Acórdãos do Tribunal de Justiça C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber-Systems Spain SL*, de 20 de dezembro de 2017, e C-320/16, *Uber France S.A.S. vs. Nabil Bensalem*, de 10 de abril de 2018. Em ambos os arestos, o Tribunal de Justiça atribuiu à *Uber* a natureza de empresa de serviços de transportes de pessoas, com as consequências jurídicas daí advenientes.

pois assumidos pelas plataformas como trabalhadores autônomos¹⁵, este tipo de prestador de atividade tenha recorrido, e recorra, às vias judiciais em busca de uma proteção jurídica satisfatória relativamente ao seu estatuto socioprofissional.

2.3. Acontece que as respostas obtidas judicialmente têm variado e conhecido, até, caminhos ziguezagueantes, em parte explicados pela heterogeneidade dos modelos de prestação de trabalho subjacentes às plataformas virtuais e pela diferente valorização dos elementos fácticos a elas inerentes¹⁶.

Assim, há um conjunto de decisões judiciais favorável à qualificação dos prestadores de serviços enquanto trabalhadores autônomos que, não obstante algumas cambiantes, têm por base essencialmente os seguintes pressupostos fácticos detetados: a sua liberdade na escolha das horas de disponibilidade; a sua liberdade para aceitar ou recusar as tarefas propostas; a retribuição determinada por tarefa e não em função do tempo despendido quanto à sua realização; a possibilidade de o prestador de serviços se poder fazer substituir, subcontratar e colaborar com diversas plataformas ou desempenhar outro emprego; a propriedade pelo prestador de serviços de instrumentos de trabalho necessários à realização da atividade, tais como

15 Qualidade *reforçada* retoricamente pela terminologia normalmente utilizada pelas plataformas a seu propósito, tais como *micro empreendedores, partners, riders, glovers*, acompanhada de persuasivos *slogans* no sentido de “ser chefe de si próprio”, de “trabalhar quando quiser”, e de “decidir quanto ganhar”.

16 Assim, por exemplo, nos Estados Unidos da América, a discussão travou-se, em 2015, com a *Court for the Northern District of California*, de 9 de dezembro, a propósito da ação coletiva *Douglas O'Connor et al, vs. Uber Technologies, Inc.*, em que vários demandantes, na condição de motoristas vinculados à plataforma *Uber*, solicitaram o reconhecimento da condição de trabalhadores dependentes. Ora, em face dos factos apurados, o tribunal considerou como trabalhadores os motoristas reclamantes, decisão com impacto não só nos EUA como também noutros ordenamentos jurídicos. Mas há decisões em sentido diferente, como é o caso *Rasak et al. vs. UberBlack* decidido pelo *Court for the Eastern District of Pennsylvania*, de 11 de abril de 2018, em que se qualificaram os motoristas enquanto trabalhadores autônomos, valorizando-se o direito exclusivo dos motoristas em determinar o *quando, o onde e o por quanto tempo* utilizavam o *Driver App* e os serviços da *Uber* e a possibilidade de exercício da mesma atividade em empresas concorrentes ou, até, da subcontratação de outras pessoas para executarem o serviço. Em França, os primeiros acórdãos do *Cour de Cassation* sobre a natureza do trabalho prestado às plataformas digitais foram favoráveis à requalificação do seu estatuto de trabalhador, mas há decisões dos *Cours d'appel* resistentes a esta orientação jurisprudencial. Em Espanha, assinala-se o acórdão de unificação da doutrina do *Tribunal Supremo* (Rec. 4746/2019), de 25 de setembro de 2020, que reconheceu a existência de uma relação de trabalho dependente entre o estafeta e a *Glovo*, levando posteriormente à introdução no *Estatuto de los Trabajadores* de uma presunção de laboralidade no âmbito das plataformas digitais (*Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo*). E, no Reino Unido, após uma longa batalha judicial, o *Supreme Court* deliberou, no dia 19 de fevereiro de 2021, que os condutores da *Uber* deveriam ser considerados *workers*, e não prestadores de serviço independentes (*self-employed ou independent contractors*), porque a empresa não só definia as tarifas, como exercia um controlo significativo sobre eles. Para uma visão de diversas decisões judiciais adotadas a nível comparado, Rosenbaum Carli, Federico, *op. cit.*, pp. 179-203; Moreira, Teresa Coelho, *Direito do Trabalho na Era Digital*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 77-92.

telemóveis, computadores, bicicletas e automóveis; a inexistência de qualquer compensação pelas despesas ocorridas por força do desempenho da atividade do prestador¹⁷.

Já as decisões judiciais favoráveis à presença de verdadeiros trabalhadores subordinados assentam na valorização da intervenção ativa e direta das plataformas digitais na prestação de atividade: quando estabelecem recomendações e instruções; quando fixam o sistema de remunerações e as condições de pagamento do serviço prestado; quando estabelecem sistemas de avaliação pelos utilizadores, refletindo-os posteriormente no perfil do prestador; quando procedem à vigilância e geolocalização referentes à prestação da atividade; quando proíbem ou restringem as possibilidades de subcontratação ou de substituição; quando são soberanas na decisão de *desativar* os prestadores que não cumpram as instruções determinadas pelas plataformas; quando adotam decisões estratégicas e de marketing relativas às plataformas¹⁸.

2.4. Por outro lado, em face de ambivalentes respostas judiciais, alguns legisladores procuraram adotar medidas regulatórias, estabelecendo, nomeadamente, certos direitos básicos relativamente a estes trabalhadores *gig*^{19/20}.

Foi o caso, por exemplo, do ordenamento francês que, com a *Lei n.º 2016-1088, de 8 de agosto de 2016*, apesar de não se pronunciar sobre o estatuto jurídico de tais trabalhadores, nem estabelecer qualquer presunção de

17 Cfr. Sanguinetti Raymond, Wilfredo, “El test de laboralidad y los trabajos de la *gig economy*”, in *Trabajo y Derecho*, n.º 69, Editorial Wolters Kluwer, 2020, p. 6; Ginès i Fabrellas, Anna, *op. cit.*, pp. 93-98.

18 Cfr. Sanguinetti Raymond, Wilfredo, *op. cit.*, p. 6; Ginès i Fabrellas, Anna, *op. cit.*, pp. 98-132. Refira-se, em todo o caso, que as próprias plataformas reagem dinamicamente a estas decisões judiciais, procurando, muitas vezes, *ensombrar* ou *eliminar* algumas das suas características de funcionamento favoráveis à qualificação da relação enquanto trabalho subordinado. Foi o caso, por exemplo, da *Uber* que, a partir de determinado momento, abandonou a proibição de o motorista receber gorjetas ou a proibição de o motorista subcontratar outra pessoa para a prestação da atividade. De todo o modo, mesmo em face de cláusulas contratuais a admitir a possibilidade de subcontratação ou de substituição, a dependência inerente à relação laboral pode, de facto, subsistir, se tais hipóteses dependerem de autorizações prévias das plataformas, ou ficarem sujeitas a rigorosas restrições, ou forem residuais e praticamente irrealizáveis (cfr. Ginès i Fabrellas, Anna, *op. cit.*, pp. 101 e 116-119).

19 Trata-se de uma terminologia muito utilizada pela literatura no âmbito do trabalho prestado através de plataformas digitais, terminologia que utilizaremos, *aqui e acolá*, no decurso do presente texto. A expressão inspira-se nos músicos jazz dos anos vinte, que atuavam num determinado local, a troco de dinheiro, para, logo de seguida, voltarem a atuar noutro local, e, assim, sucessivamente.

20 Para uma visão deste tipo de respostas normativas, como, por exemplo, a Lei n.º 5 ou Lei AB5, de setembro de 2019, nos Estados Unidos da América, as Leis n.ºs 2016-1088, 2018-771 e 2019-1428, em França, o Decreto Legislativo n.º 81/2015, posteriormente alterado em 2019, em Itália, e diversos projetos legislativos em países da América Latina, Rosenbaum Carli, Federico, *op. cit.*, pp. 121-143.

laboralidade, imputou uma responsabilidade social às plataformas digitais, prevendo um conjunto mínimo de garantias, inserindo os artigos L.7341-1 a L.7341-6 no *Code du Travail*. Assim, a plataforma digital, sempre que determine as características e fixe o preço do serviço prestado, é responsável pelo possível prémio do seguro de acidentes de trabalho do trabalhador (artigo L. 7342-2) e pela contribuição para a formação profissional dos trabalhadores independentes (artigo L. 7342-3), ainda que estas contribuições se baseiem no volume de negócios do trabalhador na plataforma e numa determinada percentagem. A lei também reconhece os direitos de atuação coletivos, especificando que estes trabalhadores podem organizar-se em sindicatos e que podem recusar a prestação de atividade para defender as suas reivindicações profissionais²¹.

Já em Portugal a resposta foi setorial, publicando-se a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, que estabeleceu o regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica²².

3. Propostas de enquadramento regulatório

3.1. É, assim, visível a ausência de uma resposta jurídica generalizada para fazer face aos inúmeros problemas regulatórios que a economia colaborativa coloca, nomeadamente no que respeita ao regime daqueles que prestam atividade no âmbito das plataformas digitais. E dir-se-á, porventura, que não poderá ser de outra forma, dada a heterogeneidade que perpassa estes modelos de trabalho.

Acresce que, como é frequentemente assinalado, o problema não é apenas o da qualificação da natureza do vínculo destes prestadores de atividade enquanto trabalhadores subordinados, ou não, para posteriormente se aplicar a regulamentação laboral geral. O problema é também o de saber se, mesmo que se esteja na presença de um trabalhador subordinado, a regulamentação laboral geral se assume como uma solução adequada ou se, em face das particularidades existentes neste modelos económicos, se justifica a adaptação ou a criação de normas laborais específicas. Ou saber se, mesmo que não se esteja na presença de um trabalhador subordinado, ou até independentemente desse problema de qualificação, não se impõe

21 Cfr. Bargain, Gwenola, "Quel droit du travail à l'ère des plateformes numériques?", in *Lien social et Politiques*, n.º 81, 2018, p. 34 (<https://doi.org/10.7202/1056302ar>).

22 E cuja apreciação crítica será objeto de atenção *infra* no Ponto 4.

a criação de uma proteção mínima que inclua direitos fundamentais e direitos laborais básicos, tais como liberdade de sindicalização e negociação coletiva, proibição de discriminações, rendimentos que permitam condições adequadas de subsistência e limites ao número de horas de trabalho, optando por uma espécie de *Garantia Laboral Universal*²³.

3.2. E, de facto, as respostas a estas questões estão longe de ser fáceis, pacíficas e uniformes.

3.2.1. Uma possível abordagem é, na verdade, a de o legislador não se pronunciar sobre a qualificação jurídica dos trabalhadores das plataformas digitais. A resolução dos problemas que se coloquem é, assim, casuística, ficando dependente da resposta judicial encontrada para o caso concreto, porventura, coadjuvada pelas autoridades de inspeção laboral, resposta variável consoante a plataforma em causa²⁴.

Trata-se da forma habitual e tradicional de decidir pela aplicação, ou não, do Direito do Trabalho à relação contratual concreta. Invoca-se, a este propósito, que o conceito/tipo operatório central do Direito do Trabalho – a subordinação jurídica – é idóneo para permitir a resposta pois, como é soberaneamente reconhecido, ele é suficientemente elástico e de geometria variável, tornando-se adaptável a novas colorações factuais e tecnológicas. E reforça-se a argumentação afirmando que o problema da qualificação não é determinado por qualquer prévio *nomen iuris* do contrato, prevalecendo o princípio da primazia da realidade²⁵.

²³ Na linha do propugnado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 2019, no *Relatório Trabalhar para um Futuro Melhor* (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_677383.pdf), cujo conceito deixou, todavia, de ser referido no quadro da *Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho* (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_749807.pdf).

²⁴ Cfr. Todolí Signes, Adrián, “Trabajo en plataformas: una oportunidad de llevar el Derecho del Trabajo al S. XXI”, in *Cambiando la Forma de Trabajar y de Vivir. De las Plataformas a la Economía Colaborativa Real*, Coord.: Macarena Hernández Bejarano, Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Adrián Todolí Signes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 51-52.

²⁵ Sem deixar de ter também em consideração os contributos para o apuramento do conceito de trabalhador subordinado, quer à luz da Recomendação n.º 198/2006 da OIT (que sugere a admissibilidade de uma série de instrumentos para aferir a existência de relações de trabalho, a previsão de presunções legais de laboralidade e a determinação, após prévias consultas às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, que trabalhadores com certas características, em geral ou num determinado setor, sejam considerados trabalhadores assalariados ou independentes), quer à luz dos desenvolvimentos preconizados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (que constrói um conceito comunitário amplo de trabalhador subordinado, inicialmente para efeitos de livre circulação entre Estados, posteriormente com um alcance alargado para efeitos de proteção social, identificando-o como uma pessoa que realize, durante certo tempo, em benefício de outra e sob sua

Ora, relativamente a este caminho tradicional de delimitação do âmbito subjetivo de aplicação do Direito do Trabalho, as principais críticas assentam na *incerteza* a que fica sujeito o trabalhador *gig* pois, ao ser *a priori* assumido pelas próprias plataformas como um trabalhador autónomo, a aquisição ou o reforço de muitas das suas condições de trabalho só lhe serão reconhecidas *a posteriori*, se for esse o caso, ficando dependentes, em regra, de uma decisão judicial²⁶.

Acresce que certos mecanismos, quando previstos no quadro da legislação laboral comum, facilitadores da prova da qualidade de trabalhador subordinado, como as presunções de laboralidade, assentam em indícios fáticos pouco adaptados à realidade do trabalhador *gig*²⁷. E daí haver quem propugne a adaptação deste tipo de presunções ao trabalho prestado em plataformas digitais²⁸, apelando-se ainda à valorização da habitualidade e da profissionalidade como indícios relevantes de identificação do trabalhador digital. E há também quem assinala a resolução do problema pela positiva, afastando apenas a existência da relação de trabalho se ficar comprovada a autenticidade da autonomia da condição de empresário do prestador de serviço²⁹.

direção, prestações em contrapartida das quais recebe uma remuneração). A este propósito, *vd.*, por exemplo, Ginès i Fabrellas, Anna, *op. cit.*, pp. 80-89.

26 Reconhecendo-se, em todo o caso, que este problema de qualificação do trabalhador enquanto subordinado, ou não, dificilmente pode ser subtraído da alçada dos tribunais. Como assinala Davidov, Guy ("The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach", <http://www.labourlawresearch.net/sites/default/files/papers/The%20status%20of%20Uber%20drivers%20A%20purposive%20approach%20copy.pdf>), «It is tempting to suggest that the question of "who is an employee" should be resolved with clear-cut answers in legislation or administrative regulations. It is indeed useful to create more determinacy by allowing workers in specific sectors to know their status. [...] However, such solutions can lead employers to change the method of work organization, thus opening new uncertainties. At the end of the day, if our goal is first and foremost to ensure protection to those who need it, rather than ensure determinacy, some judicial discretion is unavoidable».

27 Testando a utilidade da presunção de laboralidade prevista no ordenamento português para as situações de trabalho em plataformas, Sousa, Duarte Abrunhosa e, "Impacts of collaborative economy in work relations: a growing process or already broken down?", in *The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Coord.: Maria Regina Redinha, MariaRaquel Guimarães, Francisco Liberal Fernandes, Cambridge Scholars Publishing, 2019, pp. 402-405.

28 Cfr. Vasconcelos, Joana, "Problemas de qualificação do contrato de trabalho. O caso das relações estabelecidas no contexto da economia *on demand* entre prestadores independentes (?) de serviços e empresas tecnológicas intermediárias (?) no mercado", *VII Colóquio sobre Direito do Trabalho*, 2015, pp. 8-10 (<https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2015/07/profdjrjoanavasconcelos.pdf>); Pereira, Rita Garcia, *op. cit.*, pp. 37-39; Silva, Mariana Leite da, *op. cit.*, pp. 181-187; Moreira, Teresa Coelho, *op. cit.*, p. 73.

29 É a proposta de Todolí Signes, Adrián, que, na linha da preconização de novos índices de laboralidade, propõe um conceito finalista/funcional de trabalhador, referindo que «lo relevante, cuando se enfrenta a un caso de clasificación del contrato de trabajo, será la existencia de indicios de que el prestador de servicios es una genuina empresa pues lo contrario implicará que se está ante un trabajador laboral» ["Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación

Em todo o caso, mesmo depois de resolvida a questão da qualificação do prestador de atividade enquanto trabalhador subordinado, permanece o problema de saber se a regulamentação adequada a estes modelos económicos não exigirá a adaptação do regime laboral comum, designadamente a criação de um regime de contrato de trabalho especial³⁰.

E a este propósito têm sido avançadas propostas de blocos normativos mais adaptados ao trabalho prestado em plataformas digitais, que não têm como ponto de partida o local de trabalho e o tempo de trabalho da empresa fordista ou dos tradicionais centros de comércio³¹.

Invoca-se, assim, o surgimento de novos direitos laborais, tais como o direito à escolha do horário de trabalho, algo impensável nos sistemas produtivos das grandes fábricas ou nos centros de comércio assentes em modos coletivos de organização do tempo de trabalho, mas uma realidade nas plataformas digitais. E a sua consagração expressa enquanto direito revestirá, como assinala Adrián Todolí Signes, uma dupla vantagem: a sua independência de qualquer ato de tolerância das plataformas, e a sua afirmação enquanto compatível com um regime laboral subordinado³².

E na criação destas novas respostas regulatórias, mesmo não se ignorando as inegáveis dificuldades na implementação da dimensão coletiva do trabalho

finalista", in *Lan Harremanak*, n.º 41, 2019, p. 32 (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20880>). Cfr. também Rosenbaum Carli, Federico, *op. cit.*, pp. 248-252.

30 *Vd.*, a este propósito, Todolí Signes, Adrián, "A Special Regulation for the Gig Economy: Which Things Would We Need to Regulate and Which Not", in *The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, *op. cit.*, pp. 101-105.

31 Podendo dizer-se que a Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, já reflete este tipo de preocupações. Apesar de a diretiva não qualificar a natureza jurídica da relação entre as pessoas que prestam atividade e as plataformas digitais, convoca, em diversas ocasiões, o trabalho à chamada e o trabalho em plataformas. E a Diretiva prevê um conjunto de direitos laborais mínimos, tais como o dever imposto aos empregadores de informar os trabalhadores sobre os elementos essenciais da relação de trabalho (artigo 4.º), limitações à duração máxima do período experimental (artigo 8.º), proibições, como regra, aos pactos de exclusividade (artigo 9.º), direito a uma previsibilidade mínima do trabalho (artigo 10.º), designadamente quanto à variabilidade de horários, o número garantido de horas pagas e a remuneração do trabalho prestado além do número de horas garantidas, o número de dias e horas de referência que o trabalhador pode ser obrigado a prestar, o período de antecedência mínima com que o trabalhador deve ser informado antes de iniciar um trabalho específico. E estabelece-se ainda, verificadas certas condições, a possibilidade de o trabalhador recusar um trabalho, não podendo ser prejudicado por causa dessa recusa.

32 "Trabajo en plataformas...", *op. cit.*, p. 56.

em plataformas³³, sublinha-se o papel privilegiado que pode ser assumido pela negociação coletiva, na sua *função pré-legislativa*, possibilitando uma resposta mais célere e adaptada em face de uma certa obsolescência legal nem sempre fácil de ultrapassar: reatividade às novas circunstâncias, atuando com prontidão; adaptação às necessidades particulares de cada sector de atividade; eleição de temáticas privilegiadas para negociação, algumas tradicionais, tais como salários e condições de trabalho, mas outras inovadoras, como ordens de chamada, direitos à desconexão, códigos de autorregulação sectorial e regras na utilização de algoritmos.

3.2.2. Outra solução preconizada é a de, afastando-se do tradicional espartilho binário entre trabalho subordinado e trabalho independente para efeitos de aplicação da regulamentação laboral, próprio das relações bilaterais, direcionar antes o estatuto jurídico do prestador de atividade em plataformas digitais, modelo assente em relações plurilaterais, para a procura da existência de um ou de vários possíveis empregadores, de acordo com as funções por ele(s) desempenhada(s). É que a digitalização, além de facilitar a ocultação da subordinação, viabiliza a opacidade e, porventura, o desmembramento da figura do empregador por diversos atores.

É a proposta de Jeremias Prassl e Martin Risak que sustentam um conceito funcional de empregador aplicável ao trabalho desenvolvido em plataformas

33 Quer por força da heterogeneidade da realidade em causa, em virtude dos esquemas jurídicos variados adotados, quer pela pluralidade de situações daqueles que nelas prestam atividade, englobando trabalho qualificado ou menos qualificado, trabalho prestado presencialmente ou remotamente, trabalho efetuado em atividades reguladas ou não, trabalho enquanto meio de subsistência ou como mero instrumento adicional de obtenção de rendimentos. Acresce que o trabalho em plataformas caracteriza-se pela entrada diária de novos trabalhadores e a saída de outros que permanecem, às vezes, apenas por uns dias, sendo que as plataformas não colocam à disposição dos trabalhadores quaisquer meios técnicos que os auxiliem a construir uma voz unificada. Há, assim, além de dificuldades de enquadramento jurídico, verdadeiros obstáculos materiais quanto à possibilidade de funcionamento da ação coletiva dos trabalhadores *gig*. Sobre o assunto, *vd.* Ferrando García, Francisca M.^a, “La tutela colectiva de los derechos de los trabajadores que operan a través de plataformas colaborativas”, in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, *op. cit.*, pp. 449-472; Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, “Trabajo en plataformas digitales y regulación: ¿una respuesta colectiva?”, in *Cambiando la Forma de Trabajar y de Vivir...*, *op. cit.*, pp. 147-195; Moreno Díaz, Juan Manuel, “Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa”, in *Cambiando la Forma de Trabajar y de Vivir...*, *op. cit.*, pp. 197-214. Em todo o caso, começam a desenvolver-se certas experiências concretas de ação coletiva, nomeadamente nos setores dos condutores e dos motoristas de entregas, resultantes da partilha de interesses comuns (tais como a oposição aos sistemas de avaliação e à possibilidade deles decorrentes de desconexão à plataforma) e tendo como apoio operacional para reunir e para informar precisamente as tecnologias e meios de comunicação digital (designadamente plataformas digitais, tais como a *Coworker*, a *Dinamo* e a *Turkopticon*). E também se criaram alguns sindicatos e outros assumiram a representação dos trabalhadores de plataformas – *cfr.* Spremolla, Gerardo Cedrola, “Trabajo, organización del trabajo, representación de los trabajadores y regulación laboral en el mundo de la *gig economy*”, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volume 8, n.º 1, 2020, pp. 32-36.

digitais³⁴. Assim, mais do que a procura da qualificação do vínculo, a questão passa, segundo os Autores, pela verificação da existência das diversas funções próprias de empregador, e de quem as exerce, verificação obtida pela resposta às seguintes questões: *A quem compete decidir sobre o início e a cessação da relação de trabalho?*³⁵ *A quem compete receber os frutos da prestação de trabalho?*³⁶ *A quem compete fornecer o trabalho e a remuneração?*³⁷ *A quem compete a gestão do “mercado interno da empresa”?*³⁸ *A quem compete a gestão do “mercado externo da empresa”?*³⁹

Ora, para os Autores, a concetualização funcional do empregador tem por consequência a possibilidade de diferentes entidades, ou até mesmo uma combinação de entidades jurídicas distintas, poderem ser confrontadas com diferentes obrigações em matéria de Direito do Trabalho, dependendo da função e do contexto específico em questão. É que a responsabilidade atribui-se a cada subconjunto de funções, independentemente de ser exercido em combinação com todas as outras funções por uma única entidade jurídica⁴⁰, ou parceladas entre diferentes partes, ou partilhadas por várias entidades⁴¹.

34 “Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork”, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Forthcoming Oxford Legal Studies Research Paper No. 8/2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733003).

35 Ao prestador de atividade ou, em última instância, à plataforma digital, estabelecendo regras de admissão e de exclusão?

36 O utilizador ou a plataforma digital?

37 A plataforma digital, fazendo-se cobrar de uma comissão e depositando posteriormente um montante na conta do prestador da atividade?

38 A plataforma digital, controlando o *que se fazer e como se fazer*, retirando consequências dos ratings considerados insuficientes?

39 A plataforma digital através da utilização de algoritmos de preços e responsabilizando-se pela marca global?

40 Assim, para os Autores, depois de analisados os diferentes subconjuntos das funções de empregador, verifica-se, por exemplo, que, no caso da *Uber*, a plataforma exerce de facto todas as funções relevantes normalmente envolvidas na prestação de serviços de transporte ou logística. Daí que, em face do leque de funções de empregador assumido, a plataforma deva, consequentemente, ser responsável pelo conjunto de direitos laborais aplicável: desde as leis do salário mínimo e do tempo de trabalho até à negociação coletiva – cfr. Prassl, Jeremias/Risak, Martin, *op. cit.*, pp. 18-22.

41 Já no quadro da plataforma *TaskRabbit*, os Autores consideram que se verifica um desmembramento das funções de empregador por outras entidades, além da plataforma, como os utilizadores ou até os próprios prestadores de atividade. Ora, nestes casos, da mesma forma que as diferentes funções de empregador podem ser exercidas por várias partes, a consequente responsabilidade laboral deve ser atribuída a qualquer entidade – ou combinação de entidades – que tenha exercido a função relevante. Assim, várias entidades podem vir a ser consideradas como empregadoras para diferentes fins regulamentares – cfr. Prassl, Jeremias/Risak, Martin, *op. cit.*, pp. 22-25.

3.2.3. Outra via possível, fundamentada na acentuada flexibilidade horária que perpassa o exercício da atividade no âmbito das plataformas digitais, argumento frequentemente invocado para afastar a qualidade de trabalhador subordinado, é a de criar, por intervenção legislativa, uma categoria de terceiro género, entre o trabalhador subordinado e o trabalhador independente, e desenvolver o correspondente regime jurídico.

A proposta não é sequer nova, pois, a propósito das zonas de maior dificuldade de qualificação, são diversos os legisladores que experimentam este tipo de categorias intermédias. Assim, em Itália, com a figura dos *parasubordinados*, na Alemanha, com os *quase-trabalhadores*, em Espanha, com os *trabalhadores autónomos economicamente dependentes*, e em Inglaterra, com os *workers*, distintos dos *employees*.

A favor desta construção invoca-se, por um lado, a maior segurança jurídica, por a regulamentação a aplicar não ficar dependente de prévia decisão judicial, e, por outro lado, a possibilidade de se permitir a expansão destes modelos económicos, sem sujeição aos constrangimentos próprios do Direito do Trabalho⁴². Acresce que esta solução teria por vantagem assegurar uma proteção básica a estes trabalhadores digitais, tais como salários mínimos, descansos e períodos de férias⁴³.

O caminho apontado é, todavia, frágil e propício a, paradoxalmente, levar a uma grande insegurança jurídica, pois pode, de facto, levar à exclusão do Direito do Trabalho de verdadeiros trabalhadores subordinados. E a solução nem sequer se revela pacífica, no quadro dos Estados da União Europeia, à luz do conceito de trabalhador subordinado preconizado pelo Tribunal de Justiça, e implícito, por exemplo, à Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis⁴⁴.

42 Cfr. Todolí Signes, Adrián, "Trabajo en plataformas...", *op. cit.*, pp. 52-53.

43 Parecendo preconizar uma solução deste tipo, Silva, Ricardo Lourenço, "Se caminha como um pato, nada como um pato e grasna como um pato, provavelmente é um pato! A subordinação jurídica aos algoritmos na 'on-demand economy'", in *Questões Laborais*, Ano XXVII, n.º 57, 2020, pp. 156-159. O Autor defende a criação de um regime específico para estes modelos de organização de trabalho «que clarifique adequadamente conceitos», reforçando ainda a proteção social, o controlo do número de horas diárias de utilização nas aplicações e a garantia do direito ao descanso.

44 Cfr. Todolí Signes, Adrián, "Trabajo en plataformas...", *op. cit.*, p. 53. Chamando a atenção para a necessidade de atender ao conceito de trabalhador subordinado desenvolvido pelo Tribunal de Justiça com eventuais construções de conceitos de terceiro tipo, Ginès i Fabrellas, Anna, *op. cit.*, pp. 81-85 e 201. Esta última Autora (*op. cit.*, p. 203) considera que o reconhecimento de uma terceira categoria de trabalho independente para o trabalho desenvolvido em plataformas é não só incorreto (dado que, em regra, está presente um trabalho sob orientação e controlo permitidos pelo uso de algoritmos),

4. A resposta do legislador português ao caso particular dos transportes – a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, e sua análise crítica

4.1. Em Portugal, o fenómeno da economia colaborativa foi parcialmente regulado com a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, que trata do regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica. Pode, assim, dizer-se que o diploma incidiu sobre as plataformas com maior visibilidade mediática, tendo até ficado conhecido como “Lei *Uber*”⁴⁵.

4.2. O regime legal assenta o modelo de trabalho em torno de quatro sujeitos⁴⁶: o operador de plataforma digital, que atua como intermediário do negócio, estabelecendo a conexão entre os utilizadores e o operador de TVDE⁴⁷, o operador de TVDE, pessoa coletiva que efetua o transporte individual remunerado de passageiros⁴⁸, o motorista, que presta atividade ao

como é também indesejável (dando cobertura aos interesses empresariais de um setor que retira vantagens competitivas precisamente por recorrer fraudulentamente ao trabalho autónomo).

45 De facto, como refere Sousa, Duarte Abrunhosa e (“O caso da economia colaborativa dos transportes”, in Parte II desta obra, p. 256), «apesar de a economia colaborativa estar em franco crescimento em Portugal, com a integração de diversas plataformas, o *animus* legislativo focou-se somente no tema que acabou por ter uma maior visibilidade mediática – plataformas de transporte individual remunerado de passageiros em veículos descaracterizados. Esta visão específica do regime criado fez com que o diploma fosse designado essencialmente como a “Lei *Uber*”».

46 Sobre o assunto, Amado, João Leal/Moreira, Teresa Coelho, “A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, I, CEJ, 2019, pp. 105-111; Moreira, Teresa Coelho, *op. cit.*, pp. 92-101; Mestre, Bruno, “As metamorfoses da subordinação jurídica: algumas reflexões”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, II, CEJ, 2020, pp. 210-214; Silva, Mariana Leite da, *op. cit.*, pp. 187-190.

47 Sendo consideradas como plataformas eletrónicas, de acordo com o artigo 16.º, n.º 1, «as infraestruturas eletrónicas da titularidade ou sob exploração de pessoas coletivas que prestam, segundo um modelo de negócio próprio, o serviço de intermediação entre utilizadores e operadores de TVDE aderentes à plataforma, na sequência efetuada pelo utilizador por meio de aplicação informática dedicada», não se aplicando o presente diploma, todavia, nos termos do artigo 1.º, n.º 3, «a plataformas eletrónicas que sejam somente agregadoras de serviços e que não definam os termos e condições de um modelo de negócio próprio».

48 E que fica obrigado, nos termos do artigo 9.º, quer «a assegurar o pleno e permanente cumprimento dos requisitos de exercício da atividade previstos na presente lei, incluindo os respeitantes a veículos e motoristas afetos à prestação de serviços de TVDE», quer «todas as vinculações legais e regulamentares relevantes para o exercício da sua atividade, incluindo as decorrentes da legislação laboral, de segurança e saúde no trabalho e de segurança social». Pode, assim, dizer-se, acompanhando Sousa, Duarte Abrunhosa e (“O caso da economia colaborativa dos transportes”, *op. cit.*, pp. 257-258, in Parte II desta obra), que, «de uma forma geral, o diploma procura regular a atividade corrente de um operador de TVDE, aproximando as suas regras aos transportes individuais tradicionais, por forma a preservar regras elementares de concorrência. No entanto, não podemos ignorar a existência de um conjunto ténue de normas que visam determinar o conjunto de padrões mínimos do ponto de vista jurídico-laboral».

operador de TVDE⁴⁹, e os utilizadores, que recorrem aos serviços por meio de aplicação informática⁵⁰.

4.3. No quadro do diploma, o motorista não se vincula com o operador da plataforma digital, cujo papel é o de conectar utilizadores aos operadores de TVDE, celebrando antes um contrato com o operador de TVDE, cuja qualificação jurídica a lei não resolve, mas que considera beneficiar da aplicação da presunção de laboralidade prevista no artigo 12.º do Código do Trabalho⁵¹.

Por outro lado, à luz da Lei n.º 45/2018, o operador TVDE é necessariamente uma pessoa coletiva⁵², pressuposto que afasta qualquer possibilidade de qualificação do vínculo entre o operador TVDE e o operador da plataforma como sendo de trabalho.

E quanto ao tipo de vínculo estabelecido entre o operador da plataforma e o motorista, a lei é omissa, partindo do princípio de «que este vínculo contratual não existirá»⁵³. No entanto, parece inegável a existência de um relacionamento entre estes sujeitos, uma vez que o motorista, para poder exercer a sua atividade, está obrigado a inscrever-se na plataforma⁵⁴, a respeitar as suas orientações e condições e a ser monitorizado pela mesma⁵⁵.

Por outro lado, apesar de a empresa titular da plataforma digital ser qualificada enquanto mera intermediária, ao *arrepio*, aliás, da opinião manifestada pela doutrina especializada e por diversas decisões jurisprudenciais,

49 Mediante a celebração de um contrato que deve revestir a forma escrita, como determina o artigo 10.º, n.º 10.

50 Pois, de acordo com o artigo 5.º, n.º 1, «o serviço de TVDE só pode ser contratado pelo utilizador mediante subscrição e reserva prévias efetuadas através de plataforma eletrónica».

51 Estabelecendo-se, no artigo 10.º, n.º 10, que «ao vínculo jurídico estabelecido entre o operador de TVDE e o motorista afeto à atividade, [...] e independentemente da denominação que as partes tenham adotado no contrato, é aplicável o disposto no artigo 12.º do Código do Trabalho».

52 Uma vez que, de acordo com o artigo 2.º, n.º 1, a atividade de operador da plataforma de TVDE apenas pode ser exercida por pessoas coletivas estabelecidas em território nacional, com a comprovação de que possuem os requisitos de acesso à atividade. E caso o requerente não tenha sede em Portugal deve indicar um representante legal em território nacional que demonstre os mesmos requisitos.

53 Amado, João Leal/Moreira, Teresa Coelho, "A lei sobre o TVDE...", *op. cit.*, p. 107.

54 Como resulta do artigo 10.º, n.º 1, que determina que «apenas podem conduzir veículos de TVDE os motoristas inscritos junto de plataforma eletrónica».

55 Pois, de acordo com o artigo 14.º, n.º 2, «o operador da plataforma eletrónica deve bloquear o acesso aos serviços prestados pela mesma por parte dos operadores de TVDE, *motoristas* ou veículos que incumpram qualquer dos requisitos referidos na presente lei, sempre que disso tenha ou devesse ter conhecimento» [sublinhado nosso].

designadamente as emanadas pelo Tribunal de Justiça⁵⁶, sobre ela recai uma série de obrigações, obrigações que parecem ir além de uma mera natureza intermediária, designadamente a imposição de implementar mecanismos que garantam o cumprimento do limite máximo de duração da atividade previsto no artigo 13.º, n.º 1⁵⁷. Ora, o processamento de dados relativos à atividade do motorista pelo operador da plataforma digital, designadamente controlando os seus tempos de atividade e de repouso, não será um sinal da integração do motorista na esfera de organização e autoridade da plataforma? A imposição pela plataforma digital do cumprimento de certas regras de comportamento e de práticas, até como garante da qualidade da marca, não será também uma prerrogativa próxima do papel de empregador? E o que concluir a propósito do preceituado no artigo 17.º, em cujo n.º 11 se determina que «o operador de plataformas eletrónicas observa todas as vinculações legais e regulamentares relevantes para o exercício da sua atividade, incluindo as decorrentes da legislação laboral, de segurança e saúde no trabalho e de segurança social»⁵⁸?

4.4. Em face do exposto, a Lei n.º 45/2018 tem sido acusada de regular a matéria de «forma um tanto peculiar»⁵⁹, revestindo até, diríamos, uma natureza ambivalente⁶⁰, pois se, por um lado, aparenta facilitar a qualificação do vínculo do motorista como contrato de trabalho, uma vez que permite o funcionamento da presunção de laboralidade prevista no artigo 12.º do Código do Trabalho⁶¹, por outro lado, ao criar um novo sujeito desta relação,

56 *Vd. supra* nota 14.

57 De facto, de acordo com o artigo 13.º, n.º 1, «os motoristas de TVDE não podem operar veículos de TVDE por mais de dez horas dentro de um período de 24 horas, independentemente do número de plataformas nas quais o motorista de TVDE preste serviços, sem prejuízo da aplicação das normas imperativas, nomeadamente do Código do Trabalho, se estabelecerem período inferior», determinando-se, no n.º 2 do mesmo preceito, que são os operadores de plataformas eletrónicas que «devem implementar mecanismos que garantam o cumprimento dos limites referido no número anterior». E no n.º 3 do artigo 20.º, preceito dedicado aos deveres gerais dos operadores de plataformas eletrónicas, estabelece-se que «o sistema informático deve registar os tempos de trabalho do motorista, e o cumprimento dos limites de tempo de condução e repouso».

58 Cfr. Amado, João Leal/Moreira, Teresa Coelho, “A lei sobre o TVDE...”, *op. cit.*, pp. 107-109; Moreira, Teresa Coelho, *op. cit.*, pp. 95-97.

59 Como refere Moreira, Teresa Coelho, *op. cit.*, p. 92.

60 Procurando agradar, nas palavras de Silva, Mariana Leite da (*op. cit.*, p. 188), «a gregos e a troianos».

61 Ainda que de utilidade duvidosa, dado que a presunção de laboralidade do artigo 12.º do Código do Trabalho assenta em indícios afastados do trabalho prestado em plataformas digitais, justificando uma atualização quando dirigida a estes modelos de trabalho. Cfr. Amado, João Leal/Moreira, Teresa Coelho, “A lei sobre o TVDE...”, *op. cit.*, pp. 110-111; e Moreira, Teresa Coelho, *op. cit.*, pp. 97-101, colocando a última Autora, inclusivamente, a hipótese de se estabelecer antes, ou até de se cumular, «uma presunção ilidível da existência de um contrato de trabalho entre a plataforma e o trabalhador,

o operador TVDE⁶², e ao considerar que é com este que o motorista celebra o contrato, afasta, pelo menos numa primeira leitura, o operador da plataforma digital da veste de empregador.

Resta, assim, ao intérprete aplicador questionar se, em face do regime estabelecido pela Lei n.º 45/2018, perpassado, *aqui* e *ali*, pela entrega de algumas obrigações típicas de empregador ao operador da plataforma digital, não lhe poderá ser, efetivamente, imputável tal qualidade⁶³, com potenciais e relevantes consequências jurídicas daí advenientes, como a configuração de casos de responsabilidade solidária pelo cumprimento das obrigações decorrente do contrato⁶⁴. Pense-se, por exemplo, na possibilidade de se invocar a desconsideração da personalidade jurídica do operador de TVDE, sempre que se concluir que o seu único sócio é o próprio motorista e que o real empregador é o operador da plataforma digital⁶⁵. Ou avenge-se a possibilidade de se recorrer à figura da pluralidade de empregadores, se se concluir que no plano fáctico ocorre uma verdadeira fragmentação da posição de empregador entre o operador TVDE e o operador da plataforma digital, havendo entre eles estruturas organizativas comuns⁶⁶.

4.5. De todo o modo, e independentemente de um balanço menos positivo da Lei n.º 45/2018, importa, todavia, concluir que, em Portugal, este tipo de prestador de atividade não se encontra num total abandono regulativo.

para tentar facilitar o ónus da prova e diminuir a enorme disparidade contratual entre as partes», presunção afastada, todavia, das plataformas voluntárias (*op. cit.*, p. 99).

62 Aspeto que suscita, de facto, alguma perplexidade, pois este tipo de modelo de negócio gravita *tradicionalmente* em torno de apenas três tipos de sujeitos: a plataforma digital, o motorista e os passageiros – cfr. Amado, João Leal/Moreira, Teresa Coelho, “A lei sobre o TVDE...”, *op. cit.*, p. 109; Moreira, Teresa Coelho, *op. cit.*, p. 96; Silva, Mariana Leite da, *op. cit.*, p. 188.

63 Cfr. Amado, João Leal/Moreira, Teresa Coelho, “A lei sobre o TVDE...”, *op. cit.*, p. 110; Moreira, Teresa Coelho, *op. cit.*, p. 97.

64 Sendo que, no quadro da Lei n.º 45/2018, as situações de responsabilidade solidárias estão apenas direcionadas para a proteção dos utilizadores, estabelecendo-se no artigo 10.º, n.º 1, que «o operador de plataforma eletrónica é solidariamente responsável perante os utilizadores pelo pontual cumprimento das obrigações resultantes do contrato».

65 Levantando tal hipótese, seja fazendo apelo ao princípio da primazia da realidade, seja convocando o instituto da simulação, Vicente, Joana Nunes, “Implicações sociais e jurídico-laborais da prestação de serviços através de plataformas virtuais – breve notas”, in *A Reforma Trabalhista. Reflexos da Reforma Trabalhista no Direito do Trabalho, no Direito Processual do Trabalho e no Direito Previdenciário*, Coord.: Paulo Renato Fernandes da Silva, LTr., Brasil, 2018, p. 90. *Vd.* também Mestre, Bruno, *op. cit.*, p. 214.

66 Colocando estas, e outras, pertinentes questões, Carvalho, Catarina de Oliveira, “Trabalho na era digital: um novo conceito de empresa e de empregador?”, intervenção oral proferida, em 06/05/2021, no âmbito do *XIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social*, online, intitulado “Trabalho na Era Digital: que Direito?”.

De facto, mesmo que o motorista não seja, porventura, qualificado como trabalhador subordinado, pode ser considerado, por um lado, caso isso ocorra, como um trabalhador economicamente dependente, aplicando-se, nesta hipótese, uma proteção laboral parcial, por força do artigo 10.º do Código do Trabalho; por outro lado, mesmo que seja considerado um trabalhador independente *tout court*, tem ainda alguma proteção social em matéria de segurança e saúde no trabalho, em matéria de acidentes de trabalho e doenças profissionais, em caso de doença e outras vicissitudes.

4.6. Por último, importa referir que foi aprovada recentemente, entre nós, a *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, com a Lei n.º 27/2021, de 17 de maio. E no âmbito de tal Carta são de destacar o artigo 9.º, relativo ao uso da inteligência artificial e de robôs⁶⁷, o artigo 14.º, sobre os direitos em plataformas digitais⁶⁸, e o artigo 17.º, sobre o direito à proteção contra a geolocalização abusiva⁶⁹.

67 cuja redação é a seguinte: «1. A utilização da inteligência artificial deve ser orientada pelo respeito dos direitos fundamentais, garantindo um justo equilíbrio entre os princípios da explicabilidade, da segurança, da transparência e da responsabilidade, que atenda às circunstâncias de cada caso concreto e estabeleça processos destinados a evitar quaisquer preconceitos e formas de discriminação. 2. As decisões com impacto significativo na esfera dos destinatários que sejam tomadas mediante o uso de algoritmos devem ser comunicadas aos interessados, sendo suscetíveis de recurso e auditáveis, nos termos previstos na lei. 3. São aplicáveis à criação e ao uso de robôs os princípios da beneficência, da não-maleficência, do respeito pela autonomia humana e pela justiça, bem como os princípios e valores consagrados no artigo 2.º do Tratado da União Europeia, designadamente a não discriminação e a tolerância».

68 cuja redação é a seguinte: «1. Na utilização de plataformas digitais, todos têm o direito de: a) Receber informação clara e simples sobre as condições de prestação de serviços quando utilizem plataformas que viabilizam fluxos de informação e comunicação; b) Exercer nessas plataformas os direitos garantidos pela presente Carta e na demais legislação aplicável; c) Ver garantida a proteção do seu perfil, incluindo a sua recuperação se necessário, bem como de obter cópia dos dados pessoais que lhes digam respeito nos termos previstos na lei; d) Apresentar reclamações e recorrer a meios alternativos de resolução de conflitos nos termos previstos na lei. 2. O Estado promove a utilização pelas plataformas digitais de sinaléticas gráficas que transmitam de forma clara e simples a política de privacidade que asseguram aos seus utilizadores».

69 cuja redação é a seguinte: «1. Todos têm direito à proteção contra a recolha e o tratamento ilegais de informação sobre a sua localização quando efetuem uma chamada obtida a partir de qualquer equipamento. 2. A utilização dos dados da posição geográfica do equipamento de um utilizador só pode ser feita com o seu consentimento ou autorização legal».

5. As propostas do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho*

5.1. A solução encontrada pela Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, além de controversa, é circunscrita ao caso dos transportes.

Ora, como se sabe, os problemas colocados ao Direito do Trabalho pela atividade realizada através de plataformas digitais transcendem largamente o setor dos transportes. É neste contexto que, no âmbito do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho*, se prevê uma regulamentação mais adaptada às diversas manifestações da economia colaborativa⁷⁰.

5.2. Da leitura do documento sublinha-se que o facto de o prestador de serviço, no âmbito das plataformas digitais, estar dispensado de cumprir deveres de assiduidade, pontualidade e não concorrência, ou o facto de utilizar instrumentos de trabalho próprios não são incompatíveis com a existência de uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital.

Na verdade, a literatura tem alertado para o facto de as plataformas digitais utilizarem modelos e controlos algorítmicos que se identificam com a existência de subordinação. A ideia de trabalhar *se e apenas quando se quiser* torna-se ilusória, quando se verifica que todos os dados de prestação da atividade, as horas e a forma da sua execução, bem como as recusas da sua não realização, são conhecidos pelas plataformas que, através de evoluídos algoritmos, constroem um perfil de trabalhador⁷¹ que determina a sua retribuição, as suas tarefas e, em última instância, que pode levar à sua própria desativação da plataforma⁷².

Por outro lado, mesmo a propriedade de instrumentos de trabalho próprios, como o computador, o telemóvel, o automóvel ou a bicicleta, não dilui a alteridade do trabalho prestado pois, de facto, a real e verdadeira infraestrutura da atividade económica em causa – a própria plataforma, a aplicação informática e o algoritmo – é propriedade das plataformas⁷³.

70 Cujá versão para consulta pública está disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNLQwMQMAqSscTAUAAAA%3d>.

71 Com o enorme risco de assentar em preconceitos e discriminações. Sobre o assunto, Alessi, Cristina, "Trabajo en plataforma y no discriminación en el Derecho de la UE", in *Cambiando la Forma de Trabajar y de Vivir...*, op. cit., pp. 61-79.

72 Neste sentido, por exemplo, Ginès I Fabrellas, Anna, op. cit., pp. 101-111 e 154-159.

73 *Idem*, pp. 120-123 e 159-161.

Acresce que são as plataformas que intervêm diretamente no mercado, com a sua marca própria, adotando decisões económicas, empresariais e estratégicas referentes aos serviços prestados por esses trabalhadores, como preços, tarifas, promoções e marketing⁷⁴.

Em face do exposto, é, então, proposta a previsão de uma presunção de laboralidade para estes trabalhadores⁷⁵ e a criação de novos instrumentos suscetíveis de permitir um maior trabalho de fiscalização a cargo da Autoridade para as Condições do Trabalho.

O documento sublinha ainda a necessidade de alargar o âmbito da negociação coletiva a novas categorias de trabalhadores, prover à criação de um sistema contributivo e fiscal adaptado a estas novas realidades, regulamentar a utilização de algoritmos, nomeadamente na distribuição de tarefas, organização do trabalho, avaliação de desempenho e progressão, em particular no âmbito do trabalho prestado através de plataformas, criar um corpo mínimo de direitos aplicáveis a todos os que trabalham nas plataformas digitais, mesmo que o façam em regime de prestação de serviço e como trabalhadores independentes⁷⁶.

5.3. Do documento sobressai, portanto, a preocupação em conferir um mínimo de proteção ao trabalhador *gig*, mesmo quando este assume a veste de trabalhador autónomo, «de forma a prevenir a celebração de contratos desequilibrados, o uso de cláusulas abusivas e a renúncia de direitos por parte dos prestadores da atividade», sem esquecer a necessidade de acesso a proteção social adequada, de forma a proporcionar «não apenas condições de trabalho dignas, mas também o acesso a proteção nas eventualidades de doença, acidente, parentalidade, desemprego e velhice»⁷⁷.

74 *Idem*, pp. 128-132 e 161-165.

75 Posição recentemente adotada, por exemplo, pelo legislador espanhol, em que o *Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo*, estabeleceu uma presunção legal relativamente às plataformas digitais de entrega, incluindo-as no artigo 8.1 do *Estatuto de los Trabajadores*, com a seguinte redação: «Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital».

76 *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho*, pp. 62-63.

77 *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho*, pp. 57-58. Trata-se aspetos assinalados pelo Parlamento Europeu que, no *Relatório sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa* (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_PT.html#title1), destaca «a importância fundamental de proteger os direitos dos trabalhadores nos serviços colaborativos – em primeiro lugar, o direito de os trabalhadores se organizarem e o direito à negociação e ação coletivas, em conformidade com

6. Notas conclusivas

6.1. A digitalização, operacionalizada através de plataformas digitais, expone o contacto entre os diferentes sujeitos económicos, possibilitando, nos mais diversos domínios da vida quotidiana, uma transação mais global, mais eficaz e de menores custos de bens, de serviços e de informação. É neste contexto que se fala em economia colaborativa, terminologia a que aderimos, mas que está longe de ser una e unívoca.

6.2. Não obstante alguns traços identificadores desta realidade, o certo é que a diversidade a ela inerente coloca diferentes exigências de regulamentação, desde regimes mais favoráveis e flexíveis, para as plataformas digitais que atuam como meras intermediárias, até regimes mais próximos dos operadores tradicionais, para as plataformas digitais que exercem uma acentuada influência sobre a prestação de serviços, possibilitando a sua utilização comercial, em nome da proteção dos consumidores, do combate à concorrência desleal e ao *dumping* social.

6.3. Os modelos de economia colaborativa que maiores interrogações colocam ao Direito do Trabalho relacionam-se com a prestação de serviços *on demand via apps*, questionando-se, afinal, se, em face de muitas das suas características, o vínculo que se estabelece entre os operadores das plataformas e os prestadores de serviço reveste, ou não, natureza laboral.

6.4. É que, anunciada sob a égide de uma flexibilidade almejada de trabalhar *apenas se e quando se quiser*, frequentemente a realidade revela paradoxalmente uma intervenção ativa e direta das plataformas digitais na prestação de tal trabalho, estabelecendo recomendações, instruções e sistemas de avaliação, fixando remunerações e condições de pagamento do serviço prestado, proibindo ou restringindo as possibilidades de subcontratação ou de substituição, decidindo *quem fica* ou *quem é desativado* por não cumprir os desígnios por elas pretendidos, criando-se, conseqüentemente, um contexto de condições de trabalho precárias, com a fragmentação

o direito e a prática nacionais; recorda que todos os trabalhadores da economia colaborativa são quer trabalhadores por conta de outrem quer trabalhadores por conta própria, consoante a primazia dos factos, e devem ser classificados nestes termos; apela aos Estados-Membros e à Comissão para que, nos respetivos domínios de competência, garantam condições de trabalho equitativas e uma proteção jurídica e social adequada para todos os trabalhadores na economia colaborativa, independentemente do seu estatuto» (ponto 38). Realça, igualmente, «a importância de garantir o respeito pelos direitos humanos e uma proteção social adequada do crescente número de trabalhadores por conta própria, que são intervenientes fundamentais na economia colaborativa, incluindo o direito à ação e negociação coletivas, nomeadamente em relação à respetiva remuneração» (ponto 39).

funcional, a despersonalização, a transitoriedade, as baixas remunerações e as longas jornadas de trabalho.

6.5. E, em face de tais condições de trabalho e a patente conflitualidade entre uma flexibilidade anunciada e uma subordinação muitas vezes real, multiplicam-se as reações e interpelam-se os tribunais, os legisladores e a doutrina para saber se, afinal, não se está na presença do velho trabalhador dependente mascarado com uma eventual autonomia do novo trabalhador digital.

6.6. As respostas são diversas e até ziguezagueantes, debatendo-se a real presença de um trabalhador autónomo, subordinado ou até de terceiro tipo, e questionando-se a suficiência do modelo laboral de regulação tradicional, a necessidade da sua adaptação ou até a imperiosidade de novas soluções.

6.7. Entre nós o fenómeno da economia colaborativa foi parcelarmente regulado com a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, circunscrevendo-se ao regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica, tendo o legislador português introduzido como novidade regulatória um quarto sujeito nesta relação em regra triangular – o operador de TVDE.

6.8. O legislador português não parece ter pretendido tomar uma posição perentória quanto à qualificação do prestador de atividade neste setor, construindo o modelo de regulação em torno da vinculação do motorista ao operador de TVDE, e não à plataforma digital, e admitindo quer uma natureza laboral do vínculo, quer a natureza de trabalho independente, consoante as condições de prestação de trabalho revelem subordinação, ou não, aplicando-se também para estes casos a presunção de laboralidade prevista no artigo 12.º do Código do Trabalho.

6.9. Já relativamente à vinculação do motorista à plataforma digital, o legislador português não é inteiramente claro. Se é verdade que o modelo de regulação adotado parece afastar qualquer tipo de vínculo entre tais sujeitos, o certo é que o regime apresenta sinais contraditórios, uma vez que exige, por exemplo, a inscrição do motorista na plataforma, como condição necessária para o exercício da atividade, e que impõe à plataforma digital a obrigação de fiscalizar, através dos mecanismos necessários, o cumprimento do limite máximo de tempo de exercício da atividade do motorista.

6.10. Perante a ambivalência do regime previsto na Lei n.º 45/2018, não parece ficar afastada a possibilidade de se imputar algumas obrigações

laborais à plataforma digital, se, em face do caso concreto, for juridicamente consistente invocar a desconsideração da personalidade jurídica do operador de TVDE ou, porventura, a existência de pluralidade de empregadores.

6.11. Perante as diversas críticas que a doutrina tem apontado à construção do regime subjacente à Lei n.º 45/2018, aliado ao facto de a regulamentação aí prevista ser meramente setorial, não cobrindo outras manifestações da economia colaborativa, preveem-se novas respostas a assumir pelo legislador português. No quadro do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho* preconizam-se o estabelecimento de uma presunção de laboralidade com novos índices adaptados ao trabalhador digital, a criação de instrumentos adicionais de fiscalização a cargo da Autoridade para as Condições do Trabalho, o alargamento do âmbito da negociação coletiva a novas categorias de trabalhadores e a criação de um sistema contributivo, de proteção social e fiscal adaptado a estas novas realidades.

6.12. Em jeito de conclusão, diríamos que a regulamentação da economia colaborativa não é ignorada pelo legislador português, nomeadamente no que respeita às interseções com o Direito do Trabalho. Em todo o caso, a resposta é setorial, fragmentada, dotada de alguma opacidade e, por isso, justificativa de novas intervenções já anunciadas.

Referências

Alessi, Cristina, “Trabajo en plataforma y no discriminación en el Derecho de la UE”, in *Cambiando la Forma de Trabajar y de Vivir. De las Plataformas a la Economía Colaborativa Real*, Coord.: Macarena Hernández Bejarano, Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Adrián Todolí Signes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 61-79.

Amado, João Leal/Moreira, Teresa Coelho, “A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, I, CEJ, 2019, pp. 81-111.

_____, “A Glovo, os riders/estafetas e o Supremo Tribunal de Espanha: another brick in the wall”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, II, CEJ, 2020, pp. 121-151.

Amado, João Leal/Santos, Catarina Gomes, “A Uber e os seus motoristas em Londres: *mind the gap!*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4001, 2016, pp. 111-127.

Bargain, Gwenola, “Quel droit du travail à l’ère des plateformes numériques?”, in *Lien social et Politiques*, n.º 81, 2018, pp. 21-40 (<https://doi.org/10.7202/1056302ar>).

Carvalho, Catarina de Oliveira, “Trabalho na era digital: um novo conceito de empresa e de empregador?”, intervenção oral proferida, em 06/05/2021, no âmbito do *XIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social*, online, intitulado “Trabalho na Era Digital: que Direito?”

Cavas Martínez, Faustino, “Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa: una aproximación jurídico-laboral”, in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Coord.: Rosalía Alfonso Sánchez, Julián Valero Torrijos, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 409-447.

Cherry, Miriam A./Aloisi, Antonio, “A Critical Examination of a Third Employment Category for On-Demand Work (In Comparative Perspective)”, in *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, Coord.: Nestor M. Davidson, Michèle Finck, John J. Infranca, Cambridge University Press, 2018, pp. 316-327.

Davidov, Guy, “The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach” (<http://www.labourlawresearch.net/sites/default/files/papers/The%20status%20of%20Uber%20drivers%20A%20purposive%20approach%20copy.pdf>).

Ferrando García, Francisca M.^a, “La tutela colectiva de los derechos de los trabajadores que operan a través de plataformas colaborativas”, in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Coord.: Rosalía Alfonso Sánchez, Julián Valero Torrijos, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 449-472.

Ginès i Fabrellas, Anna, *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

Gonçalves, Anabela, “Enquadramento político-internacional da economia colaborativa”, in Parte I da presente obra, p. 67-80.

Mestre, Bruno, "As metamorfoses da subordinação jurídica: algumas reflexões", in *Prontuário de Direito do Trabalho*, II, CEJ, 2020, pp. 185-221.

Moreira, Teresa Coelho, *Direito do Trabalho na Era Digital*, Almedina, Coimbra, 2021.

Moreno Díaz, Juan Manuel, "Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa", in *Cambiando la Forma de Trabajar y de Vivir. De las Plataformas a la Economía Colaborativa Real*, Coord.: Macarena Hernández Bejarano, Miguel Rodríguez-Piñero Royo e Adrián Todolí Signes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 197-214.

Pereira, Rita Garcia, "A Uber e o contrato de trabalho: um admirável mundo novo?", in *Questões Laborais*, Ano XXIII, n.º 49, 2016, pp. 29-47.

Prassl, Jeremias/Risak, Martin, "Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork", in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Forthcoming

Oxford Legal Studies Research Paper No. 8/2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733003).

Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, "Trabajo en plataformas digitales y regulación: ¿una respuesta colectiva?", in *Cambiando la Forma de Trabajar y de Vivir. De las Plataformas a la Economía Colaborativa Real*, Coord.: Macarena Hernández Bejarano, Miguel Rodríguez-Piñero Royo e Adrián Todolí Signes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 147-195.

Rosenbaum Carli, Federico, *El trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

Sanguineti Raymond, Wilfredo, "El test de laboralidad y los trabajos de la *gig economy*", in *Trabajo y Derecho*, n.º 69, Editorial Wolters Kluwer, 2020, pp. 1-8.

Silva, Mariana Leite da, "O Estatuto Jurídico-Laboral do Motorista no Contexto da Atividade de TVDE – Em Particular, o Caso da Uber", in *Questões Laborais*, Ano XXVI, n.º 54, 2019, pp. 157-193.

Silva, Ricardo Lourenço, "Se caminha como um pato, nada como um pato e grasna como um pato, provavelmente é um pato! A subordinação jurídica aos algoritmos na 'on-demand economy'", in *Questões Laborais*, Ano XXVII, n.º 57, 2020, pp. 123-159.

Sousa, Duarte Abrunhosa e, "Impacts of collaborative economy in work relations: a growing process or already broken down?", in *The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Coord.: Maria Regina Redinha, Maria Raquel Guimarães, Francisco Liberal Fernandes, Cambridges Scholars Publishing, 2019, pp. 388-408.

Sousa, Duarte Abrunhosa e, "O caso da economia colaborativa dos transportes", in Parte II da presente obra, pp. 251-259.

Spremolla, Gerardo Cedrola, "Trabajo, organización del trabajo, representación de los trabajadores y regulación laboral en el mundo de la *gig economy*", in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volume 8, n.º 1, 2020, pp. 5-49.

Todolí Signes, Adrián, *El Trabajo en la Era de la Economía Colaborativa. La clasificación jurídica de trabajadores y autónomos y los efectos de la reputación online en la economía de las plataformas virtuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

____, "A Special Regulation for the Gig Economy: Which Things Would We Need to Regulate and Which Not", in *The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Coord.: Maria Regina Redinha, Maria Raquel Guimarães, Francisco Liberal Fernandes, Cambridges Scholars Publishing, 2019, pp. 99-109.

____, "Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista", in *Lan Harremanak*, n.º 41, 2019, pp. 17-41 (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20880>).

____, "Trabajo en plataformas: una oportunidad de llevar el Derecho del Trabajo as S. XXI", in *Cambiando la Forma de Trabajar y de Vivir. De las Plataformas a la Economía Colaborativa Real*, Coord.: Macarena Hernández Bejarano, Miguel Rodríguez-Piñero Royo e Adrián Todolí Signes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 41-60.

Vasconcelos, Joana, "Problemas de qualificação do contrato de trabalho. O caso das relações estabelecidas no contexto da economia *on demand* entre prestadores independentes (?) de serviços e empresas tecnológicas intermediárias (?) no mercado", *VII Colóquio sobre Direito do Trabalho*, 21-10-2015, pp. 1-10 (<https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2015/07/profdrjoanavasconcelos.pdf>).

Vicente, Joana Nunes, "Implicações sociais e jurídico-laborais da prestação de serviços através de plataformas virtuais – breve notas", in *A Reforma Trabalhista. Reflexos da Reforma Trabalhista no Direito do Trabalho, no Direito Processual do Trabalho e no Direito Previdenciário*, Coord.: Paulo Renato Fernandes da Silva, LTr., Brasil, 2018, pp. 86-92.

O consumo colaborativo: um problema ao nível do conceito de consumidor e da exequibilidade da garantia?

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.17>

Ana Isa Meireles*

* Advogada | Professora Convidada | Doutora em Ciências Jurídicas Privatísticas | Mestre em Direito | Formadora | Investigadora.

Resumo: O consumo colaborativo, numa era cada vez mais digital, tem trazido desafios e novas propostas ao nível do direito do consumo. Se, *per si*, já havíamos mostrado preocupações ao nível de um conceito de consumidor cada vez mais antiquado, por ora, a antiguidade tornou-se, de facto, bálsamo depreciável com os desafios desta nova era que vivemos. A facilidade das comunicações e do próprio comércio veio fazer com que o consumidor, tido como a parte mais fraca, se deparasse com entraves cruciais ao nível da esfera da prova do seu próprio conceito. Quiçá, nesta monta, esteja na altura de uma verdadeira inversão do ónus da prova no que ao conceito do consumidor reporta e, ainda, possamos assim facilitar a exequibilidade da própria garantia.

Palavras-chave: Consumo – consumidor – conceito de consumidor – direito do consumo – economia colaborativa – garantia – ónus da prova.

Sumário: §. Introdução. §. Desenvolvimento: I. O conceito de consumidor e o seu desajustamento à realidade. II. A influência da economia colaborativa no quotidiano atual. III. Desafios aventados em razão da economia colaborativa: a questão do ónus da prova no conceito de consumidor, a alteração ao conceito de consumidor e a exequibilidade da garantia. §. Conclusões. §. Referências.

Abstract: Collaborative consumption, in an increasingly digital era, has brought challenges and new proposals in terms of consumer law. If, by itself, we already had concerns at the level of an increasingly outdated consumer concept, for now, seniority has become, in fact, a despicable balm with the challenges of this new era in which we live. Ease of communications and of commerce itself make the consumer, seen as the weakest party, to face crucial obstacles in the sphere of proof of their own concept. Perhaps, in this amount, it is time for a true reversal of the burden of proof in relation to the concept of the consumer and, also, it allows to facilitate the feasibility of the Guarantee itself.

Keywords: Burden of proof – consumption – consumer – consumer concept – consumer law – collaborative economy – guarantee.

Summary: **§.** Introduction. **§.** Development: **I.** The concept of consumer and its maladjustment to reality. **II.** The influence of the collaborative economy in today's daily life. **III.** Challenges raised due to the collaborative economy: the issue of the burden of proof in the consumer concept, the change to the consumer concept and the feasibility of the guarantee. **§.** Conclusions. **§.** References.

§. Introdução

O consumo colaborativo, numa era cada vez mais digital, tem trazido desafios e novas propostas ao nível do direito do consumo. Se, *per si*, já havíamos mostrado preocupações ao nível de um conceito de consumidor cada vez mais antiquado, por ora, a antiguidade tornou-se, de facto, bálsamo depreciable com os desafios desta nova era que vivemos. A facilidade das comunicações e do próprio comércio veio fazer com que o consumidor, tido como a parte mais fraca, se deparasse com entraves cruciais ao nível da esfera da prova do seu próprio conceito. Quiçá, nesta monta, esteja na altura de uma verdadeira inversão do ónus da prova no que ao conceito do consumidor reporta e, ainda, possamos assim facilitar a exequibilidade da própria garantia.

Pensemos nos perigos da internet e deste mundo digital em que somos forçados a entrar quase como se as gerações mais recentes já nascessem entrosadas neles e nós, de um passado que se habitua a eles, tentando resolver os mesmos e aliemos este pensamento à normalidade que é: comprar *online*, viajar *online*, pagar *online*.

Vivemos *online* e disso, na verdade, não podemos ter dúvidas. O consumo é isto mesmo, uma antiga venda de garagem, a mercearia da esquina da rua, os discos de vinil do avô e os blusões que colocávamos em feiras de segunda mão; agora, por ora, é tudo realizado *online* (tudo ou praticamente tudo).

Até a simples compra de medicamentos, o aviamento de uma receita, a marcação de uma consulta, o passeio de trotinete e o transporte, de lugar para lugar, processa-se através deste mundo onde conectados escrevemos este texto.

Não somos mais os consumidores tradicionais que compram nas lojas físicas, ainda o podemos ser, em poucos momentos, mas, intrinsecamente, somos mais evoluídos digitalmente e pense-se na típica compra loja a loja, mas com pagamento por *mbway*.

Há um sem número de relações que surgem. Se, por um lado, a nossa legislação e a tutela constitucional do art. 60.º da Constituição da República Portuguesa estavam talhadas para situações clássicas, a evolução vai ter de imperar no que ao contexto atual respeita.

E é daqui que partimos, cientes de que a qualquer momento a nossa refeição poderá chegar pela *uber eats* ou pela *glovo*, na certeza de que desconhecemos com quem contratamos efetivamente.

§. Desenvolvimento

I. O conceito de consumidor e o seu desajustamento à realidade

O conceito de consumidor está plasmado em diversas legislações, sendo que, no que ao concreto mundo digital respeita, teremos de realizar quatro leituras: a da lei da defesa do consumidor, a das cláusulas contratuais gerais, a da garantia no sentido da legislação que regula em específico a compra e venda defeituosa ou em desconformidade e, ainda, mas não a menos importante, a dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial.

No que concerne com a Lei da Defesa do Consumidor¹, «[c]onsidera-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».

Por sua vez, as Cláusulas Contratuais Gerais² não plasmam concretamente um conceito do consumidor, remetendo-se efetivamente para a definição generalista da Lei da Defesa do Consumidor.

Ora, no que diz respeito ao Decreto-Lei relativo à venda de bens de consumo e às garantias a ele adstritas³, consumidor é «[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 actividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho».

1 Lei n.º 24/96, de 31 de julho.

2 Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

3 Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril.

Last, but not least, no que concerne ao Decreto-Lei relativo aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial⁴, «[c]onsumidor» será «[a] pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional».

Em todos estes conceitos há o preenchimento de quatro elementos: i) o elemento subjetivo; ii) o elemento objetivo; iii) o elemento relacional; e iv) o elemento teleológico.

Também no que diz respeito ao cunho da doutrina e ao seu contributo para uma materialização evolutiva do conceito de consumidor, Jorge Morais Carvalho⁵ indica, e bem, que «[o] conceito de consumidor tem como função principal delimitar o âmbito de aplicação (subjetivo) de vários regimes jurídicos. Como não existe um conceito único, a nível nacional e internacional, é necessário perceber em cada caso qual o âmbito subjetivo do diploma em causa»⁶.

Porém, analisadas as legislações, vamos detetar que as únicas ramificações do lado da apreciação concreta do elemento subjetivo da noção de consumidor é, de facto, entre apurar se estamos perante uma pessoa singular ou coletiva.

A apreciação deste conceito terá de partir do consumidor que, para se fazer valer dele, terá de invocar e provar a sua qualidade⁷. E, aqui, parece-nos pacífico, se pensarmos no consumo *baunilha* de se deslocar, corriqueiramente, a uma loja aberta ao público, lidar diretamente com quem se arroga, e prova, ser titular de um estabelecimento, seja uma pequena ou grande superfície; seja um empresário em nome individual ou uma sociedade efetiva; seja uma pessoa singular ou coletiva.

A situação vê os seus contornos decalcados quando pensamos no que acontece no mundo digital: até nós termos a certeza de quem somos?

O consumidor, para o ser e obter a tutela da proteção granjeada a quem o é, terá de arregar e provar a sua qualidade.

4 Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.

5 Carvalho, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3.ª ed., Lisboa, Almedina, janeiro de 2016, ISBN 978-972-40-6384-3.

6 Carvalho, Jorge Morais, *op. cit.*, p. 17.

7 Nos termos do art. 342.º do Código Civil, àquele que invocar um direito, sabe-se, que é a ele que incumbe a sua prova.

Ora, pensemos no caso concreto de redes sociais como o *facebook* ou o *instagram*: a idoneidade dos perfis é verídica? E quem vende o bem, por exemplo, numa loja de roupa *online*, ou num *marketplace*, fatura? E fatura em nome de quem efetivamente é o titular do direito (pensemos em alguém que tem uma loja aberta ao público e que, *online*, se mune das peças de vestuário e as vende a título particular)? Como fará o consumidor prova de a quem adquiriu os bens e a prova de quem lhe prestou os serviços? É a designada prova diabólica ou, melhor, impossível na prática.

Esta impossibilidade de prova leva a que, muitas das vezes, se afaste a possibilidade de preenchimento do conceito do consumidor. Há, na doutrina, laivos de um entendimento que, a nosso ver, deveria passar, efetivamente, no que concerne em específico ao consumo, de que, quando a prova não for possível ou se tornar extremamente difícil àquele que, nos termos do art. 342.º do Código Civil, couber fazê-la, o ónus probatório deixa de impender sobre ele para passar a recair sobre a outra parte.

É nesta esteira da inversão do ónus da prova que nos situamos e que entendemos que será, efetivamente, o caminho a perfilhar e adotar.

II. A influência da economia colaborativa no quotidiano atual

Atualmente vivemos em economia colaborativa e esta vivência de partilha, de entreajuda e de facilitação é verificada nas coisas mais simples. Se pensarmos bem, até hoje o amor é influenciado pela economia colaborativa⁸.

O próprio advento da pandemia COVID-19 veio colocar a nu esta dependência tecnológica: demonstramos certificados com QR-CODE, fomentado através de uma aplicação; encomendamos comida através de aplicações; marcamos consultas por aplicação; fazemos reuniões por aplicações e conversamos por aplicações. Onde não se vê a economia colaborativa? Amamos por aplicações e encurtamos a saudade pelas aplicações.

Até os livros, agora, são lidos facilmente através de aplicações ou comprados por elas. Surpreendemos por aplicações e compramos as coisas mais *bagatelares* pelas mesmas. Até a simples marcação de um controlo do

⁸ Pensemos nas aplicações que fomentam os encontros; antigamente, já num passo da modernidade, os encontros eram propiciados pelo teletexto televisivo. Atualmente tem grande importância a existência do *tinder* como fomento de encontros, que mais não é do que um exemplo básico de como opera a economia colaborativa: não há encontros casuais, há o fomento do encontro por uma aplicação. O próprio amor, o *flirt*, é influenciado pelo advento da economia colaborativa.

veículo ou a sua manutenção é possível fazer por esse modo, não olvidando a marcação de viagens, a procura e aquisição de alojamentos (*airbnb*, *booking*, entre outros) e os pagamentos feitos sem cartão, através de cartões virtuais (*mbway*).

Tudo isto veio revelar fragilidades nas mais diversas vertentes, jurídicas e sociais, revelando efetivamente um mundo completamente dependente da esfera tecnológica para evoluir.

E, além de todos estes exemplos, há um sem número de outros, até mesmo de propensão à sustentabilidade e ecologia. A economia colaborativa veio propiciar o surgimento de negócios como a *uber*: onde alguém tem um veículo onde transporta quem, pelas mais variadas razões, não consegue movimentar-se (por inexistência de veículo próprio, para fugir ao trânsito, por uma questão de necessidade momentânea ou por vontade em não contribuir para a poluição) e, a par da *uber*, o aluguer de bicicletas e trotinetes é, agora, um mercado evidente da economia colaborativa.

Também não podemos olvidar as pessoas que têm casas vazias que, de uma forma ou de outra, por motivos pessoais ou profissionais, cedem à utilização de outrem: através de aplicações como o *airbnb*, *booking* ou mesmo o *marketplace* do *facebook*. Por ora, se nos agarrarmos à noção clássica e conservadora de consumidor, podemos afastar o conceito se a outra parte não se dedicar, com intuito lucrativo, a essa atividade (como se vendesse uma bicicleta usada no *olx*). Mas será lógico? Pensemos no caso do *airbnb*, em que alguém que tem uma profissão completamente antagónica abre atividade para anunciar a cessão do gozo da coisa (não um arrendamento, como já nos foi tempo de, noutras lides, criticar esta dicotomia conceptual): está automaticamente inserido no conceito de consumidor. Mas, se, por sua vez, o anunciar através de um *website* pessoal, como é que o consumidor vai provar que é a atividade profissional do cedente? Mais, e se for no *instagram* ou no *facebook*? A legislação exige uma série de requisitos e informações automaticamente fornecidas, mas, na realidade, bem sabemos que não o é.

Estas situações não são assim tão diferentes dos, antigamente muito freguesados, motéis. Indiscutivelmente relações de consumo: mas serão assim tão diferentes das que se verificam, agora, nas plataformas digitais e que, por termos um ónus da prova a sucumbir para o consumidor no que ao conceito respeita, podemos afastar-nos da proporcionalidade e equiparação, somente, por antiguidade dos conceitos?

Tudo isto gera contratos, *smart*, é certo, *digitais*, é evidente, mas, muitas vezes, com um reconhecimento facial, dois *clicks* no botão lateral, estamos a celebrá-los. E, não sendo para a nossa atividade, são potenciais contratos de consumo: é aqui que nos situamos.

III. Desafios aventados em razão da economia colaborativa: a questão do ónus da prova no conceito de consumidor, a alteração ao conceito de consumidor e a exequibilidade da garantia

Conforme viemos a revelar nestas curtas páginas de reflexão que antecedem, só o falar-se, brevemente, de economia colaborativa gera um sem número de problemas.

Mas vamos, além de tudo o já mencionado e para o qual reportamos, reiterando-se todos os entendimentos, pensar em termos práticos.

O conceito de consumidor, atual, genérico, tem, então, quatro elementos. Precisamos, do lado do adquirente do bem ou serviços, de ter alguém que não se dedique profissionalmente ao uso do bem ou à atividade prestada: ou seja, não podemos dedicar-nos à prossecução do lucro. Se somos ciclistas profissionais, a aquisição de uma bicicleta não é uma relação de consumo se a prova da bicicleta for dedicada à profissão. Por sua vez, se for um ciclista profissional a adquirir uma bicicleta para o seu filho menor, aí, já teremos, sem dúvida, uma relação de consumo. Parece-nos pacífico e que, mesmo ao lado do mundo do digital, não levanta problemas de maior índole.

Por sua vez, temos de adquirir este bem, também, para uso doméstico. Aqui a situação agrava-se quando, por exemplo, adquirimos um veículo automóvel para toda a nossa vida, mas, também, para as deslocações laborais: aqui é sedimentado que terá de preservar o maior uso dado ao bem para o preenchimento do conceito.

Além disso, teremos de o adquirir a alguém que se dedique com intuito lucrativo à atividade prestada. A situação é relativamente tranquila se pensarmos no estabelecimento comercial que se situa na nossa rua de trabalho e onde adquirimos uma peça de fruta; ou uma grande superfície onde vamos fazer as compras do mês. São estabelecimentos abertos ao público e o seu intuito comercial é evidente. Ainda que, pegando nestes exemplos,

no *online*, os mesmos também não levantam problemas. Do mesmo modo que, olhando para as plataformas digitais e *apps* de facilitação do comércio, sabemos que estas são aplicações criadas pelas grandes superfícies e não se pode discutir, evidentemente, o cariz económico-comercial da coisa, e teremos, naturalmente, o conceito preenchido.

O problema dá-se quando a aplicação é meramente um *intermediário* de facilitação de comunicação, ao abrigo da própria economia colaborativa, por exemplo, o *airbnb*, o *facebook*, o *instagram*. E há um problema evidente porque, por exemplo, ao nível das garantias, quanto à legislação do consumo, estas são muitíssimo mais protetoras e há todo o interesse em preencher o conceito de consumidor.

Ora, mas se há um anúncio de uma venda pelo *instagram* e o perfil é eliminado, como é que o consumidor vai fazer prova? Se há um anúncio no *airbnb* e o imóvel, no dia da prestação, não existe, como é que o consumidor vai fazer prova? Se há um anúncio do *olx* com o nome de utilizador da venda de “Alexandre”, sabendo-se que até é possível que o veículo, bem à venda, estivesse em exposição no *stand*, como é que o consumidor vai fazer prova que este “Alexandre” é, de facto, uma sociedade por de trás do computador?

É uma prova muito difícil e, se equipararmos o antigo com o moderno, percebemos que é absolutamente urgente uma evolução ao nível do conceito de consumidor por forma a, efetivamente, termos uma tutela concreta.

§. Conclusões

Neste momento, como se encontra a nossa legislação, estamos completamente desajustados à realidade daquilo que são advenços da economia colaborativa.

No caso, se calhar dos mais mediáticos, da criação de um *marketplace* do *facebook*, sabemos que, enquanto o objetivo da criação do *marketplace* é a facilitação e chamamento de mais utilizadores no *facebook*, a verdade é que, a nosso ver, com a criação deste tipo de comercialização “facilitada”, existe uma dificuldade da proteção que deve ser granjeada ao consumidor.

O simples facto de qualquer perfil, falso ou verdadeiro, poder lançar mão de um convite a contratar, sem mais, através do simples *upload* de uma fotografia do bem, sem existência de um escrutínio que afira se o uso do fornecedor do bem é um uso profissional ou verdadeiramente pessoal,

coloca em risco a tutela do consumidor que temos vindo a batalhar no decurso dos tempos.

A simplicidade do regime da contratação à distância pode ser brutalmente afastada com estes perfis e este tipo de comércio não verificado, nem tão-pouco escrutinado. As políticas de venda têm de acompanhar o conceito de consumidor e tutelar o mesmo.

Se a legislação em vigor leva a que o conceito de consumidor se preencha num duplo sentido (os elementos integrantes da própria pessoa compradora e, por sua vez, os elementos integrantes da contraparte – fornecedor de bens), impõe-se, no mínimo, que a rede social em questão assuma uma maior dificuldade no acesso à venda *online*, através da previsão da obrigatoriedade de um maior preenchimento de dados pessoais dos utilizadores, com necessidade de exposição da profissão de cada um e com um regime de prova associado. Além disso, a nosso ver, existe a necessidade de alcançar que a permanência na rede social não se frustre com um simples “cancelar conta” ou “eliminar conta”, que levam a que qualquer direito de arrependimento ou reclamação fiquem impossibilitados perante a eliminação do rasto do sujeito contratual.

Não faz, a nosso ver, qualquer sentido, manter uma interpretação conservadora no que respeita ao ónus da prova do conceito de consumidor. É um ónus da prova extremamente diabólico e, por isso, deveria, só por si, originar a sua inversão. O putativo consumidor arrogar-se-ia dessa qualidade e, por sua vez, o preenchimento do conceito em concreto ficaria sujeito ao ónus da prova que se impunha à contraparte (e aqui surge outro problema: o de saber quem é efetivamente a contraparte).

Em jeito de conclusão, a nosso ver, existe a importante necessidade de tutelar o consumidor no sentido de evitar que os facilitismos contratuais sejam tábua rasa da desproteção do consumidor.

Percebemos a importância da tutela e preservação de dados pessoais por parte, por exemplo, das plataformas sociais. No entanto, não conseguimos aceitar que o acesso a estas plataformas possa ser realizado através de falsa informação, criada única e exclusivamente com o intuito de passar despercebido *online* e que o próprio ónus da sua prova seja acarretado aos ombros do consumidor.

Figuras como o *marketplace* permitem, sem mais, afastar a proteção do consumidor atribuída pela tutela da contratação à distância, o que leva a que a *ratio* normativa e as preocupações do legislador saiam absolutamente frustradas.

As redes sociais que permitem o comércio eletrónico devem ter uma preocupação mais ativa na tutela do consumidor e na sua proteção. Por sua vez, as entidades reguladoras deveriam ter uma preocupação mais ativa e uma maior presença a nível digital: é importante fornecer informação fidedigna e atual; é importante dar ao consumidor a informação da legislação existente; é importante educar para prevenir.

A nós cumpre-nos, neste mundo digital, contribuir para a mudança: o *démoté* deste conceito urge que se lime arestas.

§. Referências

Ataíde Ferreira, Manuel; Silveira Rodrigues, Luís, *Cláusulas Contratuais Gerais*, Deco, janeiro de 2011, ISBN 978-989-8045-53-9.

Baptista de Oliveira, Fernando, *O Conceito de Consumidor – Perspectivas Nacional e Comunitária*, Coimbra, Almedina, novembro de 2009, ISBN 978-972-40-3868-1.

Barbieri, Diovana, *A proteção do consumidor no comércio eletrônico*, Lisboa, Editorial Juruá, 2013, ISBN 978-989-712-206-4.

Calvão da Silva, João, *Venda de bens de consumo*, 4.^a ed. revista, aumentada e atualizada, Coimbra, Almedina, maio de 2010, ISBN 978-972-40-4244-2.

Carvalho, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3.^a ed., Lisboa, Almedina, janeiro de 2016, ISBN 978-972-40-6384-3.

Carvalho, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da universidade Nova de Lisboa, Lisboa, março de 2011.

Carvalho, Jorge Morais; Pinto Ferreira, João Pedro, “Contratos Celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial”, in *I Congresso do Direito do Consumo*, Lisboa, Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-6422-2, p. 95.

O papel dos mecanismos de avaliação *online* na economia colaborativa. Uma perspetiva de Direito do consumo

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.18>

Madalena Narciso*

* Doutoranda e assistente no Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Maastricht. Investigadora do Maastricht European Private Law Institute.

Resumo: Os mecanismos de avaliação *online* estão intimamente relacionados com o crescimento da economia colaborativa. Estes mecanismos trazem benefícios não só para os consumidores como também para o mercado em geral. No entanto, a proliferação de avaliações *online* e o seu inegável impacto nos contratos de consumo e nos contratos *peer-to-peer* levantam preocupações jurídicas, como a manipulação das decisões de contratar das partes envolvidas através de avaliações enviesadas e uma possível distorção da concorrência através de avaliações falsas. Nesta perspetiva, o contrato entre a plataforma colaborativa (que gere e controla os mecanismos de avaliação *online*) e o utilizador (consumidor) é especialmente relevante, pois despoleta a aplicação do Direito do consumo. A União Europeia tem vindo a incentivar a autorregulação das plataformas nesta área, mas, recentemente, regulou diretamente e pela primeira vez os mecanismos de avaliação *online*, através da Diretiva (UE) 2019/2161 relativa à modernização das regras de defesa dos consumidores. Além disto, o regime da restante legislação de Direito do consumo da União Europeia – particularmente, a Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais e a Diretiva 2000/31/CE relativa ao comércio eletrónico – permite um enquadramento jurídico (embora insuficiente) das avaliações *online* que garante alguma proteção aos consumidores.

Palavras-chave: Plataformas *online* – mecanismos de avaliação *online* – economia de plataformas – economia colaborativa – Direito do consumo da União Europeia.

Sumário: 1. Introdução. 2. Mecanismos de avaliação *online*. 2.1. Benefícios. 2.2. Limitações. 3. Enquadramento político e jurídico. 3.1. A Diretiva 2000/31/CE relativa ao comércio eletrónico. 3.2. A Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais. 3.3. A recente Diretiva (UE) 2019/2161 relativa à modernização das regras de defesa dos consumidores. 4. Conclusões. Referências.

Abstract: Online review mechanisms are strongly connected with the growth of the collaborative economy. Online review mechanisms are beneficial not only to consumers but also to market functioning in general. However, the spread of online reviews and their undeniable impact on both B2C and peer-to-peer contracts give rise to legal concerns, such as the

manipulation of the parties' decision to contract (through biased reviews) and a possible distortion of competition (through fake reviews). In this sense, the contract between the collaborative platform (that manages and controls review mechanisms) and the user (a consumer) is particularly relevant, since it triggers the application of consumer law. The European Union has been calling for self-regulatory efforts by online platforms on this topic but, recently, it has for the first time directly regulated review mechanisms, through Directive 2019/2161 concerning the modernization of EU consumer protection rules. Additionally, remaining EU consumer law – mainly Directive 2005/29/CE on unfair commercial practices and Directive 2000/31/CE on e-commerce – allows for a legal framework of online reviews, that, albeit insufficient, ensures a minimum level of consumer protection.

Keywords: Online platforms – online review mechanisms – platform economy – collaborative economy – EU consumer law.

Summary: **1.** Introduction. **2.** Online review mechanisms. *2.1.* Added value. *2.2.* Shortcomings. **3.** Legal and political framework. *3.1.* Directive 2000/31/CE on e-commerce. *3.2.* Directive 2005/29/CE on unfair commercial practices. *3.3.* The recent Directive 2019/2161 concerning the modernization of EU consumer protection rules. **4.** Conclusions. References.

1. Introdução

A economia colaborativa levanta várias questões do ponto de vista do Direito do consumo. No entanto, poucas serão tão interessantes (ou tão pouco exploradas) como o papel que os mecanismos de avaliação *online* desempenham não só no crescimento e desenvolvimento de vários modelos de negócio da economia colaborativa como também na proteção do *prosumer* ou do consumidor. Mecanismos de avaliação *online* – ou *online reviews* – são também conhecidos como mecanismos de reputação ou de *feedback*. Avaliações *online* podem ser definidas como qualquer tipo de comentário escrito ou avaliação numérica (*rating*) acerca de um produto ou experiência, deixados por um utilizador de uma plataforma. Pense-se em comentários deixados na plataforma Amazon após a compra de um livro ou na opinião deixada na plataforma Booking.com após uma estada num hotel. Os mecanismos de avaliação *online* são geridos por profissionais e, nos casos de maior sucesso, por plataformas digitais que funcionam, pelo menos de uma perspetiva prática, como intermediárias entre as duas partes contratuais (a parte que disponibiliza os serviços e a parte que adquire os serviços). Estes mecanismos foram desenvolvidos com o objetivo inicial de sinalizar a qualidade de bens e serviços através da construção da reputação dos vendedores e prestadores de serviços. No que diz respeito à economia colaborativa, os mecanismos de avaliação *online* desempenham um papel fulcral; várias plataformas cresceram e sedimentaram-se em parte devido a estes mecanismos (veja-se o caso da Uber, Airbnb, TaskRabbit, Blablacar, entre vários outros). A economia colaborativa é uma economia desenvolvida digitalmente. Estes mercados carecem da confiança dos seus participantes, mais do que mercados tradicionais. Esta confiança foi atingida e é desenvolvida através de mecanismos de avaliação ou de reputação, que permitem ao utilizador (consumidor ou *peer*) escolher um prestador de serviços numa plataforma específica (por exemplo, escolher alojamento no Airbnb ou um condutor na Uber) com base em informação e opiniões providenciadas por outros utilizadores da plataforma.

As *reviews* influenciam incontestavelmente não só o comportamento geral dos consumidores como também as suas decisões de contratar. Estudos recentes demonstram que 90% dos consumidores no mercado europeu consultam *reviews* antes de planear uma viagem¹ e que 82% dos consumidores

1 Comissão Europeia, Direção-Geral de Saúde e Consumidores, Risk & Policy Analysts (RPA) Ltd, Centre for Strategy and Evaluation Services (CSES) e EPRD Policy and Development, *Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector – Final Report*, 2014, p. 10

européus lêem *reviews* antes de adquirir um produto². Ademais, um estudo conduzido pela Competition and Markets Authority do Reino Unido estimou que 23 milhões de libras no mercado do comércio *online* são influenciadas por avaliações e *reviews*³. Este impacto aumentou em tempos de confinamento devido à COVID-19: o comércio eletrônico cresceu e, consequentemente, também o número de avaliações *online* aumentou. Por exemplo, um relatório recente da Trustpilot revela que, em 2020, verificaram um aumento de 25% no que toca a avaliações *online*⁴.

A influência de opiniões e *feedback* de terceiros em contratos de consumo não é recente. Desde o início dos anos 2000 que se discute o papel dos fóruns *online* como fonte de informação relevante em contratos de consumo⁵. No entanto, com o crescimento da economia de plataformas (incluindo a economia colaborativa), os mecanismos de avaliação *online* adquiriram uma importância transnacional e exponencial, atingindo fácil e rapidamente uma quantidade de consumidores sem precedentes. A economia colaborativa está necessariamente ligada a outros conceitos, como a economia de partilha, a economia digital ou a economia de plataformas⁶. Enquanto todos os conceitos têm pontos em comum, têm também diferenças económica e juridicamente relevantes⁷. A indefinição em torno do conceito jurídico de economia colaborativa já foi explorada noutros textos da presente obra, para os quais remeto⁸.

O presente texto pretende, em primeiro lugar, realçar a relevância prática e jurídica dos mecanismos de avaliação *online* no contexto da economia de plataformas, cobrindo também a economia colaborativa. Em segundo lugar, este artigo pretende discutir os benefícios e desvantagens dos mecanismos

2 *Idem, ibidem*, p. 10.

3 Competition and Markets Authority, *Online Reviews and Endorsements – Report on the CMA’s call for information*, 2015, p. 3.

4 Trustpilot, *Trustpilot Transparency Report*, 2021, p. 5.

5 Bickart, Barbara; Schindler, Robert M., “Internet forums as influential sources of consumer information”, in *Journal of Interactive Marketing*, Vol. 15, No 3, 2001, pp. 31-40.

6 A economia colaborativa e a economia de partilha são frequentemente designadas como ‘*umbrella concepts*’ pela sua amplitude. Veja-se Hamari, Juho; Sjöklint, Mimmi; Ukkonen, Antti; “The Sharing Economy: Why People Participate in Collaborative Consumption”, in *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 2016, Vol. 67, No. 9, 2016, p. 2047.

7 Sobre as diferenças economicamente relevantes, veja-se, nestes estudos, o artigo escrito por Isabel Correia e Paula Veiga, “Economia colaborativa: enquadramento económico”.

8 Veja-se, nestes estudos, o artigo escrito por Isabel Correia e Paula Veiga, *op. cit.*, o artigo escrito por Anabela Gonçalves, “Enquadramento político-internacional da economia colaborativa”, e o artigo escrito por Andreia Barbosa, “Enquadramento político nacional da economia colaborativa”.

de avaliação *online* para os consumidores da economia colaborativa, salientando as vantagens em estimular o desenvolvimento destes mecanismos, assim como estabelecer um seu possível enquadramento jurídico, identificando áreas que careçam de regulação adicional.

2. Mecanismos de avaliação online

Os mecanismos de *feedback* são, antes de mais, um exercício de autorregulação por parte das plataformas. Em primeiro lugar, estes mecanismos sinalizam que uma potencial contraparte contratual é de confiança. Em segundo lugar, estes mecanismos combatem várias falhas de mercado. Por um lado, perceber os benefícios trazidos pelos mecanismos de avaliação *online* permite uma maior compreensão da realidade subjacente aos contratos de consumo ou *peer-to-peer* concluídos *online*. Por outro lado, conhecer as suas limitações permite entender os riscos a que os consumidores ou *peers* se expõem e em que medida carecem de proteção jurídica.

2.1. Benefícios

Os mecanismos de avaliação *online* têm um impacto indubitável no mercado e na dinâmica entre agentes de mercado. Por exemplo, este tipo de mecanismos substitui, até certo ponto, o *marketing* ou publicidade tradicional, o que baixa os custos de entrada no mercado e possibilita a entrada de indivíduos e pequenas e médias empresas⁹. Este acesso facilitado ao mercado é especialmente visível na economia colaborativa, onde qualquer indivíduo pode, a baixos custos, divulgar bens e serviços que queira partilhar e, mais do que isso, aumentar o volume de negócios não com base em publicidade tradicional, mas em avaliações *online*. Por outro lado, as avaliações *online* ou *ratings* podem determinar a exclusão de certos agentes do mercado. Por exemplo, a Uber informa nos seus termos e condições que, se os condutores ou passageiros não atingirem um certo *rating*, poderão ser excluídos da plataforma¹⁰. Além disto, as avaliações *online* têm um impacto direto nas vendas. Por exemplo, estudos mostram que um aumento de 10% em avaliações de viajantes conduz a um aumento de 5% em reservas

9 Einav, Liran; Farronato, Chiara; Levin, Jonathan, "Peer-to-Peer Markets", in *Annual Review of Economics*, Vol. 8, 2016; Luca, Michael, "Reviews, Reputation, and Revenue: The Case of Yelp.com", *Harvard Business School Working Paper 12-016*, 2011, p. 1.

10 No seu *website*, a Uber esclarece que «Drivers, riders, delivery people, or merchants that don't meet the minimum average rating for their city may lose access to all or part of the Uber Marketplace Platform». Veja-se Legal | Uber, <https://www.uber.com/legal/en/document/>.

online¹¹. Os mecanismos de avaliação *online* têm também um efeito regulador porque combatem certas falhas de mercado, como as assimetrias de informação ou o risco moral. Em teoria, a existência de avaliações *online* lida adequadamente com a existência de produtos de qualidade enganosa no mercado¹²: os mecanismos de avaliação *online* levam os utilizadores a reportar os aspetos negativos de produtos que são (enganosamente) publicitados como sendo de alta qualidade, o que permite avaliar a verdadeira qualidade dos bens e serviços¹³. As *reviews* também lidam eficientemente com o risco moral, isto é, com a situação em que uma das partes age de modo pouco cauteloso porque sabe que o risco recai sobre a contraparte. Neste cenário, as *reviews* agem como uma sanção reputacional: se o profissional agir incorretamente, o utilizador deixa uma avaliação negativa, que sinalizará um baixo nível de reputação para os próximos utilizadores. Isto constitui um incentivo a que os profissionais alterem o seu comportamento. É importante considerar que as plataformas têm incentivos económicos para desenvolver ‘mecanismos de honestidade’, ou seja, para garantir que os seus mecanismos de avaliação *online* são de confiança, principalmente plataformas cujo modelo de negócio dependa de avaliações *online* (como é o caso do eBay ou da Uber). Se os consumidores não confiarem nas avaliações *online*, o modelo de negócio falha¹⁴.

Adicionalmente, as avaliações *online* transmitem informação aos consumidores ou *peers* que os profissionais normalmente não revelam ou de que não têm conhecimento, como a *performance* do produto num contexto de vida real. O estudo de avaliações *online* permite também perceber que aspetos são valorizados pelos consumidores ou *peers* num contexto de economia de partilha comparativamente à economia tradicional. Por exemplo, estudos demonstram que, na indústria hoteleira, os consumidores tendem a descrever os quartos de hotel de um modo mais objetivo (referindo aspetos

11 Ye, Qiang; Law, Rob; Gu, Bin; Chen, Wei, “The influence of user-generated content on traveler behavior: An empirical investigation on the effects of e-word-of-mouth to hotel online bookings”, in *Computers in Human Behavior*, 27(2), 2011, pp. 634-639. Sobre isto, ver também Berezina, Katerina; Bilgihan, Anil; Cobanoglu, Cihan; Okumus, Fevzi, “Understanding Satisfied and Dissatisfied Hotel Customers: Text Mining of Online Hotel Reviews”, in *Journal of Hospitality Marketing & Management*, 25:1, 2016, p. 6.

12 Este problema foi inicialmente concetualizado por Akerlof, George, “The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, 1970, pp. 488-500.

13 Lewis, Gregory, “Asymmetric Information, Adverse Selection and Online Disclosure: The Case of eBay Motors”, in *The American Economic Review*, 2011, p. 1536.

14 Este é principalmente o caso de plataformas como o TripAdvisor, cujo objeto de atividade principal é a facilitação de avaliações *online* para consulta por parte dos consumidores.

como o tamanho do quarto e a mobília), mas que, relativamente a prestadores de serviços na economia de partilha, os consumidores focam-se em aspetos mais subjetivos, como o conforto e o aconchego¹⁵.

Finalmente, na minha opinião, de um ponto de vista jurídico, as avaliações *online* podem ser enquadradas como informação pré-contratual. Nesta dimensão, as avaliações *online* facilitadas pelas plataformas transmitem informação à parte contratual (relembro, o consumidor ou *prosumer*) sobre as características e a qualidade do serviço em questão, sobre a identidade da contraparte (o fornecedor de serviços), ou, até, sobre direitos existentes. Muitas vezes, estas avaliações constituem a base da decisão de contratar. Esta dimensão das avaliações *online* é particularmente relevante quando contrastada com as limitações dos deveres pré-contratuais de informação como mecanismo de proteção das partes contratuais em geral e dos consumidores em especial. Os variados deveres pré-contratuais de informação existentes – que, na área do Direito do consumo, têm a sua origem nos vários Regulamentos e Diretivas da União Europeia –, são frequentemente cumpridos através da inclusão de informação pré-contratual nos famosos termos e condições (e semelhantes documentos, como políticas de privacidade) apresentados aos consumidores que concluem contratos *online*¹⁶. Estes documentos, ou este tipo de informação pré-contratual, falha constantemente o seu objetivo de efetivamente informar o consumidor e de permitir uma correta formação da vontade negocial. Estudos demonstram que os consumidores não leem, não entendem ou não conseguem contextualizar a informação adquirida através deste tipo de documentos¹⁷. Desta perspetiva, a importância das avaliações *online* torna-se evidente, dado que funcionam como um complemento (ou até substituição) da informação legalmente exigida. Enquadrar avaliações *online* como informação pré-contratual pode também ser útil no contexto de uma reforma dos deveres pré-contratuais de informação¹⁸.

15 Xu, Xun, “How do consumers in the sharing economy value sharing? Evidence from online reviews”, in *Decision Support Systems*, 128, 2020, p. 6.

16 Veja-se, por exemplo, os arts. 5.º e 6.º da Diretiva relativa aos direitos dos consumidores (Diretiva 2011/83/UE).

17 Veja-se, entre extensa doutrina, o estudo realizado para a Comissão Europeia sobre o tema: Elshout, Maartje; Luzak, Joasia; Loos, Marco; Elsen, Millie; Lennheer, Jorna; “Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs)”, in *Publications Office of the European Union*, 2017.

18 Este tema não será desenvolvido na presente contribuição por cair fora do seu escopo, mas foi desenvolvido pela autora na sua tese de doutoramento.

2.2. Limitações

No entanto, os mecanismos de avaliação *online* também acarretam algumas características que podem ser desvantajosas para os consumidores e para os mercados. A maior limitação dos mecanismos de avaliação *online* é a sua potencial falta de autenticidade¹⁹. Por outras palavras, as avaliações *online* nem sempre refletem a experiência ou opinião real do utilizador que as escreveu. Isto significa que as *reviews* podem não representar adequadamente as características do produto, serviço ou profissional que avaliam. Esta falta de autenticidade pode decorrer de vários fatores, embora haja quatro de particular relevância: a falta de representatividade das *reviews*, o enviesamento das *reviews*, as chamadas *fake reviews* ou *reviews* falsas e as práticas enganosas das plataformas.

As avaliações *online* representam apenas uma parte do total de transações do mercado ou da plataforma em questão e a maior parte dos utilizadores não escreve uma *review* de um modo sistemático e regular²⁰. Em particular, relativamente à economia colaborativa, números recentes apontam para que apenas 40% dos *peers* (tanto na vertente de ‘consumidor’ como na vertente de ‘prestador de serviço’) escrevem *reviews* regularmente²¹. Isto significa que as opiniões transmitidas pelas avaliações *online* podem não ser representativas da maior parte dos utilizadores. Aliás, estudos empíricos mostram claramente que existe uma tendência por parte dos utilizadores para apenas avaliar um produto ou um serviço quando têm opiniões extremas; utilizadores que se sintam ligeiramente desiludidos ou ligeiramente satisfeitos mostram uma menor probabilidade de avaliar a sua experiência²². Ademais, está comprovada uma maior tendência, em certos mercados,

19 Ver, entre outros, Luca, Michael, *op. cit.*; Einav, Liran; Farronato, Chiara; Levin, Jonathan, *op. cit.*; Mayzlin, Dina; Dover, Yaniv; Chevalier, Judith, “Promotional reviews: An empirical investigation of online review manipulation”, in *The American Economic Review*, Vol. 104, No. 8, 2014.

20 Comissão Europeia, “Evaluation of the Consumer Rights Directive”, COM(2017) 259 final, 2017, p. 57.

21 Comissão Europeia, VVA Consulting, Milieu e and Policy Consulting and GFK, “Exploratory Study of Consumer Issues in Peer-to-Peer Platform Markets”, 2017, p. 120.

22 Dellarocas, Chrysanthos; Woods, Charles, “The Sound of Silence in Online Feedback: Estimating Trading Risks in the Presence of Reporting Bias”, in *Management Science*, Vol. 54, No. 3, 2008, p. 461.

para partilhar maioritariamente opiniões positivas²³. Este fenómeno é conhecido como *reputation inflation*²⁴.

Por outro lado, existe um enviesamento natural e inerente às opiniões e avaliações *online*. Os consumidores e *peers*, como seres humanos, agem constantemente sob a influência de diversos *biases* ou predisposições. Por exemplo, os utilizadores escrevem frequentemente avaliações neutras ou positivas, apesar de terem tido uma experiência negativa, por temerem possíveis retaliações ou por atuarem sob um desejo de agradar ou de não ofender a parte avaliada²⁵. Um estudo recente demonstrou que quase 30% dos utilizadores que, em privado, afirmaram ter tido uma experiência negativa atribuíram as notas mais altas em público²⁶. Isto verifica-se em especial no seio da economia colaborativa ou na economia de partilha, onde há uma maior proximidade entre *peers* e onde *reviews* negativas têm um impacto muitas vezes irrecuperável nos prestadores de serviços (como é o caso do Airbnb)²⁷. Este tipo de enviesamentos inerentes ao comportamento humano é o mais difícil de detetar e, conseqüentemente, de combater, mas tem igualmente como resultado a falta de autenticidade e de carácter informativo de algumas avaliações *online*.

Adicionalmente, um dos maiores problemas relacionados com o impacto de avaliações *online* em contratos concluídos na economia colaborativa e na economia de plataformas é a proliferação de *fake reviews*. *Reviews* falsas podem ser escritas por consumidores, *peers* ou partes profissionais, mas não se baseiam numa experiência real do serviço ou produto avaliado. Estas *reviews* são escritas com o intuito de prejudicar concorrentes, de falsamente melhorar a reputação de profissionais ou de obter vantagens através de extorsão²⁸. Existem, hoje em dia, negócios cujos serviços se baseiam em

23 Nosko, Chris; Tadelis, Steven, "The limits of reputation in platform markets: An empirical analysis and field experiment", *Working Paper National Bureau of Economic Research* 14, 2015, p. 14.

24 Filippas, Apostolos; Horton, John; Golden, Joseph, "Reputation Inflation", *Working Paper National Bureau of Economic Research*, 2018.

25 Dellarocas, Chrysanthos; Woods, Charles, *op. cit.*, p. 474; Saeedi, Maryam; Zeqian, Shen; Sundaresan, Neel, "The Value of Feedback: An Analysis of Reputation System", *Ohio State University Working Paper*, 2013, p. 7.

26 Filippas, Apostolos; Horton, John; Golden, Joseph, *op. cit.*, p. 5.

27 Fradkin, Andrey; Grewal, Elena; Holz, David; "The Determinants of Online Review Informativeness", *Working Paper*, 2018, p. 5.

28 Para uma descrição mais detalhada, ver Narciso, Madalena, "The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law", in *European Review of Private Law*, Vol. 27, Issue 3, 2019.

providenciar *fake reviews* a troco de remuneração²⁹. No entanto, não é claro quão frequente é o fenômeno das *fake reviews*, porque existem números contraditórios. Por exemplo, o TripAdvisor divulgou recentemente que, em 2018, ‘apenas’ 2% das avaliações *online* foram classificadas como falsas³⁰. Por outro lado, estudos sugerem que cerca de 16% das avaliações na plataforma Yelp são potencialmente falsas³¹.

Finalmente, o modo como as avaliações são apresentadas ou calculadas pela plataforma pode levar também a uma manipulação dos consumidores ou *peers*. Por exemplo, a plataforma, através de um algoritmo, determina quais as avaliações (positivas ou negativas) que os consumidores veem em primeiro lugar. Estes algoritmos são raramente revelados pelas plataformas, ou são-no apenas parcialmente. Por exemplo, o TripAdvisor não revela que elementos influenciam o *ranking* das avaliações *online*, mas diz apenas que o nível de ‘utilidade’ das avaliações (determinado, através de votações, pelos consumidores) não é relevante neste contexto³². Esta falta de transparência implica que os utilizadores não tenham consciência dos fatores que determinam a informação que leem. É de salientar que todos estes problemas relacionados com a falta de representatividade e autenticidade das *online reviews* trazem consequências para as várias partes contratuais envolvidas (dependendo do modelo de negócio em questão): para as plataformas, porque os utilizadores perdem a confiança nos seus serviços; para os profissionais ou *peers* prestadores de serviços, porque uma avaliação negativa falsa ou enviesada afeta o rendimento que recebem; e para os consumidores ou *peers*, porque podem adquirir um produto ou serviço que não corresponda à qualidade e características descritas e esperadas. Neste sentido, devido às suas limitações, os mecanismos de avaliações *online* merecem a atenção do legislador e das entidades reguladoras.

29 Sobre a compra e venda de *reviews* falsas e como este fenómeno se está a tornar um problema para os profissionais, veja-se os seguintes artigos nos *media*, em particular no *Economist* (www.economist.com/news/business/21676835-evolving-fight-againstsham-reviews-five-star-fakes), na BBC (www.bbc.com/news/technology-43907695) ou no *The New Yorker* (www.newyorker.com/tech/elements/the-never-ending-war-on-fake-reviews).

30 TripAdvisor, “Review Transparency Report”, 2019, p. 6.

31 Luca, Michael; Zervas, Georgios, “Fake It Till You Make It: Reputation, Competition, and Yelp Review Fraud”, in *Management Science*, Vol. 62, No. 12, 2016, p. 3414.

32 Veja-se o *website* do TripAdvisor: <https://www.tripadvisor.com/hc/en-gb/articles/204291188-Guidelines-for-Review-Helpful-Votes>.

3. Enquadramento político e jurídico no contexto da União Europeia

Devido ao caráter potencialmente enganoso e pouco transparente dos mecanismos de avaliação *online*, alguma doutrina tem apelado à sua regulação por parte da União Europeia e de legisladores nacionais³³. Mais: devido a estas limitações, a doutrina tende a recusar atribuir um papel mais significativo, do ponto de vista da regulação da informação pré-contratual em contratos de consumo, aos mecanismos de avaliação *online*.

A economia colaborativa e o impacto das plataformas nos mercados têm uma natureza eminentemente transnacional; a sua regulação deve partir e ser compreendida primeiramente de um ponto de vista transfronteiriço. Neste sentido, a regulação por parte da União Europeia é da maior relevância. Nos últimos 10 anos, a União Europeia tem vindo a abordar, primeiro mais discretamente e depois mais abertamente, o papel dos mecanismos de avaliação *online* no mercado interno³⁴. Por exemplo, como resultado dos vários estudos preparatórios feitos para a União Europeia sobre o tema, a União Europeia patrocinou certas orientações relativas a práticas desejáveis na manutenção de mecanismos de avaliação *online*³⁵. Especificamente, a União Europeia apelou às plataformas que se autorregulassem no sentido de aumentar a autenticidade e a veracidade das avaliações *online*. Por exemplo, estudos realizados a pedido da União Europeia (e que influenciaram as medidas legislativas tomadas nesta área) sugerem que as plataformas incorporem um limite de tempo durante o qual as avaliações estariam disponíveis para consulta, de modo a preservar a sua relevância³⁶. Os mesmos estudos também sugerem que as plataformas criem incentivos

33 Ver, por exemplo, Busch, Christoph; Dannemann, Gerhard; Schulte-Nölke, Hans; Wiewiórowska-Domagalska, Aneta; Zoll, Fryderyk (Research Group on the law of Digital Services), "Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms", in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, No. 4, 2016, pp. 164-169; Busch, Christoph; Schulte-Nölke, Hans; Wiewiórowska-Domagalska, Aneta; Zoll, Fryderyk, "The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?", in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, No. 1, 2016, pp. 3-10; Ranchordás, Sofia, "Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy", in *Critical Analysis of Law Special Issue: New Economic Analysis of Law*, Vol. 5, No. 1, 2018, p. 144.

34 Um dos primeiros estudos desenvolvidos para a Comissão Europeia sobre (entre outros aspetos) mecanismos de avaliação *online* foi publicado em 2013. Ver Comissão Europeia e ECME Consortium, em parceria com Deloitte, "Study on the coverage, Functioning and Consumer Use of Comparison Tools and Third-Party Verification Schemes for such Tools", 2014.

35 Ver, por exemplo, Comissão Europeia e ECME Consortium, "Study on the coverage, Functioning and Consumer Use...", *op. cit.*, p. 299.

36 Comissão Europeia, *Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector...*, *op. cit.*, p. 105, p. 129.

para encorajar os utilizadores a partilhar avaliações mais regularmente, de modo a aumentar a representatividade das opiniões³⁷.

Apesar de a típica relação colaborativa *peer-to-peer* tendencialmente excluir a aplicação do Direito do consumo, o Direito do consumo (da União Europeia) aplica-se à relação contratual entre a plataforma (como profissional) e o consumidor (ou o utilizador não profissional)³⁸. Para facilitar a análise jurídica desta questão, é possível distinguir três categorias de problemas relacionados com a autenticidade das avaliações *online*, de acordo com a sua origem: i) problemas de autenticidade derivados de enviesamentos (*biases*) do consumidor (por exemplo, como foi acima explicado, o facto de os consumidores nem sempre deixarem uma avaliação *online*, o que resulta numa falta de representatividade da informação aí transmitida); ii) problemas de autenticidade derivados dos profissionais ou dos *peers* (por exemplo, a compra de *reviews* falsas); iii) problemas de autenticidade derivados da atuação das plataformas (como a promoção de avaliações positivas ou negativas ou a criação de *rankings* enganosos). Adicionalmente, tal como é possível deduzir a partir da explicação dada acima, podem existir vários comportamentos ilícitos ou indesejáveis relacionados com mecanismos de avaliações *online*. Nesta secção, apresentarei apenas alguns exemplos, de modo a ilustrar como o Direito europeu do consumo apresenta respostas para alguns dos problemas levantados por mecanismos de avaliação *online*. Estas respostas encontram-se principalmente no regime geral da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais e no regime geral da Diretiva relativa ao comércio eletrónico.

3.1. A Diretiva 2000/31/CE relativa ao comércio eletrónico

No que toca à Diretiva relativa ao comércio eletrónico, o aspeto mais relevante do regime aí imposto é a isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade de informação (nos quais se insere a maioria das plataformas da economia colaborativa)³⁹ que armazenem informações

37 Comissão Europeia, em cooperação com London School of Economics, Open Evidence, Universidad de Valencia, DevStat e TNS, "Behavioural Study on the transparency of online platforms", 2018, p. 56.

38 No entanto, a aplicação do direito do consumo ao contrato entre a plataforma e o utilizador num contexto de economia colaborativa ou de partilha não é absoluta e depende do caso concreto.

39 Sobre a definição de prestador de serviços da sociedade de informação na economia colaborativa, veja-se as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) nos casos C-434/15 Uber Spain (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=417617>) e C-320/16 Uber France (<http://curia.europa.eu/juris/>

(como avaliações *online*) prestadas por um destinatário do serviço (utilizadores), constante do art. 14.^o⁴⁰. No entanto, esta isenção de responsabilidade não se aplica em determinadas situações. Em primeiro lugar, não se aplica caso a plataforma tenha conhecimento de avaliações ilegais (que constituam, por exemplo, um crime ou uma prática comercial desleal), ou se a plataforma não atuar diligentemente no sentido de retirar as avaliações ilegais do *website*⁴¹. Em segundo lugar, e de maior relevância, a isenção de responsabilidade não se aplica caso a informação seja armazenada e partilhada sob o controlo da plataforma (art. 14.^o, n.^o 2). O papel das plataformas na transmissão e armazenamento das avaliações *online* deve ser meramente técnico, automático e de natureza passiva (preâmbulo 42). É questionável se as plataformas típicas da economia colaborativa exercem um papel meramente passivo, tendo em conta que as plataformas impõem, muitas vezes, *guidelines* específicas para os utilizadores no que toca aos mecanismos de avaliação. Veja-se, por exemplo, a 'Política de Comentários' do Airbnb, que impõe que as avaliações sejam 'imparciais', 'relevantes', e que, dando exemplos concretos, requer que se evitem pontos de vista políticos ou sociais, referências a reservas anteriores ou comentários sobre a personalidade de uma pessoa⁴². Além disto, algumas plataformas reservam o poder de eliminar ou modificar unilateralmente a avaliação escrita pelo utilizador e de cancelar a conta (e terminar o contrato) dos utilizadores por motivos relacionados com avaliações *online* (como a escrita de avaliações discriminatórias ou ofensivas)⁴³. De facto, apesar de o regime de isenção de responsabilidade parecer ser, em teoria, consideravelmente amplo, um estudo recente sobre a economia colaborativa ou *peer-to-peer* demonstrou que, na realidade, 60% das 485 plataformas colaborativas analisadas não era qualificável como armazenadoras de informação de maneira a que a isenção de responsabilidade se aplicasse. O estudo concluiu que todas as

document/document.jsf?text=&docid=200882&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=417573), assim como as opiniões do Advogado-Geral Szpunar. Nestes casos, o TJUE defendeu que a Uber não deve ser considerada como parte dos serviços da sociedade de informação, mas sim como parte dos serviços na área dos transportes. Por outro lado, no caso C-390/18 Airbnb Ireland (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=221791&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9080970>), o TJUE considerou que os serviços prestados pelo Airbnb são abrangidos pela Diretiva relativa ao comércio eletrónico.

40 Para uma explicação mais detalhada sobre a aplicação da Diretiva relativa ao comércio eletrónico aos mecanismos de avaliação *online*, veja-se Narciso, Madalena, *op. cit.*, pp. 568 e ss.

41 Estas questões foram desenvolvidas noutras contribuições da presente obra. Veja-se a contribuição de Maria Raquel Guimarães e a contribuição de Anabela Gonçalves e João Nuno Barros.

42 Disponível em www.airbnb.pt.

43 É o caso, mais uma vez, do Airbnb.

plataformas analisadas «ativamente geriam a conclusão das transações»⁴⁴. Neste sentido, a isenção de responsabilidade tendencialmente não se aplicará e as plataformas podem ser consideradas responsáveis contratual ou extracontratualmente, de acordo com o sistema jurídico de cada Estado-Membro (se os restantes pressupostos estiverem preenchidos). A inaplicabilidade da isenção de responsabilidade significa, naturalmente, que as plataformas podem ser responsáveis perante os consumidores ou *peers* por práticas relacionadas com mecanismos de avaliação *online*, o que lhes oferece proteção adicional.

Finalmente, o art. 15.º desta Diretiva determina que não é permitida aos Estados-Membros a imposição de um dever geral de vigilância ou de *fact-checking* sobre as plataformas. Esta norma evidencia o favorecimento que a União Europeia tem dado à autorregulação das plataformas. No entanto, apesar de, como reflete esta norma, a Diretiva tentar estabelecer um equilíbrio entre autorregulação e regulação estadual ou pública, a mesma não atinge os objetivos pretendidos relativamente a nenhuma destas vertentes. O regime aplicável deveria garantir, por um lado, a possibilidade de as plataformas serem responsáveis por gerir informação enviesada ou até falsa ou, caso contrário, incentivar fortemente a que as plataformas, voluntariamente, desenvolvam mecanismos que garantam a veracidade da informação. No entanto, o regime descrito incentiva as plataformas a assumirem um papel passivo no combate às avaliações falsas e enviesadas, dado que quaisquer atos de monitorização podem ser considerados como ‘controlo’ e, conseqüentemente, impedir a aplicação da isenção de responsabilidade⁴⁵. Esta está longe de ser uma solução ideal, visto que as plataformas se encontram numa melhor posição que o legislador ou os tribunais para determinar, por exemplo, a origem das avaliações *online*. Felizmente, este problema pode ter uma solução europeia à vista. O recentemente proposto Regulamento de Serviços Digitais (que, a ser aprovado, alterará o regime imposto pela Diretiva do comércio eletrónico) esclarece que qualquer atividade que a plataforma exerça no sentido de controlar conteúdo ilegal (inclusive nas avaliações e *reviews*) não impede a aplicação da isenção de responsabilidade. Desta maneira, o legislador europeu pretende motivar

44 O estudo concluiu que as plataformas *online* vão «muito para além do simples armazenamento ou ponto de encontro entre oferta e procura», em específico porque oferecem mecanismos de avaliação *online*. Ver Comissão Europeia, “Behavioural Study on the transparency of online platforms”, *op. cit.*, p. 113.

45 Neste sentido, ver também Cauffman, Caroline, “The Commission’s European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?”, in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, No. 6, 2016, p. 235.

as plataformas a encontrarem mecanismos de autorregulação sem por isso serem “penalizadas” com o afastamento da isenção de responsabilidade. Este esclarecimento é bem-vindo. O mérito da solução dependerá, no entanto, da aprovação do Regulamento pela União Europeia.

O regime da Diretiva relativa ao comércio eletrónico relaciona-se com conteúdo ilícito. Como foi acima explicado, os problemas dos mecanismos de avaliações *online* não advêm meramente de conteúdo ilícito (neste caso, *reviews* falsas). Portanto, a regulação existente lida com uma parte da falta de autenticidade de mecanismos de avaliação *online*, mas não lida (nem pode lidar) com todo o problema. As avaliações *online* vão continuar a manipular consumidores se mecanismos de honestidade não forem implementados pelas plataformas. Cabe às plataformas e não ao legislador implementar mecanismos que, por exemplo, garantam que o utilizador possa partilhar a sua opinião livremente sem recear represálias. O legislador pode, claro, criar incentivos a esta autorregulação. O ponto a realçar aqui é que o foco não deve estar só no conteúdo ilícito ou nas *reviews* falsas.

3.2. A Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais

Relativamente ao regime da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, cumpre realçar que, segundo o seu art. 5.º, qualquer prática que seja suscetível de distorcer o comportamento económico do consumidor médio é proibida (desde que contrária às exigências de diligência profissional)⁴⁶. Isto incluirá, naturalmente, práticas relativas à compra e venda de avaliações falsas. Além disto, os arts. 6.º e 7.º, quando interpretados conjuntamente, impõem que as plataformas informem os consumidores sobre aspetos relacionados com os serviços que oferecem, o que inclui, necessariamente, os mecanismos de avaliação *online*. Adicionalmente, de um modo geral, as plataformas têm o dever de transmitir ao consumidor qualquer informação relativa a mecanismos de avaliação *online* que seja passível de influenciar o consumidor médio de tal maneira que o consumidor tomaria uma ‘decisão de transação’ diferente caso tivesse sido corretamente informado (art. 7.º). De acordo com o regime estabelecido pelos arts. 5.º e 7.º da Diretiva 2005/29/CE, a omissão de informação substancial pode determinar que o profissional incorra numa prática comercial enganosa e, conseqüentemente,

46 Para uma explicação mais detalhada sobre a aplicação da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, veja-se Narciso, Madalena, *op. cit.*, pp. 573 e ss.

desleal, com todas as consequências que isso acarreta⁴⁷. Em especial, uma prática comercial desleal pode ditar a aplicação de multas com um máximo de, pelo menos, 4% do volume de negócios anual do profissional, dependendo do Estado-Membro em questão (art. 13.º). Estas bases – claramente muito abrangentes, o que tem sido apontado tanto como uma vantagem e como uma desvantagem desta Diretiva – impõem, indiretamente, deveres de informação sobre os profissionais. Neste sentido, os profissionais devem informar os consumidores acerca dos traços dos seus mecanismos de avaliação, por exemplo, como são processadas as avaliações, que fatores são considerados no *ranking* das avaliações, se há uma filtragem de avaliações negativas ou positivas, entre outros.

O conceito de ‘decisão de transação’ presente no art. 2.º, alínea k), e nos arts. 6.º e 7.º tem sido interpretado pelo TJUE num sentido amplo. Segundo o TJUE, este conceito inclui não apenas a decisão dos consumidores de adquirir (ou não) um certo produto, mas também qualquer decisão acessória relacionada com a decisão de aquisição (como a decisão de entrar numa loja)⁴⁸. Neste sentido, isto significa que as plataformas podem incorrer numa prática comercial desleal se omitirem informação relevante e se o consumidor, mesmo não tendo adquirido um produto ou um serviço, tomou outra qualquer decisão transacional acessória com base em avaliações *online*. É também importante salientar que a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais se aplica não relativamente a um contrato, mas relativamente a práticas comerciais, o que inclui tanto a fase pré- e pós-contratual (art. 2.º, alínea d)). Neste sentido, esta Diretiva é relevante no que toca a mecanismos de avaliação *online* porque a consulta de avaliações ocorre antes da conclusão do contrato de compra e venda ou de prestação de serviços entre *peers* ou entre um consumidor e um profissional e a escrita de avaliações *online* ocorre após a execução do contrato. No entanto, cumpre novamente realçar que, naturalmente, esta Diretiva apenas se aplica a práticas oriundas de profissionais, e não a práticas oriundas de consumidores ou de *peers* (art. 3.º).

Na minha perspetiva, a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais é o instrumento legislativo mais apropriado para lidar com avaliações enviesadas ou falsas a nível europeu, tal como tem sido reconhecido não só pela

47 A classificação de uma prática como desleal depende, claro, de outros critérios adicionais, como o contexto factual, possíveis limitações do meio de comunicação usado e, principalmente, depende de determinar se o consumidor médio teria tomado uma decisão de transação diferente se a informação relevante não tivesse sido omitida. Veja-se o texto do art. 7.º, n.º 1, da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais.

48 TJUE C-281/12 Trento Sviluppo, parágrafos 35, 36 e 38.

Comissão Europeia⁴⁹ como por várias autoridades para a defesa do consumidor em vários Estados europeus⁵⁰. Esta importância deve-se primeiramente à sua ampla proibição de omitir informação substancial e à ampla imposição de comunicar informação substancial. No entanto, esta amplitude também significa que a aplicação desta Diretiva às práticas descritas neste texto não será completamente clara ou estabelecida até à pronúncia e interpretação dos tribunais nesse sentido. Além disso, a regulação oferecida pela Diretiva relativa às práticas comerciais desleais baseia-se demasiado em deveres de informação, que, além de serem facilmente contornáveis, oferecem aos consumidores uma proteção restrita, impessoal e instável, já que depende da aplicação de conceitos como 'o consumidor médio' (art. 5.º). Esta abordagem baseada na informação foi mantida aquando da recente alteração da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais pela Diretiva relativa à modernização das regras de defesa dos consumidores.

3.3. A recente Diretiva (UE) 2019/2161 relativa à modernização das regras de defesa dos consumidores

Recentemente, baseando-se nas preocupações acima descritas, a União Europeia aprovou a Diretiva (UE) 2019/2161 relativa à modernização das regras de defesa dos consumidores, que, pela primeira vez, regula diretamente mecanismos de avaliação *online*. Esta Diretiva entrou em vigor em janeiro de 2020 e deve ser transposta pelos Estados-Membros até maio de 2022. Mais uma vez, torna-se evidente que a análise do enquadramento jurídico dos mecanismos de avaliação *online* é primeiramente europeia e não tanto, de momento, nacional. A Diretiva (UE) 2019/2161 é o primeiro instrumento legislativo da União Europeia que explicitamente reconhece a importância dos mecanismos de avaliação *online*. No preâmbulo 47, o legislador afirma que «os consumidores apoiam-se cada vez mais em avaliações e recomendações dos consumidores no momento de tomarem decisões de compra». No que aos mecanismos de avaliação *online* diz respeito, a Diretiva (UE) 2019/2161 alterou a Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais. A Diretiva (UE) 2019/2161 insere-se no contexto da regulação da economia de plataformas por parte da União Europeia, que tem

49 A Comissão Europeia menciona vários exemplos de práticas relacionadas com avaliações *online* que podem ser consideradas enganosas, como a filtragem, supressão ou proibição de avaliações negativas. Ver Comissão Europeia, "Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, Orientações sobre a Aplicação da Diretiva 2005/29/CE, relativa às Práticas Comerciais Desleais", 2016, p. 150.

50 É o caso, por exemplo, da autoridade de defesa do consumidor holandesa, dinamarquesa, britânica e norueguesa.

crescentemente reconhecido o modo como a alteração dos modelos de negócios e o papel da economia digital afetam o dia-a-dia dos consumidores.

Nesta regulação dos mecanismos de avaliação *online*, o legislador europeu optou por uma abordagem baseada nos deveres de informação, ao invés de uma intervenção substantiva. Esta escolha não surpreende, visto que a proteção dos consumidores a nível europeu nos diferentes setores é concretizada consideravelmente através da atribuição de inúmeros direitos de informação e transparência⁵¹. O escopo dos novos deveres de informação impostos nas plataformas (no que diz respeito à economia colaborativa) é restrito: na sua essência, as plataformas devem informar os consumidores de medidas existentes que garantam que as *reviews* foram escritas por utilizadores que de facto usaram ou compraram o produto (preâmbulo 47). Adicionalmente, o preâmbulo 47 estabelece que as plataformas devem informar os consumidores sobre o tratamento dado às avaliações; por exemplo, a plataforma deve esclarecer se as avaliações foram patrocinadas. Estas orientações materializam-se no novo art. 7.º, n.º 6, da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais. Especificamente, o novo art. 7.º, n.º 6, prescreve que é considerada como substancial a informação relativa à origem das avaliações *online* e a informação relativa à forma com que a plataforma garante a veracidade dessa informação. Deste modo, o novo art. 7.º, n.º 6, cria, indiretamente, deveres de informação relativos ao tratamento de avaliações *online*. Note-se que não existe uma obrigação genérica de tornar estes mecanismos menos enviesados ou mais autênticos, mas sim uma obrigação genérica de transparência relativa à origem das *reviews*.

Além disto, a Diretiva (UE) 2019/2161 veio acrescentar ao Anexo I da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais (que contém uma lista de práticas comerciais consideradas desleais em qualquer circunstância) três práticas relacionadas com mecanismos de avaliação *online*: declarar que as avaliações relativas a um produto originam de consumidores que o utilizaram, sem adotar medidas que o garantam (ponto 23-A); submeter avaliações falsas ou distorcidas para a promoção de produtos (ponto 23-B); e instruir uma terceira pessoa que o faça (ponto 23-B). Estas duas últimas práticas representam uma exceção ao regime da proteção através da informação, já que são comportamentos que, em si, são proibidos, independentemente da informação que o consumidor receba. Por outro lado, a primeira

51 Veja-se, por exemplo, a Diretiva 2011/83/UE relativa aos direitos dos consumidores, a Diretiva 2008/48/CE relativa a contratos de crédito aos consumidores e a Diretiva 2015/2302 relativa às viagens organizadas e aos serviços de viagem conexos. Todas estas Diretivas contêm vários (e extensos) deveres de informação.

prática, apesar de parecer ser uma exceção ao sistema de proteção através de informação, não o é verdadeiramente. De facto, se a plataforma não declarar que as avaliações são submetidas por ‘consumidores reais’, não há qualquer obrigação de implementar medidas que o garantam. Por outras palavras, mais uma vez, a intervenção do legislador europeu neste contexto pode ser contornada através de (falta de) transparência e de informação. Se, por outro lado, a plataforma afirmar que todas as avaliações provêm de ‘consumidores reais’, a plataforma está sob a obrigação de adotar medidas razoáveis e proporcionais que o assegurem. As orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação da Diretiva 2005/29/CE sugerem alguns exemplos de medidas ‘razoáveis e proporcionais’ neste contexto, como a necessidade de o utilizador estar registado na plataforma para que possa avaliar um produto ou o pedido de informação (como um recibo) que comprove que o utilizador experienciou o produto que está a avaliar⁵². No geral, as alterações impostas pela Diretiva (UE) 2019/2161 não alteram significativamente a proteção já oferecida pelo regime geral da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais. No entanto, as novas alterações contribuem para uma maior certeza jurídica e previsibilidade, já que agora é feita referência explícita a mecanismos de avaliação *online*, confirmando o papel que a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais tem neste contexto. Deste modo, a principal vantagem trazida pela Diretiva (UE) 2019/2161 é a materialização dos amplos deveres de informação impostos pela Diretiva relativa às práticas comerciais desleais.

4. Conclusões

Este artigo pretende, acima de tudo, convencer a comunidade jurídica a levar a sério os mecanismos de avaliação *online*. Por um lado, este artigo explica como os mecanismos de avaliação *online* são relevantes na regulação do mercado, na proteção dos consumidores e, até, num possível ajustamento dos deveres pré-contratuais de informação. Por outro lado, este artigo demonstra que os mecanismos de avaliações *online* existentes na economia colaborativa têm limitações que devem preocupar o legislador e os tribunais. Estas limitações são parcialmente reguladas de várias formas. Este artigo argumenta que é possível aplicar o Direito do consumo europeu a práticas relacionadas com a falta de autenticidade de avaliações *online*, mesmo no âmbito da economia colaborativa. No entanto, há falhas e lacunas evidentes que podem e devem ser colmatadas. Em primeiro lugar, o

⁵² Comissão Europeia, “Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão...”, *op. cit.*, p. 127.

enquadramento legal existente é amplo, pouco claro e está distribuído por vários instrumentos legislativos, também a nível nacional, o que dificulta a sua aplicação. Em segundo lugar, o novo estímulo legislativo traduzido nas recentes alterações ao Direito do consumo da União Europeia é bem-vindo e necessário, particularmente no que toca à regulação específica dos mecanismos de avaliações *online*. No entanto, apesar de ser um passo positivo na regulação, não só da economia colaborativa como na regulação da economia de plataformas, as medidas incluídas na Diretiva relativa à modernização das regras de defesa do consumidor não lidam com todos os desafios. Por exemplo, a falta de representatividade das avaliações *online* é algo que poderia ser facilmente tornado mais claro e transparente através da imposição de um dever de informação explícito acerca do número total de consumidores/utilizadores que adquiriram o produto ou serviço *versus* o número total de consumidores/utilizadores que avaliaram o produto (algo como, imagine-se, '50 consumidores em 1500 avaliaram este produto'). O regime existente também não garante que os consumidores sejam honestos nas suas avaliações, porque não combate os enviesamentos subjacentes a algumas avaliações *online*, focando-se primariamente nas *fake reviews*. Além disto, a isenção de responsabilidade de plataformas que assumam um papel neutro na monitorização de avaliações *online* e a posição da União Europeia neste tópico incentiva as plataformas a não se imiscuírem no combate às avaliações falsas e enviesadas. Será interessante analisar a transposição para o ordenamento jurídico português das diferentes normas europeias que referi neste estudo, tanto no que toca ao regime da Diretiva do comércio eletrónico e da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais como à possível adoção do novo Regulamento sobre Serviços Digitais.

Adicionalmente, o Direito do consumo, por si só, não consegue garantir a autenticidade das avaliações *online*; é necessária uma ação coordenada com as plataformas. A dificuldade que existe na regulação de mecanismos de avaliação *online* por parte do Direito do consumo advém, por exemplo, do facto de que as limitações inerentes a este tipo de mecanismos (tal como a sua possível falta de autenticidade) nem sempre estão relacionadas com a atuação da plataforma ou de um profissional, mas sim de um consumidor/utilizador. O Direito do consumo pode garantir uma intervenção eficaz se se focar nas plataformas como ator principal. Parece evidente que qualquer atividade regulatória do Estado ou da União Europeia tem de se articular com as plataformas, em corregulação. É importante criar incentivos para que as plataformas desenvolvam mecanismos de avaliação robustos, que, entre outros aspetos, garantam a autenticidade e representatividade das avaliações *online*.

Referências

- Akerlof, George, "The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, 1970, pp. 488-500.
- Berezina, Katerina; Bilgihan, Anil; Cobanoglu, Cihan; Okumus, Fevzi, "Understanding Satisfied and Dissatisfied Hotel Customers: Text Mining of Online Hotel Reviews", in *Journal of Hospitality Marketing & Management*, 25:1, 2016, pp. 1-24.
- Bickart, Barbara; Schindler, Robert M., "Internet forums as influential sources of consumer information", in *Journal of Interactive Marketing*, Vol. 15, No 3, 2001, pp. 31-40.
- Busch, Christoph; Dannemann, Gerhard; Schulte-Nölke, Hans; Wiewiórowska-Domagalska, Aneta; Zoll, Fryderyk (Research Group on the law of Digital Services), "Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms", in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, No. 4, 2016, pp 164-169.
- Busch, Christoph; Schulte-Nölke, Hans; Wiewiórowska-Domagalska, Aneta; Zoll, Fryderyk, "The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?", in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, No. 1, 2016, pp 3-10.
- Cauffman, Caroline, "The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?", in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, No. 6, 2016, pp. 235-243.
- Comissão Europeia e ECME Consortium, em parceria com Deloitte, "Study on the coverage, Functioning and Consumer Use of Comparison Tools and Third-Party Verification Schemes for such Tools", 2014.
- Comissão Europeia, Direção-Geral de Saúde e Consumidores, Risk & Policy Analysts (RPA) Ltd, Centre for Strategy and Evaluation Services (CSES) e EPRD Policy and Development, *Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector – Final Report*, 2014.
- Comissão Europeia, "Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, Orientações sobre a Aplicação da Diretiva 2005/29/CE, relativa às Práticas Comerciais Desleais", 2016.
- Comissão Europeia, "Evaluation of the Consumer Rights Directive", COM(2017) 259 final, 2017.
- _____, VVA Consulting, Milieu e and Policy Consulting and GfK, "Exploratory Study of Consumer Issues in Peer-to-Peer Platform Markets", 2017.
- _____, em cooperação com London School of Economics, Open Evidence, Universidad de Valencia, DevStat e TNS, "Behavioural Study on the transparency of online platforms", 2018.
- Competition and Markets Authority, *Online Reviews and Endorsements – Report on the CMA's call for information*, 2015.
- Dai, Weijia; Jin, Ginger; Lee, Jungmin; Luca, Michael, "Aggregation of consumer ratings: an application to Yelp.com", *Quantitative Marketing and Economics*, 16, 2018, pp. 289-339.

Dellarocas, Chrysanthos; Woods, Charles, "The Sound of Silence in Online Feedback: Estimating Trading Risks in the Presence of Reporting Bias", in *Management Science*, Vol. 54, No. 3, 2008, pp. 460-476.

Einav, Liran; Farronato, Chiara; Levin, Jonathan, "Peer-to-Peer Markets", in *Annual Review of Economics*, Vol. 8, 2016, pp. 615-635.

Elshout, Maartje; Luzak, Joasia; Loos, Marco; Elsen, Millie; Lennheer, Jorna; "Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs)", in *Publications Office of the European Union*, 2017.

Filippas, Apostolos; Horton, John; Golden, Joseph, "Reputation Inflation", *Working Paper National Bureau of Economic Research*, 2018.

Fradkin, Andrey; Grewal, Elena; Holz, David; "The Determinants of Online Review Informativeness", *Working Paper*, 2018.

Hamari, Juho; Sjöklint, Mimmi; Ukkonen, Antti; "The Sharing Economy: Why People Participate in Collaborative Consumption", in *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 2016, Vol. 67, No. 9, 2016, pp. 2047-2059.

Lewis, Gregory, "Asymmetric Information, Adverse Selection and Online Disclosure: The Case of eBay Motors", in *The American Economic Review*, 2011, pp. 1535-1546.

Luca, Michael, "Reviews, Reputation, and Revenue: The Case of Yelp.com", *Harvard Business School Working Paper 12-016*, 2011, pp. 1-41.

Luca, Michael; Zervas, Georgios, "Fake It Till You Make It: Reputation, Competition, and Yelp Review Fraud", in *Management Science*, Vol. 62, No. 12, 2016, pp. 3412-3427.

Mayzlin, Dina; Dover, Yaniv; Chevalier, Judith, "Promotional reviews: An empirical investigation of online review manipulation", in *The American Economic Review*, Vol. 104, No. 8, 2014, pp. 2421-2455.

Narciso, Madalena, "The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law", in *European Review of Private Law*, Vol. 27, Issue 3, 2019, pp. 557-582.

Nosko, Chris; Tadelis, Steven, "The limits of reputation in platform markets: An empirical analysis and field experiment", *Working Paper National Bureau of Economic Research 14*, 2015, pp. 1-45.

Ranchordás, Sofia, "Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy", in *Critical Analysis of Law Special Issue: New Economic Analysis of Law*, Vol. 5, No. 1, 2018, pp. 127-147.

Saeedi, Maryam; Zeqian, Shen; Sundaresan, Neel, "The Value of Feedback: An Analysis of Reputation System", *Ohio State University Working Paper*, 2013, pp. 1-25.

Tripadvisor, "Review Transparency Report", 2019.

Trustpilot, *Trustpilot Transparency Report*, 2021.

Xu, Xun, "How do consumers in the sharing economy value sharing? Evidence from online reviews", in *Decision Support Systems*, 128, 2020, pp. 1-13.

Ye, Qiang; Law, Rob; Gu, Bin; Chen, Wei, "The influence of user-generated content on traveler behavior: An empirical investigation on the effects of e-word-of-mouth to hotel online bookings", in *Computers in Human Behavior*, 27(2), 2011, pp. 634-639.

As plataformas “colaborativas” enquanto “prestadoras de serviços da sociedade de informação”: reflexões à luz da Lei do comércio electrónico e desenvolvimentos recentes

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.19>

Maria Raquel Guimarães*

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigadora do CIJE e do *Grupo de Investigación Reconocido sobre Derecho de las Nuevas Tecnologías y Delincuencia Informática* da Universidade de Valladolid, Espanha. (Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.)

Resumo: A economia colaborativa desenvolveu-se com base em plataformas electrónicas que permitiram a criação de comunidades de partilha de bens e serviços, mais ou menos altruísticas ou mercantilizadas. A rápida proliferação destas plataformas no mundo digital, potenciada pela autorregulação e isenção de responsabilidade consagradas na Directiva sobre o comércio electrónico de 2000, transformou o modo como acedemos e interagimos *online*. Volvidos 20 anos desde a primeira intervenção do legislador europeu nesta matéria e em face da necessidade de reequacionar a regulação então consagrada, conferimos a Proposta do Regulamento Serviços Digitais do Parlamento Europeu e do Conselho tendo em atenção as principais dificuldades suscitadas pelo regime vigente e a prática judicial dos últimos anos.

Palavras-chave: Plataformas – economia colaborativa – comércio electrónico.

Sumário: **1.** Introdução. De que falamos quando falamos de plataformas electrónicas. **2.** Ensaio de uma tipologia das plataformas electrónicas. **3.** As plataformas “colaborativas”. **4.** A isenção de responsabilidade dos “prestadores de serviços da sociedade de informação”. **5.** Evolução: a Proposta de um Regulamento relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais). Referências.

Abstract: Sharing economy has shown a very fast evolution supported on electronic platforms that allowed the foundation of large communities that shared goods and services. The rapid proliferation of these platforms in the digital world, powered by self-regulation and the exemption from liability promoted on the Directive on electronic commerce, has changed the way we access and interact online. Twenty years after the first position of the European legislator in this matter and due to the need of its reconsideration, we take a first view to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services taking into account the main questions raised by the current regime and the courts’ practice from the last years.

Keywords: Platforms – sharing economy – e-commerce.

Summary: **1.** Introduction. What do we mean when we talk about electronic platforms. **2.** Tentative typology of electronic platforms. **3.** The “collaborative” platforms. **4.** Exemption from liability for information society service providers. **5.** Evolution: the Proposal for a Regulation on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act). References.

1. Introdução. De que falamos quando falamos de plataformas electrónicas

O rápido desenvolvimento e a imposição das plataformas electrónicas que actuam na internet marcaram as transacções *online* da última década e tornaram-se ainda mais evidentes no último ano, pelo menos em determinados sectores de actividade, com os constrangimentos de circulação e interacção social decorrentes da pandemia provocada pelo vírus Covid-19. A evolução tentacular destas plataformas estende-se por áreas tão diversificadas como as redes sociais, os transportes, a restauração, o alojamento, as viagens, os leilões, as reuniões virtuais, os *media*, os jogos, os motores de busca, os *market places*, a partilha de vídeos, entre outras actividades mais ou menos integradas na designada “economia colaborativa ou de partilha”¹.

A sua omnipresença no mundo digital transformou o modo como acedemos e interagimos *online*. Entretanto, a intermediação que proporcionam entre a oferta e a procura, entre pares ou nas relações de consumo, enquanto redes sociais, ou mesmo a sua actuação como fornecedoras directas de bens e serviços, permite a recolha e o tratamento de dados pessoais dos seus utilizadores, das suas experiências e interacções enquanto utilizam os serviços, eventualmente sem que estes se apercebam e tenham expressamente consentido nesse tratamento. A vigilância e a recolha de dados parecem constituir hoje uma inevitabilidade que decorre do recurso a prestadores de serviços digitais, colocando fortes desafios aos quadros legais existentes, desafios acentuados pela pandemia Covid-19, que forçou a migração da interacção física de trabalhadores, alunos, professores, profissionais e consumidores para as plataformas electrónicas². Por outro lado, a extensão

1 Utilizaremos no texto as designações “economia colaborativa” ou “economia de partilha” acriticamente, dada a sua vulgarização na linguagem comum e na literatura jurídica, não obstante os reparos que se podem tecer a esta associação enganosa que se estabelece entre actividades muitas vezes marcadamente comerciais e profissionais e uma ideia de partilha e de solidariedade. Sobre estas críticas, v. o que dizemos em Guimarães, Maria Raquel, “My Couch, Your Couch: The Legal (Ir)relevance of Sleeping on Someone Else’s Sofa”, in M. Regina Redinha/M. Raquel Guimarães/F. Liberal Fernandes (coords.), *Sharing Economy: Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars, Newcastle upon Tyne, 2019, pp. 273-274, com indicações.

2 Para mais desenvolvimentos sobre a inevitabilidade do tratamento de dados pessoais pelos prestadores de serviços *online*, na medida em que o controlo dos dados pessoais é um factor-chave para a actividade destes prestadores, funcionando não só como um instrumento necessário para o sucesso do *marketing* realizado mas também como um activo estratégico para a prestação de melhores serviços, para obter maiores ganhos e atrair mais utilizadores, v. Betkier, Marcin, *Privacy online, law and the effective regulation of online services*, Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 41-45. V. também, na mesma linha, Savin, Andrej, *The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet* (February 16, 2021). Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper No. 21-04, *Journal of Internet Law*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3786792> (consultado em 30/03/2021), p. 2. O tratamento

da responsabilidade das plataformas nos contratos celebrados mediante a sua intermediação, nomeadamente com consumidores, nos casos de incumprimento ou cumprimento defeituoso, e em virtude do alojamento e disponibilização de conteúdos ilícitos difundidos por terceiros, são questões com grande actualidade, que têm vindo a ser debatidas pela doutrina e pelos tribunais nacionais e europeus, e têm merecido a atenção recente do legislador comunitário³.

Sob a designação de *plataformas electrónicas* cabem prestadores de serviços com características díspares, mas que têm em comum proporcionarem um serviço da “sociedade de informação”, nos termos e para os efeitos da Directiva sobre o comércio electrónico, ou seja, um «serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços»⁴. Nesta medida estão abrangidas pelo princípio da liberdade de exercício, no sentido de que «o exercício e a prossecução da actividade de prestador de serviços da sociedade

massivo de dados leva mesmo a doutrina a questionar os modelos de protecção consagrados, baseados no consentimento do titular, quando há uma grande assimetria social, económica, informacional e de controlo entre os titulares dos dados e as plataformas digitais: Balkin, Jack M., “The fiduciary model of privacy”, in *Harv L Rev*, vol. 134, 2020, pp. 11, 13. Para um debate sobre o novo “modelo fiduciário” de privacidade sugerido por Balkin, v. Khan, Lina M./Pozen, David E., “A skeptical view of information fiduciaries”, in *Harv L Rev*, vol. 133, 2019, pp. 497-541. Outros modelos têm sido sugeridos, como o modelo de Sloot, Bart van der, *Privacy as virtue*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 71-143, baseado em virtudes éticas, no sentido de ultrapassar o paradigma individualista da privacidade. Em concreto, sobre os desafios colocados sobre a privacidade por esta migração em massa para o mundo *online* provocada pela pandemia, v. Guimarães, Maria Raquel/Redinha, Maria Regina, “A Portuguese Approach to Privacy in COVID-19 Times: Through the Keyhole”, in E. Hondius, M. Santos Silva, A. Nicolussi, P. Salvador Coderch, C. Wendehorst and F. Zoll (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2021, pp. 1009 e ss.

³ Em Portugal, veja-se o recentíssimo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 10/12/2020 (Ferreira Lopes), bem como o Acórdão do mesmo Tribunal de 02/06/2016 (Pires da Rosa), em <http://www.dgsi.pt> (11/02/2021). Refiram-se também a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Directiva 2000/31/CE, COM(2020) 825 final, 2020/0361 (COD), Bruxelas, 15/12/2020, e a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais), COM(2020) 842 final, 2020/0374 (COD), Bruxelas, 15/12/2020.

⁴ Ver o art. 2.º, alínea a), da Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre o comércio electrónico”), JO L 178, 17/07/2000, pp. 1-16; e o art. 1.º, n.º 1, alínea b), da Directiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, JO L 241, 17/09/2015, pp. 1-15. De acordo com o considerando 18 da Directiva 2000/31/CE, «os serviços da sociedade da informação não dão apenas a possibilidade de celebrar contratos em linha, mas também, tratando-se de uma actividade económica, serviços que não são remunerados pelo respectivo destinatário, como os que consistem em prestar informações em linha ou comunicações comerciais, ou ainda os que fornecem ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados».

da informação não podem estar sujeit[os] a autorização prévia ou a qualquer outro requisito de efeito equivalente», sem prejuízo dos «regimes de autorização que não visem especial e exclusivamente os serviços da sociedade da informação»⁵.

Ainda assim, os prestadores de serviços da sociedade de informação abrangem uma miríade de modelos de intermediação e de negócios, para além das plataformas electrónicas. A delimitação do conceito de plataforma electrónica tem vindo a ser tentada pela doutrina e por vários documentos de origem europeia, tendo a Proposta do Regulamento Serviços Digitais optado pela designação de *plataforma em linha* e avançado com uma definição. De acordo com esta Proposta, plataforma em linha é «um prestador de um serviço de armazenagem em servidor que, a pedido de um destinatário do serviço, armazene e divulgue informações ao público, a menos que essa atividade seja um elemento menor e meramente acessório de outro serviço, que, por razões técnicas objetivas, não possa ser utilizado sem esse outro serviço, e que a sua integração no outro serviço não constitua uma forma de contornar a aplicabilidade do presente regulamento»⁶. A Proposta não define “servidor”, mas diz-nos que a “armazenagem em servidor” é um “serviço intermediário” que consiste «na armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço a pedido do mesmo»⁷. A “divulgação de informações ao público” traduz-se, por sua vez, na «disponibilização de informações, a pedido do destinatário do serviço que as forneceu, a um número potencialmente ilimitado de terceiros»⁸. Ultrapassando o estilo descritivo, redundante e cacofónico, próprio das definições que nos chegam dos diplomas europeus, e mantendo a linguagem da Proposta, parece estar aqui em causa a prestação, a título de actividade principal, de um serviço de armazenagem em servidor e de divulgação de informações ao público, a pedido de um utilizador do serviço⁹.

5 Ver art. 4.º, n.º 2, da Directiva sobre o comércio electrónico. Este aspecto também é assinalado pela Comissão Europeia na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 2/6/2016, p. 6.

6 Proposta de Regulamento Serviços Digitais, art. 2.º, alínea h).

7 Proposta de Regulamento Serviços Digitais, art. 2.º, alínea f).

8 Proposta de Regulamento Serviços Digitais, art. 2.º, alínea i).

9 Relativamente a este *utilizador*, note-se que a Proposta de Regulamento Serviços Digitais, art. 2.º, alínea b), define «destinatário do serviço» como «qualquer pessoa, singular ou coletiva, que utilize o serviço intermediário pertinente».

No projecto de directiva apresentado pelo *Research Group on the Law of Digital Services* em 2016, as plataformas intermediárias em linha (*online intermediary platforms*) são definidas em termos mais restritos, como serviços da sociedade de informação acessíveis através da internet, ou de outros meios digitais, que permitem aos clientes celebrarem contratos com fornecedores de bens, serviços ou conteúdos digitais¹⁰. Este grupo de trabalho focou-se mais na função de intermediação nas trocas, de “*middle man*”, desempenhada por estes prestadores de serviços, pondo ênfase na triangulação contratual. E esta é também a perspectiva do *European Parliamentary Research Service* (EPRS), que parte de uma concepção de plataformas assente em três eixos: a prestação de serviços OTT (*over-the-top*), ou seja, através da internet e ultrapassando os canais tradicionais de distribuição¹¹; a possibilidade de operarem como modelos de negócio bipartidos ou multipartidos; e a facilitação da interacção entre diferentes actores no mercado, ainda que não haja uma interacção directa entre eles.

2. Ensaio de uma tipologia das plataformas electrónicas

Os modelos de negócios levados a cabo através das plataformas electrónicas podem ser, como já assinalámos, muito diversificados e, nesta medida, as plataformas envolvidas podem ser classificadas de acordo com distintos critérios, nomeadamente tendo em conta as finalidades prosseguidas, os intervenientes nas operações e o modo como interagem entre si, as fontes de rendimentos e os modelos de negócio, o processamento de dados associado e o grau de controlo nas actividades desenvolvidas¹². Entre as finalidades prosseguidas, interessam-nos aqui as plataformas colaborativas, que proporcionam aos seus utilizadores a partilha de bens e serviços, mais ou menos ocasional ou profissional. Frequentemente, esta actividade surge associada a uma actividade publicitária, somando-se aos utilizadores, que oferecem e procuram bens para partilhar, terceiros anunciantes que utilizam a plataforma como um painel de anúncios. Também é vulgar estas

10 Research Group on the Law of Digital Services, “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, in *EuCML*, Issue 4/2016, p. 166, article 2 (a). Esclarece-se ainda nesta definição que não se incluem serviços que apenas identificam os fornecedores disponíveis e dirigem os clientes para os respectivos *sites* ou proporcionam os seus contactos.

11 European Parliamentary Research Service (EPRS), *Liability of online platforms*, European Union, Brussels, 2021, pp. III, 16.

12 European Parliamentary Research Service, *op. cit.*, pp. III-IV, 16-23. Para uma categorização aprofundada dos serviços fornecidos *online*, v. o estudo levado a cabo pela GSMA, *The Internet Value Chain, A study on the economics of the internet*, London, May 2016, disponível em https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/09/GSMA2016_Report_TheInternetValueChain.pdf (consultado em 25/03/2021), pp. 41-44.

plataformas funcionarem como redes sociais, entre comunidades de utilizadores que têm interesses e estilos de vida comuns¹³.

Uma categorização tripartida, simplificada, dos modelos de negócios que são desenvolvidos através das plataformas electrónicas permite distinguir entre as plataformas prestadoras directas de serviços, que fornecem bens ou serviços em nome próprio aos seus utilizadores, as plataformas de negócios, que proporcionam a intermediação entre os diferentes utilizadores, concretamente entre a oferta e a procura, e as plataformas “não negociais”, nas quais aparentemente não há qualquer conexão entre os utilizadores consumidores e os utilizadores fornecedores ou profissionais, nem qualquer troca de bens ou serviços remunerada¹⁴.

No primeiro caso, a actividade da plataforma electrónica apenas se distingue dos fornecimentos de bens e serviços tradicionais pela utilização de um canal electrónico, à distância, de comunicação com os seus clientes¹⁵. A utilização de meios de comunicação electrónicos permite, porém, às plataformas desenvolverem uma actividade, para além do fornecimento de bens e serviços, de recolha e tratamento de dados dos seus utilizadores, de análise de perfis de comportamentos e de consumo. Esta actividade é comum a todas as plataformas electrónicas, mas surge aqui evidenciada na medida em que permite distanciar este modelo de negócio do fornecimento de bens

13 Guimarães, Maria Raquel, “Los contratos de alojamiento turístico en viviendas compartidas”, in Guillermo García González/Maria Regina Redinha (dirs.) e Maria Raquel Guimarães/Beatriz Sáenz de Jubera Higuero (coords.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Editorial Dykinson, Madrid, 2019, pp. 263-264.

14 Betkier, Marcin, *op. cit.*, pp. 46-54.

15 Estas plataformas serão, nestes casos, consideradas como *professionais* para efeitos de aplicação das regras da 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 (considerando 18), e da 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 (considerando 23), *JO L 136 de 22/05/2019*, pp. 3 e 23, respectivamente. De acordo com este último considerando 23, «os operadores de plataformas podem ser considerados vendedores nos termos da presente diretiva se atuem para fins relacionados com a sua própria empresa e agirem como parceiro contratual direto do consumidor para a compra e venda de bens». A Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, *JO L 304 de 22/11/2011*, já previa, por sua vez, que as «plataformas em linha» integram o «sistema de vendas ou prestação de serviços vocacionado para o comércio à distância», na medida em que sejam usadas pelo profissional e não se traduzam em meros sítios da Internet onde apenas sejam disponibilizadas informações sobre o profissional, os seus bens e/ou serviços e os seus contactos (considerando 20), p. 66.

e serviços tradicional¹⁶. Os dados pessoais necessários ao cumprimento do contrato são recolhidos – dependendo do contrato em concreto, dados como o nome, morada, endereço electrónico, telefone, IP, dados bancários, idade. Mas estes dados são também objecto de um tratamento “interno”, no sentido de avaliar o perfil dos utilizadores e de, em futuros acessos, melhorar a qualidade do serviço prestado e de oferecer «experiências personalizadas de consumo»¹⁷. O utilizador retirará vantagens do serviço melhorado que resulta deste tratamento de dados – a par das vantagens óbvias para o prestador de serviço de permitir a realização de campanhas de *marketing* dirigido e consequente melhor colocação dos seus produtos e serviços –, tratamento que será lícito sempre que assente no seu consentimento, devidamente informado quanto aos dados recolhidos e às finalidades prosseguidas¹⁸.

As plataformas de negócios desempenham uma função de intermediação nas trocas ou de intermediação “social”, proporcionando um “espaço comum”, um mercado, onde se encontram os diferentes grupos de utilizadores, com interesses convergentes. Aqui, o fornecedor dos bens ou serviços não é a própria plataforma, mas um terceiro utilizador, que aí contacta com os destinatários dos seus bens e serviços. Integram este modelo as plataformas de leilões, como a eBay, os chamados “market places”, como a OLX, e a generalidade das plataformas da economia colaborativa¹⁹. O grau

16 São exemplos destes modelos as plataformas de comércio electrónico dos comerciantes que também actuam no comércio tradicional, presencial, e as plataformas de prestação de serviços de entretenimento, como a Netflix e a Spotify. Betkier, Marcin, *op. cit.*, pp. 46-48.

17 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité Das Regiões, As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*, COM(2016) 288 final, Bruxelas, 25/06/2016, pp. 2-3.

18 As plataformas que utilizam os dados dos seus utilizadores apenas para melhorarem os seus serviços não são, porém, a regra, mas sim a excepção: European Parliamentary Research Service, *op. cit.*, pp. 20-21. Os problemas colocam-se em sede de protecção de dados e de direitos de personalidade (nomeadamente dos direitos à reserva da vida privada e ao carácter) quando o titular dos dados desconhece que os seus dados são alvo de recolha e tratamento e quando perde o controlo dos seus dados recolhidos no contexto de um contrato específico, cedidos a terceiros. Assim, Betkier, Marcin, *op. cit.*, pp. 46-48.

19 Betkier, Marcin, *op. cit.*, p. 50. A Amazon funciona simultaneamente como uma plataforma prestadora directa de serviços, fornecedora de bens e serviços próprios, e como “market place”, intermediando as trocas entre fornecedores terceiros e os seus utilizadores. V. as consequências desta prestação de serviços directa para efeitos de afastamento da isenção de responsabilidade (dos intermediários) prevista na Directiva sobre comércio electrónico: Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies (IPOL), *The functioning of the Internal Market for Digital Services: responsibilities and duties of care of providers of Digital Services, Challenges and opportunities*, European Union, Luxembourg, 2021, p. 14. A Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Maio de 2005 relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 (“directiva relativa às práticas comerciais desleais”), JO L 149

de intervenção da plataforma e o nível do controlo exercido por esta nos negócios que são celebrados entre os seus diferentes grupos de utilizadores pode, ainda assim, variar significativamente. E este é um aspecto de enorme importância no que respeita às plataformas colaborativas, cujo papel desempenhado pode oscilar entre o simples painel de anúncios e uma forte integração na actividade prosseguida pelos terceiros, participando na celebração dos contratos, estabelecendo os seus termos e condições principais, ou intermediando os pagamentos²⁰, com repercussões na responsabilidade assumida.

Na perspectiva do utilizador/cliente, eventualmente um consumidor, os riscos associados a este modelo de plataformas são aqueles já assinalados para as plataformas prestadoras de serviços, mas agora potenciados pela dimensão que estas plataformas podem alcançar e pelo facto de os dados serem recolhidos dos dois lados do mercado: do lado dos clientes e do lado dos fornecedores, terceiros em relação à plataforma²¹. Acresce que, apesar da maior ou menor identificação da plataforma com o fornecimento do bem ou serviço, o facto de esta não ser parte no contrato celebrado levará, em princípio, à sua desresponsabilização pela sorte do seu cumprimento, em concreto, pelo seu incumprimento ou cumprimento defeituoso²². Serão, no

de 11/06/2005, p. 22, define no seu art. 2.º, alínea n), "market place" ou "mercado em linha" como «um serviço com recurso a *software*, nomeadamente um sítio Web, parte de um sítio Web ou uma aplicação, explorado pelo profissional ou em seu nome, que permita aos consumidores celebrar contratos à distância com outros profissionais ou consumidores» [redacção dada pelo art. 3.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019 que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores, JO L 328, 18/12/2019, pp. 7-28].

20 Estes critérios utilizados para definir o nível de influência exercido pelas plataformas colaborativas sobre os negócios celebrados com a sua intermediação foram fixados pela Comissão Europeia em COM(2016) 356 final, pp. 6-7, acrescentando-se ainda a propriedade dos principais activos utilizados para fornecer o serviço subjacente. V., sobre o tema, European Parliamentary Research Service, *op. cit.*, pp. 19, 22, e, ainda, Guimarães, Maria Raquel, "My Couch, Your Couch..."; *op. cit.*, p. 278., e Katz, Vanessa, "Regulating the sharing economy", in *Berkeley Technology Law Journal*, n. 30, 2015, pp. 1072-1073.

21 Betkier, Marcin, *op. cit.*, p. 50.

22 Maultzsch, Felix, "Contractual liability of online platform operators: European proposals and established principles", in *European Review of Contract Law*, vol. 14, 3/2018, pp. 209-240 (também disponível em <https://ssrn.com/abstract=3074301> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3074301>), pp. 3, 21-22. Esta é uma questão que o legislador europeu não tratou, como é salientado pelo European Parliamentary Research Service, *op. cit.*, p. 67. O projecto de directiva apresentado pelo Research Group on the Law of Digital Services, *op. cit.*, p. 168, previa, no entanto, este aspecto, nos seus arts. 16.º, n.º 1, e 18.º, tal como as *Model Rules on Online Platforms* apresentadas pelo European Law Institute (ELI), *Model Rules on Online Platforms*, ELI, Viena, 2019, disponível em https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf (consultado em 30/03/2021), pp. 34, 39-40, arts. 13.º, 19.º e 20.º

entanto, responsáveis por informações, conteúdos e actividades ilegais de terceiros sempre que exista uma identificação com esses terceiros ou controlo das suas actividades, como veremos *infra*.

Nas plataformas “não negociais”, não existe uma relação, ostensiva, entre os utilizadores da plataforma e o mercado, não havendo uma oferta onerosa de bens ou serviços realizada por profissionais²³. O modelo de negócio assenta aqui na captação massiva de utilizadores, através da prestação de um serviço “gratuito”, com vista à recolha dos seus dados pessoais, que são depois fornecidos a terceiros²⁴. Não existe uma relação directa entre o serviço prestado – de pesquisa, rede social, localização, informação²⁵ – e os ganhos da plataforma, que advêm da alienação dos dados dos seus utilizadores e, eventualmente, da publicidade exibida. Os serviços prestados são publicitados como serviços *gratuitos* e o utilizador desconhece, em muitos casos, que dados são recolhidos – ou desconhece mesmo que os seus dados são recolhidos –, e qual o seu destino, não tendo qualquer controlo sobre o seu tratamento. E, muitas vezes, não tem reais alternativas à utilização destes serviços, dada a sua omnipresença no “mundo” *online*, a inexistência de concorrência credível (também “gratuita”) e a sua generalizada aceitação pelos utilizadores.

As plataformas “não negociais” são “alimentadas”, por um lado, pelos dados recolhidos dos seus utilizadores e, por outro, pelo preço pago pelos profissionais que adquirem esses dados para melhorarem os seus negócios ou por *brokers* de dados. Por detrás de uma concepção romântica Robin-Hoodiana, no sentido de proporcionar aos consumidores um serviço de qualidade pago pelo mercado, temos um fluxo cada vez maior de dados que é recolhido dos utilizadores, permitindo a criação de perfis de consumo, e de comportamento em geral, muito rigorosos, o que leva, conseqüentemente, à possibilidade de manipular e dirigir os comportamentos destes utilizadores em benefício do mercado ou de outros poderes²⁶. Verdadeiramente, aqui os utilizadores transformam-se na “mercadoria” transaccionada. E este modelo de negócio não é estranho à economia colaborativa, na medida em que muitas plataformas colaborativas oferecem a sua intermediação aparentemente sem custos, criando comunidades de partilha de diferentes bens e funcionando

23 Betkier, Marcin, *op. cit.*, p. 50.

24 *Idem, ibidem*, p. 50.

25 Cabem aqui os motores de busca da Google ou do Yahoo!, o Facebook, o Instagram, o YouTube, o Google Maps, o Waze, entre muitas outras plataformas.

26 Betkier, Marcin, *op. cit.*, p. 53; European Parliamentary Research Service, *op. cit.*, pp. 20-21.

como redes sociais, ao mesmo tempo que agregam grandes fluxos de dados que são transferidos para terceiros e, portanto, lançados no mercado.

Como resulta dos modelos sucintamente descritos, os negócios celebrados através das plataformas electrónicas terão como intervenientes os utilizadores destas plataformas, que integram o lado da procura e da oferta – pressupondo a celebração de contratos “instrumentais” entre a plataforma e estes grupos de utilizadores, de acesso aos seus serviços de intermediação²⁷ –, ou, eventualmente, apenas o lado da procura, sempre que a oferta seja proporcionada pela plataforma directamente. Estes utilizadores poderão ser profissionais ou “pares”, dando origem a relações B2C ou P2P. Para responder à questão de saber em que momento um prestador de serviços informais – um consumidor ou um *prosumer* – se converte num prestador de serviços profissional, a Comissão Europeia baseou-se nas *Orientações sobre a aplicação da Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais* de 2016²⁸. Com base neste documento, a Comissão resume os factores-chave para decidir quando um prestador de um serviço da economia colaborativa se pode qualificar como profissional: em concreto a *frequência* dos serviços – factor escala²⁹ –, o *fim* lucrativo e o *volume* de negócios³⁰.

Nos modelos bipartidos, a plataforma assumirá, em princípio, uma posição de terceiro relativamente aos contratos celebrados, de intermediário. Na medida em que o controlo exercido nestes negócios ultrapasse a simples intermediação, a plataforma poderá actuar como parte, ou mesmo como prestadora do serviço, como veremos de seguida. Outros terceiros poderão intervir no momento do cumprimento dos contratos, nomeadamente empresas transportadoras e prestadores de serviços de pagamento. Sempre que a principal fonte de financiamento da plataforma não seja a sua remu-

27 Estes casos implicam a celebração de três contratos distintos, ainda que interligados: Carvalho, Joana Campos, “From bilateral to triangular: concluding contracts in the collaborative economy”, in M. Regina Redinha/M. Raquel Guimarães/F. Liberal Fernandes (coords.), *Sharing Economy: Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars, Newcastle upon Tyne, 2019, p. 199.

28 SWD(2016) 163 final, Bruxelas, 25/05/2016, Documento de trabalho dos serviços da Comissão, *Orientações sobre a aplicação da Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais*, que acompanha o documento Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Abordagem global para estimular o comércio electrónico transnacional no interesse dos cidadãos e empresas da Europa*, COM(2016) 320 final, pp. 35-36.

29 Assim, Zale, Kellen, “Sharing property”, in *University of Colorado Law Review*, vol. 87, 2016, pp. 566-568.

30 COM(2016) 356 final, pp. 10-11. Sobre esta distinção entre prestadores de serviços profissionais e não profissionais, v. Costa, Mariana Fontes da, “Sharing economy: from B2C to P2P and back”, in M. Regina Redinha/M. Raquel Guimarães/F. Liberal Fernandes (coords.), *Sharing Economy: Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars, Newcastle upon Tyne, 2019, pp. 20-23.

neração pelos serviços de intermediação prestados à oferta ou à procura (ou a ambos os lados do mercado³¹), essa remuneração será assegurada por outros intervenientes, num modelo tripartido ou multipartido, nomeadamente que utilizam a plataforma como painel de anúncios para publicitar as suas actividades, beneficiando do tratamento dos dados dos demais utilizadores facultado pela plataforma. Outros terceiros intervenientes poderão não assumir um papel “visível” na plataforma, financiando o seu funcionamento em troca dos dados obtidos e gerados pela interacção dos utilizadores³².

3. As plataformas “colaborativas”

As plataformas da economia colaborativa podem integrar os modelos de intermediação “negociais” e “não negociais” descritos. Na realidade, é também admissível o modelo de prestadora directa de serviços, sempre que a “partilha” seja realizada entre o próprio administrador da plataforma e os seus utilizadores, mas esta será uma situação atípica e necessariamente com menor impacto na economia de partilha, dados os limites que decorrem de os activos a partilhar serem disponibilizados apenas por um fornecedor. E, em qualquer dos casos, a Comissão Europeia, na sua *Agenda Europeia para a Economia Colaborativa* de 2016, apenas considerou os modelos negociais ou empresariais bipartidos (ou, eventualmente, tripartidos), compreendendo os prestadores de serviços que partilham os seus activos, e que podem ser profissionais ou “pares”, os utilizadores desses serviços e as plataformas em linha, que assumem o papel de intermediárias entre os prestadores de serviços e os utilizadores³³, podendo ainda agregar-se outros terceiros, que, nomeadamente, utilizam a plataforma como base publicitária.

O modelo “não comercial” corresponde às plataformas colaborativas em que o serviço de intermediação na partilha não é cobrado aos seus utilizadores e é apresentado como um serviço “gratuito”. A plataforma funciona, nestes

31 Maultzsch, Felix, *op. cit.*, p. 2.

32 European Parliamentary Research Service, *op. cit.*, pp. 19-22; Institute for Information Law (IVIR), *Hosting intermediary services and illegal content online, An analysis of the scope of Article 14 E-Commerce Directive in light of developments in the Online service landscape*, European Union, Luxembourg, 2018, disponível em https://www.ivir.nl/publicaties/download/hosting_intermediary_services.pdf (consultado em 30/03/2021), pp. 17-18.

33 COM(2016) 356 final, p. 3. Para uma apreciação crítica da definição de economia colaborativa apresentada pela Comissão Europeia, v. Carvalho, Joana Campos, *op. cit.*, p. 197, e Cauffman, Caroline, “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. 6 (5), 2016, p. 235, nomeadamente assinalando o facto de que esta apenas se refere à «utilização temporária de bens ou serviços», não incluindo as transacções que importam uma transferência da titularidade dos bens.

casos, como um ponto de encontro entre aqueles que têm bens e serviços para partilhar, através de mecanismos mais ou menos altruísticos de reciprocidade, directa (A/B, B/A), indirecta (A/B, B/C, C/...; .../A) ou de reciprocidade “generalizada”, em que não é imposta uma obrigação de retribuir, mas esta retribuição é esperada³⁴.

Estas plataformas “não negociais” tiveram um papel importante na génese da economia de partilha, funcionando como pontos de encontro informais onde utilizadores não profissionais partilhavam os seus “excedentes” variados, como um sofá-cama, uma “boleia” numa viagem, segundas casas, material desportivo ou de jardinagem, roupa e, até, tempo... Mas a intermediação altruística na partilha cedo foi absorvida pelo mercado, desde logo com a introdução da publicidade, e, sobretudo, pela monetização dos dados recolhidos³⁵.

Os sectores mais emblemáticos e com maior peso económico da economia colaborativa – os transportes e o alojamento, nomeadamente em virtude de plataformas como a Uber e a Airbnb –, adoptaram um modelo “negocial” de plataforma colaborativa. Nestes casos, as plataformas funcionam claramente como locais de encontro entre a oferta e a procura de bens ou serviços, sendo o serviço de intermediação remunerado pelos utilizadores, do lado da oferta ou da procura, ou mesmo por ambos os lados do mercado. O que não significa que não possamos ter em simultâneo um conjunto de terceiros utilizadores da plataforma com fins publicitários e que sobre estes negócios não se sobreponham os negócios de cedência de dados a terceiros. Em função da dimensão do negócio e da massificação dos utilizadores, a monetização dos seus dados torna-se inevitável.

O grau de controlo das plataformas colaborativas sobre os negócios intermediados é muito variável e deve ser aferido caso a caso³⁶. De acordo com a Comissão Europeia, os critérios-chave para aferir o nível de controlo

34 Guimarães, Maria Raquel, “My Couch, Your Couch...”, *op. cit.*, pp. 271-272, e Celata, F./Hendrickson, C. Y./Sanna, V. S., “The sharing economy as community marketplace? Trust, reciprocity and belonging in peer-to-peer accommodation platforms”, in *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, n. 10, 2017, pp. 351, 355.

35 A plataforma Couchsurfing utiliza amplamente expressões como “hospitalidade”, “generosidade”, “amabilidade” na descrição dos serviços prestados com a sua intermediação. Apesar de adoptar um modelo “não negocial” e anunciar os seus serviços como serviços gratuitos, em 2006, a plataforma introduziu um preço de adesão opcional e, em 2011, adoptou um escopo lucrativo, beneficiando de lucros de publicidade, empregando trabalhadores e oferecendo um serviço de rede social: Cockayne, D. G., “Sharing and neoliberal discourse: The economic function of sharing in the digital on demand economy”, in *Geoforum*, n. 77, 2016, p. 74; Celata, F./Hendrickson, C. Y./Sanna, V. S., *op. cit.*, p. 355. Sobre o fenómeno da “comercialização” da economia colaborativa, v. Costa, Mariana Fontes da, *op. cit.*, pp. 18-20.

36 European Parliamentary Research Service, *op. cit.*, p. 18.

exercido pelas plataformas sobre os negócios celebrados com a sua intermediação são, como já referimos, três: o preço (fixado ou simplesmente recomendado pela plataforma); outras condições essenciais estabelecidas pela plataforma (como instruções fixando uma obrigação de prestar o serviço); propriedade dos principais activos³⁷.

Atendendo a estes critérios, num primeiro nível encontram-se aquelas plataformas que assumem o papel de um simples “painel de mensagens” passivo que põe em contacto os utilizadores e funciona como uma “montra” virtual dos bens ou serviços disponíveis. No outro extremo estão as plataformas que exercem um controlo significativo sobre o prestador do serviço subjacente e, ainda mais longe, estão aquelas que são, elas próprias, fornecedoras directas dos serviços anunciados. Entre estas várias hipóteses, a vasta área cinzenta de possibilidades de gestão e organização do serviço pode ser difícil de qualificar, exigindo o uso de outros critérios³⁸.

Em geral, as plataformas de alojamento colaborativo preocupam-se em deixar claro nos seus “termos e condições de utilização” o seu papel de simples intermediárias entre as partes do contrato de alojamento, enquanto meras plataformas de anúncios que permitem a interacção dos anfitriões e dos hóspedes. Veja-se, por exemplo, os “Termos de serviço” da plataforma *Airbnb*:

“Oferecemos uma plataforma que permite aos Membros publicar, oferecer, pesquisar e reservar Serviços de Anfitrião. Ao efetuarem ou aceitarem uma reserva, os Membros estão a celebrar um contrato diretamente entre eles. A Airbnb não é e não se torna uma parte ou outro participante em qualquer relação contratual entre Membros. A Airbnb não está a agir como agente de nenhum Membro, exceto quando a Airbnb Payments atua como agente de cobrança conforme previsto nos Termos de Pagamentos. Embora trabalhemos arduamente para garantir que os nossos Membros tenham excelentes experiências com a Airbnb, não controlamos e não podemos controlar a conduta ou o desempenho dos Hóspedes e Anfitriões e não garantimos (i) a existência, qualidade, segurança, adequação ou legalidade de quaisquer Anúncios ou Serviços de Anfitrião ou (ii) a verdade ou

37 COM(2016) 356 final, pp. 6-7.

38 V. Domínguez Luelmo, Andrés, “Tourist Accommodation and the Collaborative Economy: Legal Matters in the Spanish Context”, in M. Regina Redinha/M. Raquel Guimarães/F. Liberal Fernandes (coords.), *Sharing Economy: Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars, Newcastle upon Tyne, 2019, pp. 255-257; Carvalho, Joana Campos, *op. cit.*, p. 206; Cauffman, Caroline, *op. cit.*, p. 236; e Katz, Vanessa, *op. cit.*, p. 1072. V., ainda, *infra*, n.º 4.

precisão de quaisquer descrições de Anúncios, Comentários ou outro Conteúdo fornecido pelos Membros”³⁹.

Os administradores de plataformas de alojamento geralmente definem os termos de uso do serviço ou os códigos de conduta e proporcionam mecanismos de controlo através de sistemas de notação e reputação. Também podem proporcionar outros serviços, como verificação da identidade e intermediação no pagamento, mas não proporcionam o próprio serviço de alojamento se não são os proprietários das instalações a ceder e não podem influenciar o preço final que o utilizador deve pagar⁴⁰.

Já as plataformas de transporte, como a Uber, apesar de utilizarem idênticas cláusulas de desresponsabilização e de alheamento quanto aos serviços prestados, na verdade exercem um controlo muito mais evidente sobre as transacções, definindo os preços cobrados, intermediando o pagamento e, inclusive, seleccionando os prestadores de cada serviço de transporte, não deixando essa opção ao utilizador, nem lhes dando conhecimento da mesma até o contrato ser celebrado⁴¹. Nessa medida, como entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a plataforma

“não se limita a um serviço de intermediação que consiste em estabelecer a ligação, através de uma aplicação para telefones inteligentes, entre um motorista não profissional que utiliza o seu próprio veículo e uma pessoa que pretenda efetuar uma deslocação urbana”; na medida “em que o transporte de passageiros é assegurado

39 Ver Airbnb, *Termos de Serviço para Utilizadores Europeus*, secção 16, disponível em <https://www.airbnb.pt/help/article/2908/termos-de-servico> (data de consulta 28.03.2021). Também Katz, Vanessa, *op. cit.*, pp. 91-92, chama a atenção para esta ostensiva autolimitação do papel assumido pela plataforma Airbnb nos seus “Termos de serviço”. Em termos semelhantes, Carvalho, Joana Campos, *op. cit.*, p. 200.

40 COM(2016) 356 final, p. 7. Este facto é destacado por González Jimenez, Pedro Mario, “La oferta de viviendas de uso turístico a través de plataformas colaborativas: Reflexiones desde el derecho de la competencia desleal”, in *Revista de Estudios Europeos*, n.º 70, julio-diciembre, 2017, p. 124, que, no entanto, afirma que não existe hoje nenhuma plataforma «que sem margem de dúvida se encontre nesta situação» de fornecer directamente o serviço de alojamento, funcionando como um hotel com um serviço “externalizado”. Sobre o tema, v. também Rubio Gimeno, Gemma, “Heterogeneidad de relaciones contractuales y responsabilidad de la plataforma digital”, in Guillermo García González/María Regina Redinha, *directs.*, Maria Raquel Guimarães/Beatriz Sáenz de Jubera Higuero (coords.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Editorial Dykinson, Madrid, 2019, pp. 228-229. Para mais desenvolvimentos sobre a frequente confusão entre o “serviço de mediação” prestado pelas plataformas colaborativas e o “serviço subjacente que é mediado”, ver Montero Pascual, Juan José, “El régimen jurídico de las plataformas colaborativas”, in Juan José Montero Pascual (dir.), *A La regulación de la economía colaborativa, Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 41-43.

41 V. Carvalho, Joana Campos, *op. cit.*, pp. 200-206.

por motoristas não profissionais que utilizam o seu próprio veículo, o prestador desse serviço de intermediação cria, ao mesmo tempo, uma oferta de serviços de transporte urbano, que torna acessível designadamente através de ferramentas informáticas, tais como a aplicação em causa no processo principal, e cujo funcionamento geral organiza a favor das pessoas que pretendam recorrer a essa oferta para efeitos de deslocação urbana⁴².

A prestação de serviços de intermediação pela plataforma Uber foi, assim, considerada como integrando *um serviço global* cujo elemento principal é uma prestação de serviços «no domínio dos transportes», nos termos do art. 58.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e foi excluída do disposto em matéria de serviços da sociedade de informação, ou seja, do âmbito de aplicação do art. 56.º do TFUE, da Diretiva 2006/123/CE e da Diretiva 2000/31/CE⁴³. Consequentemente, a actividade levada a cabo pela Uber foi também excluída do âmbito de aplicação do princípio da irresponsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade de informação⁴⁴.

4. A isenção de responsabilidade dos “prestadores de serviços da sociedade de informação”

Enquanto prestadoras de serviços da sociedade de informação, as plataformas colaborativas estão sujeitas a extensos requisitos de informação e beneficiam da isenção de responsabilidade dos intermediários da sociedade de informação, previstos na Directiva sobre o comércio electrónico⁴⁵. Acresce que, nos termos da mesma Directiva 2000/31/CE, estas plataformas não têm uma «uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que

42 TJUE, Acórdão de 20/12/2017, Processo C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL*, EU:C:2017:981, n.ºs 37-38.

43 TJUE, Acórdão de 20/12/2017, Processo C-434/15, n.º 40. V., diferentemente, no que respeita à actividade prosseguida pela Airbnb, as considerações do TJUE no Acórdão de 19/12/2019, Processo C-390/18, *Airbnb Ireland*, EU:C:2019:1112, n.ºs 50-57: «enquanto tal, um serviço de intermediação como o prestado pela Airbnb Ireland não pode ser considerado parte integrante de um serviço global cujo elemento principal é uma prestação de alojamento».

44 Esta consequência da posição adoptada pelo TJUE é salientada pelo estudo realizado pelo Institute for Information Law (IVIR), *op. cit.*, p. 31. Para mais desenvolvimentos sobre esta actividade e a sua regulamentação, nomeadamente em Portugal, v. Babo, Raquel Costa, “A intermediação das plataformas eletrónicas nos contratos celebrados com consumidores”, in Maria Raquel Guimarães/Rute Teixeira Pedro/Maria Regina Redinha (coords.), *Direito digital*, CIE/FDUP, Porto, 2021, pp. 313-316.

45 Arts. 5.º, 6.º, e 14.º e considerando 40 da Directiva sobre o comércio electrónico. Para uma perspectiva crítica, Cauffman, Caroline, *op. cit.*, pp. 239, 243.

(...) transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes», estando mesmo os Estados Membros proibidos de impor uma obrigação geral desta natureza⁴⁶.

No caso particular dos prestadores de serviços de armazenagem de informação, onde caberão, em regra, as plataformas colaborativas, a isenção de responsabilidade encontra-se circunscrita à actividade de armazenagem – “armazenagem principal” ou “em servidor”, de acordo com as designações adoptadas pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, ou pela Directiva 2000/31/CE –, não abrangendo, segundo o que tem sido a interpretação do TJUE, uma actuação mais interventiva destas plataformas⁴⁷. Será, assim, determinante para a aplicação deste princípio de desresponsabilização o grau de envolvimento da plataforma na actividade prosseguida, sendo certo que este princípio apenas se aplica a prestadores *intermediários* de serviços em rede, que são «aqueles que prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço»⁴⁸.

A adopção por uma plataforma de um papel *activo* nas transacções levadas a cabo com a sua intermediação, que «lhe permita ter um conhecimento ou um controlo dos dados armazenados», «quando presta uma assistência que consiste em otimizar a apresentação das propostas de venda em causa

46 Art. 15.º e considerando 47 da Directiva sobre o comércio electrónico. De acordo com este considerando 47, apenas pode ser imposta a estes prestadores de serviços uma obrigação de vigilância em casos específicos. A distinção entre medidas “gerais” de monitorização e medidas “específicas” pode, porém, não ser muito clara: Institute for Information Law (IVIR), *op. cit.*, pp. 45-47. Ver também COM(2016) 356 final, pp. 8-9, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies (IPOL), *op. cit.*, pp. 42-44, e Díaz Gómez, María Angustias, “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, in *Revista de Estudios Europeos*, n. 70, julio-diciembre, 2017, pp. 49-50. Em Portugal, o STJ reconheceu a inexistência de um dever geral de vigilância, conforme decorre do art. 12.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, num caso que opôs a Google a um conjunto de pessoas que invocavam a violação da sua honra através de um blog publicado no Blogger: Acórdão do STJ de 02/06/2016 (Pires da Rosa).

47 Para uma definição destes prestadores de serviços intermediários de armazenagem, e para o enquadramento das plataformas colaborativas no seu âmbito, v. Institute for Information Law (IVIR), *op. cit.*, pp. 10, 12-13. Sobre o tema, e, sobretudo, quanto à dificuldade de fazer corresponder as actividades que vão sendo levadas a cabo pelas plataformas às categorias definidas na Directiva do comércio electrónico, v. Arroyo Amayuelas, Esther, “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 808-837, disponível em <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5225> (consultado em 30/03/2021), pp. 811-814.

48 Cfr. a definição de prestadores intermediários de serviços em rede consagrada no art. 4.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro.

ou em as promover», levará a afastar a aplicação do art. 14.º da Directiva⁴⁹. De acordo com a interpretação do TJUE, este normativo deverá ficar reservado para aqueles intermediários que se limitam a uma “prestação neutra”, *passiva*, de serviços, «através de um processamento puramente técnico e automático dos dados fornecidos pelos seus clientes», onde se inclui o armazenamento de propostas de venda, a fixação das modalidades do serviço, ainda que remunerado, e a prestação de informações de ordem geral aos clientes⁵⁰. Idêntica posição foi adoptada pelo nosso Supremo Tribunal de Justiça, em Dezembro de 2020, desresponsabilizando um prestador intermediário de serviços de rede pelos conteúdos por si alojados, na medida em que se considerou que este prestava apenas serviços “de ordem meramente técnica”, «sem qualquer intervenção nos conteúdos da informação ou serviço, que eram da exclusiva responsabilidade do cliente»⁵¹.

De todo o modo, o simples armazenamento de informações prestadas por um utilizador do serviço só levará à desresponsabilização da plataforma intermediária se esta desconhecer a actividade ou informação ilegal, ou os factos ou circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal, actuando diligentemente no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às

49 V. TJUE, Acórdão de 12/07/2011, Processo C-324/09, *L'Oréal v eBay*, EU:C:2011:474, n.ºs 116 e 123. V., também, Díaz Gómez, María Angustias, *op. cit.*, pp. 46-48, Domínguez Luelmo, Andrés, *op. cit.*, p. 256, e Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies (IPOL), *op. cit.*, pp. 38-40. No mesmo sentido é indicado o considerando 42 da Directiva 2000/31/CE; no entanto, parece ser pelo menos discutível que este considerando abranja também a actividade de armazenagem principal ou em servidor e não tão-só as actividades de armazenagem temporária ou intermediária (“caching”) e de transporte: Arroyo Amayuelas, Esther, *op. cit.*, pp. 814-815; Babo, Raquel Costa, *op. cit.*, pp. 318-319. Institute for Information Law (IVIR), *op. cit.*, pp. 31-32, Díaz Gómez, María Angustias, *op. cit.*, p. 50, e Angelopoulos, Christina, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, 2017, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947800 (consultado em 30/03/2021), pp. 11-12.

50 TJUE, Acórdão de 12/07/2011, Processo C-324/09, n.ºs 113, *a contrario*, e 115, Domínguez Luelmo, Andrés, *op. cit.*, p. 256, e Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies (IPOL), *op. cit.*, pp. 39-40. Adoptando uma perspectiva crítica relativamente à introdução destes limites ao acesso ao “porto seguro” constituído pelo art. 14.º da Directiva 2000/31/CE, no sentido de que os papéis activo ou passivo assumidos não podem ser entendidos em termos absolutos, v. Institute for Information Law (IVIR), *op. cit.*, pp. 31-37. Em sentido próximo, defendendo o abandono da distinção entre “papel activo” e “papel passivo” para estes efeitos e a sua substituição por critérios como “grau de controlo”, “desempenho de funções editoriais” ou “conhecimento efectivo”, v. Arroyo Amayuelas, Esther, *op. cit.*, pp. 814-817.

51 Acórdão do STJ de 10/12/2020 (Ferreira Lopes). O STJ não teve em conta, no entanto, as posições assumidas pelo TJUE nos casos já citados *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL* e *L'Oréal v eBay*, nomeadamente a descaracterização da actividade de prestação de serviços de intermediação sempre que esta seja prosseguida conjuntamente com outras actividades ou o prestador assumia um papel activo relativamente às transacções levadas a cabo com a sua intermediação.

informações a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, nos termos do art. 14.º da Directiva⁵².

Em qualquer dos casos, a não aplicação do art. 14.º da Directiva de 2000 e dos seus correspondentes nacionais não significa a necessária responsabilização da plataforma, mas tão-só a remissão para as regras gerais da responsabilidade civil aplicáveis à situação em apreço, que ditarão, então, o *se* e o *quantum* da reparação devida, uma vez que não existe harmonização das regras nacionais sobre esta matéria⁵³.

Em face das alterações verificadas no ecossistema digital, nomeadamente pelo rápido desenvolvimento das plataformas electrónicas no âmbito da economia colaborativa, o princípio da isenção de responsabilidade dos intermediários que prestam serviços da sociedade de informação fixado em 2000 foi, no entanto, frequentemente questionado⁵⁴. Ainda assim, quando a questão da responsabilidade destas plataformas voltou a ser equacionada pela Comissão Europeia, em 2016, na sua Comunicação *As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*⁵⁵, esta afirmou:

“O atual regime de responsabilidade dos fornecedores de serviços intermediários, conforme definido na Diretiva Comércio Eletrónico, foi concebido numa altura em que as plataformas em linha não tinham as características nem a escala que têm atualmente. (...) Embora tenham sido apontadas algumas preocupações acerca da responsabilidade, a consulta demonstrou um grande apoio aos princípios existentes da Diretiva Comércio Eletrónico.

52 Para mais desenvolvimentos sobre estes requisitos, v. Institute for Information Law (IVIR), *op. cit.*, pp. 37-40, e Arroyo Amayuelas, Esther, *op. cit.*, pp. 822-824. Para o confronto deste normativo e dos seus requisitos com o disposto no art. 16.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, v. Costa, João Pedro Fachana Cardoso Moreira da, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet, Em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores* (dissertação de mestrado), FDUP, Porto, 2011, pp. 95-101.

53 Chamam a atenção para este aspecto Angelopoulos, Christina, *op. cit.*, p. 13, Arroyo Amayuelas, Esther, *op. cit.*, p. 809; Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies (IPOL), *op. cit.*, pp. 18-19, 23-29; e Díaz Gómez, María Angustias, *op. cit.*, pp. 39-40, com referências.

54 V. Institute for Information Law (IVIR), *op. cit.*, pp. 11-12. Entre nós, muito recentemente, no sentido da desactualização do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, e da Directiva 2000/31/CE, face à realidade actual, v. Agostinho, Sofia Lopes, “A responsabilidade das plataformas digitais pela segurança dos consumidores – A propósito do Ac. do STJ, de 10/12/2020”, in *Nova Consumer Lab*, 18/02/2021, disponível em <https://novaconsumerlab.fd.unl.pt/a-responsabilidade-das-plataformas-digitais-pela-seguranca-dos-consumidores-a-proposito-de-ac-do-stj-de-10-12-2020/> (consultado em 30/03/2021).

55 COM(2016) 288 final.

Tendo em conta este cenário, a Comissão vai manter um regime de responsabilidade equilibrado e previsível para as plataformas em linha. Este é crucial para continuar o desenvolvimento da economia digital na UE e para desbloquear investimentos nos ecossistemas das plataformas. Simultaneamente, foram identificadas diversas questões específicas relacionadas com conteúdos ilegais ou nocivos e atividades em linha que devem ser consideradas para tornar esta abordagem sustentável⁵⁶.

A Comissão Europeia reforçou ainda, à época, nas duas comunicações de 2016 – *Agenda Europeia para a Economia Colaborativa e As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa* –, que as plataformas colaborativas deveriam levar a cabo uma *acção voluntária* para combater os conteúdos ilegais e para aumentar a confiança dos utilizadores, assegurando que «tais medidas voluntárias não devem automaticamente ser interpretadas no sentido de que as plataformas colaborativas que beneficiam de exoneração de responsabilidade prevista para os intermediários deixam de beneficiar dessa exoneração»⁵⁷. Pretendia a Comissão Europeia com esta ressalva evitar o chamado “paradoxo do bom samaritano”, que leva a que as plataformas se retraiam na sua actividade e se limitem a uma atitude passiva face aos conteúdos armazenados, com vista a evitar que um comportamento pró-activo seja interpretado como extravasando as funções de um simples prestador de uma actividade de armazenamento, ou, pelo menos, importe o conhecimento de conteúdos ou actividades ilícitas, levando ao afastamento do “porto seguro” que o art. 14.º da Directiva 2000/31/CE fornece⁵⁸.

56 COM(2016) 288 final, pp. 8-9. As questões específicas que a Comissão Europeia identificou relacionadas com conteúdos ilegais ou nocivos e atividades em linha foram: (i) a proliferação de plataformas de distribuição de vídeos de conteúdos nocivos para menores e com discursos de ódio; (ii) a obtenção de receitas com a utilização de conteúdos protegidos por direitos de autor; (iii) a necessidade de incentivar as plataformas a adoptarem medidas voluntárias mais eficazes para restringir a exposição a conteúdos ilegais ou nocivos em áreas como o incitamento ao terrorismo, o abuso sexual infantil e o discurso de ódio; (iv) proporcionar maior clareza quanto à isenção de responsabilidade das plataformas em linha, de modo a permitir que estas tomem medidas de autorregulação mais eficazes; (v) necessidade de monitorizar os procedimentos existentes de notificação e acção para garantir a coerência e a eficiência do regime de responsabilidade dos intermediários: *idem*, *ibidem*, pp. 9-10.

57 COM(2016) 356 final, p. 9. V. também COM(2016) 288 final, pp. 10-11, e Cauffman, Caroline, *op. cit.*, p. 238.

58 Sobre o “paradoxo do bom samaritano”, v. Institute for Information Law (IVIR), *op. cit.*, pp. 39-42, e Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies (IPOL), *op. cit.*, pp. 40-41.

É, no entanto, possível elencar razões ponderosas para promover a alteração do regime vigente, advogando-se a responsabilização destes prestadores de serviços, na medida em que potenciam as infracções de terceiros e se encontram em melhor posição para impedir estas infracções quando realizadas através dos seus serviços⁵⁹. Por outro lado, pode argumentar-se que seria mais eficiente a actuação destes intermediários no sentido de travar os comportamentos ilícitos do que perseguir directamente os terceiros infractores, eventualmente anónimos⁶⁰. Ainda assim, não é pacífico o entendimento de que a Directiva 2000/31/CE deva ser alterada, nem uma intervenção neste domínio dos serviços digitais tem que significar o abandono dos princípios agora vigentes, havendo algum consenso quanto à manutenção destes princípios, ao mesmo tempo que se defende a sua actualização face às evoluções verificadas⁶¹.

Entretanto, uma nova intervenção no sentido de regular os serviços digitais foi sendo anunciada⁶², tendo a Comissão Europeia, na sua comunicação *Construir o futuro digital da Europa*, de 2020, deixado patente os seus propósitos de clarificar os papéis e as responsabilidades das plataformas em linha, acrescentando que «a venda de produtos ilícitos, perigosos e falsificados, bem como a difusão de conteúdos ilegais, têm de ser combatidas de forma igualmente eficaz em linha como fora de linha»⁶³. Em concreto, nesta comunicação previa-se a adopção de «regras novas e alteradas no intuito de aprofundar o mercado interno dos serviços digitais, aumentando e harmonizando as responsabilidades das plataformas em linha e dos prestadores

59 Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies (IPOL), *op. cit.*, pp. 8, 13.

60 *Idem, ibidem*.

61 Em sentido negativo, ver o mesmo estudo Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies (IPOL), *op. cit.*, pp. 45-47. Para uma súmula das críticas ao regime vigente e dos argumentos para a sua alteração, v. European Parliamentary Research Service, *op. cit.*, pp. 32-33.

62 V. o programa de actuação anunciado por Leyen, Ursula von der, *A Union that Strives for More, My agenda for Europe, Political Guidelines for the next European Commission, 2019-2024*, disponível em https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf (consultado em 29/03/2021), onde se referia expressamente às plataformas electrónicas: «A new Digital Services Act will upgrade our liability and safety rules for digital platforms, services and products, and complete our Digital Single Market» (3. “A Europe fit for the digital age”). Para uma súmula dos documentos emitidos pelas instâncias europeias pertinentes para a regulamentação dos serviços digitais, desde 2016, v. European Parliamentary Research Service, *op. cit.*, pp. 98-101.

63 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Construir o futuro digital da Europa*, COM(2020) 67 final, Bruxelas, 19/02/2020, p. 11.

de serviços de informação e reforçando o controlo exercido sobre as políticas prosseguidas pelas plataformas em matéria de conteúdos na UE»⁶⁴.

Finalmente, em 15 de Dezembro último, foi publicada a já referida Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais)⁶⁵.

5. Evolução: a Proposta de um Regulamento relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais)

A Proposta do Regulamento Serviços Digitais partiu da base criada pela Directiva sobre o comércio electrónico, nomeadamente mantendo o “porto seguro” dos seus arts. 12.º a 14.º e a proibição de imposição de uma obrigação geral de vigilância do art. 15.º, particularizando os seus princípios e esclarecendo algumas dúvidas que se levantavam relativamente ao regime vigente, ao mesmo tempo que incorporou a jurisprudência do TJUE que tem vindo a interpretar estas regras⁶⁶. A opção por um instrumento do tipo regulamento terá visado minimizar a possibilidade de os Estados Membros modificarem o regime previsto⁶⁷. Assim, propõe-se a revogação destes artigos da Directiva 2000/31/CE (v. art. 71.º da Proposta) e a sua substituição pelos arts. 3.º a 7.º da Proposta.

Esclarece-se, por outro lado, de forma expressa, em resposta às críticas relativas ao “paradoxo do bom samaritano” e ao potencial desincentivo à diligência dos intermediários, que a realização de «investigações voluntárias por iniciativa própria ou outras atividades destinadas a detetar, identificar e remover ou bloquear o acesso a conteúdos ilegais», ou a tomada de «medidas necessárias para cumprir os requisitos do direito da União», não obsta a que estes prestadores de serviços continuem a beneficiar das isenções de responsabilidade consagradas⁶⁸. Esta não se trata, porém, de uma verdadeira

64 *Idem, ibidem*, p. 14.

65 Comissão Europeia, COM(2020) 825 final.

66 Para uma análise das vantagens e desvantagens desta opção legislativa em face de uma solução mais radical de uniformização das regras da responsabilidade aplicáveis às plataformas electrónicas, v. European Parliamentary Research Service, *op. cit.*, pp. 81-85.

67 Savin, Andrej, *op. cit.*, p. 4.

68 Art. 6.º da Proposta. Este esclarecimento já foi saudado pela doutrina que criticava a ambiguidade do regime actualmente em vigor. V., entre outros, Leistner, Matthias, “The Commission’s vision for Europe’s digital future: proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the

reforma das regras vigentes, na medida em que o regime agora explanado é já largamente assumido pelos operadores⁶⁹, embora beneficie com a certeza de uma previsão legal.

No que, em particular, respeita à (ir)responsabilidade dos intermediários que prestam um serviço de “armazenagem em servidor” – onde cabem, como dissemos, as “plataformas em linha”, tal como definidas no art. 2.º, alínea h), da Proposta – transcreve-se na Proposta o disposto no art. 14.º da Directiva 2000/31/CE, mas salvaguarda-se um regime novo, privativo destas plataformas, no sentido de as excluir da isenção de responsabilidade, sempre que exista uma identificação destas com os contratos celebrados com os consumidores. Diz-se no art. 5.º, n.º 3, da Proposta:

“O n.º 1 não é aplicável no que respeita à responsabilidade, nos termos do direito em matéria de proteção dos consumidores, de plataformas em linha que permitam aos consumidores celebrar contratos à distância com comerciantes, sempre que essas plataformas apresentem o elemento específico de informação ou permitam, de qualquer outra forma, que a transação específica em causa induza um consumidor médio e razoavelmente bem informado a acreditar que a informação, o produto ou o serviço objeto da transação é fornecido pela própria ou por um destinatário do serviço que atue sob a sua autoridade ou controlo”.

Na medida em que os consumidores – mas já não os profissionais – criem a convicção de que o serviço ou o bem é fornecido directamente pela plataforma ou por um terceiro por si controlado, a plataforma responde pela informação, actividade ou conteúdo ilegal proporcionado⁷⁰. Note-se que, aqui, “conteúdo ilegal” é definido em termos latos e abrange «quaisquer informações que, por si só ou por referência a uma atividade, incluindo a venda de produtos ou a prestação de serviços, não estejam em conformidade com o direito da União ou de um Estado-Membro, independentemente

Digital Services Act – a critical primer”, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, p. 6. Ainda assim, a manutenção de um princípio de proibição de imposição de uma obrigação geral de vigilância ficará aquém do que alguns esperariam, pelo menos em determinados sectores, como o sector da alimentação (*eFood*), onde se advoga uma mudança de paradigma no sentido de passar de uma responsabilidade reactiva para uma responsabilidade pró-activa dos prestadores de serviços, no que respeita aos conteúdos publicitados e ofertas realizadas mediante a sua intermediação: Raschke, Dennis, “The Digital Services Act and beyond: an eFood perspective”, in *Journal of Consumer Protection and Food Safety*, vol. 15, 2020, p. 305.

69 A observação é feita por Savin, Andrej, *op. cit.*, p. 6.

70 Cfr. o art. 5.º, n.º 3, da Proposta.

do objeto ou da natureza precisa desse direito», onde se incluem desde conteúdos terroristas, à partilha não autorizada de imagens privadas e venda de produtos contrafeitos, mas também actividades que impliquem a violação de direitos dos consumidores⁷¹. A identificação da plataforma, ou a indissociação desta, com o serviço prestado por um terceiro, leva a equiparar o modelo de negócio das plataformas negociais bipartidas ou tripartidas àquele das plataformas prestadoras directas dos serviços, desvalorizando-se o serviço de intermediação prestado.

Também se desenvolve o modo de actuação dos prestadores de serviços intermediários em face da detecção de conteúdos ilegais, especificando-se os deveres que lhes são impostos nesses casos⁷². Impõem-se, por outro lado, aos prestadores de serviços de armazenagem em servidor, obrigações de prestação de informações, de criação de mecanismos de notificação por terceiros de conteúdos ilícitos e de exposição dos motivos em caso de remoção de conteúdos ou de bloqueio de acesso, ressaltando-se a sua actuação transparente e respeitadora dos direitos fundamentais dos seus utilizadores, nomeadamente à liberdade de expressão⁷³.

A Proposta densifica ainda os deveres adicionais impostos às plataformas que não sejam consideradas micro ou pequenas empresas (art. 16.º e ss.) e às plataformas de muito grande dimensão (art. 25.º e ss.), num crescendo de regulamentação. Por um lado, prevêem-se relativamente às primeiras sistemas de queixa e resolução de conflitos (arts. 17.º, 18.º e 19.º) – assegurando que as decisões relativas às informações, relativamente às quais foram feitas reclamações, não são tomadas exclusivamente com base em meios automatizados⁷⁴ –, de protecção contra a utilização ilícita da plataforma (arts. 20.º, 21.º e 22.º) e deveres de informação (arts. 23.º e 24.º)⁷⁵.

Uma previsão importante no sentido da protecção dos consumidores que contratam à distância com comerciantes através de uma plataforma é a que impõe à plataforma de obtenção de uma série de informações relativamente

71 Cfr. o art. 2.º, alínea g), e o considerando 12 da Proposta.

72 Art. 8.º da Proposta.

73 Arts. 9.º, 14.º e 15.º da Proposta. Para mais desenvolvimentos sobre estas previsões, v. Savin, Andrej, *op. cit.*, pp. 7-8.

74 Art. 17.º, n.º 5, da Proposta.

75 Seguimos aqui uma primeira arrumação destes deveres levada a cabo por Lima, Francisco Arga e, “Digital Services Act e as Grandes Plataformas Digitais”, in *Nova Consumer Lab*, 17/1/2021, disponível em <http://novaconsumerlab.fd.unl.pt/digital-services-act-e-as-grandes-plataformas-digitais/> (consultado em 30/03/2021).

ao comerciante, com vista à sua identificação, antes da utilização dos seus serviços, procurando que este não se esconda no anonimato, levando a cabo a sua actividade, eventualmente ilícita, sob a fachada de uma plataforma legítima⁷⁶. Caberá ainda à plataforma avaliar a exactidão das informações recebidas – ainda que a Proposta só lhe imponha os esforços que sejam considerados “razoáveis” e remeta para a utilização de bases de dados oficiais e para os documentos fornecidos pelo próprio comerciante. E caber-lhe-á também solicitar a correcção destas informações em caso de inexactidão ou incompletude e suspender a prestação do serviço caso isso não aconteça⁷⁷. Note-se que, em qualquer dos casos, estas medidas significam um aumento importante dos custos administrativos das plataformas⁷⁸. Mas o legislador procurou obviar com estas novas medidas ao incumprimento dos deveres de identificação previstos no art. 5.º da Directiva sobre o comércio electrónico – que sempre ficaria à mercê das regras internas de cada Estado aplicáveis à situação –, importando para este domínio das plataformas digitais a regra “*know your customer*” do sector financeiro, ainda que numa versão atenuada⁷⁹. Optou-se por uma solução preventiva, a desenvolver antes de ser permitido o acesso do comerciante à plataforma intermediária, ao invés de uma medida repressiva, a aplicar em face do incumprimento dos deveres de identificação e, muito possivelmente, já perante uma actuação ilícita, não rastreável, do comerciante perante a sua contraparte. Esta contraparte a proteger será potencialmente um consumidor, mas o regime proposto beneficiará qualquer utilizador da plataforma, independentemente da sua qualidade de consumidor, uma vez que os deveres de transparência impostos surgem mesmo antes da actuação do comerciante, no momento em que este contrata com a plataforma o acesso aos seus serviços de intermediação.

Às plataformas que «prestam os seus serviços a um número médio mensal de destinatários ativos do serviço na União igual ou superior a 45 milhões», consideradas plataformas de muito grande dimensão, são impostos, por um lado, deveres de segurança e controlo (arts. 26.º a 28.º e 32.º) e, por outro

76 Art. 22.º, n.º 1, da Proposta.

77 Art. 22.º, n.ºs 2 e 3, da Proposta.

78 Chama a atenção para estes custos, Savin, Andrej, *op. cit.*, pp. 9-10.

79 A dificuldade de identificação dos infractores é uma das questões prementes na internet, como salienta o estudo Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies (IPOL), *op. cit.*, pp. 51-54, vindo a solução agora proposta ao encontro das recomendações feitas por este estudo quanto a este problema: *idem, ibidem*, pp. 54-56.

lado, deveres de informação e de acesso (arts. 29.º a 31.º e 33.º)⁸⁰, tendo em conta os “riscos sistémicos” que a Proposta lhes associa⁸¹.

Alguns questionam, porém, a adequação e a eficácia destes deveres para atingir os objectivos programados e mesmo os benefícios sociais que lhes estão associados, tendo em conta os custos que implicam para as plataformas, para além dos custos administrativos e de vigilância que importam⁸². Outros perguntam-se se as mudanças propostas correspondem efectivamente aos desafios colocados pelo moderno mundo digital, tendo em conta que as premissas de que parte a nova regulação mantêm-se inalteradas e inquestionadas⁸³.

Em qualquer dos casos, as respostas a estas questões dependerão da articulação dos textos finais que forem fixados não só para o Regulamento Serviços Digitais, mas também para o Regulamento Mercados Digitais, na medida em que versam sobre dois lados complementares de uma mesma realidade. É, porém, certo que, no que toca ao regime proposto para os serviços digitais e, em concreto, para as plataforma em linha, o legislador europeu parece ignorar completamente que o funcionamento e desenvolvimento destes serviços assenta em larga medida na captação e tratamento de dados pessoais em larga escala, como também parece ter desvalorizado a crescente introdução de mecanismos de inteligência artificial neste domínio, levando a questionar o seu potencial de regular não só os desenvolvimentos futuros do sector, mas já a realidade instalada⁸⁴.

80 Lima, Francisco Arga e, *op. cit.* V. o art. 25.º da Proposta para a definição das plataformas de muito grande dimensão.

81 Para mais desenvolvimentos sobre os normativos propostos, v. Savin, Andrej, *op. cit.*, pp. 10-12.

82 Assim, Leistner, Matthias, *op. cit.*, pp. 6-7, considerando discutível a utilidade e a extensão do quadro legal proposto para as plataformas de grande dimensão, que o Autor caracteriza como “bizantino”.

83 Savin, Andrej, *op. cit.*, pp. 14-15.

84 Estas questões são também levantadas por Savin, Andrej, *op. cit.*, p. 16.

Referências

- Agostinho, Sofia Lopes, "A responsabilidade das plataformas digitais pela segurança dos consumidores – A propósito do Ac. do STJ, de 10/12/2020", in *Nova Consumer Lab*, 18/02/2021, disponível em <https://novaconsumerlab.fd.unl.pt/a-responsabilidade-das-plataformas-digitais-pela-seguranca-dos-consumidores-a-proposito-de-ac-do-stj-de-10-12-2020/> (consultado em 30/03/2021).
- Angelopoulos, Christina, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, 2017, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947800 (consultado em 30/03/2021).
- Arroyo Amayuelas, Esther, "La responsabilidade de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 808-837, disponível em <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5225> (consultado em 30/03/2021).
- Babo, Raquel Costa, "A intermediação das plataformas eletrónicas nos contratos celebrados com consumidores", in Maria Raquel Guimarães/Rute Teixeira Pedro/Maria Regina Redinha (coords.), *Direito digital*, CIE/FDUP, Porto, 2021, pp. 291-337, disponível em https://cije.up.pt/client/files/000000001/direitodigital-ebook-5_1771.pdf (consultado em 14/11/2021).
- Balkin, Jack M., "The fiduciary model of privacy", in *Harv L Rev*, vol. 134, 2020, pp. 11-33.
- Betkier, Marcin, *Privacy online, law and the effective regulation of online services*, Intersentia, Cambridge, 2019.
- Carvalho, Joana Campos, "From bilateral to triangular: concluding contracts in the collaborative economy", in M. Regina Redinha/M. Raquel Guimarães/F. Liberal Fernandes (coords.), *Sharing Economy: Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars, Newcastle upon Tyne, 2019, pp. 196-210.
- Cauffman, Caroline, "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. 6 (5), 2016, pp. 235-243.
- Celata, F./Hendrickson, C. Y./Sanna, V. S., "The sharing economy as community marketplace? Trust, reciprocity and belonging in peer-to-peer accommodation platforms", in *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, n. 10, 2017, pp. 349-363.
- Cockayne, D. G., "Sharing and neoliberal discourse: The economic function of sharing in the digital on demand economy", in *Geoforum*, n. 77, 2016, pp. 73-82.
- Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 02/06/2016.

____, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité Das Regiões, As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*, COM(2016) 288 final, Bruxelas, 25/06/2016.

____, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Construir o futuro digital da Europa*, COM(2020) 67 final, Bruxelas, 19/02/2020.

____, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE*, COM(2020) 825 final, 2020/0361 (COD), Bruxelas, 15/12/2020.

____, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais)*, COM(2020) 842 final, 2020/0374 (COD), Bruxelas, 15/12/2020.

Costa, João Pedro Fachana Cardoso Moreira da, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet, Em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores* (dissertação de mestrado), FDUP, Porto, 2011.

Costa, Mariana Fontes da, “Sharing rconomy: from B2C to P2P and back”, in M. Regina Redinha/M. Raquel Guimarães/F. Liberal Fernandes (coords.), *Sharing Economy: Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars, Newcastle upon Tyne, 2019, pp. 14-32.

Díaz Gómez, María Angustias, “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, in *Revista de Estudios Europeos*, n. 70, julio-diciembre, 2017, pp. 27-68.

Domínguez Luelmo, Andrés, “Tourist Accommodation and the Collaborative Economy: Legal Matters in the Spanish Context”, in M. Regina Redinha/M. Raquel Guimarães/F. Liberal Fernandes (coords.), *Sharing Economy: Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars, Newcastle upon Tyne, 2019, pp. 228-260.

European Law Institute (ELI), *Model Rules on Online Platforms*, ELI, Viena, 2019, disponível em https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf (consultado em 30/03/2021).

European Parliamentary Research Service (EPRS), *Liability of online platforms*, European Union, Brussels, 2021.

González Jimenez, Pedro Mario, “La oferta de viviendas de uso turístico a través de plataformas colaborativas: Reflexiones desde el derecho de la competencia desleal”, in *Revista de Estudios Europeos*, n.º 70, julio-diciembre, 2017, pp. 111-126.

Guimarães, Maria Raquel, “My Couch, Your Couch: The Legal (Ir)relevance of Sleeping on Someone Else’s Sofa”, in M. Regina Redinha/M. Raquel Guimarães/F. Liberal Fernandes (coords.), *Sharing Economy: Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars, Newcastle upon Tyne, 2019, pp. 268-283.

____, "Los contratos de alojamiento turístico en viviendas compartidas", in Guillermo García González/Maria Regina Redinha (dirs.) e Maria Raquel Guimarães/Beatriz Sáenz de Jubera Higuero (coords.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Editorial Dykinson, Madrid, 2019, pp. 261-282.

Guimarães, Maria Raquel/Redinha, Maria Regina, "A Portuguese Approach to Privacy in COVID-19 Times: Through the Keyhole", in E. Hondius, M. Santos Silva, A. Nicolussi, P. Salvador Coderch, C. Wendehorst and F. Zoll (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2021, pp. 1009-1026.

GMSA, *The Internet Value Chain, A study on the economics of the internet*, London, May 2016, disponível em https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/09/GSMA2016_Report_TheInternetValueChain.pdf (consultado em 25/03/2021).

Institute for Information Law (IVIR), *Hosting intermediary services and illegal content online, An analysis of the scope of Article 14 E-Commerce Directive in light of developments in the Online service landscape*, European Union, Luxembourg, 2018, disponível em https://www.ivir.nl/publicaties/download/hosting_intermediary_services.pdf (consultado em 30/03/2021).

Katz, Vanessa, "Regulating the sharing economy", in *Berkeley Technology Law Journal*, n. 30, 2015, pp. 1067-1126.

Khan, Lina M./Pozen, David E., "A skeptical view of information fiduciaries", in *Harv L Rev*, vol. 133, 2019, pp. 497-541.

Leistner, Matthias, "The Commission's vision for Europe's digital future: proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – a critical primer", in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, pp. 1-7.

Leyen, Ursula von der, *A Union that Strives for More, My agenda for Europe, Political Guidelines for the next European Commission, 2019-2024*, disponível em https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf (consultado em 29/03/2021).

Lima, Francisco Arga e, "Digital Services Act e as Grandes Plataformas Digitais", in *Nova Consumer Lab*, 17/1/2021, disponível em <http://novaconsumerlab.fd.unl.pt/digital-services-act-e-as-grandes-plataformas-digitais/> (consultado em 30/03/2021).

Maultzsch, Felix, "Contractual liability of online platform operators: European proposals and established principles", in *European Review of Contract Law*, vol. 14, 3/2018, pp. 209-240 (também disponível em <https://ssrn.com/abstract=3074301> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3074301>).

Montero Pascual, Juan José, "El régimen jurídico de las plataformas colaborativas", in Juan José Montero Pascual (dir.), *A La regulación de la economía colaborativa, Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 87-124.

Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies (IPOL), *The functioning of the Internal Market for Digital Services: responsibilities and duties of care of providers of Digital Services, Challenges and opportunities*, European Union, Luxembourg, 2021.

Raschke, Dennis, “The Digital Services Act and beyond: an eFood perspective”, in *Journal of Consumer Protection and Food Safety*, vol. 15, 2020.

Research Group on the Law of Digital Services, “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, in *EuCML*, Issue 4/2016, pp. 164-169.

Rubio Gimeno, Gemma, “Heterogeneidad de relaciones contractuales y responsabilidad de la plataforma digital”, in Guillermo García González/Maria Regina Redinha, directs., Maria Raquel Guimarães/Beatriz Sáenz de Jubera Higuero (coords.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Editorial Dykinson, Madrid, 2019, pp. 217-238.

Savin, Andrej, *The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet* (February 16, 2021). Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper No. 21-04, *Journal of Internet Law*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3786792> (consultado em 30/03/2021).

Sloot, Bart van der, *Privacy as virtue*, Cambridge, Intersentia, 2017.

Zale, Kellen, “Sharing property”, in *University of Colorado Law Review*, vol. 87, 2016, pp. 501-580.

Primeiros passos para a caracterização e o apuramento do regime e da natureza das *fintech*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.20>

Rui Polónia*
Inês Dias**

* Assistente Convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutorando em Direito.

** Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutoranda em Direito.

Resumo: A digitalização tem marcado, largamente, o processo evolutivo económico e social ao longo das últimas décadas, fenómeno, aliás, acelerado a partir do ano de 2020, por força da pandemia provocada pela doença COVID-19. O setor bancário não foi exceção, manifestando-se esta tendência não só através da digitalização de serviços tradicionais, como sucede com o caso das aplicações de *home banking*, como através da criação de novos serviços bancários, em que o modelo de negócio tem apresentado novas soluções para o utilizador. Falamos, aqui, das *fintech*: entidades que se dedicam à prestação de serviços de pagamento com recurso às tecnologias de informação e cujo modelo de atividade iremos explorar no presente artigo.

Palavras-chave: Sistema financeiro – digitalização – *fintech* – serviços de pagamento – tecnologias de informação – segurança.

Sumário: 1. Introdução. 2. Definição das *fintech*. 2.1. *Fintech* como entidades. 2.2. Operação no contexto do sistema financeiro. 2.3. Recurso aos meios de comunicação digitais. 2.4. Simplificação. 2.5. Celeridade. 2.6. Impessoalidade. 3. Transformação das atividades em que as *fintech* operam. 4. Obtenção de receita. 5. Princípios a observar no acolhimento das *fintech* no ordenamento jurídico português. 5.1. Princípio da neutralidade tecnológica. 5.2. Princípio da proporcionalidade. 5.3. Princípio da transparência. 5.4. Princípio da inovação. 6. Estado atual da regulação. 7. Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica – a transposição da “Segunda Diretiva dos Serviços de Pagamento”. 7.1. Objeto e âmbito de aplicação. 7.2. Modalidades de serviços de pagamento. 7.3. Prestadores de serviços de pagamento. 7.4. Segurança e autenticação forte dos utilizadores. 8. Perspetiva evolutiva. 9. Conclusão. Referências.

Abstract: Digitization has largely marked the economic and social evolutionary process over the last decades, a phenomenon that has accelerated since 2020, due to the pandemic caused by the COVID-19 disease. The banking sector was no exception, this trend manifesting itself not only through the digitization of traditional services, as in the case of home banking applications, but also through the creation of new banking services, in which the business model has presented new solutions for the user. We are talking here about fintech: entities that are dedicated to the provision of

payment services using information technologies and whose activity model we will explore in this article.

Keywords: Financial system – digitization – fintech – payment services – information technologies – safety.

Summary: **1.** Introduction. **2.** Definition of fintech. *2.1.* Fintech as entities. *2.2.* Operation in the context of the financial system. *2.3.* Use of digital media. *2.4.* Simplification. *2.5.* Speed. *2.6.* Impersonality. **3.** Transformation of the activities in which fintech operates. **4.** Obtaining revenue. **5.** Principles to be observed in the acceptance of fintech in the Portuguese legal system. *5.1.* Principle of technological neutrality. *5.2.* Principle of proportionality. *5.3.* Principle of transparency. *5.4.* Principle of innovation. **6.** Current state of regulation. **7.** Legal Framework for Payment Services and Electronic Money – the transposition of the “Second Payment Services Directive”. *7.1.* Object and scope. *7.2.* Modalities of payment services. *7.3.* Payment service providers. *7.4.* Security and strong user authentication. **8.** Evolutionary perspective. **9.** Conclusion. References.

1. Introdução

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, é esta a máxima tão bem conhecida de todos quanto falam a língua lusa. A evolução é um fenómeno perene, decorrendo ora linearmente ora por impulsos, alterando, a pouco e pouco, tudo quanto nos é familiar. Uma das maiores mudanças dos últimos anos, não nos enganaremos se o dissermos, é a da presença constante dos *smartphones* nas nossas vidas, aparelhos que, não obstante a sua categorização como *telefones móveis*, mais são, em boa verdade, computadores de bolso que acompanham cada passo do nosso quotidiano.

A dado momento, alguns olhares atentos viram nestes equipamentos a capacidade de ser uma nova ponte de ligação entre as entidades financeiras e os seus potenciais clientes, lançando os dados para uma nova indústria (quiçá, uma *renovada indústria*) que temos vindo a apelidar de *fintech* – entenda-se, não é que as *fintech* existam só por via dos *smartphones*, mas poucas dúvidas restarão de que estes foram os principais catalisadores da sua existência, ou, pelo menos, da sua afirmação.

Faríamos a seguinte afirmação, não pensando estar a dizer inverdade alguma: a generalidade do público identifica as *fintech* com as *apps* por via das quais se manifestam, ou seja, quando o utilizador comum olha para o ecrã do seu *smartphone* e vê um ícone como o do *N26* ou o do *Revolut* (entidades que referimos a mero título de exemplo), quase que chega a acreditar que aquela *app* é, em si mesma, a própria *fintech*, ou, pelo menos, o seu único produto – isto será um bom indicador do sucesso que estas entidades tiveram na aproximação da sua atividade ao domínio digital, um universo que o público atual conhece bem e dentro do qual sente cada vez maior conforto.

Pé ante pé, o fenómeno *fintech* tem crescido a olhos vistos, proporcionando o nascimento de novos agentes económicos e a transformação dos que já existiam, conquistando uma multitude de novos clientes e alterando, em boa medida, os parâmetros do funcionamento das atividades em que se inserem. No entanto, e apesar da certeza de que todas estas modificações estão a acontecer, e que até estão a acontecer depressa, a verdade é que o domínio das *fintech* ainda é muito pespontado pela novidade, pela indeterminação e pelo desconhecimento. No domínio jurídico, não podemos deixar de nos indagar acerca destas entidades, do regime jurídico a aplicar-lhes, da sua natureza jurídica e das consequências da sua atuação no tráfego jurídico-económico. Ao longo do presente artigo, propomo-nos, precisamente,

a explorar essa temática, numa primeira tentativa, da nossa parte, de a estudar e dar a conhecer. Partamos ao seu desenvolvimento.

2. Definição das *fintech*

Aquando do cumprimento da tarefa definitiva de qualquer conceito, os autores vêem-se obrigados a escolher entre a apresentação de uma definição e o seu posterior esclarecimento ou o estudo do conceito subjacente para, então, defini-lo como passo final. No presente caso, optámos pela primeira hipótese, ou seja, pela exaração de uma definição demoradamente ponderada, aquando do nosso estudo sobre o objeto do artigo em apreço, para, de seguida, o analisarmos com o vagar necessário. Diríamos, então, que:

as fintech são entidades que operam no contexto do sistema financeiro, veiculando a sua atividade com tendencial e dominante recurso aos meios de comunicação digitais, prestando serviços característicos das entidades financeiras, mas dando privilégio à desmaterialização, à simplificação, à celeridade e à impessoalidade.

2.1. *Fintech* como entidades

Começaremos, precisamente, pelo momento em que dizemos, de um ponto de vista subjetivo, que *as fintech são entidades*. Efetivamente, haveria mais formas de interpretar o termo *fintech*, identificando-o, desde logo, com a atividade abstrata que o caracteriza ou com os produtos concretos por via dos quais se manifesta, mas não pensamos que esses entendimentos devam fazer vencimento (ainda que, naturalmente, também tenham a sua utilidade). Por oposição, consideramos que *fintech* são as entidades que se lançam à exploração deste novo sector, apresentando produtos e serviços que se lhe adequam e abordando o sistema financeiro de uma perspetivas diferente da tradicional, cujos traços característicos aprofundaremos ao longo do presente artigo. Enquanto entidades, assumirão, quase sempre, a forma jurídica de sociedades comerciais, mais especificamente de sociedades anónimas (ou, naturalmente, das figuras que lhes sejam equivalentes fora do domínio do ordenamento jurídico português).

2.2. Operação no contexto do sistema financeiro

No que diz respeito ao trecho referente à operação no seio do sistema financeiro, muito haverá a dizer. Sabemo-lo bem, o sistema financeiro

compreende a atividade bancária, a atividade bolsista e a atividade seguradora, não havendo, pensamos, motivo algum para que as *fintech* não se possam dedicar a qualquer um destes três sectores (e, aliás, fazem-no) – não obstante, estas entidades têm participado, *sobretudo*, no perímetro bancário, em primeira linha, e no perímetro bolsista e segurador, em segunda linha.

Dizemos *no perímetro bancário, em primeira linha*, porque (1) há, em moldes bem simples, mais entidades a dedicar-se à prossecução da sua atividade em modelo *fintech* no domínio bancário do que no domínio bolsista e segurador, (2) a clientela é mais ampla para os serviços bancários do que para os serviços bolsistas e seguradores neste domínio, ou seja, há mais sujeitos a procurar serviços bancários em modalidade *fintech* do que serviços bolsistas e seguradores e (3) a sua orientação para a digitalização dos meios de pagamento (fenómeno que analisaremos com detalhe) leva a que, cada vez mais, as transações económicas passem por elas, num volume que, o leitor já o sabe, é de tal ordem que só pode ser decisivo para o protagonismo da atividade bancária no universo *fintech* – aliás, o contexto pandémico que temos a infelicidade de atravessar aumentou, em muito mais, a popularidade desses meios de pagamento, que antes já se encontravam em acentuado crescimento. Pelo menos por estes três motivos, a atividade bancária é, sem margem para dúvidas, a que mais tem contado com a presença das *fintech*.

2.3. Recurso aos meios de comunicação digitais

Fintech é uma palavra composta, casando os termos *financiar* e *technology*, que se traduzem, em português, como *tecnologia financeira*, evidenciando o direcionamento destas entidades para a aplicação dos novos meios tecnológicos ao sector financeiro, sendo esta, aliás, a sua principal característica definitiva.

Poderá fazer-se a observação do facto de o domínio financeiro já ter feito a sua primeira incursão no universo digital há largos anos, disponibilizando, desde logo, aos seus clientes, *sites* de acesso a uma panóplia de serviços bancários, como a realização de transferências ou a subscrição de cartões, bem como meios de pagamento adequados às necessidades do comércio *online*, para tal servindo de exemplo o serviço MB Net¹. *Não obstante esta*

1 Recorde-se, nesta sede, a noção tradicional de instrumentos de pagamento oferecida por José Engrácia Antunes que, segundo o autor, são "(...) instrumentos de movimentação e circulação de moeda metálica e escritural". – Antunes, José Engrácia, *Os instrumentos financeiros*, 3.^a ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2017, p. 273.

demonstração de propensão à digitalização, diremos que o fenómeno fintech lhe é bem superior, caracterizando-se, mesmo, pela digitalização quase completa dos serviços prestados. A atividade das entidades em apreço é, então, completamente dependente da internet, muito beneficiando (aliás, aí assentando, praticamente), já o dissemos, na ubiquidade dos smartphones, aparelhos que, concomitantemente, (1) têm as características técnicas necessárias para a prossecução dessa atividade e (2) estão presentes em quase todos os momentos das nossas vidas, garantindo o constante acesso aos serviços prestados. Noutras palavras, para as fintech, a digitalização dos seus serviços não é só uma das facetas da sua atividade, é mesmo a sua característica definítória e o canal quase exclusivo por via do qual operam.

2.4. Simplificação

Um dos motes contra aquilo que se vem apelidando de *desconfiança em relação à atividade bancária*, ou seja, o sentimento de desconforto que uma franja significativa da população vem revelando relativamente aos bancos, a simplificação visa, em boa medida, a *reaproximação dos clientes aos produtos bancários*, ou seja, que os clientes se sintam à vontade com tais produtos, sendo-lhes, ademais, simples subscrevê-los e realizar a generalidade das operações bancárias. A simplificação manifesta-se, destacadamente, no âmbito (1) da simplificação linguística, (2) da desburocratização e (3) da acessibilidade dos produtos, que caracterizaríamos, aproximadamente, da seguinte forma:

- (1) Simplificação linguística é, precisamente, a opção vocabular que combate o encapsulamento dogmático, ou seja, que aproxima o interlocutor médio da realidade conceitual a que se refere.
- (2) Desburocratização, que se traduz na redução da procedimentalização associada à generalidade das operações bancárias.
- (3) Acessibilidade dos produtos é um aspeto que veio tornar significativamente mais democrático² o acesso a serviços bancários do ponto de vista do utilizador que, numa circunstância anterior, se deparava com fortes barreiras e entraves colocados (por força dos custos associados à abertura de uma conta bancária e à sua manutenção, entre outros).

² Não nos podemos esquecer, quanto a esta questão, do valor jurídico-constitucional subjacente à participação dos cidadãos no sistema financeiro. – Polónia, Rui, *Deveres de informação dos intermediários financeiros*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 36 a 40.

2.5. Celeridade

Haverá poucas dúvidas de que a celeridade é um dos valores que as *fintech* mais destacam aquando da prestação dos seus serviços. A celeridade consiste na protagonista da *sociedade do imediato*, sendo cada vez menor a disponibilidade do público para filas de espera ou prazos demorados. As *fintech* prosseguem a sua atividade, já o dissemos, fundamentalmente (com frequência, exclusivamente) pela via digital, o que implica, desde logo, que (1) os serviços, sendo informatizados, sejam tendencialmente mais rápidos e (2) que os clientes possam ter-lhes acesso imediatamente, dado que – e nisto recuperamos o que atrás já dissemos a propósito da desmaterialização – o acesso se faz por via de equipamentos que têm sempre na sua disponibilidade. Aliás, mesmo os processos anteriormente tão burocratizados como a abertura de uma conta à ordem se fazem de forma rápida, através dos canais informatizados, sendo comum que decorram em breves minutos, o mesmo se dizendo de operações como uma transferência bancária ou um investimento em valores mobiliários.

2.6. Impessoalidade

Poderá parecer – mais corretamente, poderá *ser* – algo controverso afirmar que as *fintech* e que os clientes procuram a impessoalidade, mas é precisamente essa a proposta que avançamos. *Impessoalidade* é um termo que empregamos com o claro significado de que os clientes, no contexto do acesso aos serviços, procuram menos relacionar-se com pessoas humanas que lhes intermediem a atividade e mais conduzir, eles próprios, os processos de decisão, servindo-se diretamente da informação, que procuram que seja completa, verdadeira, objetiva e clara – esta tendência nem sequer é exclusiva do sector de atividade das *fintech*, dado que mesmo no comércio é cada vez mais claro que os clientes preterem seleções de produtos pré-feitas e acompanhamento de auxiliares de vendas e preferem, precisamente no sentido inverso, leques de escolha alargados e meios de informação que lhes permitam escolher por si mesmos os produtos a adquirir.

A impessoalidade representa, na nossa opinião, um indicador claríssimo do radical rompimento que as *fintech* estabelecem em relação à banca tradicional, que frequentemente embandeira, precisamente, a pessoalidade como um valor definatório da qualidade dos seus serviços. Não obstante o facto de determinados serviços financeiros ainda primarem pela pessoalidade, será razoável afirmar que o grau de literacia financeira do cliente

médio poderá ser suficiente para que lhe seja concedida alguma autonomia na interpretação e condução do procedimento de adesão a estes serviços.

3. Transformação das atividades em que as *fintech* operam

Seria profundamente redutor da realidade das *fintech* veicular a ideia de que estas entidades se limitam a prestar os serviços financeiros de sempre, ou, pelo menos, da mesma forma de sempre, simplesmente os adaptando ao contexto digital – *esta ideia é errada*, e convém corrigi-la desde já. Sendo fiéis à realidade, devemos dizer que as *fintech* (1) prestam serviços novos, (2) prestam os serviços de sempre de forma nova ou (3) alteram o grau de importância conferido a cada serviço que prestam. Ilustrando o que acabámos de dizer, leiamos o seguinte:

Art. 4.º (“*Atividade das Instituições de Crédito*”) do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras

1 – Os bancos podem efetuar as operações seguintes:

- a) Receção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis;*
- b) Operações de crédito, incluindo concessão de garantias e outros compromissos, locação financeira e factoring;*

[...]

O leque de atividades dos bancos continua de forma ampla, mas estas duas primeiras alíneas revelam-nos aquelas que se consideram, precisamente, as suas funções tradicionais centrais – (1) receber depósitos e (2) realizar operações de financiamento. *Pense-se, agora, no facto de muitas fintech não receberem, sequer, depósitos por via direta, mas apenas transferências ou operações de top-up a partir de cartões bancários, e (2) nem sequer realizarem operações de financiamento, em muitos casos, mais se orientando para serviços como a realização de pagamentos por meios digitais, e vemos que, efetivamente, a sua atividade colocará muitos novos desafios.*

Ainda sem sair do domínio bancário, dada a proliferação das *fintech* neste domínio, analisemos alguns dos serviços que com frequência oferecem e pelos quais se apresentam em modalidade de destaque face à banca tradicional:

- Análise gráfica de despesas por categorias (supermercados, combustíveis, restauração, compras *online*...);

- Criação de números descartáveis para realização de compras *online* (em modalidade próxima do popular serviço MB Net, ou seja, criação de números que em tudo se assemelham aos de um cartão bancário, servindo, todavia, apenas para uma operação ou para um número limitado de operações, dentro de um determinado valor limite, como medida de segurança adicional na realização de compras *online*);
- Integração em meios de pagamento *contactless* e digitais (como, a mero título de exemplo, o *Apple Pay* ou o *Google Pay*);
- Criação de subcontas depositárias, habitualmente não remuneradas, com o propósito da organização dos capitais depositados (associadas à conta à ordem, mas dela se separando, não sendo possível, normalmente, realizar pagamentos que se sirvam dos capitais arrumados nestas contas – enfim, uma espécie de poupança não remunerada –, recebendo designações como *spaces* ou *goals*, vocábulos que variam conforme a entidade que presta o serviço);
- Notificação em tempo real da realização de pagamentos, com indicação geográfica do local em que sucederam e a entidade a quem foi prestado o pagamento.

Enfim, muitos seriam os exemplos a apresentar a respeito dos serviços que as *fintech* têm procurado oferecer, mas não haverá dúvidas de que representam, em larga medida, uma rutura com o posicionamento tradicional da banca. Poder-se-á dizer, eventualmente, que isto demonstra uma ida ao encontro da nova procura de serviços por parte dos clientes, que (1) estão muito à vontade com a realização de operações por via digital ou não física (é apreciável a preferência cada vez maior pela realização de pagamentos com recurso a cartões bancários ou a outras modalidades que não impliquem a uso de dinheiro físico, normalmente associadas ao *smartphone*, como a tecnologia NFC – *near field communications* – ou a leitura de códigos QR) e (2) procuram uma relação de proximidade diferente com os bancos, ou seja, uma proximidade que não é pessoal (não envolve diretamente pessoas nem é uma proximidade física), mas que implica a integração da atividade bancária no seu quotidiano, adaptada às necessidades comuns (assim se ultrapassa, desde logo, a ideia durante tanto tempo mantida de que o pagamento com cartão era um pagamento pouco consciente, seja porque não se tinha uma indicação direta do saldo ou porque era difícil acompanhar ou recordar a realização de operações – agora, a notificação é imediata, informando o cliente de um conjunto de dados referentes ao pagamento, sendo o saldo e o registo de operações acessíveis com uma simples abertura da *app*).

4. Obtenção de receita

Outra das grandes alterações que se têm feito sentir no domínio da atividade das *fintech* – e aqui, mais uma vez, destacar-se-á a sua vertente bancária – é a do seu aparente reposicionamento no que diz respeito à obtenção de receita. Pensemos, a mero título de exemplo, que muitas das *fintech* que se dedicam ao domínio bancário (1) não cobram qualquer comissão de manutenção de conta à ordem, (2) não cobram qualquer comissão de transferências bancárias, *mesmo quando se tratam de transferências para contas bancárias sediadas em países estrangeiros* (3) e chegam mesmo, em alguns casos, a não cobrar comissão de reforço de conta por *top-up*, ou seja, dispõem-se a assumir os custos referentes às comissões cobradas pelas entidades emitentes de um cartão bancário terceiro à relação estabelecida entre o cliente e a *fintech* para garantir o provisionamento das suas contas à ordem³. De onde vem, então, a receita necessária à manutenção da atividade das *fintech*, uma vez que muitas das opções que as instituições de crédito que operam em modelo tradicional prosseguem para obter receita parecem postas de parte? A verdade é que as *fintech* têm apostado duramente na obtenção de receita por via da cobrança de comissões decorrentes da realização de pagamentos junto de comerciantes, que, conforme bem sabemos, oscilam, sensivelmente, entre as percentagens de 1% a 3% do valor pago⁴ – em boa verdade, muitos dos serviços que vimos acima (categorização das despesas, notificações relativas aos pagamentos, *et cetera*) até constituem, pelo menos indiretamente, um incentivo claro à realização de pagamentos por via eletrónica, ou seja, diretamente através de cartão bancário ou indiretamente a partir de meios intermediados (como o *Apple Pay*, por exemplo).

O que acabámos de dizer significa, desde logo, que as *fintech* procuram direcionar os custos que propiciam a obtenção de receita para os comerciantes, ou seja, em vez de procurarem obter receita juntos dos seus clientes, cobrando uma panóplia de comissões associadas à conta ou à movimentação dos capitais que a ela se refiram, as *fintech* estimulam o cliente à realização de pagamentos eletrónicos, como forma de lograr a cobrança de comissões de pagamento ao comerciante, ao mesmo tempo que, pelo menos com grande frequência, limitam o número de levantamentos de numerário que o

³ Embora seja razoável duvidar da manutenção desta medida a longo prazo.

⁴ A consequência natural desta situação, adivinha-se, é que os comerciantes venham a aumentar os preços dos produtos vendidos ou dos serviços prestados na proporção da cobertura das comissões que lhes são cobradas.

cliente pode realizar num determinado período (normalmente, mensalmente), a fim de evitar que a conta à ordem aberta junto da *fintech* seja utilizada como um simples meio de depositar capitais. Muitas *fintech*, aliás, nem chegam a operar no nosso mercado como instituições de crédito – veja-se, a mero título de exemplo, que algumas, como o *Revolut* (desde 2 de junho de 2016), operam simplesmente como instituições de moeda eletrónica, ao passo que outras, como o *N26* (desde 23 de setembro de 2016), já operam mesmo como instituições de crédito –, posto que outras formas lhes são suficientes para garantir a prossecução do seu atual modelo de negócio.

5. Princípios a observar no acolhimento das *fintech* no ordenamento jurídico português

Têm vindo a ser apontados um conjunto de princípios a ser observados pelo legislador no momento da fixação do regime que vise o acolhimento das *fintech* no ordenamento jurídico português, assegurando a inovação e a inserção destas entidades no mercado, garantindo, ao mesmo tempo, a proteção e a segurança dos seus utilizadores⁵.

5.1. Princípio da neutralidade tecnológica

O princípio da neutralidade tecnológica tem por base a ideia de que o legislador deve abster-se de determinar quais os meios tecnológicos mais adequados para a prossecução da atividade das *fintech*, no quadro das disposições normativas existentes e que regulam a interação no mercado.

A título de exemplo, o momento da verificação da identidade para celebração do contrato de abertura de conta assim como depósitos bancários é feito por meios de comunicação à distância sem qualquer menção, por parte das entidades reguladoras, sobre qual o meio específico a utilizar para o efeito, fixando, todavia, os requisitos a observar e suscetíveis de garantir a segurança da operação⁶.

5 Autoridade da Concorrência, *Inovação tecnológica e concorrência no setor financeiro em Portugal (Issues Paper)*, outubro de 2018, p. 63.

6 Assim decorre da leitura do Aviso n.º 3/2017 e da Instrução n.º 9/2017 do Banco de Portugal, relativos à utilização dos meios de comunicação à distância para os procedimentos de abertura de conta e depósitos bancários.

5.2. Princípio da proporcionalidade

Outro princípio que deve nortear a intervenção do regulador nas atividades das *fintech* é, desde logo, o princípio da proporcionalidade na aplicação das regras regulatórias, de forma a não comprometer a eficácia dos modelos de negócio em expansão e não deixando, ao mesmo tempo, de considerar os riscos e desafios que lhes possam estar associados. A regulação deverá incidir, essencialmente, sobre procedimentos de autorização e registo das sociedades *fintech*, sobre a supervisão da sua atividade e prevenção do risco, bem como o estabelecimento de um quadro sancionatório adequado e protetor dos utilizadores.

5.3. Princípio da transparência

No âmbito da intervenção das entidades reguladoras na atividade das *fintech*, importa o seu papel na promoção da transmissão de informação aos utilizadores, assim contribuindo para o desenvolvimento da literacia financeira entre a população, fazendo-o sempre no cumprimento das normas da transparência e dos deveres de informação fixados.

5.4. Princípio da inovação

Conforme se tem presenciado nos restantes ordenamentos jurídicos europeus, é de relevar a importância do papel do Estado e das entidades reguladoras na promoção da inovação da atividade das *fintech* através da criação de planos e programas que visem acelerar a sua implementação nos mercados financeiros e a saudável concorrência com as entidades cuja atividade se desenvolve nos moldes tradicionalmente conhecidos. Fala-se, para o presente efeito, da criação de *regulatory sandbox* ou *hubs* de inovação, conforme sucede, por exemplo, no Reino Unido⁷, país que se tem revelado um dos pioneiros na implementação de medidas conducentes ao desenvolvimento da inovação tecnológica no setor financeiro.

6. Estado atual da regulação

Uma das maiores dificuldades enfrentadas pelas *fintech* residia, particularmente, na inexistência, ou na escassa uniformização da legislação em vigor, que permitisse o pleno desenvolvimento da sua atividade no plano nacional.

⁷ Rosalino, Helder, *Fintech e banca digital*, em *Fintech II – Desafios da tecnologia financeira*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 14.

Existe, ademais, um conjunto de fatores que, atualmente, é merecedor de atenção por parte da atividade reguladora no setor financeiro. Falamos, aqui, de desafios relacionados, a título de exemplo, com a proteção de dados pessoais dos utilizadores, do branqueamento de capitais, ataques de *phishing*, entre outros, cuja ameaça se poderá vir a acentuar com o aumento do recurso a meios de tecnologia no setor financeiro⁸.

Os anos de 2017 e 2019 marcaram, do ponto de vista legislativo, uma evolução significativa no ramo das *fintech*. Foi aprovado um conjunto de diplomas que veio permitir a entrada de novos prestadores de serviços, assim como novas formas de prestar serviços no setor financeiro, abrindo, desse modo, portas à inovação e ao desenvolvimento da atividade das *fintech* em Portugal.

Falamos, nesta sede, da entrada em vigor do Regime Jurídico do Financiamento Colaborativo de Capital e por Empréstimo (*Crowdfunfing*), aprovado pela Lei n.º 3/2018, de 9 de fevereiro. No que concerne à prestação de serviços de pagamento, foi transposta, para o ordenamento jurídico português, a Diretiva (UE) n.º 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro – Segunda Diretiva dos Serviços de Pagamento – DSP2, pelo Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro, que aprovou o Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica (RJSPME)⁹.

O crescimento da inovação tecnológica trouxe consigo, conforme mencionado a montante, largos desafios ao nível da segurança e da proteção de dados pessoais, questões que mereceram a atenção do legislador europeu através da aprovação do Regulamento Delegado (UE) n.º 2018/389 da Comissão, de 27 de novembro de 2017, passando a prever normas técnicas de regulamentação relativas à autenticação forte, questão que iremos desenvolver adiante.

No domínio da proteção de dados, através da aprovação da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, consolidou-se, no ordenamento jurídico português, a execução do Regulamento Geral da Proteção de Dados, com largos efeitos para a área das *fintech*, cujo tratamento de dados pessoais é, efetivamente, relevante no quadro da sua atividade.

⁸ Veja-se, nesta matéria, o *Relatório Anual de Segurança Interna* referente ao ano de 2020, que deu conta de um aumento de 26,8% na criminalidade informática.

⁹ Cordeiro, António Menezes, Oliveira, Ana Perestrelo de, Duarte, Diogo Pereira, *Fintech II – Novos estudos sobre tecnologia financeira*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 6.

Temo-nos centrado, ao longo do presente texto, na influência das entidades *fintech* nos serviços de pagamento e no modo como vieram alterar a sua configuração tradicional. É, pois, chegado o momento de analisar o regime jurídico que lhes é aplicável.

7. Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica – a transposição da “Segunda Diretiva dos Serviços de Pagamento”

Conforme temos vindo a assinalar, a acelerada transformação do mercado encadeou a necessidade de preparar um quadro legal capaz de dar resposta ao fenómeno da digitalização dos serviços financeiros.

A revogada Diretiva n.º 2007/64/CE¹⁰, que regulava a mesma matéria, não abrangia uma boa parte dos instrumentos de pagamento entretanto afirmados no mercado, facto que fazia acentuar a necessidade de criar um novo diploma, mais atualizado e capaz de prever a operação, além dos meios de pagamento por cartões, de outros agora realizados através de *smartphones* ou do simples dispositivo móvel, no seu formato mais básico¹¹, computadores, *tablets*, *smartwatches*, entre outros que tenderão a aparecer, por força do desenvolvimento crescente da *internet* e dos meios de tecnologia.

À medida que a realidade prática do mercado de serviços de pagamento se foi tornando cada vez mais abrangente, do ponto de vista da diversidade de produtos oferecidos ao utilizador, foram-se evidenciando as lacunas e a desatualização da Diretiva n.º 2007/64/CE, o que acabou por colocar em causa a segurança jurídica, com riscos acrescidos para a esfera dos utilizadores, que se encontravam cada vez mais suscetíveis aos perigos associados à utilização dos meios de tecnologia para a realização de pagamentos¹².

10 Transposta para o ordenamento jurídico português pelo (também revogado) Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro, posteriormente alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de novembro.

11 Veja-se, a este propósito, o caso da *M-Pesa*, um serviço de pagamento *fintech* criado pela *Vodafone Group*, entretanto adquirido pela *Vodacom* e *Safaricom*, que opera no continente africano, bastando, para a sua utilização, um simples telefone a preto e branco. Este serviço veio permitir que milhões de cidadãos dos países africanos (Quênia, República Democrática do Congo, Moçambique, Tanzânia, Egito e Lesoto), que nunca tinham tido uma conta bancária, passassem a ter acesso a serviços bancários e financeiros em condições de segurança, potenciado, deste modo, a sua atividade de consumo.

12 Preâmbulo da Diretiva (UE) n.º 2015/2366.

O conjunto de fatores mencionados no parágrafo anterior, aliados à necessidade de criar um novo quadro jurídico que viabilizasse a inovação e a entrada de novos prestadores de serviços de pagamento, levou à criação da Diretiva (UE) n.º 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro – a Segunda Diretiva dos Serviços de Pagamento DSP2.

O Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro, que aprova o Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica¹³, resulta da transposição, para o ordenamento jurídico português, da Segunda Diretiva dos Serviços de Pagamento, procurando reformular a resposta legal europeia existente para estes serviços, até então regulada pela Diretiva n.º 2007/64/CE.

O regime que agora vigora e que revogou o diploma de 2012, mantém, em larga medida, a sistematização anteriormente adotada. As alterações residem, essencialmente, na necessidade de dar resposta regulamentar aos principais aspetos relacionados com a digitalização e inovação da tecnologia no domínio dos novos meios de pagamento que começaram, cada vez mais, a ganhar expressão no mercado e cuja utilização tem vindo a crescer exponencialmente, podendo vir a alterar substancialmente a atual configuração das práticas comerciais.

O regime em apreço encontra-se dividido em oito títulos. Os títulos I e VIII regulam, respetivamente, as disposições gerais e introdutórias e as disposições complementares, transitórias e finais aplicáveis. O título II fixa o regime referente ao acesso e condições gerais da atividade de prestadores de serviços de pagamento e emitentes de moeda eletrónica, determinando a tramitação do procedimento de autorização, registo e supervisão. O título III ocupa-se da determinação de normas de transparência na fase pré-contratual e contratual através da fixação de deveres de informação pré-contratual e contratual, assim como da conformação de direitos e obrigações referentes à prestação e utilização de serviços de pagamento. O título IV mantém, de certa forma, o procedimento do regime de 2012, no que concerne à emissão, distribuição e reembolso de moeda eletrónica. O título V trata os aspetos procedimentais relativos à receção de reclamações, ocupando-se o título VI da aplicação de três regulamentos da União Europeia¹⁴. Por fim, o título VII fixa toda a matéria referente ao regime contraordenacional aplicável.

13 Diploma autorizado pela Lei n.º 57/2018, de 21 de agosto.

14 Regulamento (CE) n.º 924/2009, relativo aos pagamentos transfronteiriços na Comunidade e que revoga o Regulamento (CE) n.º 2560/2001; o Regulamento (UE) n.º 260/2012, que estabelece os

7.1. Objeto e âmbito de aplicação

O Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica tem como objeto, de acordo com o estatuído no seu art. 1.º, regular o acesso à atividade e exercício de serviços de prestação de pagamento, assim como o acesso à atividade e exercício de prestação de serviços de emissão de moeda eletrónica. O presente regime visa, ainda, a aplicação de regras referentes a três regulamentos da União Europeia já mencionados em nota.

No que concerne ao seu âmbito de aplicação, o regime em análise é aplicável à atividade prestada por instituições de serviços de pagamento e de emissão de moeda eletrónica cuja sede se encontra fixada em Portugal, bem como às respetivas sucursais, agentes e terceiros aos quais sejam subcontratadas funções operacionais, nos termos do art. 3.º, n.ºs 1 e 2, do RJSPME e dentro das operações previstas no art. 3.º, n.º 3, do RJSPME.

7.2. Modalidades de serviços de pagamento

São serviços de pagamento, para efeitos do regime em análise, os descritos no art. 4.º, alíneas a) a h), do RJSPME, desde logo, os serviços que permitam o depósito de numerário em conta de pagamento e as demais operações destinadas à sua gestão, bem como os serviços que permitam o levantamento de numerário¹⁵. O art. 4.º, alínea c), identifica uma das modalidades mais comuns de pagamento desenvolvidas pelas *fintech*: as operações de pagamento efetuadas por via de transferência, débito direto (incluindo pagamentos pontuais, sem nenhuma prestação de caráter duradouro associada). A utilização de cartões de pagamento, bem como o recurso a dispositivos de natureza semelhante para a realização de pagamentos¹⁶ e, por fim, a execução de transferências a crédito, incluindo ordens de domiciliação. O mesmo art. 4.º, alínea d), prevê, ainda, a execução de operações de pagamento com recurso a linhas de crédito, em termos semelhantes aos previstos para o art. 4.º, alínea c), sobre as

requisitos técnicos e de negócio para as transferências a crédito e os débitos diretos em euros; e o Regulamento (UE) n.º 2015/751, relativo às taxas de intercâmbio aplicáveis a operações de pagamento baseadas em cartões.

15 De atentar, nesta sede, que nem todas as *fintech* permitem o levantamento ou depósito de numerário, constituindo, aliás, serviço prioritário o pagamento por transferência. Pense-se, desde logo, no caso do *N26*, que tem um limite mensal de levantamento, variável consoante o tipo de conta.

16 De salientar, quanto a esta norma, a indeterminabilidade conceitual utilizada pelo legislador no que respeita aos dispositivos análogos aos cartões de pagamento para realização de operações desta natureza, dando, deste modo, abertura à inovação tecnológica.

transferências de fundos em conta aberta junto do prestador de serviços de pagamento. Mantém-se, também, no leque de serviços de pagamento, a emissão de instrumentos de pagamento ou aquisição de operações de pagamento e o envio de fundos.

A novidade reside na inserção de duas novas modalidades de serviços de pagamento: (1) os serviços de iniciação do pagamento e (2) os serviços de informação sobre contas. Através dos serviços de iniciação de pagamento (*payment initiation service*), os utilizadores podem dar início a uma ordem de pagamento *online* sem que para tal seja necessária a interação direta com a entidade onde se encontra domiciliada a sua conta. Por via deste novo serviço, compete ao prestador de serviços de iniciação de pagamentos aceder à conta do utilizador com quem contratou e dar início à operação de pagamento. O acesso à conta do utilizador, por parte do prestador de serviços de iniciação de pagamento, deve ser o necessário e essencial para a execução da operação de pagamento que se pretende efetuar, devendo o utilizador ordenante prestar expressamente o seu consentimento. No que respeita à segunda nova modalidade de serviços de pagamento, o serviço de informação sobre contas (*account information service*) prevê a possibilidade de recolher e organizar informação sobre contas tituladas junto de entidades bancárias, cujo acesso é permitido por via digital. Deste modo, os utilizadores passam a poder visualizar toda a informação referente à sua situação financeira, conjugando, numa só aplicação, os dados referentes a contas bancárias domiciliadas em instituições bancárias diferentes ou, até mesmo, sediadas em diferentes Estados-Membros¹⁷.

7.3. Prestadores de serviços de pagamento

Para o exercício das atividades mencionadas no art. 4.º do RJSPME e que foram analisados na secção precedente, é necessário o preenchimento de um conjunto de requisitos por parte das entidades candidatas a instituições prestadoras de serviços de pagamento.

As condições necessárias para a autorização e requisitos do acesso à atividade de prestação de serviços de pagamento encontram-se fixados nos

¹⁷ Começa-se a poder falar da introdução do *open banking* no mercado financeiro, prática que passa, precisamente, pela partilha de dados bancários de um determinado cliente com outras entidades que prestam serviços de pagamento, sendo, para tal, exigido o seu consentimento.

arts. 18.º e ss. do RJSPME¹⁸. Para que seja autorizada, pelo Banco de Portugal, a constituição de instituições de serviços de pagamento, é necessária a verificação dos requisitos enunciados no art. 18.º, n.º 2, alíneas a) a i), do RJSPME, desde logo: (1) a entidade deve adotar a forma de sociedade anónima ou por quotas, (2) o capital social das instituições de serviços de pagamento deve corresponder aos serviços a prestar, nos termos do art. 49.º do RJSPME, (3) a sede principal e efetiva da administração, assim como (“pelo menos”) parte da sua atividade, devem estar fixadas em Portugal, (4) apresentar garantias de boa gestão da instituição e da verificação da constituição dos órgãos sociais, (5) idoneidade, na ótica da boa gestão da instituição, das pessoas singulares ou coletivas que venham a ser titulares de uma participação qualificada¹⁹, (6) capacidade de criar ferramentas e procedimentos eficazes do ponto de vista da identificação e prevenção de riscos próprios da atividade, (7) detenção de instrumentos e ferramentas de controlo da atividade e (8) devem, por fim, apresentar mecanismos de controlo interno que garantam o bom cumprimento das disposições legais e regulamentares, nomeadamente as normas que visam prevenir o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo.

No que concerne aos prestadores de serviços de iniciação de pagamentos e aos prestadores de serviços de informação sobre contas, o legislador entendeu ser desproporcional a imposição dos requisitos relativos à detenção de fundos próprios, mas devem, por força da atividade exercida, garantir a subscrição obrigatória de um seguro de responsabilidade civil profissional ou garantia de cobertura de responsabilidade equivalente, nos termos do art. 19.º, n.º 6, do RJSPME.

O pedido apresentado junto do Banco de Portugal deve ser devidamente instruído, contendo os elementos enunciados no art. 19.º do RJSPME. Verificada esta fase, o Banco de Portugal dará início à instrução do processo, avaliando a informação submetida pelas entidades requerentes, cabendo-lhe avaliar sobre a necessidade de serem adicionadas, ou não, informações complementares para a tomada de decisão. O Banco de Portugal poderá

¹⁸ Sendo que, por força do princípio da exclusividade, apenas as entidades mencionadas no art. 11.º do RJSPME podem prestar serviços de pagamento para efeitos do presente regime.

¹⁹ Entende-se por “participação qualificada” a situação em que a participação no capital de um banco representa 10% ou mais das ações e/ou dos direitos de voto do banco, ou ultrapassa os restantes limiares relevantes de 20%, 30% ou 50%. E, ainda, a obtenção do direito de nomeação dos membros do conselho de administração, ou outras vias de exercício de influência dominante sobre a gestão da entidade bancária. Nesta sede, compete ao Banco Central Europeu, na qualidade de entidade supervisora, a aprovação de propostas de aquisição de participações qualificadas.

notificar o requerente para, num prazo razoável, suprir as irregularidades ou insuficiências do requerimento apresentado, assim como dos elementos instrutórios anexados.

Posto isto, o Banco de Portugal tomará uma de duas posições: (1) concede a autorização ao requerente para a constituição da instituição, caso se verifique que o requerimento apresentado se encontre em conformidade com os requisitos legais ou (2) recusa de autorização, quando ateste que não estão preenchidos os requisitos na legislação aplicável.

O Banco de Portugal notificará o requerente da sua decisão no prazo de 3 meses, contados desde a data em que recebeu o pedido de autorização, ou das informações complementares, mas nunca podendo ultrapassar o prazo de 12 meses, contados a partir da data em que recebeu o requerimento inicial, assim o determina o art. 23.º, n.º 1, do RJSPME.

Após a sua constituição, as instituições de serviços de pagamento permanecem obrigadas a manter a conformidade da sua atuação com as normas legais, ficando sempre submetidas ao poder de supervisão do Banco de Portugal²⁰, devendo informar a entidade reguladora sobre qualquer alteração superveniente associada às condições da sua constituição.

7.4. Segurança e autenticação forte dos utilizadores

Desde 14 de setembro de 2019, com a entrada em vigor do Regulamento Delegado (UE) n.º 2018/389 da Comissão, de 27 de novembro de 2017, que veio complementar a Segunda Diretiva dos Serviços de Pagamento, em matéria de normas técnicas de regulamentação relativas à autenticação forte e às normas abertas de comunicações comuns e seguras, que se tornou obrigatória, para os prestadores de serviços de pagamento, a aplicação de mecanismos de autenticação forte do utilizador.

A autenticação forte trata-se de um procedimento, cuja definição se encontra vertida no art. 2.º, alínea d), do RJSPME, que permite a verificação, por parte do prestador de serviço de pagamento, da identidade do utilizador, através da utilização de credenciais de segurança específicas, muitas vezes tendo por base a utilização de dois ou mais fatores de reconhecimento de identidade na lógica de algo que o utilizador conhece e/ou tem na sua

20 Cordeiro, António Menezes, *Direito Bancário*, 6.ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 1100 e ss.

posse – “*something you know, something you have*”. Este mecanismo de autenticação deve ser utilizado nos casos previstos no art. 104.º, n.º 1, alíneas a) a c), do RJSPME, como forma de prevenir e combater tentativas de fraude, sempre que o utilizador aceda à sua conta por via *online*, inicie uma operação de pagamento eletrónico ou realize uma ação através de um canal digital.

Podemos afirmar, nesta sede, que os mecanismos de autenticação forte poderão assentar em quatro elementos: (1) conhecimento, enquanto algo que apenas o utilizador conhece, como é o caso das *passwords*, (2) posse, tratando-se, neste caso, de algo que apenas o utilizador possui, como um telefone ou uma matriz de segurança e (3) inerência, neste caso, falamos de algo inerente à pessoa do utilizador, como o reconhecimento facial, através da íris ou impressão digital. Pode-se falar, também nesta sede, (4) na localização utilizada como fator de autenticação: pense-se nos casos em que o utilizador se encontra em Portugal e a instituição de serviço de pagamento deteta uma operação de pagamento efetuada na Irlanda; o que fará, nestes casos, é estabelecer um contacto imediato com o utilizador para verificar a regularidade desta operação.

8. Perspetiva evolutiva

Apesar de o modelo de negócios que analisámos acima ser característico da atual conceção das *fintech* (especificamente, das que operam no domínio bancário), a verdade é que, inevitavelmente, viremos a assistir à sua evolução. À medida que os clientes estabelecerem relações cada vez mais estreitas com estas entidades, é natural que procurem soluções de financiamento junto delas, já havendo, aliás, alguns indicadores de que a prestação desses serviços comece a ser considerada. É previsível que os primeiros passos da atividade das *fintech* no perímetro do financiamento sejam dados no sentido do designado crédito ao consumo, posto que contempla valores relativamente mais baixos e diferidos por períodos não muito longos (o crédito ao consumo, aliás, é um sector de atividade que tem crescido consideravelmente, nomeadamente no que diz respeito à aquisição de equipamentos eletrónicos, como, a título de principal exemplo, os *smartphones*, cujos preços têm disparado em flecha, sobretudo desde o ano de 2017, com o lançamento do iPhone X, que, com uma etiqueta de 1000 euros, desencadeou uma subida generalizada do preço deste tipo de equipamentos – atualmente, os designados modelos *flagship* de todos os principais produtores são comercializados acima dos 1000 euros, tendência que, dizem muitos analistas, só é suportada pela generalidade do mercado porque o

recurso ao financiamento tem sido, cada vez mais, a opção no momento da compra). Naturalmente, a análise do risco da concessão do crédito é uma tarefa que apresentará desafios próprios, dado o afastamento humano entre a entidade financiadora e o cliente, sendo expectável que a intervenção de tecnologias como o uso de algoritmos ou de inteligência artificial sejam determinantes na sua prossecução, ainda mais se a evolução das *fintech* for considerável e elas começarem a intervir em sectores como o crédito auto-móvel ou o crédito para habitação.

É pouco provável que o advento das *fintech* marque a superação da banca tradicional, mas restarão poucas dúvidas de que a convivência com estas entidades é uma realidade que, de agora em diante, só vai materializar-se cada vez mais.

9. Conclusão

Assistimos a tempos que marcarão a história pelas piores razões, todavia, podemos afirmar que o contexto pandémico que vivemos veio potenciar a afirmação da tecnologia financeira, que já se encontrava em crescente expansão desde o final da década de 2000.

Cremos, conforme temos vindo a dar conta, que as *fintech* – entidades que prestam a sua atividade no domínio dos serviços financeiros com recurso aos meios de tecnologia, assumindo, para tal, a forma de sociedade anónima – vão operar no mercado, juntamente com as entidades que exercem a sua atividade no contexto da banca tradicional, não implicando, necessariamente, uma disrupção no paradigma atual, mas, de outro modo, uma adaptação às circunstâncias que surgiram por força da utilização da tecnologia no sistema financeiro²¹.

No domínio da regulação, pese embora a realidade fáctica esteja sempre um passo à frente, entendemos, nesta fase, que o quadro legal existente foi capaz de se adaptar à nova configuração do sistema financeiro, apresentando sinais dessa adaptação desde meados do ano de 2018, privilegiando, com a aprovação dos novos diplomas legais, a abertura para a inovação por parte

21 Sobre esta questão, vide a opinião de Oliveira, Madalena Perestrelo de, *As recentes tendências da fintech: disruptivas e colaborativas, Fintech – Desafios da tecnologia financeira*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 71 a 81.

destas novas entidades²². Tem-se destacado, como forma de permitir um melhor acompanhamento e adequação da regulação neste domínio, a importância do recurso à *regtech*, mecanismo que permite um melhor e maior controlo de custos e riscos, do ponto de vista das entidades que operam no sector financeiro e, do lado do regulador, este passa a ter, na sua disposição, mecanismos mais eficientes de acompanhamento da atividade do setor e uma maior capacidade para identificar violações de normas regulatórias²³.

22 Assinalamos, quanto a esta matéria, a importância de que se revestem as plataformas de inovação, que permitem a articulação entre as entidades reguladoras do setor financeiro e as *fintech*, estabelecendo-se, desse modo, a cooperação e o diálogo no sentido de uma melhor adequação da atividade destas entidades ao quadro regulatório em vigor. Em Portugal, existe o caso da Portugal *Finlab*, um canal de comunicação estabelecido entre o Banco de Portugal, a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, a Autoridade de Supervisão de Seguros e de Fundos de Pensões e as entidades inovadoras, cujo papel tem sido fundamental no estabelecimento de um ecossistema que permita a entrada das *fintech* no sistema financeiro.

23 Andrade, João Freire de, Maia, Margarida Mendes da, *Fomentar a regtech: o futuro da regulação financeira*, in *Fintech II – Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 31 e 32.

Referências

Andrade, João Freire de, Maia, Margarida Mendes da, *Fomentar a regtech: o futuro da regulação financeira*, in *Fintech II – Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 9 a 32.

Antunes, José Engrácia, *Os instrumentos financeiros*, 3.^a ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2017.

Cordeiro, António Menezes, *Direito Bancário*, 6.^a ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016.

Cordeiro, António Menezes, Oliveira, Ana Perestrelo de, Duarte, Diogo Pereira, *Fintech II – Novos estudos sobre tecnologia financeira*, Almedina, Coimbra, 2019.

Oliveira, Madalena Perestrelo de, *As recentes tendências da fintech: disruptivas e colaborativas*, *Fintech – Desafios da tecnologia financeira*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 71 a 81.

Polónia, Rui, *Deveres de informação dos intermediários financeiros*, Almedina, Coimbra, 2019.

Rosalino, Hélder, *Fintech e banca digital*, em *Fintech II – Desafios da tecnologia financeira*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 9 a 15.

Outras referências

Autoridade da Concorrência, *Inovação tecnológica e concorrência no setor financeiro em Portugal (Issues paper)*, outubro de 2018.

Sistema de Segurança Interna, *Relatório Anual de Segurança Interna – 2020*.

A inovação colaborativa e a patente – Um equilíbrio periclitante

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.21>

Pedro Dias Venâncio*
Mário Castro Marques**

* Doutorado em Ciências Jurídico-Privatísticas pela Universidade do Minho. Professor Adjunto convidado do Politécnico do Porto. Professor Auxiliar da Universidade do Minho e Professor adjunto convidado do Politécnico do Porto. Investigador integrado do JusGov (E-Tec). Investigador colaborador do CIICESI (ESTG.IPP).

** Mestre em Direito e Informática, na Escola de Direito da Universidade do Minho. Agente Oficial de Propriedade Industrial.

Resumo: A inovação colaborativa surge associada à profusão de comunidades de inovação. Historicamente associada ao desenvolvimento da industrialização, nessa fase primordial, a inovação colaborativa tinha ainda um carácter excepcional. A expansão das comunidades colaborativas assente no desenvolvimento da indústria do *software* e da internet colocou a inovação colaborativa “em rede” a uma escala global nunca antes conhecida, generalizando-se a sua prática e desafiando os modelos económicos e jurídicos tradicionais. Estes modelos de inovação colaborativa, assentes em redes de comunicação global, colocam novos desafios à propriedade industrial e, em particular, ao regime das patentes sobre invenções. Das múltiplas questões que se apresentam, discutimos neste ensaio três: os conflitos entre o requisito de novidade da invenção e a divulgação no âmbito da inovação colaborativa; a determinação da titularidade da patente sobre a invenção colaborativa; e a contitularidade da patente sobre invenção colaborativa.

Palavras-chave: Inovação colaborativa – patente – novidade – divulgação colaborativa – invenção colaborativa – contitularidade da patente.

Sumário: 1. Introdução. 2. Colaboração e comunidades de inovação. 3. Propriedade industrial e a inovação colaborativa. 4. Patente e invenção colaborativa. 5. O requisito de novidade e a divulgação colaborativa. 6. A titularidade da patente no processo de inovação colaborativa. 7. A contitularidade da patente colaborativa. 8. Conclusão. Referências.

Abstract: Collaborative innovation appears associated with the profusion of innovation communities. Historically associated with the development of industrialisation, at that early-stage collaborative innovation still had an exceptional character. The expansion of collaborative communities based on the development of the software industry and the internet, placed collaborative innovation “networked” on a global scale never before known, making its practice widespread, and challenging traditional economic and legal models. These models of collaborative innovation, based on global communication networks, pose new challenges to Industrial Property and, in particular to the Patent regime over inventions. Of the multiple issues that arise, we discuss three in this essay: the conflicts between the novelty requirement of the invention and the disclosure in

the context of collaborative innovation; the determination of the ownership of the patent on the collaborative invention; and the contitutorship of the patent on collaborative invention.

Keywords: Collaborative innovation – patent – novelty – collaborative disclosure – collaborative invention – patent contitutorship.

Summary: **1.** Introduction. **2.** Collaboration and innovation communities. **3.** Industrial property and collaborative innovation. **4.** Patent and collaborative invention. **5.** The novelty requirement and collaborative disclosure. **6.** Patent ownership in the collaborative innovation process. **7.** The contitutorship of collaborative patent. **8.** Conclusion. References.

1. Introdução

A inovação colaborativa surge associada ao desenvolvimento da industrialização embora, na sua gênese, ainda com um carácter excecional. É a expansão da sociedade globalizada pelo exponencial desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação que cria as condições para o seu crescimento e generalização.

A inovação colaborativa surge assim integrada num conceito mais amplo de economia colaborativa potenciada pela Sociedade da Informação, já extensamente abordada nos capítulos anteriores desta obra. No caso da inovação tecnológica, a expansão das comunidades colaborativas assente no desenvolvimento da indústria do *software* e da internet colocou a inovação colaborativa “em rede” a uma escala global nunca antes conhecida, generalizando-se a sua prática e desafiando os modelos económicos e jurídicos tradicionais.

Abordamos, por isso, o processo de inovação colaborativa no meio empresarial, quer como processo interno (fechado) à estrutura empresarial, quer quanto à sua progressiva externalização (abertura) a agentes exteriores à organização empresarial. E salientamos as relações deste processo de abertura colaborativa no processo de inovação tecnológica com a propriedade industrial, em particular, as patentes de invenção.

Concluimos que estes modelos de inovação colaborativa, assentes em redes de comunicação global, colocam novos desafios à propriedade industrial e, em particular, ao regime das patentes sobre invenções.

Entre as múltiplas questões e desafios que a inovação colaborativa coloca à propriedade industrial no regime das patentes, optamos por apresentar e debater três em particular: (1) os conflitos entre o requisito de novidade da invenção e a divulgação no âmbito da inovação colaborativa; (2) a determinação da titularidade da patente sobre a invenção colaborativa; e (3) a contitularidade da patente sobre invenção colaborativa.

O texto não apresenta, no entanto, uma investigação concluída. São muitas ainda as dúvidas a esclarecer e a aprofundar na complexa relação do exclusivo jurídico concedido pela patente e o processo colaborativo de inovação tecnológica. Esperamos apenas deixar lastro para futuras investigações nesta matéria.

2. Colaboração e comunidades de inovação

No plano empresarial, um elemento essencial no planeamento, organização e implementação das suas atividades de fabricação de produtos ou prestação de serviços prende-se com a construção e funcionamento de uma estrutura sustentada em laços de colaboração empresarial, tanto no plano interno, como no plano externo.

No plano interno, esta colaboração empresarial assenta no estabelecimento de feixes de relações especiais de vinculação e de cooperação entre assalariados e entre estes e a própria empresa, enquanto entidade autónoma e coordenadora. Nestas interconexões, surgem laços de cooperação recíproca, nexos de complementaridade e colaborações no cumprimento de diretrizes hierárquicas – plasmando-se na execução de tarefas e serviços, na investigação, desenvolvimento e concretização de projetos e no prosseguimento de objetivos, compreendidos no âmbito das atividades empresarialmente prosseguidas.

Ao nível externo, estabelecem-se diversos tipos de relações de cooperação: seja com fornecedores externos, que providenciam serviços ou produtos, que a empresa e os seus colaboradores necessitam para o seu funcionamento; seja também com entidades externas, encetando parcerias colaborativas com propósitos específicos relacionados com as atividades empresariais; e ainda relações de cooperação com os seus distribuidores, agentes ou outras entidades económicas relevantes, privadas ou públicas.

Neste quadro de relações de colaboração, internas e externas, são geradas, cada vez mais, inovações de cariz empresarial, seja no que diz respeito à criação de novos produtos, à prestação de novos serviços, ao desenvolvimento de novos processos, de novas formas de marketing, e ainda em soluções organizacionais – de acordo com os conceitos descritos no *Manual de Oslo* da OECD¹.

Este panorama colaborativo e inter-relacional nem sempre se desenrolou nestes moldes e intensidade no passado. Em economias mais desenvolvidas e competitivas, o paradigma para a criação da inovação que muitas empresas adotavam residia, basicamente, dentro de portas. As ideias e os

1 *Vd. OECD, Manual de Oslo, princípios orientadores da coleta e a interpretação dos dados sobre a inovação*, 3.ª ed., OECD, 2005, pp. 57 e ss.

processos colaborativos desenrolavam-se especialmente dentro do ecossistema individual de cada empresa.

Os processos de investigação e desenvolvimento da inovação socorriam-se, quase em exclusivo, dos recursos internos, da “prata da casa”. Geravam as suas próprias ideias, desenvolviam-nas, criavam a sua própria inovação e financiavam-na, prosseguindo todo o processo empresarial até ao mercado de forma o mais confidencial possível, sob a máxima de o “segredo ser a alma do negócio”.

Por outro lado, os resultados inovadores eram, frequentemente e sempre que possível, encerrados nas próprias empresas sob confidencialidade, sem divulgações ao público, ou fazendo-se aquelas divulgações estritamente indispensáveis.

A assimilação de informações provenientes do exterior era normalmente realizada de acordo com a organização, critérios e perspetivas internas de cada empresa, com pouca interação com entidades externas ao seu ecossistema.

Era, basicamente, um modelo de inovação essencialmente fechado em si próprio, sendo que o recurso a colaborações externas² era esporádico e fortuito, muitas vezes perçecionado com desconfiança, preconceitos e cautelas. O recurso ao direito da propriedade industrial – patentes, marcas, desenhos ou modelos – mostra uma relativa compatibilidade com este modelo fechado, traduzindo-se na obtenção de um conjunto de pilares para o reforço de uma estratégia empresarial fechada e independente.

Contudo, esta perspetiva sofreu importantes mudanças, mais recentemente. Desde logo, com o advento da Internet e das novas tecnologias, digitais, surgiu uma enorme e crescente capacidade computacional que veio a permitir a recolha e transmissão de dados informacionais, em quantidades, velocidades e com uma abrangência inimagináveis até há poucas décadas.

² Note-se que, em certas economias em desenvolvimento, como a Portuguesa, a dimensão das empresas e a sua falta de recursos próprios, durante muitas décadas, obrigava-as a encetarem colaborações com outras empresas com aqueles recursos, mas não havendo, em regra, a preocupação de proteção das inovações criadas nestas parcerias (ou, então, apenas sendo protegidas pelo parceiro com mais capacidades), levando a que muita da inovação criada internamente nas empresas viesse para o exterior sem serem salvaguardados previamente direitos que pudessem ser conferidos à empresa e aos seus colaboradores. No entanto, com o crescimento empresarial e o aumento da competitividade no mercado, naquela perspetiva, a mudança comportamental das empresas tem sido progressiva e a proteção de direitos da propriedade industrial crescente, embora ainda não seja a desejável.

Estabelecendo-se a aldeia global e gerando-se o fenômeno da digitalização, o nosso pequeno planeta tem sofrido um conjunto de alterações profundas e transversais – além do preocupante flagelo ambiental – e que se manifestam em termos sociais, nas relações entre as pessoas, e se espelham nas redes digitais sociais; também em termos culturais, na chamada cibercultura, que se plasma num conjunto de pensamentos, valores, comportamentos e práticas desenvolvidas no seio de um ciberespaço com participantes provenientes das mais diferentes origens geográficas; e ainda numa economia digital, com novos modelos de negócio – plataformas digitais –, novas formas de comercialização e de marketing – *e-commerce* e marketing digital –, novos tipos de empresas, digitais e de consumidores – *e-consumer*, *smart tourist* –, novos circuitos ou processos de distribuição, novas profissões – gestor de otimização de plataformas *web* –, e toda uma série de realidades em afirmação crescente.

Neste contexto, muitos particulares e empresas compreenderam a importância ainda maior do papel da colaboração, na sua vida pessoal e profissional, como instrumento de desenvolvimento das suas atividades e para a sua realização em sociedade, falando-se, então, amiúde numa economia e inovação colaborativas³.

No que concerne à inovação colaborativa propriamente dita, a sua afirmação e crescimento surgem associadas, muitas vezes, à profusão de comunidades de inovação⁴. Estas podem ser entendidas enquanto conjuntos de pessoas que se unem à volta da geração e criação de novas ideias e novas soluções, mediante a partilha, intercâmbio, investigação e criação de inovações, muitas vezes em certos sectores ou de acordo com certos interesses.

As comunidades de inovação, ao contrário do que se tem afirmado muitas vezes, não foram criadas recentemente. Em termos históricos, há alguns exemplos dessas comunidades de inovação, no passado, ligadas à industrialização, seja no que diz respeito à inovação em matéria de máquinas têxteis, de máquinas a vapor, seja na produção de ferro e de aço. Contudo, não são

³ A economia colaborativa ou partilhada «é um sistema socioeconómico que se desenvolve ao redor da partilha de recursos humanos e físicos, tais como o conhecimento, habilidades, tempo, bens, carros, roupas, comida, casas, etc.» (Gonçalves, Ricardo “Collaborative Economy: uma nova realidade”, in revista *Start & Go*, novembro/dezembro de 2018).

⁴ Vd. Lim, Michael/Ong, Bee Yong, “Communities of innovation”, in *International Journal of Innovation Science*, Vol. 11, 2019, pp. 402-418, <https://doi.org/10.1108/IJIS-09-2017-0086>.

muitos tais exemplos pois, segundo alguns historiadores⁵, estas situações de colaboração requeriam um conjunto de circunstâncias particulares que não eram normais nessa altura. Tinham, portanto, um carácter excecional.

No âmbito das comunidades, os respetivos membros tratavam e usavam as inovações geradas, de forma coletiva. No entanto, a partilha, agregação e divulgação dessas inovações para fora dos círculos restritos daquelas comunidades estava muito dependente da intervenção de entidades de natureza pública.

Além destas, foram surgindo progressivamente comunidades colaborativas nas áreas da investigação científica desenvolvida essencialmente nas universidades. Diversas comunidades agregadoras de várias universidades, ou entre estas e as empresas, foram surgindo ao longo do século passado.

Mais recentemente, as comunidades colaborativas, *online*, tiveram uma enorme expansão com o desenvolvimento da indústria do *software* e da internet. A internet e as tecnologias da informação e comunicação – TIC –, que se encontram associadas à *web*, vieram possibilitar a comunicação entre muitos particulares e empresas de todas as partes do mundo. A aproximação virtual e a interação *online* e a partilha de recursos de uma forma intensiva através de meios de interconexão eletrónicos propiciaram condições para o surgimento de comunidades colaborativas *online*.

A infraestrutura de computação em que assenta a Internet, baseada em *software* de código aberto, mostrou ser o melhor contexto para o crescimento exponencial de um movimento de comunidades – *open source* de *software* – dedicado à programação em código aberto⁶, daí resultando muitas e variadas aplicações e soluções informáticas com grande adesão entre o público utilizador.

São muitas comunidades vocacionadas para a partilha e troca de experiências e conhecimentos, centradas no desenvolvimento de soluções tecnológicas

5 Mokyr, J., "The institutional origins of the industrial revolution", in Helpman, E. (ed.), *Institutions and Economic Performance*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2008, p. 81.

6 O movimento de *software open source* correspondeu, em larga medida, a uma reação por parte de muitos programadores contra o modelo de *software* proprietário, em que não se revelava o código fonte do *software*. Pelo contrário, num modelo de *software de open source*, o código fonte é revelado e permite-se que os próprios utilizadores possam introduzir alterações, corrigir erros e desenvolver o seu próprio código e partilhá-lo.

relacionadas com o desenvolvimento de muitas potencialidades que a Internet e as TIC têm.

Estas comunidades especializadas na criação de *software* – de *open source* – têm hoje em dia uma grande dinâmica e reconhecimento público, podendo destacar-se a comunidade que criou o *software* kernel Linux. Este *software* é reconhecido pela sua grande qualidade e fiabilidade, sendo fruto de milhares de contribuições de programadores provenientes das mais diversas zonas geográficas, seja a título pessoal, seja de muitas organizações e empresas.

Esta comunidade colaborativa é um exemplo paradigmático de um espaço organizativo pautado por uma gestão adequada e eficiente de contributos, partilhas e troca de conhecimentos entre todos os seus membros participantes.

No entanto, podem ainda referir-se outras comunidades, de *open source*, com uma adesão enorme e cujos *softwares* têm tido enorme sucesso junto dos utilizadores, como o *software* OpenOffice, o Python, GIMP, GNOME, Apache, PostgreSQL e PHP. Apesar do sucesso do *software open source* em termos técnicos, e há quem mesmo afirme que «as inovações de computação no mundo devem a sua existência ao sucesso do desenvolvimento de código aberto»⁷, uma parte dos objetivos da comunidade de *software open source* não foi, no entanto, atingida, havendo quem refira⁸ que foi um falhanço neste ponto.

Com efeito, este movimento tinha como intenção implementar «a democratização do *software*»⁹ e pôr termo à «exclusão digital»¹⁰, mediante a partilha da propriedade intelectual entre os seus membros. Apesar da indiscutível massificação, a exclusão e as desigualdades persistem.

Independentemente disto, todas estas comunidades vieram, pelo menos, questionar ou reequacionar o modelo preponderante de desenvolvimento da inovação que, basicamente, ainda se encontra de algum modo virado para dentro das fronteiras de cada empresa. Implementaram coletivamente processos de desenvolvimento de inovação com base em partilha

7 Nossa tradução: «Better would be to say that the world's computing innovations owe their existence to the triumph of open-source development» – Mark, John, “Why Open Source Failed”, 2018, publicado no site: <https://medium.com/@johnmark/why-open-source-failed-6cae5d6a9f6>.

8 *Idem*.

9 *Idem*.

10 *Idem*.

de conhecimentos e experiências e evidenciaram a necessidade premente de se introduzir alterações políticas, económicas, sociais e legais que acompanhem as novas mentalidades e desígnios de maior inclusão e menor desigualdade.

3. Propriedade industrial e a inovação colaborativa

O sistema normativo da propriedade industrial em vigor é composto por um conjunto de regras jurídicas complexas que prosseguem objetivos muito específicos¹¹. Apresenta-se como se de um autêntico jogo¹² fosse, que se desenrola em diversos tabuleiros, em que os seus jogadores (essencialmente empresas e particulares) podem adotar estratégias empresariais, usar exclusivamente certos bens intangíveis, impedir certos comportamentos de concorrentes, defender aqueles bens e adotar outros comportamentos, de acordo com as regras deste jogo.

Com efeito, estabelece-se uma estrutura de regras que atribuem certos direitos para os jogadores, titulares de direitos, mediante o preenchimento de certos requisitos prévios, mas que depois podem ser utilizados enquanto trunfos competitivos sobre os adversários. Além daqueles direitos, estabelecem-se ainda obrigações, prazos determinados, procedimentos, limites àqueles direitos e ainda exceções a dadas regras, entre outras situações.

Neste contexto normativo, desenvolve-se, portanto, uma progressiva mudança de paradigma em termos de inovação. Este novo paradigma tem ínsita uma colaboração interpessoal que extravasa, cada vez mais, o ciclo fechado da empresa e em que a partilha coletiva de conhecimentos assume um dinamismo crescente na criação de produtos e serviços novos.

Encetando-se uma perspetiva empresarial e implementando-se uma estratégia com o intuito de explorar económica e comercialmente aqueles produtos e serviços, a questão da salvaguarda dos respetivos direitos de uso exclusivo sobressai, na maior parte das situações, evidenciando-se como prioritária e, por consequência, perspetivando-se o recurso à

11 Não nos estenderemos sobre os princípios inerentes ao regime de propriedade industrial que podem ser aprofundados em Gonçalves, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019.

12 Castro Marques, Mário, "Um jogo chamado... Propriedade Intelectual. Algumas regras iniciais", in revista *Start & Go*, março de 2018, disponível em <https://startandgo.pt/m/pt/article?id=1159&name=um-jogo-chamado--propriedade-intelectual--algumas-regras-iniciais>.

propriedade industrial enquanto reduto natural para a obtenção de tais direitos e proteção.

A natureza da propriedade industrial tem particular importância, na medida em que os bens que são aqui tratados e regulados têm um carácter imaterial, não corpóreo. Esta incorporeidade denota-se na capacidade de este género de bens permitir uma utilização, massiva e em simultâneo¹³, por diversas pessoas, sem perda de características ou deterioração. No caso que irá ser analisado, trata-se das invenções enquanto soluções técnicas para um problema técnico e suscetíveis de serem protegidas ou patenteáveis.

Afigura-se, como tal, determinante analisar, de forma breve, o *interface*/inter-relação atualmente existente entre a propriedade industrial e a inovação colaborativa, indagando-se até que ponto a colaboração entra naquele jogo da propriedade industrial e até onde tem ou pode ter algum papel relevante no seu desenlace – restringindo-se a nossa atenção à patente.

4. Patente e invenção colaborativa

Como já acima foi referido, nos nossos dias, surge-nos uma miríade de relações de colaboração empresarial, fora e dentro do ecossistema da empresa, e que são fontes de eventual inovação colaborativa, mas que carecem de uma regulação relevante. Esta necessidade de regulamentação, das relações humanas, foi, é e será uma realidade inexorável, à qual não é possível escapar. Pensar o contrário é recusar aquilo que a História já nos ensinou enquanto civilização.

Ponto é o de saber como o conjunto de normas de propriedade industrial em vigor prevê (ou não) e responde às novas realidades e desafios que a inovação colaborativa acarreta. A propriedade industrial, à semelhança do direito em geral, não pode constituir uma “ilha isolada” de um contexto em mudança, com novas tendências e criações.

Do ponto de vista da propriedade industrial – e, em particular, do direito de patente – importa, desde logo, observar que, em Portugal, sobre o título

13 Diversos autores referem a *ubiquidade* das coisas incorpóreas como uma característica essencial enformadora do seu regime (Venâncio, Pedro Dias, *A Tutela Jurídica do Formato de Ficheiro Eletrónico*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 166; e Vicente, Dário Moura, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 17-18).

Invenções está previsto o regime¹⁴ das *Patentes*, que contém uma panóplia de normas reguladoras de diversas situações jurídicas atinentes a este direito.

A técnica legislativa aplicada nesta matéria, e que foi no sentido da determinação do conceito de invenção/solução/inação¹⁵ patenteável, mediante a exclusão, *a priori*, de um conjunto de situações jurídicas¹⁶, não suscita, à primeira vista, problemas no que concerne especificamente à inovação colaborativa.

Isto é, a invenção/solução/inação patenteável, seja esta resultante de colaboração ou de um ato individual, não poderá estar compreendida numa das exclusões legais. Se o estiver, a solução em concreto está fora deste jogo normativo e não é regulada pela propriedade industrial. Poderá, contudo, ser regida por outro jogo normativo, nomeadamente por direitos de autor – *v.g.*, o caso dos programas de computador enquanto tais.

Por outro lado, regressando ao campo das invenções patenteáveis, a solução técnica inovadora desenvolvida no processo colaborativo poderá recair sobre qualquer domínio da tecnologia¹⁷. Áreas como a inteligência artificial, realidade virtual aumentada, impressão 3D, Blockchain, entre outras, não estão excluídas da patenteabilidade – notando-se, deste modo, uma abertura inicial do sistema de patentes a novas criações inventivas.

Contudo, em qualquer caso, todas elas terão de cumprir um conjunto de requisitos¹⁸, para que venha a ser atribuído o direito de exclusivo de patente (ou modelo de utilidade).

14 Arts. 50.º e ss. do Código da Propriedade Industrial (em diante, CPI), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro.

15 No âmbito da análise que iremos fazer, os termos “invenção”, “solução técnica” e “inação” serão aqui entendidos como sinónimos de um conjunto de realidades suscetíveis de serem protegidas por patente, isto é, patenteáveis – exceto quando expressamente seja apontado um sentido diferente.

16 O legislador português nunca definiu o conceito de invenção – à semelhança da generalidade da legislação estrangeira. No entanto, configurou este conceito de uma forma negativa, excluindo um conjunto de situações jurídicas deste conceito (nomeadamente, as descobertas, teorias científicas, métodos matemáticos, apresentações de informação, as criações estéticas, os projetos, os programas de computadores, como tais) – *vd.* art. 51.º, n.º 1, do CPI.

17 *Vd.* art. 27.º do APD/C/TRIPS – Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, Anexo ao Acordo que cria a Organização Mundial do Comércio, ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 82-/94, de 27 de dezembro (TRIPS, em língua inglesa).

18 Art. 50.º do CPI.

Neste aspeto, é de observar que estão estipulados três requisitos cumulativos indispensáveis¹⁹: (1) a novidade da solução técnica, (2) a atividade inventiva da solução técnica, (3) e a respetiva aplicação industrial.

5. O requisito de novidade e a divulgação colaborativa

No que concerne à inovação colaborativa, como já se referiu, sendo o resultado da partilha e troca de conhecimentos interpessoais e, neste aspeto, decorrendo de uma relação de abertura e permeabilidade, verifica-se, em princípio, uma certa contraposição com o que está implícito no primeiro dos requisitos: a novidade.

Neste requisito, requer-se que a solução técnica não tenha sido divulgada antes, de qualquer forma, e que se tenha, assim, tornado acessível ao público – passando a fazer parte do chamado *estado da técnica*. Uma divulgação antes do pedido de patente (ou da data de prioridade), em princípio, destrói a novidade e, por conseguinte, deixa de ser patenteável.

Ora, a divulgação no âmbito de um processo colaborativo pode, com efeito, tornar-se pública, na medida em que haja uma partilha entre múltiplos colaboradores e aquela divulgação não tenha sido restringida ao âmbito de um círculo fechado de destinatários. A propensão inata daquele processo tende, à primeira vista, a não se compagnar com o previsto no requisito legal.

Tratando-se de um requisito imprescindível, a exigência de novidade é essencial na legislação portuguesa de patentes, bem como na da patente europeia²⁰ (CPE), estando ainda estipulada, em termos internacionais, no APDIC/TRIPS²¹.

Existem, contudo, três exceções nacionais ao requisito da novidade: (1) o caso da divulgação da invenção em exposições oficiais ou oficialmente reconhecidas²², (2) as divulgações abusivas por pessoas não autorizadas, e

19 Por manifesta falta de espaço nos propósitos deste texto, não aprofundaremos estes três requisitos, que estão já amplamente estudados e explicitados. Citamos, por exemplo: Gonçalves, Luís Couto, *op. cit.*, pp. 67-74; Venâncio, Pedro Dias, *op. cit.*, pp. 216-227; ou Silva, Pedro Sousa e, *Direito Industrial: Nações básicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 52-58.

20 *Vd.* arts. 52.º e 54.º da Convenção da Patente Europeia (CPE), de 5 de outubro de 1973, com as suas posteriores revisões.

21 *Vd.* art. 27.º do APDIC/TRIPS

22 Convenção Relativa às Exposições Internacionais, de 22 de novembro de 1928 (aprovada pelo Decreto n.º 19 421, de 6 de março de 1931), e com as suas posteriores alterações.

(3) as publicações indevidas do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

A primeira das exceções estava já prevista no primeiro tratado internacional em matéria de propriedade industrial²³ – Convenção da União de Paris sobre a proteção da propriedade industrial –, prevendo-se uma proteção provisória relativamente a invenções patenteáveis, a modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais e ainda marcas que sejam divulgadas em certas exposições registadas ou reconhecidas no termos da Convenção internacional sobre exposições internacionais. A mesma solução foi adotada no sistema da patente europeia²⁴.

No que diz respeito à inovação colaborativa, sempre que seja divulgada neste tipo de eventos, durante o período de seis meses e de acordo com os requisitos previstos, merecerá uma proteção provisória em Portugal, à semelhança das inovações em geral – não se destruindo o requisito da novidade quanto à proteção por patente (ou por modelo de utilidade²⁵), apesar da divulgação pública.

Observa-se, portanto, alguma flexibilidade da parte da legislação portuguesa, na análise deste requisito, mas abre-se apenas a hipótese a um tipo de situações muito especiais e excecionais em que, eventualmente, se poderão abarcar certos eventos internacionais relacionados com a inovação colaborativa que venham a ser registados (Expos) ou reconhecidos (Exposições Especializadas) segundo a mencionada Convenção.

No segundo caso excecional – que diz respeito a divulgações abusivas de terceiros – atende-se a situações de «abuso evidente em relação ao inventor»²⁶ (ou sucessor) e que foi acolhido na legislação nacional no seguimento da sua previsão no sistema da patente europeia. A prova do «abuso evidente» é indispensável para que não seja destruída a novidade da invenção patenteável. Sendo que o recurso a instrumentos contratuais, como acordos de não divulgação ou confidencialidade, é considerado a melhor solução possível neste enquadramento legal.

23 Art. 11.º da Convenção da União de Paris (CUP) para a Proteção da Propriedade Industrial, de 20 de março de 1883, revista em Bruxelas em 14 de dezembro de 1900, em Washington em 2 de junho de 1911, em Haia em 6 de novembro de 1925, em Londres em 2 de junho de 1934, em Lisboa em 31 de outubro de 1958, e em Estocolmo em 14 de julho de 1967, e modificada em 2 de outubro de 1979.

24 Art. 55.º, n.º 1, alínea b), da CPE.

25 Por remissão do art. 123.º do CPI.

26 Art. 56.º, n.º 1, alínea b), do CPI.

A adoção, cada vez mais frequente, destes instrumentos contratuais, por empresas e particulares, no âmbito dos processos de colaboração realizados entre estes e os seus fornecedores ou a sua rede de entidades e parceiros, mostra, de alguma forma, como aqueles intervenientes têm aproveitado esta hipótese dada pela legislação em matéria de patentes, para salvaguardarem, na medida do possível, os seus legítimos direitos intelectuais resultantes daquelas relações colaborativas interpessoais.

Nesta exceção, percebe-se uma abertura do sistema de patentes para o inexorável crescimento dos processos colaborativos de inovação. No entanto, julgamos desde logo que a importância dos acordos de confidencialidade deveria ter mais ênfase na legislação de patentes, tanto mais quando existem vários intervenientes, inventores.

Por outro lado, em termos práticos, ao nível dos próprios intervenientes, será preciso uma maior sensibilização e consciencialização para a adoção de medidas preventivas contratuais no âmbito da implementação dos próprios processos colaborativos.

Ademais, os instrumentos contratuais a adotar devem ser concebidos e ter um conteúdo especialmente adequado para reger as necessidades mutáveis e particulares de cada situação jurídica – estipulando-se muitas vezes mecanismos “adaptativos” e que se moldem à evolução das situações e dos próprios processos colaborativos – o recurso a arbitragem seria uma das hipóteses.

No que concerne à abertura da propriedade industrial a mais situações excepcionais, em que se salvguarde a novidade apesar da divulgação, e que possam estar mais estreitamente ligadas com situações de inovação colaborativa, é uma hipótese que deverá ser analisada e ponderada, mas a complexidade e os efeitos transnacionais que podem daí advir determinam que o fórum próprio para o efeito seja a nível internacional ou, pelo menos, europeu, caso contrário, advirá um conjunto de riscos em matéria de patenteabilidade, seja para os próprios inventores, seja para os concorrentes – podendo ser posta em causa a segurança na fluidez da atividade empresarial.

A terceira situação excepcional diz respeito aos atos de divulgação pública da invenção patenteável – mais concretamente, com publicações no Boletim – que o INPI, de forma indevida, tenha efetuado e cuja responsabilidade lhe seja unicamente imputável. Ao nível da inovação colaborativa, esta exceção não denota apresentar uma relevância prática específica, sendo de aplicação geral.

No que concerne aos dois restantes requisitos de proteção da invenção patenteável – a atividade inventiva e a aplicação industrial –, quanto ao primeiro²⁷ caso, a fórmula legislativa adotada posiciona-se na perspetiva do perito na especialidade para examinar a invenção patenteável e prescreve que esta, em concreto, não deverá ser considerada evidente para aquele perito, tendo por referência o «estado da técnica» existente.

Quanto à fórmula plasmada, não se perspetiva que possa ser muito diferente para a inovação colaborativa, não havendo, pelo menos, motivos evidentes para exceções decorrentes do facto de ser o resultado de um processo colaborativo.

No que concerne ao último dos requisitos de patenteabilidade – aplicação industrial –, requer-se que a invenção seja suscetível de ser executada de forma repetida em qualquer tipo de indústria ou na agricultura. Neste aspecto, também aqui, à primeira vista, não se mostra evidente que este requisito deva também ser modulado ou adaptado à inovação colaborativa.

6. A titularidade da patente no processo de inovação colaborativo

Depois desta breve análise dos requisitos da propriedade industrial (quanto à patente) e da sua aplicação aos processos colaborativos de inovação, passamos agora a uma questão importante em matéria de patente e que diz respeito à titularidade do direito de patente no âmbito de um processo colaborativo.

Quando este é implementado e gerada a inovação, saber-se, nomeadamente, quem pode ter direitos sobre esta e em que medida é uma realidade que, mais dia, menos dia, irá confrontar todos os intervenientes naquele processo.

Independentemente de tudo, uma coisa é a invenção ser criada por um inventor, outra é esta ser resultado do esforço de vários num processo de colaboração. A existência de vários intervenientes, várias vontades e objetivos suscita, desde logo, questões de aspeto prático muito relevantes. Por outro lado, ainda, a circunstância de se gerarem situações que poderão perdurar durante bastante tempo coloca também muitos desafios de variada espécie.

²⁷ *Vd.* art. 54.º do CPI – quanto aos requisitos de patenteabilidade.

Ainda sob o ponto de vista prático, para a propriedade industrial, mais em particular para a patente, desde logo, quanto ao direito de se requerer uma patente e obter-se a correspondente titularidade quando são diversos inventores, a legislação nacional prevê²⁸ que, quando são dois ou mais inventores, qualquer um tem direito a apresentar o pedido de patente junto do Instituto oficial.

A este propósito, atribui-se esta legitimidade a qualquer um dos inventores de, individualmente, solicitar a patente, mas sob a condição de ser em «benefício de todos». Fazendo uso de um conceito indeterminado – «benefício de todos» –, aponta-se tão-só para o resultado, não dando quaisquer indícios do que está abrangido neste conceito, e deixando ao intérprete e aplicador da norma a determinação daquele conteúdo, casuisticamente – desde que em benefício de todos.

Com efeito, apesar desta amplitude, é importante notar que também se abre uma porta para possíveis conflitos. Se a identificação de todos os inventores é essencial, terá de haver um entendimento quanto ao benefício comum. O que pode ser em benefício de um pode não ser de outro e, portanto, pode não existir um benefício comum.

E, assim, se o pedido não for em benefício de todos os inventores que colaboraram na inovação, prevê-se que o INPI possa recusar o pedido de patente²⁹ ou «em vez da recusa da patente pode ser concedida a transmissão a favor do interessado, se este a tiver pedido»³⁰.

Estas soluções – recusa ou transmissão – podem não ser as mais adequadas a certas situações particulares e poderiam ser também previstas algumas medidas cautelares que permitissem uma maior flexibilidade para cada situação concreta.

Se bem que o Instituto, sempre que tenha conhecimento de indícios de um litígio entre o requerente e outros interessados neste domínio, possa suspender, com base numa causa prejudicial, o processo e preservar a confidencialidade da invenção até que haja uma decisão judicial ou arbitral

28 Art. 57.º: «Regra geral sobre o direito à patente

1 – O direito à patente pertence ao inventor ou seus sucessores por qualquer título.

2 – Se forem dois, ou mais, os autores da invenção, qualquer um tem direito a requerer a patente em benefício de todos.»

29 Alínea g) do art. 75.º do CPI.

30 N.º 2 do art. 75.º do CPI.

definitiva sobre o assunto. No entanto, será sempre necessário que seja dado conhecimento prévio ao Instituto, o que nem sempre sucede, pois os terceiros interessados podem não saber do processo de patente em curso.

Por outro lado, a própria publicação do pedido de patente pode trazer prejuízos irreparáveis quando à questão da confidencialidade, o que, no processo colaborativo, assume uma grande importância.

Efetivamente, há um conjunto de questões iniciais às quais, muitas vezes, quem participa em processos de inovação colaborativa não presta atenção e que depois se colocam com bastante acuidade e, amiúde, quando tais processos chegam a resultados relevantes e inovadores, surge então a questão da estratégia a prosseguir em termos de defesa e salvaguarda da inovação.

Um possível ponto de partida passa por se decidir se irá pedir uma patente, ou guardar-se a inovação sobre segredo comercial, ou então adotar-se uma divulgação com carácter defensivo ou em termos de marketing. Tudo depende.

Divulgar ou não divulgar é, com efeito, uma questão essencial e que não pode ser olvidada, desde os primórdios do processo de colaboração. São várias as alternativas e alguns inventores não estão despertos ou sensibilizados para estes assuntos.

Um pedido de patente será publicado sempre no decurso da respetiva tramitação administrativa e, sendo assim, o conteúdo da inovação a proteger irá ser revelado publicamente. A patente tem ínsita na sua configuração a divulgação do conhecimento – tendo como contrapartida a concessão de um exclusivo durante um dado período, caso se cumpram os respetivos requisitos de patenteabilidade.

Suponha-se, por exemplo, que a inovação tem dois inventores e que apenas um fez o pedido de patente, sendo que o outro tinha outro objetivo e pretendia preservar a inovação em sigilo. Tendo sido iniciado o processo apenas por um dos inventores, ao arrepio do outro, caso o processo não venha a ser interrompido antes da publicação, esta irá destruir o segredo sem qualquer possibilidade de se recuperar a confidencialidade anterior – *v.g.*, o caso da coca-cola: se tivesse sido publicada a composição da sua substância, o segredo teria deixado de existir e hoje os concorrentes já poderiam colocar um produto igual no mercado (com outra marca, claro).

Numa situação como a descrita, será que um pedido de patente efetuado por apenas um dos criadores poderia ter sido considerado em benefício dos demais?

A questão da determinação do benefício comum suscita alguma complexidade, pois irá depender das circunstâncias concretas de cada processo colaborativo. Além disto, pode suscitar graves problemas e litígios entre os interessados. A existência de um entendimento prévio evitaria males maiores.

Regressando-se, agora, ao domínio da patente e ainda no âmbito do direito a esta e posterior titularidade, podemos observar a existência de quatro tipos de situações jurídicas excepcionais em que aquele direito é atribuído, em princípio, a uma pessoa diversa do inventor ou inventores.

Efetivamente, tendo em atenção as particularidades subjacentes a quatro tipos de processos colaborativos, a legislação nacional em matéria de patentes determina que o direito a requer a patente e a consequente titularidade possa ser atribuído a outra pessoa, que não o inventor, mas que assumiu o controlo de certos meios ou disponibilizou certas condições para o desenvolvimento da colaboração.

Assim, a colaboração no interior da empresa é um primeiro caso, seguindo-se depois a colaboração através de contrato de encomenda, a colaboração dispensada num processo colaborativo na administração pública e ainda a colaboração realizada no âmbito de entidades públicas de investigação e desenvolvimento.

Vejamos, então, com mais atenção estas situações.

O primeiro tipo de situações diz respeito às inovações ditas laborais³¹, resultantes de um processo colaborativo encerrado na própria empresa e suportado com base num contrato de trabalho. Como vimos acima, estamos ainda num modelo típico de inovação fechado, baseado na colaboração no próprio ecossistema da empresa e em que as relações fluem internamente no seio de uma organização de pessoas e meios adstritos à prossecução de uma atividade empresarial, sob o controlo de uma hierarquia.

Neste contexto, a inovação desenvolvida pelos colaboradores, no exercício das suas funções laborais, poderá ser protegida por patente cumprindo os

31 *Vd.* art. 58.º do CPI – Regras especiais sobre titularidade da patente.

requisitos gerais e sendo que quem terá legitimidade para apresentar o pedido e a titularidade, em princípio, será a própria empresa³², enquanto entidade patronal, e não os colaboradores inventores. A empresa tem aquele direito à patente e os diversos colaboradores assalariados, que participaram no processo inventivo, são, em princípio, preteridos na escolha legal.

Contudo, atente-se que os direitos legalmente atribuídos ao(s) inventor(es) assalariado(s) da empresa, no processo colaborativo gerador, não podem ser objeto de renúncia antecipada. Isto é, a circunstância de a empresa ter o direito à patente e ter celebrado previamente um contrato de trabalho com o(s) inventor(es) não posterga os demais direitos que lhe(s) são reconhecidos legalmente.

Naturalmente que o pressuposto essencial para a atribuição daquele direito à patente é a circunstância de o processo de inovação ser desenvolvido ao abrigo da execução de contrato de trabalho com o(s) inventor(es), mas também o contexto da organização da atividade da empresa e a ligação com os meios de trabalho e os conhecimentos partilhados naquele ecossistema se encontram na fundamentação daquela atribuição.

A legislação³³ de patentes estipula que aquelas invenções cujo pedido de patente tenha sido requerido até um ano após o termo do contrato de trabalho do inventor são ainda invenções realizadas durante a execução do contrato de trabalho. No entanto, para que a empresa tenha aquele direito ou, pelo menos, o mantenha, a legislação prevê o cumprimento de um conjunto de requisitos.

Desde logo, é importante perceber-se se o contrato de trabalho, em termos de funções, prevê a atividade inventiva. E mesmo que as funções contratualizadas não prevejam a criação de invenções, mas se a invenção gerada se integra na atividade da empresa, esta tem o direito de opção à patente.

Por outro lado, requer-se que a atividade inventiva esteja especialmente remunerada contratualmente. Caso não esteja, os inventores, colaboradores assalariados da empresa, têm direito a uma remuneração complementar e cujo valor será de «harmonia com a importância da invenção»³⁴. O valor concreto da remuneração deverá ser apurado caso a caso.

32 *Vd.* n.º 1 e n.º 2 do art. 58.º do CPI.

33 *Vd.* n.º 5 do art. 58.º do CPI.

34 *Vd.* n.º 2 do art. 58.º do CPI.

Neste ponto, a legislação em matéria de patentes socorre-se do conceito indeterminado – «importância da invenção» – para deixar à empresa e a cada inventor acordarem o valor daquela remuneração e, caso não cheguem a consenso, o litígio deverá ser resolvido com recurso a arbitragem.

Esta solução, à primeira vista, poderá acautelar em certa medida os interesses do inventor ou inventores, que, por norma, enquanto trabalhadores assalariados, podem estar sujeitos a pressões por parte da entidade patronal.

No âmbito deste tipo de processo colaborativo, estipula-se ainda um dever de comunicação do inventor à empresa, no prazo de três meses da conclusão da invenção – o que poderá suscitar também aqui um problema quanto à determinação da data – ou no prazo de um mês, se o inventor tiver requerido já a patente – prazo que será mais fácil de contar; prevendo-se ainda um prazo de três meses para a empresa exercer o direito de opção, a contar daquela comunicação. Mas, caso a empresa não efetue o pagamento integral daquela remuneração, perderá aquele direito à patente em benefício do ou dos inventores.

O segundo tipo de situações diz respeito àqueles casos em que a colaboração é realizada no âmbito de um contrato tipicamente de prestação de serviços – comumente designado por «contrato de encomenda» – e em que o colaborador presta a sua atividade a alguém mediante uma remuneração.

A legislação nacional³⁵ em matéria de patentes manda aplicar, com as devidas adaptações, a solução legal acima preconizada para as invenções laborais, desde que a atividade inventiva esteja prevista no contrato. No entanto, a solução legal é supletiva, pois os contraentes poderão estipular outro regime aplicável ao direito sobre a patente e às suas condições de atribuição.

Assim, caso aqueles nada tenham estipulado sobre o direito à patente naqueles processos colaborativos de desenvolvimento de inovação que decorrem de «contratos de encomenda» com tal propósito, aquele direito e a titularidade da patente pertencem, em princípio, àquele que encomenda, destinatário da prestação inventiva.

No que concerne ao terceiro tipo de situações, abarcam-se aqueles processos de colaboração dos quais resultam invenções patenteáveis e que

³⁵ *Vd. n.º 7 do art. 58.º do CPI.*

envolvem a administração pública, os seus funcionários e demais colaboradores daquela.

O princípio que a legislação seguiu foi, também aqui, adotar a fórmula estabelecida acima para as invenções laborais, atribuindo-se o direito à patente e respetiva titularidade aos entes da administração pública em cujo contexto, meios e recursos foi desenvolvido o processo de colaboração gerador da inovação – exceto se tiver sido acordado diferentemente. Contudo, esta solução não será de aplicar àquelas entidades públicas que têm por fim atividades de investigação e desenvolvimento – como a seguir se verá melhor.

Com efeito, a legislação nacional estabelece agora um novo³⁶ regime particular para as instituições públicas de investigação e desenvolvimento, com realce para as universidades e institutos públicos, propulsores de processos colaborativos de inovação e cuja salvaguarda dos resultados tem sido, amiúde, uma preocupação e prioridade estratégicas.

É neste âmbito que surge, então, o último tipo de situações a analisar e que diz respeito ao enquadramento legal particular que as universidades e institutos públicos e outras entidades públicas de investigação e desenvolvimento têm previsto com a mais recente legislação de patentes.

Até ao novo código de propriedade industrial de 2018, aquelas entidades públicas fundavam os seus direitos às patentes geradas no âmbito daqueles processos colaborativos no dispositivo legal que previa a aplicação das regras das «invenções laborais» também ao «Estado e corpos administrativos».

Com a entrada em vigor da mais recente legislação de patentes, prevê-se uma solução própria para as instituições públicas de investigação e desenvolvimento (I&D), incluindo-se aí, em especial, as universidades e institutos públicos. Este novo regime não tem carácter imperativo, mas sim natureza supletiva, sendo deste modo aplicável apenas quando não existam normas ou disposições em contrário. Acresce que tem apenas como destinatários aquelas pessoas coletivas de direito público que prevejam nos seus estatutos constitutivos atividades relacionadas com I&D, estando as demais entidades públicas excluídas e, por conseguinte, sujeitas ao regime *supra* referido para a administração pública em geral.

36 *Vd.* art. 59.º do CPI.

Este novo regime particular estatui que, em princípio, são «pertença» das pessoas coletivas públicas aquelas invenções realizadas pelos seus funcionários ou colaboradores no prosseguimento das suas atividades de I&D.

Numa primeira nota, realce-se a redação com um estilo algo diferente dos preceitos que lhe antecedem, recorrendo-se ao termo «pertença» para se referir ao direito a requer a patente e à respetiva titularidade por parte daquelas pessoas coletivas.

Por outro lado, a legislação prevê que tal direito diz respeito às «invenções realizadas pelos seus trabalhadores ou colaboradores». Estão, portanto, abrangidos tanto aqueles com vínculo de funcionário público, como também aqueles com outros vínculos à administração pública, sem qualquer discriminação.

Ademais, a previsão legal concerne as invenções criadas por aqueles, seja em termos individuais, seja no âmbito de processo colaborativo, desde que restrito à mesma pessoa coletiva.

Quando os trabalhadores ou colaboradores participem em processos colaborativos que envolvam inventores não adstritos à mesma pessoa coletiva pública ou pertençam a entidades privadas, estipula-se a obrigação de um contrato que preveja quem terá o direito à patente e à sua titularidade. Deste modo, naqueles casos em que as inovações sejam desenvolvidas em colaboração entre diferentes pessoas públicas ou estas e pessoas privadas, a regra da atribuição do direito à patente acima referida não é aplicável, mas, no entanto, prevê-se uma obrigação de se estipular contratualmente «quem fica titular da patente respeitante a essa invenção».

Neste ponto, haverá que não esquecer que a maioria das universidades públicas dispõe já de regulamentos em matéria de propriedade intelectual que tinham como base legal o regime anterior que atribuía o direito à patente ao Estado decorrente da remissão legal para o regime «invenções laborais», aplicando-se, com as devidas adaptações, às invenções desenvolvidas pelos funcionários do Estado e «servidores a qualquer título».

A generalidade daqueles regulamentos prevê aquelas situações acima descritas e que se referem às colaborações dos seus funcionários, docentes e discentes, tendo regras que, à primeira vista, se adequam à obrigação legal que o novo regime estabelece.

Este novo regime contém ainda um conjunto de normas relevantes para as relações entre a pessoa coletiva pública e os seus inventor(es), nomeadamente acerca do prazo de comunicação da invenção pelo inventor (que é agora designado por «autor do invento») à entidade a que está adstrito – três dias –, não dizendo, contudo, a partir de quando se deve contar tal prazo, deixando para os regulamentos ou estatutos essa precisão, mas que poderá suscitar alguns diferenças de entendimento ou prática entre as diversas pessoas públicas.

Por outro lado, ainda, embora o direito à patente e titularidade sejam da pessoa coletiva pública, o(s) inventor(es) têm o direito a uma compensação económica que consiste numa participação nos «benefícios económicos» que venham a resultar da exploração da invenção ou da transmissão pela pessoa coletiva pública do direito à patente a terceiros.

Os termos do direito de participação do inventor não são definidos neste regime, remetendo-se diretamente para o que está previsto nos «estatutos ou os regulamentos de propriedade intelectual desta(s) pessoa(s) coletiva(s)».

No caso em que a pessoa coletiva pública, já titular da patente, não pretenda explorá-la ou transmitir a terceiros, pode decidir transmiti-la ao(s) próprio(s) inventor(es). Se assim acontecer, a transmitente pode reservar-se ainda o direito de obter uma licença intransmissível, não exclusiva e gratuita. Em qualquer situação, aquela transmissão e a licença têm o carácter facultativo.

Ocorrendo a transmissão para o(s) inventor(es), é de observar que, por força deste regime legal, a pessoa coletiva transmitente tem o direito, ainda assim, a uma participação (uma «percentagem», nas palavras da lei) relativamente aos benefícios económicos da exploração da invenção que o inventor venha a conseguir. Os termos daquela percentagem não são definidos legalmente, mas são remetidos também para os estatutos ou regulamento de propriedade intelectual da respetiva pessoa coletiva.

Observa-se, em qualquer caso, que o direito de participação do trabalhador ou colaborador nos benefícios económicos não pode ser considerado remuneração ou salário. Ou seja, é um direito que não pode ser incluído (nem como salário ou remuneração) no próprio contrato de trabalho que vincula qualquer um daqueles à pessoa coletiva pública e, portanto, será sempre um direito adicional e autónomo.

Vimos acima, portanto, vários tipos de situações de colaboração em que o direito à patente e respetiva titularidade não são, em princípio, atribuídos ao(s) inventor(es). No entanto, mesmo aqui, o(s) inventor(es) têm o direito³⁷ de serem identificados enquanto tais no pedido e no título de concessão. É a afirmação de um direito de paternidade, se assim podemos afirmar, e que o próprio inventor pode não querer que seja divulgado – se o solicitar ao Instituto.

7. A contitularidade da patente colaborativa

Concluída a análise destas situações excecionais, e para os demais casos de colaboração em termos de inovação, o direito à patente e à sua titularidade são atribuídos, em princípio, aos inventores. Estes encabeçam a titularidade do direito de forma conjunta e numa situação jurídica de comunhão.

A cotitularidade do direito sobre a patente entre dois ou mais inventores (ou outros que lhes venham a suceder) estabelece um laço jurídico entre ambos e que poderá perdurar por um período prolongado – o tempo de duração da patente. Acresce ainda que, com base naquela cotitularidade, aqueles sujeitos irão ter relações jurídicas com terceiros.

No entanto, o sistema da propriedade industrial, na generalidade das situações, apenas prevê normas que têm como destinatário o titular individual, não se prevendo regras específicas para aquelas situações em que existem, em simultâneo, dois ou mais titulares do direito sobre a patente.

Sem nos querermos embrenhar numa discórdia doutrinal antiga acerca de a propriedade industrial ser ou não uma propriedade³⁸, consideramos convictamente que não estamos perante realidades que possam ser objeto de um direito de propriedade tal como o mesmo se encontra previsto no Código Civil (CC), dadas as suas características inatas específicas.

A prática que tem sido seguida, em Portugal, é a de aplicar as regras da compropriedade à cotitularidade dos direitos da propriedade industrial e, no caso que analisamos, ao direito sobre a patente. É um direito único sobre

37 Art. 60.º do CPI: «Direitos do inventor

1 – Se a patente não for pedida em nome do inventor, este tem o direito de ser mencionado, como tal, no requerimento e no título da patente.

2 – Se assim o solicitar por escrito, o inventor pode não ser mencionado, como tal, nas publicações a que o pedido der lugar».

38 Sobre esta problemática, *vd.*, Venâncio, Pedro Dias, *op. cit.*, pp. 159-160 (nota de rodapé n.º 331).

a patente, mas com uma pluralidade de titulares e que detêm quotas qualitativamente idênticas, embora possam ser quantitativamente diferentes.

Portanto, tem-se aplicado a um instituto jurídico que tem por objeto um bem imaterial: a invenção, aquelas regras da compropriedade que se encontram talhadas para as coisas corpóreas ou materiais.

Com efeito, apesar de a legislação geral³⁹ portuguesa prever que a propriedade industrial está sujeita «a legislação especial» – dando a entender, segundo alguns autores, que esta não é uma verdadeira propriedade e, por isso, se prevê um regime especial –, todavia, logo em seguida, a mesma legislação considera-se aplicável, subsidiariamente, à propriedade industrial – desde que «se harmonize(m) com a natureza daqueles direitos e não contrarie(m) o regime para eles especialmente estabelecido»⁴⁰.

E como bem adverte Pedro Sousa e Silva, «não devem transpor-se para este ramo do direito, acriticamente, soluções e explicações pensadas para o âmbito dos direitos reais»⁴¹. E, acrescenta, «a transposição das regras e princípios dos direitos reais raramente se harmonizará com a natureza daqueles direitos».

Com efeito, como já observado, a natureza dos bens sobre os quais a propriedade industrial recai é completamente distinta. Estes bens são imateriais, abrangendo nomeadamente um conjunto de sinais distintivos, criações estéticas e soluções técnicas. Sendo bens cujo uso e consumo podem ser realizados, em simultâneo, por várias pessoas, sem perda de propriedades ou características.

Por outro lado, o próprio regime geral da compropriedade⁴² estabelece ainda que as suas normas «são aplicáveis, com as necessárias adaptações, à comunhão de quaisquer outros direitos, sem prejuízo do disposto especialmente para cada um deles».

Não existindo normas especiais no sistema da propriedade industrial que regem a comunhão destes direitos, a aplicação do regime da compropriedade,

39 *Vd.* n.º 1 do art. 1303.º do CC.

40 *Vd.* n.º 2 do art. 1303.º do CC.

41 Silva, Pedro Sousa e, *Direito Industrial: Noções fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 19.

42 Art. 1404.º do CC.

como referimos, tem sido a solução enveredada para colmatar esta lacuna legislativa, embora sujeita a críticas e não sendo pacífico este caminho.

Neste seguimento, o direito sobre a patente decorrente do processo colaborativo será atribuído em comunhão a diversos inventores – desde que não se trate de uma das situações excepcionais acima descritas. No seio desta comunhão, as normas da compropriedade são aplicáveis, embora seja de todo razoável defender-se que essa aplicação, pura e simples, dificilmente se poderá harmonizar «com a natureza daqueles direitos» da propriedade industrial.

Com efeito, uma aplicação *qua tale* do regime da compropriedade concebido para as coisas materiais revela-se pouco adequada à natureza dos bens imateriais em apreço. Daí resultam um conjunto de desafios e obstáculos para os inventores que participaram no processo colaborativo inovador e que depois se podem ver confrontados com um conjunto de barreiras intransponíveis. Não obstante isto, é de realçar que, na sua maioria, as dificuldades poderão ser suplantadas ou mesmo evitadas, desde que exista um ou vários acordos entre aqueles intervenientes.

A este propósito, é sempre preferível que tais acordos surjam antes que o pedido de patente seja requerido no Instituto competente – preferindo-se que sejam juntos ao respetivo pedido de obtenção da patente aqueles acordos que sejam relevantes e adequados.

Tendo presente as regras gerais da compropriedade e aplicando-se no âmbito do direito sobre a patente, os respetivos titulares deparam-se, muitas vezes, com algumas situações problemáticas e cuja resolução se afigura essencial para que os resultados daquele processo colaborativo se traduzam em sucesso em termos empresariais.

Desde logo, no processo colaborativo, as intervenções ou participações inventivas de cada interveniente são frequentemente diferentes, quer em termos qualitativos, quer em termos quantitativos.

Qualitativamente, o regime da compropriedade estipula que são direitos iguais, não se permitindo diferenciação. Quanto ao aspeto quantitativo, é importante o acordo entre os intervenientes, embora possa ser difícil, para se determinar o *quantum* da prestação de cada interveniente e a correspondente quota na cotitularidade do direito.

Na ausência de um valor fixado pelos inventores, o regime⁴³ da propriedade presume quotas iguais relativamente ao direito sobre a patente, no pressuposto de que todos contribuíram de forma igual para a inovação.

Assumindo-se a igualdade de quotas dos inventores, desde logo no que concerne ao processo administrativo de tramitação da patente, aqueles irão assumir, de forma igual, custos e despesas que decorrem, nomeadamente, do pagamento de taxas oficiais, dos honorários de preparação de diligências, da apresentação de respostas, de eventuais traduções, entre outras diligências. Cada um participa nos encargos de forma proporcional à sua quota – salvo acordo em contrário.

Acerca disto, é importante observar que os direitos da propriedade industrial, no nosso caso, o direito sobre a patente, se regem pelo princípio da territorialidade. Ou seja, quando é requerido um pedido de patente, este limita-se a Portugal e, depois da sua concessão, o exclusivo restringe-se ao nosso território.

No entanto, em termos históricos, os Estados foram criando instrumentos internacionais para permitir que os pedidos de patentes nacionais pudessem ser “estendidos” a outros países, estabelecendo-se, desde logo, uma data de prioridade e depois um processo internacional que facilitasse a apresentação de um único pedido internacional e permitisse a “extensão” do pedido nacional a outros territórios estrangeiros.

Mas, o que importa realçar para o nosso caso é que será essencial para os inventores uma definição quanto à estratégia de internacionalização e da abrangência geográfica da patente. Ficar-se com o direito de patente limitado a Portugal ou requerer-se outros pedidos para outros países é uma decisão fundamental e que terá de ser tomada dentro de um prazo internacional, de comum acordo e, em princípio, com a identificação de todos os inventores.

Neste âmbito, tem-se entendido que o requerimento do pedido de patente internacional, e/ou outros requerimentos de pedidos nos países onde se pretenda obter outras patentes com base no pedido inicial, terão de ser efetuados por todos os cotitulares identificados no pedido inicial. Este aspeto mostra-se, muitas vezes, problemático, pois os objetivos e interesses dos inventores podem ser incompatíveis.

43 *Vd.* n.º 2, 2.ª parte, do art. 1403.º do CC.

Outro aspeto importante e que também suscita dificuldades diz respeito ao uso da invenção patenteada. Com efeito, na falta de acordo acerca da utilização da invenção, segundo as mesmas regras da compropriedade⁴⁴, «a qualquer dos (inventores) comproprietários é lícito servir-se dela, contanto que a não empregue para fim diferente daquele a que [...] se destina e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito».

De facto, se não houver um entendimento, qualquer um dos inventores poderá, por si, fazer uso da invenção patenteada, fabricando-a, por exemplo, e vendendo-a depois no mercado. Nenhum deles fica privado do seu uso e nenhum se pode opor a que cada qual possa vender um produto com a mesma solução patenteada, que venha a concorrer com o do outro. Uma realidade que não será apreciada por nenhum dos inventores.

No que tange à transmissão do direito sobre a patente, importa observar que tem sido entendido⁴⁵ que este direito é uno e indivisível. Uma transmissão que abarque apenas algumas faculdades ou «formas de utilização económica deste exclusivo com exclusão de outras implica o desmembramento do objeto»⁴⁶.

Portanto, a transmissão do direito ter-se-á de fazer de forma total e una, com o acordo de todos os titulares. Não é possível um desmembramento da invenção patenteada em «partes de invenção»⁴⁷, nem a divisão da patente em duas patentes, passando a coexistir duas patentes no mesmo território.

Os princípios da unidade de invenção e da proibição da existência de uma invenção protegida por mais do que uma patente são os fundamentos apontados para esta exceção à transmissão parcial dos direitos.

A legislação atual⁴⁸ em matéria de patentes prevê já claramente a intransmissibilidade parcial dos direitos sobre a patente, sobre o modelo de utilidade e ainda sobre topografias de produtos semicondutores. Note-se que

44 Vd. art. 1406.º, n.º 1, do CC.

45 Vd. Oehen Mendes, Manuel, "Contratos de transmissão de patente", in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 374.

46 Vd. Remédio Marques, J.P., "Contrato de Licença de Patente", in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 403.

47 Vd. Oehen Mendes, Manuel, *op. cit.*, p. 374.

48 Vd. art. 30.º, n.º 1, do CPI.

os outros direitos da propriedade industrial podem, em princípio, ser transmitidos parcialmente.

Esta situação acima descrita não se deve confundir⁴⁹ com a situação de cotitularidade do direito sobre a patente e de um dos titulares pretender transmitir a sua quota sobre o direito. O cotitular pode então dispor da sua quota no direito de patente, contudo, caso seja uma venda, terá de dar preferência ao outro cotitular, comunicando-lhe previamente as condições da venda.

Além destas situações acima brevemente analisadas, outras surgem frequentemente, nomeadamente quanto à defesa ou exploração da invenção patenteada, ou ainda em processo de patenteamento. Daí emergem também questões prementes e cuja decisão, em regra, requer o consenso dos respetivos cotitulares, principalmente quando têm quotas iguais. Sem esse consenso, o panorama afigura-se, muitas vezes, turbulento e sombrio, envolvendo as partes em litígios, que requerem uma resistência financeira e psicológica absorventes e desgastantes.

Neste íterim, sucede que muitas vezes o que deveria ser prioritário na estratégia empresarial de exploração económica da patente é completamente subjugado e postergado pelas preocupações imediatas relacionadas com os conflitos entre os seus cotitulares, sendo um primeiro passo para que o produto ou solução patenteados nem sequer cheguem ao mercado – como acontece em muitos casos – ou entrem neste, mas não tenham o sucesso almejado.

Neste contexto, o processo colaborativo apresenta-se como uma realidade, com inegáveis benefícios e potencialidades para o desenvolvimento da inovação e da própria sociedade. Contudo, não deixa de colocar desafios e dificuldades em face de um sistema normativo ainda enraizado a princípios e regras de natureza individualista, como é o caso da propriedade industrial. A evolução desta tem sido lenta e evidencia as dificuldades que a sua própria abrangência internacional implica.

No entanto, não acreditamos que a solução passe por um corte radical com todo o esforço até agora alcançado entre os mais diversos países, mas sim por um maior dinamismo no panorama internacional resultante de uma maior consciencialização dos diversos intervenientes e de maior colaboração baseada em princípios comuns e recíprocos.

49 *Vd. Oehen Mendes, Manuel, op. cit., p. 374.*

A solução para o fim do atual estado pandémico confirma, por um lado, a necessidade e imprescindibilidade de ainda maior colaboração e, por outro lado, é a prova provada que o caminho para a sobrevivência e desenvolvimento da humanidade passa pela abertura e pelo inter-relacionamento, mesmo naqueles casos em que o distanciamento é necessário.

8. Conclusão

Começamos por abordar o processo de inovação colaborativa no meio empresarial, quer como processo interno (fechado) à estrutura empresarial, quer quanto à sua progressiva externalização (abertura) a agentes exteriores à organização empresarial. E salientámos as relações deste processo de abertura colaborativa no processo de inovação tecnológica com a propriedade industrial, em particular, as patentes de invenção.

Salientámos que os novos modelos de inovação colaborativa, assentes em redes de comunicação global, colocam novos desafios à propriedade industrial e, em particular, ao regime das patentes sobre invenções.

Entre as múltiplas questões e desafios que a inovação colaborativa coloca à propriedade industrial no regime das patentes, optámos por apresentar e debater três em particular: (1) os conflitos entre o requisito de novidade da invenção e a divulgação no âmbito da inovação colaborativa; (2) a determinação da titularidade da patente sobre a invenção colaborativa; e (3) a contitularidade da patente sobre invenção colaborativa.

Quanto à primeira destas questões, salientámos que o requisito de novidade da invenção requer que a solução técnica não tenha sido divulgada antes, de qualquer forma, e que se tenha, assim, tornado acessível ao público – passando a fazer parte do chamado «estado da técnica». Uma divulgação antes do pedido de patente (ou da data de prioridade), em princípio, destrói a novidade e, por conseguinte, a invenção deixa de ser patenteável.

Existem, contudo, três exceções nacionais ao requisito da novidade: o caso da divulgação da invenção em exposições oficiais ou oficialmente reconhecidas, as publicações indevidas do INPI, e, por fim, as divulgações abusivas por pessoas não autorizadas.

As duas primeiras não suscitam tratamento diverso no caso de processo de inovação colaborativo, já as possíveis *divulgações abusivas por pessoas não autorizadas* requerem uma atenção particular. Tanto mais que, a prova do

«abuso evidente» é indispensável para que não seja destruída a novidade da invenção patenteável.

Ora, num processo de inovação colaborativo externalizado (aberto), a divulgação da informação circula num circuito mais amplo, e nem sempre totalmente conhecido. A possibilidade de divulgação de informação confidencial fora do âmbito empresarial onde se desenvolve o projeto de investigação aumenta, maximizando o risco de divulgações indevidas que violem o princípio da novidade.

Concluimos por isso que o recurso a instrumentos contratuais, como acordos de não divulgação ou confidencialidade, será o caminho a seguir nos processos de inovação colaborativos, a fim de minimizar o risco de divulgações indesejadas e facilitar a prova do abuso evidente em caso de violação contratual.

A adoção, cada vez mais frequente, destes instrumentos contratuais, por empresas e particulares, no âmbito dos processos de colaboração realizados entre estes e os seus fornecedores ou a sua rede de entidades e parceiros, mostra, de alguma forma, como aqueles intervenientes têm aproveitado esta hipótese dada pela legislação em matéria de patentes, para salvaguardarem, na medida do possível, os seus legítimos direitos intelectuais resultantes daquelas relações colaborativas interpessoais.

Quanto à determinação da titularidade da patente sobre a invenção colaborativa, verificámos que a existência de vários intervenientes, vontades e objetivos suscita questões de aspeto prático muito relevantes. Da determinação da titularidade do direito de registar a patente, à descrição e reivindicações a formular, à própria oportunidade do pedido. Há uma multiplicidade de interesses a considerar (expusemos *supra* apenas alguns), tão mais complexos e (potencialmente) conflitantes quanto mais externalizado e diversificado estiver o processo de inovação colaborativa.

Por fim, concluimos que do processo de inovação colaborativo é natural que nasça uma contitularidade da patente sobre a invenção. No entanto, a lei não nos fornece critérios objetivos para determinar a quota-parte de direito que cabe a cada interveniente.

Verificámos que o sistema da propriedade industrial, na generalidade das situações, apenas prevê normas que têm como destinatário o titular individual, não se prevendo regras específicas para aquelas situações

em que existem, em simultâneo, dois ou mais titulares do direito sobre a patente.

Como na generalidade das situações de contitularidade de direito, a opção mais consensual é no sentido da aplicação supletiva do regime da propriedade prevista no Código Civil para as coisas corpóreas. No entanto, esta aplicação supletiva encontra múltiplas dificuldades, face às especificidades do objeto e do regime das patentes. As soluções legais supletivas nem sempre serão as que melhor satisfazem os interesses dos intervenientes no processo de inovação colaborativo.

Uma vez mais, concluímos que é no direito contratual, e nas múltiplas soluções que a ampla liberdade contratual das relações comerciais permite, que se encontra o meio mais usual (e porventura mais adequado) à compatibilização dos interesses das partes.

O processo colaborativo apresenta-se como uma realidade com inegáveis benefícios e potencialidades para o desenvolvimento da inovação e da própria sociedade. Contudo, como procurámos explorar neste texto, não deixa de colocar desafios e dificuldades em face de um sistema normativo ainda enraizado a princípios e regras de natureza individualista, como é o caso da propriedade industrial.

Referências

Castro Marques, Mário, “Um jogo chamado... Propriedade Intelectual. Algumas regras iniciais”, in revista *Start & Go*, março de 2018, disponível em <https://startandgo.pt/m/pt/article?id=1159&name=um-jogo-chamado--propriedade-intelectual-algumas-regras-iniciais>.

Gonçalves, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019.

Gonçalves, Ricardo “Collaborative Economy: uma nova realidade”, in revista *Start & Go*, novembro/dezembro de 2018.

Mark, John, “Why Open Source Failed”, 2018, publicado no site: <https://medium.com/@johnmark/why-open-source-failed-6cae5d6a9f6>.

Lim, Michael/Ong, Bee Yong, “Communities of innovation”, in *International Journal of Innovation Science*, Vol. 11, 2019, <https://doi.org/10.1108/IJIS-09-2017-0086>.

Mokyr, J., “The institutional origins of the industrial revolution”, in Helpman, E. (ed.), *Institutions and Economic Performance*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2008.

Oehen Mendes, Manuel, “Contratos de transmissão de patente”, in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2011.

Remédio Marques, J.P., “Contrato de Licença de Patente”, in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2011.

Silva, Pedro Sousa e, *Direito Industrial: Noções básicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

_____, *Direito Industrial: Noções fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019.

Venâncio, Pedro Dias, *A Tutela Jurídica do Formato de Ficheiro Eletrónico*, Coimbra, Almedina, 2016.

Vicente, Dário Moura, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008.

Outras fontes

OECD, *Manual de Oslo, princípios orientadores da coleta e a interpretação dos dados sobre a inovação*, 3.ª ed., OECD, 2005.

Economia colaborativa e Direito de Marcas

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.22>

Maria Miguel Carvalho*

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora integrada doutorada do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação.

Resumo: Nas últimas décadas, têm-se registado alterações significativas no que respeita ao consumo. Por um lado, a disponibilização generalizada da *Internet* permite um acesso mais fácil e amplo à informação e a estrutura de comercialização sofreu alterações, sendo hoje cada vez mais significativas as compras *online*. Por outro lado, as mudanças também foram espoletadas por objetivos de desenvolvimento sustentável e, em particular, pela sustentabilidade ambiental. Muitas vezes e cada vez mais, o consumidor procura e filtra informação em plataformas em linha; acede aos comentários de outros utilizadores e à classificação dos produtos ou serviços marcados em *apps* específicas; tem acesso, nomeadamente através das redes sociais, a sugestões de amigos, de conhecidos e dos chamados *influencers* e, nalguns casos – como acontece na chamada economia colaborativa – pode vir a contratar diretamente com não-profissionais, verificando-se, igualmente, uma tendência para os consumidores preferirem agora partilhar e alugar em vez de adquirir (pelo menos, alguns) produtos ou serviços.

Importa, pois, refletir sobre algumas questões que estes desenvolvimentos colocam ao Direito de Marcas. A primeira prende-se com a própria subsistência destes sinais. A segunda, pressupondo que a resposta à questão anterior tenha sido afirmativa, tem em consideração que o quadro jurídico existente foi pensado no âmbito do paradigma tradicional de comercialização de produtos/serviços, levando a que se questione se este é ajustado, ou se, ao invés, são necessárias alterações legislativas para contemplar a evolução verificada na prática. De entre os vários problemas jurídicos que podem ser abordados, por razões de economia e considerando o aumento do número das violações de direitos de propriedade intelectual (em sentido amplo), em particular em ambiente digital, com consequências muitas vezes exponenciadas pelo recurso a intermediários, destaca-se a eventual responsabilidade civil das plataformas digitais por violação do direito de marca.

Palavras-chave: Economia colaborativa – direito de marcas – plataformas digitais – violação *online* da marca.

Sumário: Introdução. **1.** O papel das marcas e a economia colaborativa. **2.** Os direitos conferidos pelo registo da marca e os seus limites. **3.** A violação da marca no âmbito das plataformas em linha. **3.1.** A tutela jurisdicional efetiva do direito de marca. **3.2.** O regime jurídico do Comércio Eletrónico.

3.2.1. A Diretiva do Comércio Eletrónico. 3.2.2. A proposta de Regulamento relativo a um mercado único de serviços digitais. 3.3. A jurisprudência europeia. 4. Considerações finais. Referências.

Abstract: In the last decades consumer behaviour changed significantly. On the one hand, the widespread availability of the Internet allows for easier and broader access to information and marketing structure has changed, with online shopping becoming more and more significant today. On the other hand, that change has also been triggered by the goals of sustainable development and, in particular, by environmental sustainability. Often and increasingly, consumers seek and filter information on online platforms; access the comments of other users or the classification of products or services marked in specific apps, as well as the suggestions from friends, acquaintances and so-called influencers through social networks and, in some cases – as in the sharing economy – may contract directly with non-professionals, which also shows a trend for sharing and renting rather than purchasing (at least some) products or services.

Against this backdrop we must reflect on some questions that may arise within Trade Mark Law. One concerns the subsistence of these distinctive signs. Assuming that the answer is affirmative and taking into account that the existing legal framework was designed within the scope of the traditional paradigm of marketing of products/services, it must be questioned whether this is adjusted, or if some legal changes are needed. For economy reasons and considering the increasing number of violations of intellectual property rights, particularly in the digital environment, with consequences often exacerbated by intermediaries, the possible civil liability of digital platforms for infringement of trade mark rights is highlighted.

Keywords: Sharing economy – trade mark law – digital platforms – trade mark online infringement.

Summary: Introduction. 1. The role of trademarks and the sharing economy. 2. Rights conferred by trade mark registration and its limits. 3. Trade mark infringement within the scope of online platforms. 3.1. Effective jurisdictional protection of the trade mark right. 3.2. The legal framework for Electronic Commerce. 3.2.1. The Electronic Commerce Directive. 3.2.2. The proposal for a regulation on a single market for digital services. 3.3. European case law. 4. Final remarks. References.

Introdução

As marcas são sinais distintivos de produtos ou de serviços.

A tutela jurídica das marcas constitui a resposta do legislador a necessidades que se fizeram sentir na prática e que são mais facilmente apreendidas se imaginarmos como seria se um consumidor tivesse de escolher os produtos que deseja adquirir ou os serviços que quer subscrever num mercado sem estes sinais¹. Limitando esta referência às marcas como atualmente as conhecemos, pode-se dizer que, sem estas, a decisão de compra do consumidor poderia tornar-se muito difícil, atendendo, em especial e entre outros fatores, à explosão da oferta de produtos e serviços, à crescente complexidade de aspetos técnicos, ao incremento da publicidade comercial e às novas técnicas de *marketing*.

Como é sabido, a regulamentação jurídica das marcas surgiu da necessidade, resultante da 1.^a Revolução Industrial, de escoamento dos produtos, fabricados em maiores quantidades e qualitativamente semelhantes, graças à produção em série e mecanizada. Com efeito, os produtores, tendo de *distinguir* os seus bens dos demais oferecidos pelos concorrentes, passaram, em larga medida, a usar aqueles sinais, o que se intensificou, posteriormente, com o recurso a novos métodos de venda, à publicidade, ao acesso ao crédito, às novas formas de distribuição e culminou na hodierna sociedade de consumo. Considera-se, inclusivamente, que estes sinais constituem uma marca distintiva da nossa cultura².

A análise económica das marcas, que constitui um dos fundamentos usados para a tutela jurídica destas³, assenta na sua caracterização como sinais que proporcionam informação aos consumidores e que são especialmente

1 Sigo, de perto, o que já escrevi noutro estudo, embora com atualizações, Carvalho, Maria Miguel, *A marca enganosa*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 20 e ss.

2 Papandreo, A. G., "The economic effect of trademark", in *California Law Review*, 44, 1956, p. 509.

3 Muito embora na Europa prevaleçam fundamentações de ordem moral e ética, nos EUA é frequente a justificação basear-se numa análise económica ou utilitária. Referindo-o, em especial, relativamente à fundamentação jurídica da propriedade industrial, cfr. Vanherpe, Jozefien, "AI and IP – A Tale of Two Acronyms", in *AI, Robots and the Law in Belgium*, p. 4 (Draft version 19/03/2020, disponível em https://www.researchgate.net/publication/340273415_AI_and_IP_-_A_Tale_of_Two_Acronyms, consultado em 30/12/2021). Contudo, apesar de se reconhecer a «utilidade de se analisar também economicamente o direito» (Coutinho de Abreu, Jorge Manuel, *Da Empresarialidade – As empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 18, nota 52), não se deve perder de vista que às considerações de eficiência próprias dessa análise se sobrepõem as valorações de justiça. Para uma crítica metodológico-jurídica da utilização exclusiva da análise económica do direito, cfr., por todos entre nós, Sinda Monteiro, Jorge, "Análise económica do direito", in *Boletim da Faculdade de Direito*, LVII, 1981, pp. 245 e ss.

importantes para corrigir a assimetria entre a informação de que estes dispõem relativamente à do vendedor⁴.

Esta informação não é analítica (*i.e.*, não indica o peso, a cor, a dimensão, a composição do produto, etc.), estando condensada num sinal (símbolo) que, funcionando como um “atalho”, permite ao consumidor identificar o produto ou serviço por referência à sua proveniência empresarial e associá-lo a determinadas características, viabilizando a distinção daquele produto ou serviço de outros semelhantes, reduzindo, assim, os correspondentes “custos de procura”.

Esta teoria, defendida, entre outros, por Landes e Posner⁵ (também apelada de teoria da informação do consumidor⁶), sustenta que a marca incentiva o seu titular a manter e a melhorar a qualidade dos produtos ou serviços distinguidos com aquele sinal e que, para poder desempenhar as suas funções económicas, a marca tem de ser protegida legalmente, pois o custo de violar uma marca é pequeno e o incentivo – na falta de impedimento legal – será tanto maior quanto mais forte for a marca⁷.

Nas últimas décadas, têm-se registado igualmente alterações significativas no que respeita ao consumo. Por um lado, o acesso à informação mudou: a disponibilização (mais ou menos) generalizada da *Internet* permite um acesso mais fácil e amplo à informação, a estrutura de comercialização sofreu alterações, particularmente visíveis no que respeita à forma de aquisição/subscrição dos produtos ou serviços, sendo hoje cada vez mais significativas as compras *online*, algo que a situação pandémica recentemente experienciada veio ainda exacerbar⁸. Por outro lado, também se começou a fazer sentir uma modificação relativamente à forma de consumo, associada

4 No entanto, Dogan, Stacey L./Lemley, Mark A., “Trademarks and consumer search costs on the Internet”, in *Houston Law Review*, 41, 2004, pp. 777 e ss., sublinham que, na prática, as marcas têm sido usadas, cada vez mais, para obstruir o fluxo de informação sobre produtos e serviços concorrentes.

5 Inicialmente formulada em “Trademark Law: an economic perspective”, in *The Journal of Law and Economics*, 1987, pp. 265 e ss., e reafirmada, mais tarde, em *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 2003, pp. 167 e ss.

6 Png, I. P. L. / Reitman, David, “Why are some products branded and others are not?”, in *The Journal of Law and Economics*, 38, 1995, pp. 207 e ss.

7 Landes/Posner, *The economic structure...*, *op. cit.*, p. 168.

8 Segundo o EUROSTAT, nos 12 meses anteriores à sondagem de 2020, 89% das pessoas entre os 16 e os 74 anos na UE usaram a *Internet* e 72% dessas pessoas compraram ou encomendaram produtos ou serviços para uso privado. As compras *online* aumentaram 4% comparativamente com 2019 e 10% relativamente a 2015 (<https://ec.europa.eu/eurostat/fr/web/products-eurostat-news/-/ddn-20210217-1>, consultado em 30/12/2021).

aos objetivos de desenvolvimento sustentável e, em particular, à sustentabilidade ambiental.

A comercialização *online* impôs uma adaptação por parte dos titulares das marcas. Conscientes de que, muitas vezes e cada vez mais, o consumidor (já) nem sequer procura o seu *website* (B2C) – mas procura e filtra informação em plataformas em linha (v.g., motores de busca)⁹; acede aos comentários de outros utilizadores e à classificação dos produtos ou serviços marcados (os provenientes do titular da marca e os de outros) em *apps* específicas; tem acesso, nomeadamente através das redes sociais, a sugestões de amigos, de conhecidos e dos chamados *influencers* e, nalguns casos – como acontece na chamada economia colaborativa (*sharing economy*), tema do projeto em que se integra esta investigação –, pode vir a contratar *diretamente* com *não profissionais* (C2C), verificando-se, igualmente, uma tendência para os consumidores preferirem agora *partilhar* (*share*)¹⁰, permutar e alugar em vez de adquirir (pelo menos, alguns) produtos ou serviços.

Importa, pois, refletir sobre algumas questões que estes desenvolvimentos colocam ao Direito de Marcas. A primeira prende-se com a própria subsistência destes sinais. A segunda, pressupondo que a resposta à questão anterior tenha sido afirmativa, tem em consideração que o quadro jurídico existente foi pensado no âmbito do paradigma tradicional de comercialização de produtos/serviços, levando a que se questione se este é ajustado, ou se, ao invés, são necessárias alterações legislativas para contemplar a evolução verificada na prática¹¹.

De entre os vários problemas jurídicos que podem ser abordados, por razões de economia e considerando o aumento do número das violações de

9 Recorre-se a esta expressão como correspondente a plataformas digitais ou eletrónicas. Sobre estes conceitos, cfr., entre outros, Guimarães, Maria Raquel, “As plataformas «colaborativas» enquanto «prestadoras de serviços da sociedade de informação»: reflexões à luz da Lei do comércio electrónico e desenvolvimentos recentes”, nesta obra, pp. 467 e ss., esp. 471 e ss.

10 E, nalguns casos, reutilizar. Sobre a Economia Circular, v., na Parte I desta obra, os textos de Veiga, Paula/Correia, Isabel, “Economia Colaborativa – Enquadramento económico”, pp. 15 e ss.

11 Sem cuidar aqui, por razões de economia, de outras possíveis modificações, como as que possam vir a resultar da inteligência artificial e, em particular, da passagem para o modelo dito de previsão, referido por Curtis, Lee/Platts, Rachel (“AI is coming and it will change trade mark law”, in *Managing IP*, 2017, disponível em <https://www.hgf.com/wp-content/uploads/2020/07/09-13-AI.pdf>, consultado em 30/12/2021). Cfr. Carvalho, Maria Miguel, “The elimination of the susceptibility of graphic representation and trade mark registration”, in *Law & Technology – E-Tec Yearbook 2018* (edit. Maria Miguel Carvalho), pp. 12 e ss. (disponível em https://issuu.com/comunicadireito/docs/e_tek_yearbook_web, consultado em 30/12/2021).

direitos de propriedade intelectual¹² (em sentido amplo¹³), em particular em ambiente digital, com consequências muitas vezes exponenciadas pelo recurso a intermediários, destaca-se a eventual responsabilidade das plataformas digitais por conteúdos ilícitos e, mais concretamente, sobre os que consubstanciem violações de direitos de marcas registadas¹⁴, considerando, para este efeito, sobretudo o Direito Europeu de Marcas.

1. O papel das marcas e a economia colaborativa

Como referi, parece registar-se, nos últimos tempos, uma mudança de paradigma no que respeita ao uso de produtos ou serviços, muitas vezes ligada aos objetivos de desenvolvimento sustentável, que tem sido também aproveitada¹⁵ para criar várias *startups* cujos modelos de negócios assentam na tecnologia digital. Pense-se, p.e., nas empresas que, considerando a preterição da aquisição de um artigo de vestuário de luxo novo pelos consumidores, apostam na partilha, fomentando a sua (mera) (re)utilização sempre e quando necessária (v.g., “Big Closet”, uma plataforma em linha de aluguer de vestidos de *designers* famosos).

A ausência de consenso quanto ao conceito e às principais características da – aqui designada – economia colaborativa já foram amplamente assinaladas e discutidas noutros textos que integram esta obra¹⁶, pelo que será suficiente para a compreensão dos problemas fundamentais que podem advir para o Direito de Marcas recordar que, em regra, os modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas «criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares» e que nesta realidade estão envolvidos prestadores de serviços que trocam/

12 Riis, Thomas/Elholm, Thomas/Nordberg, Ana/Schwemer, Sebastian/Wallberg, Knud, *Study on legislative measures related to online IPR infringements – a project commissioned by the European Intellectual Property Office*, 2018 (disponível em <https://doi.org/10.2814/819909>, consultado em 30/12/2021).

13 Em sentido amplo, este conceito compreende «todos os direitos subjetivos oponíveis *erga omnes* sobre bens intelectuais» (Vicente, Dário Moura, *A tutela internacional da Propriedade Intelectual*, 2.ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2019, p. 13).

14 Apenas trato destas, uma vez que no Direito Europeu de Marcas o registo é constitutivo (v. *infra* 2.).

15 Este fenómeno também tem sido aproveitado pelos titulares de (algumas) marcas – v.g., em relação ao do mercado de automóveis, onde os titulares de algumas marcas apresentam outras formas de utilização dos veículos que não supõem a sua aquisição e/ou permitem o seu aluguer por curtos períodos.

16 Cfr., entre outros, Veiga, Paula/Correia, Isabel, *op. cit.*

partilham ativos, compradores e uma plataforma em linha («plataforma colaborativa»)¹⁷.

Esta alteração, todavia, parece não beliscar a importância económica das marcas. Como já foi sustentado, «a economia colaborativa pode ter o efeito de tornar as marcas mais importantes do que nunca (...)»¹⁸, na medida em que estes sinais continuam a funcionar como símbolos que veiculam determinadas mensagens que atraem os consumidores, subsistindo também o risco de terceiros, não autorizados pelo titular da marca, tentarem apropriar-se do valor da marca. Por conseguinte e concomitantemente, mantém-se a necessidade de vigilância pelos titulares destes direitos privativos industriais e da sua reação nos casos de violação (v. *infra* 3.).

Pensando na possível utilização de marcas no âmbito de plataformas em linha, existem, fundamentalmente, dois tipos de violação¹⁹ que podem ocorrer autonomamente ou interligados: (i) os casos em que a infração consiste na utilização de um sinal idêntico ou semelhante a uma marca alheia, sem o consentimento do seu titular, que visa chamar a atenção para o próprio sítio *web*, designadamente como palavra-chave no âmbito de uma pesquisa realizada num motor de busca na *Internet* (*keyword advertising*), e/ou (ii) as hipóteses em que há comercialização de produtos ou serviços contrafeitos num mercado em linha.

Para uma melhor contextualização das possíveis consequências destas infrações, importa recordar, de forma muito breve, os direitos conferidos pelo registo da marca, os respetivos limites e os requisitos da violação do direito de marca.

17 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, de 02/06/2016, COM(2016) 356 final, p. 3 (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0356&from=PT>).

18 Paul, Joshua/McAndrews, Lisa/Davis, Govinda, *Branding in the sharing economy – Legal implications for Intellectual Property & consumer outreach*, Collen IP, 2014, p. 2 (disponível em https://collenip.com/wp-content/uploads/2016/04/Sharing_Economy_White_Paper.pdf, consultado em 30/12/2021).

19 E que já foram identificados por Kur, Annette, “Secondary Liability for Trademark Infringement on the Internet: The Situation in Germany and Throughout the EU”, in *Columbia Journal of Law & Arts*, 37, 2014, p. 4 (disponível em <https://journals.library.columbia.edu/index.php/lawandarts/article/view/2133/1083>, consultado em 30/12/2021).

2. Os direitos conferidos pelo registo da marca e os seus limites

Atualmente prevalecem os sistemas de registo constitutivo de marcas²⁰. É esse o âmbito de aplicação da Diretiva de Marcas (DM – art. 1.º)²¹, bem como o regime previsto e aplicável às marcas nacionais portuguesas²² e às marcas da União Europeia (RMUE)²³.

O registo da marca confere um *direito exclusivo* ao seu titular e, no Direito Europeu de Marcas, este direito *excludendi alios* permite ao seu titular impedir terceiros, sem o seu consentimento, de usar, na vida comercial, qualquer sinal que seja idêntico ou semelhante à marca, para produtos idênticos ou afins aos produtos ou serviços abrangidos pelo registo, caso exista um risco de confusão ou associação no espírito do consumidor, bem como para produtos ou serviços não semelhantes àqueles para os quais a sua marca está registada, caso a marca registada seja uma marca de prestígio (nacional ou da UE), sem prejuízo dos direitos adquiridos pelo titular antes da data da apresentação do pedido de registo ou da data da prioridade reivindicada²⁴.

Todavia, o uso por terceiro que pode ser proibido é apenas o que tenha lugar «na vida comercial»²⁵, o que sucede quando, como o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem reiteradamente afirmado, o uso do sinal idêntico à marca surge no contexto de uma atividade *comercial* que visa um proveito económico – e não no domínio privado²⁶ –, implicando ainda

20 Sem prejuízo da importância do uso, sobretudo para a não extinção do registo e para uma maior amplitude dos direitos de exclusivo conferidos ao titular da marca. V. ainda a proteção concedida à marca livre (de facto ou não registada) no art. 213.º do Código da Propriedade Industrial aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro (CPI).

21 Diretiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (in *JO L 336*, de 23/12/2015, pp. 1-26).

22 V. art. 210.º do CPI.

23 V. art. 6.º do Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, sobre a marca da União Europeia.

24 V. arts. 10.º da DM, 9.º do RMUE e 249.º do CPI.

25 Para maiores desenvolvimentos sobre a interpretação da diferente terminologia utilizada na legislação portuguesa, cfr. Carvalho, Maria Miguel, “Artigo 249.º”, in AA. VV., *Código da Propriedade Industrial Anotado* (coord. Luís Couto Gonçalves), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 962 e ss.

26 V., entre outros, o n.º 40 do Ac. de 12/11/02, proferido no proc. C-206/01, no caso “Arsenal” (ECLI:EU:C:2002:651).

um *comportamento ativo* e um *domínio*, direto ou indireto, do ato que constitui o uso²⁷.

Importa ainda ter presente que, como resulta do Considerando 18 da DM, «(...) as violações de direitos conferidos pelas marcas só podem ser determinadas se se concluir que a marca ou o sinal do infrator é utilizado na vida comercial para efeitos de *distinção de produtos ou serviços*, ou seja, *a título de marca*. E a utilização do sinal para efeitos que não sejam os de distinção de produtos ou serviços deverá ser regulada pelas disposições do direito nacional» (itálicos meus).

Por outro lado, existem limites aos direitos conferidos ao titular da marca. Além dos que decorrem da aplicação dos princípios da territorialidade²⁸, da especialidade²⁹ (sem prejuízo dos desvios consagrados legalmente no que respeita às marcas notórias e às marcas de prestígio³⁰) e do chamado «esgotamento do direito de marca»³¹, importa ter presente que os direitos conferidos pelo registo da marca não permitem ao seu titular impedir terceiros de usar, «no decurso de operações comerciais» e desde que tal seja feito em conformidade com as práticas honestas em matéria industrial e comercial, determinados sinais e/ou indicações, que correspondem ao chamado «uso descritivo de marca alheia», como previsto nos arts. 14.º da DM e do RMUE e no art. 254.º do CPI.

27 V., entre outros, o Ac. do TJUE, de 03/03/2016, proferido no proc. C-179/15, no caso “Daimler”, n.ºs 39 e 40 (ECLI:EU:C:2016:134TJUE).

28 Como refere Remédio Marques, «os direitos de propriedade intelectual são concedidos ou reconhecidos e desfrutam de validade somente no território cuja administração pública os concedeu, ou sob cujas normas jurídicas foi reconhecido» (*Direito Europeu das Patentes e Marcas*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 34).

29 Como é sabido, em regra, o alcance do direito exclusivo cinge-se aos produtos ou serviços idênticos ou afins daqueles para os quais a marca foi registada.

30 Para maiores desenvolvimentos cfr., entre outros, Carvalho, Maria Miguel, “A marca de prestígio à luz da jurisprudência comunitária”, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. XXXIII, 2012-2013, pp. 357-372, e “A tutela da marca de prestígio no novo código da propriedade industrial português”, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 40, 2019-2020, pp. 359-370.

31 V. arts. 15.º da DM, 15.º do RMUE e 253.º do CPI. O esgotamento refere-se à impossibilidade de o titular da marca proibir ou restringir a comercialização do produto marcado posterior à sua colocação no mercado por si ou por terceiro com o seu consentimento. Todavia, o termo “esgotamento” é inexacto, pois não só o direito não se extingue (simplesmente, deixa de abranger os produtos marcados que tenham sido colocados no mercado, pelo titular da marca registada ou por alguém com o seu consentimento), como mesmo relativamente àqueles o titular da marca dispõe de alguns «direitos residuais» (esta expressão é de Sousa e Silva, Pedro, “E depois do adeus”. O «esgotamento» do direito industrial e os direitos subsistentes após a colocação no mercado”, in *Direito Industrial*, vol. III, APDI/Almedina, 2003, p. 217). Para maiores desenvolvimentos, cfr. Carvalho, Maria Miguel, “Artigo 253.º”, in AA.VV., *Código da Propriedade Industrial Anotado* (coord. Luís Couto Gonçalves), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 982 e ss.

No que respeita ao objeto do presente estudo, poderá interessar particularmente o uso (descritivo) da marca para efeitos de identificação ou referência a produtos ou serviços como sendo os do titular dessa marca: este uso será lícito – não podendo ser impedido pelo seu titular – se for feito, como referi, em conformidade com as práticas honestas em matéria industrial e comercial. Ora, a propósito da *atuação em conformidade com as práticas honestas em matéria industrial ou comercial*, o TJUE já declarou que entende este requisito como «expressão de uma obrigação de lealdade em relação aos interesses legítimos do titular de uma marca»³², que será violada – podendo ser proibida pelo titular da marca – quando: (i) a utilização da marca cause a impressão no público interessado de que existe uma relação comercial entre quem a usa e os seus produtos/serviços e o titular da marca ou a pessoa autorizada para usá-la³³; (ii) o referido uso suponha um aproveitamento indevido do carácter distintivo ou do prestígio da marca alheia³⁴; (iii) o uso denigra ou desacredite a marca³⁵ ou (iv) os produtos sejam apresentados como imitação ou reprodução dos produtos de cuja marca não é o titular³⁶.

Considerando que pode acontecer que, nalguns casos em que uma marca registada por outrem seja usada por um terceiro, sem consentimento, no âmbito de uma plataforma em linha, essa utilização viole o direito do titular daquele sinal, suscita-se a questão de determinar se aquela plataforma viola, diretamente, o direito de marca ou se, *na hipótese de a plataforma em linha se aproveitar da ou contribuir para a violação daquela marca por um terceiro*, esta pode ser responsabilizada civilmente pelo titular do sinal, hipótese conhecida como *secondary* ou *contributory trade mark infringement*.

32 V. o n.º 61 do Ac. do TJUE, de 23/02/99, proferido no proc. C-63/97, no caso “BMW” (ECLI:EU:C:1999:82); n.º 24 do Ac. do TJUE, de 07/01/04, proferido no proc. C-100/02, no caso “Gerolsteiner” (ECLI:EU:C:2004:11); n.º 82 do Ac. do TJUE, de 16/11/04, proferido no proc. C-245/02, no caso “Budweiser” (ECLI:EU:C:2004:717); o n.º 41 do Ac. do TJUE, de 17/03/05, proferido no proc. C-228/03, no caso “Gillette” (ECLI:EU:C:2005:177).

33 V. o n.º 48 do Ac. proferido no caso “Gillette”, *cit.*

34 V. o n.º 43 do Ac. proferido no caso “Gillette”, *cit.*

35 V. o n.º 44 do Ac. proferido no caso “Gillette”, *cit.*

36 V. o n.º 45 do Ac. proferido no caso “Gillette”, *cit.*

3. A violação da marca no âmbito das plataformas em linha

3.1. A tutela jurisdicional efetiva do direito de marca

Apesar de se registar um reforço do combate à contrafação no Direito Europeu de Marcas^{37/38}, tal não passou pela previsão *expressa* da aplicabilidade das normas que integram o Direito Europeu de Marcas aos casos em que a violação ocorra em ambiente digital. Com efeito, as normas da DM, do RMUE e do CPI não se referem expressamente a esta hipótese. Porém, estão formuladas em termos suficientemente amplos para as abarcarem. Veja-se, designadamente, os arts. 10.º, n.º 3, da DM, 9.º, n.º 3, do RMUE ou o art. 249.º, n.º 2, do CPI, que contêm um elenco *exemplificativo* dos atos que podem ser proibidos pelo titular da marca³⁹ e de onde também resulta a possibilidade de o titular da marca poder proibir *outros usos por terceiros, desde que prejudiquem ou sejam suscetíveis de prejudicar as funções* da marca⁴⁰.

Não obstante, a tutela *efetiva* do direito de marca é desafiada de múltiplas formas pela violação em ambiente digital e, designadamente, como Remédio Marques refere, pela «multiplicidade e a tendencial dificuldade de identificação dos infratores; a circunstância de este meio de comunicação à distância prescindir da presença física do infrator no Estado onde os direitos intelectuais são protegidos ou no território da UE; (...) o endereço eletrónico dos prestadores intermediários de serviços pode mudar (...)»⁴¹.

Já foi referida noutros estudos que integram este projeto de investigação a «categorização tripartida, simplificada, dos modelos de negócios que são desenvolvidos através das plataformas electrónicas» e que assenta na distinção entre «as plataformas prestadoras directas de serviços, que fornecem

37 Este reforço reflete-se, designadamente, no direito conferido ao titular da marca de impedir determinados atos preparatórios da violação do direito de marca (v. art. 250.º do CPI. V., ainda, os arts. 11.º da DM e 10.º do RMUE), bem como a introdução por terceiros (sem autorização), no território da UE/nacional, de mercadorias, ainda que estas não se encontrem em livre prática, provenientes de países terceiros e que ostentem uma marca igual ou semelhante à marca registada para as mesmas (v. arts. 10.º, n.ºs 4 e 5, da DM e 251.º, n.º 1, do CPI).

38 Este reforço passou (e passa) também por instrumentos de *soft law*, v.g., no âmbito da União Europeia, o *Memorandum of understanding on the sale of counterfeit goods on the internet* proposto pela Comissão Europeia (https://ec.europa.eu/growth/industry/strategy/intellectual-property/enforcement-intellectual-property-rights/memorandum-understanding-sale-counterfeit-goods-internet_en).

39 Como já foi confirmado pelo TJUE, v.g., n.ºs 65 e ss. do Ac. do TJUE (Grande Secção), de 23/03/2010, proferido nos procs. apensos C-236/08-C-238/08, no caso “Google” (ECLI:EU:C:2010:159).

40 V. os n.ºs 75 e ss. do Acórdão proferido no caso “Google”, *cit.*

41 Remédio Marques, J. P., *op. cit.*, pp. 621 e ss.

bens ou serviços em nome próprio aos seus utilizadores, as plataformas de negócios, que proporcionam a intermediação entre os diferentes utilizadores, concretamente entre a oferta e a procura, e as plataformas «não negociais», nas quais aparentemente não há qualquer conexão entre os utilizadores consumidores e os utilizadores fornecedores ou profissionais, nem qualquer troca de bens ou serviços remunerada»⁴². No contexto do Direito de Marcas, atendendo à delimitação do objeto deste estudo, interessam, sobretudo, os dois primeiros modelos⁴³ e, considerando, como se refere adiante, que o TJUE afastou a violação *direta* da marca pelas plataformas nos casos em análise⁴⁴, importa, em particular, determinar se o aproveitamento e/ou a contribuição de uma plataforma em linha da/para a violação do direito de marca pode originar a sua responsabilidade civil.

A este propósito deve começar-se por esclarecer que alguma doutrina diferencia – sem que, todavia, os conceitos colham consenso⁴⁵ – os casos de *primary trade mark infringement* (que respeitam à violação do direito exclusivo do titular da marca pelo terceiro e que está previsto, como referido *supra* (v. 2.), na DM) das situações em que outra pessoa – *in casu*, a plataforma em linha – se aproveita da ou contribui para aquela violação – *secondary trade mark infringement*⁴⁶, que não são reguladas expressamente pela DM e que, ficando na esfera da disponibilidade dos Estados-Membros, assim

42 Guimarães, Maria Raquel, *op. cit.*, p. 475.

43 Sem prejuízo de, no que respeita ao terceiro modelo, ser eventualmente relevante a jurisprudência do TJUE, que, depois de recordar a exigência de que o uso contra o qual o titular da marca pretende reagir tem de ocorrer na vida comercial, explicita que «se as vendas aí efectuadas ultrapassarem, devido ao seu volume, frequência ou outras características, a esfera de uma actividade privada, o vendedor enquadra-se no âmbito da “vida comercial”» (n.º 55).

44 V. *infra* 3.3. No mesmo sentido, Kur, Annette, *op. cit.*, pp. 530 e ss.

45 Sobre esta diversidade, cfr., entre outros, Dinwoodie, Graeme, “Secondary liability for online trademark infringement: the international landscape”, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, 37, 2014 (disponível em <https://ssrn.com/abstract=2427967>, consultado em 30/12/2021), esp. pp. 2 e 3, que refere que em muitos países não é referido o «secondary infringement» e, nalguns, os tribunais lidarão com o que segundo o direito estadunidense constitui «secondary infringement» como responsabilidade direta.

46 Cfr., entre outros, Kur, Annette, *op. cit.*, pp. 525 e ss.; Peguera, Miquel, “Two Approaches to Secondary Trade Marks Liability – Part II: A Limited Harmonization Under European Union Law”, in *Cambridge Handbook on Comparative and International Trademark Law* (eds. Jane Ginsburg and Irene Calboli), Cambridge University Press, Cambridge, 2018 (disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3291495>, consultado em 30/12/2021).

contribuem para a subsistência de diferentes regimes jurídicos⁴⁷, apesar da aproximação legislativa resultante da transposição da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual [Diretiva do *Enforcement*] – cujas disposições o TJUE entende (e bem) abarcarem qualquer violação do direito de propriedade intelectual, independentemente de ocorrerem em ambiente digital ou em ambiente físico – e da 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 [Diretiva do Comércio Eletrónico].

Refira-se ainda, e desde já, que no art. 9.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva do *Enforcement* se permite que seja decretada contra o infrator presumível uma medida *inibitória* de qualquer *violação iminente* de direitos de propriedade intelectual *ou* de *proibição* (a título provisório e eventualmente sujeita a quaisquer sanções pecuniárias compulsivas previstas na legislação nacional) *da continuação da alegada violação* dos referidos direitos, ou fazer depender essa continuação da constituição de garantias destinadas a assegurar a indemnização do titular, medidas que também podem visar qualquer *intermediário* cujos serviços estejam a ser utilizados por um terceiro para violar direitos de propriedade intelectual. Acresce que no art. 11.º da mesma Diretiva se estabelece que, *nos casos em que tenha sido tomada uma decisão judicial que constate uma violação de um direito de propriedade intelectual*, as autoridades judiciais competentes devem poder impor ao infrator uma medida *inibitória* da continuação dessa violação e os Estados-Membros devem garantir que os titulares dos direitos possam requerer uma medida *inibitória* contra *intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade intelectual*⁴⁸. Estas disposições revestem enorme relevância prática, dado que se aplicam *independentemente de o intermediário ser responsável pela infração*⁴⁹.

47 Para uma referência de direito comparado respeitante aos ordenamentos jurídicos francês, inglês e alemão, cfr. Peguera, Miquel, *op. cit.*, pp. 7 e ss. e ainda Leistner, Matthias, “Common principles of secondary liability”, in *Common Principles of European Intellectual Property Law* (ed. Ansgar Ohly), 2012, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 123 e ss. (disponível em https://library.oapen.org/viewer/web/viewer.html?file=/bitstream/handle/20.500.12657/43968/external_content.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado em 30/12/2021).

48 Sobre a interpretação ampla do conceito de intermediário pelo TJUE, cfr., entre outros, Peguera, Miquel, *op. cit.*, p. 13.

49 Sobre esta (ir)responsabilidade, v. *infra* 3.2.

As medidas inibitórias deverão obedecer ao disposto no art. 3.º da Diretiva do *Enforcement* e, por conseguinte, devem ser justas e equitativas, não comportar prazos que não sejam razoáveis ou implicar atrasos injustificados, ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas e aplicadas de forma a evitar que se criem obstáculos ao comércio lícito e a prever salvaguardas contra os abusos, não devendo ser desnecessariamente complexas ou onerosas⁵⁰.

3.2. Regime jurídico do Comércio Eletrónico

3.2.1. A Diretiva do Comércio Eletrónico

A eventual responsabilização civil por *contributory* ou *secondary infringement* de um intermediário, designadamente, um prestador de serviços de *Internet*, por violação do direito de marca, na falta de harmonização legislativa, rege-se pelo regime jurídico de cada Estado-Membro. Contudo, obriga a que se tenha ainda em consideração o regime jurídico respeitante à responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços fixado nos arts. 12.º e ss. da Diretiva do Comércio Eletrónico (DCE)⁵¹.

Neste plano destaca-se, por um lado, a ausência, por parte dos prestadores de serviços em rede de uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam ou de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes (art. 15.º, n.º 1, da DCE)⁵². Contudo, no

50 V., em especial, o Ac. do TJUE, de 12/07/2011, proferido no proc. C-324/09, no caso “L’Oréal/eBay” (EU:C:2011:474), onde se afirmou que: «as medidas exigidas por parte do prestador do serviço em linha em causa não podem consistir numa vigilância activa da totalidade dos dados relativos a cada cliente a fim de prevenir qualquer violação futura dos direitos de propriedade intelectual através do sítio deste prestador (...) [e que] essa obrigação geral de vigilância é incompatível com o artigo 3.º da Directiva 2004/48, que enuncia que as medidas referidas nesta directiva devem ser equitativas e proporcionadas e não devem ser excessivamente custosas» (n.º 139) e «o órgão jurisdicional que profere as medidas inibitórias deve assegurar que as medidas definidas não criem obstáculos ao comércio lícito. Tal implica que, num processo como o que está em causa no processo principal, que tem por objecto eventuais violações de marcas no quadro do serviço prestado pelo operador de um sítio de comércio electrónico, a medida inibitória proferida contra este operador não pode ter por objecto ou por efeito criar uma proibição geral e permanente de colocação no mercado, neste sítio de comércio electrónico, de produtos destas marcas» (n.º 140).

51 *JO L 78*, de 17/07/2000, pp. 1 e ss. V. ainda Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, em esp., art. 11.º.

52 V. também o art. 12.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro. Esta obrigação será também, como já foi referido, proibida, considerando o disposto no art. 3.º da Directiva do *Enforcement*, que exige que as medidas referidas nesta diretiva sejam equitativas e proporcionadas e não excessivamente custosas (v. também o n.º 139 do Ac. do TJUE proferido no caso “eBay”, *cit.*). Não obstante, como Remédio Marques refere (*op. cit.*, p. 626), tal «não parece afastar o cumprimento de uma obrigação clara, previsível e precisa de vigilância, na sequência de um pedido de medida inibitória, relativamente aos utilizadores da plataforma de rede social sobre informações idênticas à que tenha sido qualificada de ilegal por um tribunal», correspondendo, igualmente, ao entendimento do TJUE [v.

n.º 2 desta norma, a Diretiva atribui aos Estados-Membros a *faculdade* de estabelecerem a obrigação de os prestadores de serviços da sociedade da informação informarem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as atividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com que possuam acordos de armazenagem⁵³.

Por outro lado, está prevista uma isenção de responsabilidade dos *intermediários* da sociedade da informação⁵⁴ (v., em especial, o art. 14.º da DCE) nos casos de armazenagem, cuja aplicação depende de aqueles se terem limitado a uma prestação *neutra* («através de um processamento puramente técnico e automático dos dados fornecidos pelos seus clientes»⁵⁵) – *i.e.*, que não tenham desempenhado um papel ativo que lhes permitisse ter conhecimento ou controlo dos dados armazenados⁵⁶ – e de não terem tido conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal, nem de factos ou de circunstâncias que evidenciassem a atividade ou informação ilegal⁵⁷ ou, após terem tido conhecimento, de terem atuado com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações em causa.

n.º 55 do Ac. de 03/10/19, proferido no proc. C-18/18, no caso “Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook” (ECLI:EU:C:2019:821).

53 Acolhendo esta faculdade, o legislador português estabeleceu no art. 13.º do Decreto-Lei n.º 77/2004, de 7 de janeiro, o dever de: a) informar de imediato as entidades competentes quando tiverem conhecimento de atividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam; b) satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem; c) cumprir prontamente as determinações destinadas a prevenir ou pôr termo a uma infração, nomeadamente no sentido de remover ou impossibilitar o acesso a uma informação; e d) fornecer listas de titulares de sítios que alberguem, quando lhes for pedido. Na lei portuguesa merece também destaque a previsão do art. 17.º que aplica o regime previsto relativamente ao prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor (art. 16.º) aos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos em rede, por meio de instrumentos de busca, hiperconexões ou processos análogos que permitam o acesso a conteúdos ilícitos.

54 V. n.º 112 do Ac. do TJUE, proferido no caso “Google”, *cit.*

55 V. n.ºs 114 e 120 do Ac. do TJUE, proferido no caso “Google”, *cit.*

56 O referido operador desempenha esse papel quando presta uma assistência que consiste em otimizar a apresentação das propostas de venda em causa ou em as promover (v. n.º 116 do Ac. do TJUE, proferido no caso “eBay”, *cit.*).

57 Tem entendido o TJUE que estas se referem a qualquer situação na qual o prestador em causa toma conhecimento, por qualquer forma, desses factos ou circunstâncias. Assim, são visadas as situações em que o operador de um sítio de comércio electrónico toma conhecimento da existência de uma atividade ou de uma informação ilegais na sequência de um exame efetuado por sua própria iniciativa, e em que a existência dessa atividade ou dessa informação lhe é notificada (v. n.ºs 121 e 122 do Ac. do TJUE, proferido no caso “eBay”, *cit.*).

Todavia, os parâmetros relativos à aferição deste conhecimento pelas plataformas em linha acolhidos pelo TJUE têm sido muito ligeiros⁵⁸, aumentando a dificuldade (também probatória⁵⁹) a cargo do titular do direito de marca e reduzindo, na prática, a possível responsabilização das referidas plataformas⁶⁰.

Um diagnóstico equivalente consta do relatório recente do *United States Patent and Trademark Office (USPTO)*⁶¹, no seguimento da consulta pública lançada relativamente às acções enunciadas no relatório do *Department of Homeland Security* dos EUA (DHS) e a efetivar por este e pelo Governo dos EUA para combater a contrafação *online*⁶². Sem prejuízo de se reconhecer o esforço de algumas plataformas em linha no combate à contrafação⁶³, é referido que os requisitos para a responsabilidade destas por *contributory*

58 Criticamente sobre a qualificação pelo TJUE (no acórdão proferido no caso “Google”, *cit.*) da atuação do prestador de serviço de referenciamento como «neutra», cfr., entre nós, Gonçalves, Luís Couto, “Revisitando o Acórdão Google do Tribunal de Justiça da União Europeia”, in *Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão – 50 anos de vida universitária* (coords. Dário Moura Vicente *et al.*), Almedina, Coimbra, 2015, esp. p. 360.

59 Sobre a possibilidade de prova documental com base em *screenshots*, cfr., entre nós, Remédio Marques, J. P., *op. cit.*, p. 607 e, relativamente aos procedimentos de recurso respeitantes ao registo de marca, European Union Intellectual Property Network, *Common Communication Evidence in Trade Mark Appeal Proceedings: filing, structure and presentation of evidence, and the treatment of confidential evidence*, março de 2021 (disponível em https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/EUIPN/common_communication/cp12/common_communication_cp12_en.pdf, consultado em 30/12/2021).

60 Referindo outras razões que podem explicar o motivo por que os titulares de marcas podem preferir apresentar uma queixa crime, em vez de deduzirem uma ação cível autónoma, cfr., entre nós, Remédio Marques, J. P., *op. cit.*, p. 637, que refere, nomeadamente, a natureza imprevisível do desfecho de um pedido de condenação na reparação dos danos, conjugada com a baixa probabilidade de obtenção da reparação adequada.

61 V. USPTO, *Secondary Trademark Infringement Liability in the E-Commerce Setting Summary of Responses to Federal Register Notice PTO-T-2020-0035*, August 2021, pp. 2 e ss. (<https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Secondary-TM-Infringement-Liability-Response.pdf>, consultado em 30/12/2021).

62 V. DHS, *Combating trafficking in counterfeit and pirated goods*, de 24/04/2020 (https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/20_0124_plcy_counterfeit-pirated-goods-report_01.pdf, consultado em 30/12/2021), preparado em resposta ao Memorando presidencial, intitulado *Memorandum on Combating Trafficking in Counterfeit and Pirated Goods*, de 03/04/2019.

63 P.e., a Amazon instituiu, em junho de 2020, a *Counterfeit Crimes Unit*.

trademark infringement fixados no caso “Tiffany/eBay”⁶⁴ podem justificar o reduzido número de casos judiciais nesta matéria⁶⁵.

3.2.2. A proposta de Regulamento relativo a um mercado único de serviços digitais

Atendendo ao carácter *facultativo* de algumas disposições da Diretiva do Comércio Eletrónico que, como referi, fomenta a subsistência de um quadro jurídico fragmentado na União Europeia e ao facto de os Estados-Membros estarem a aprovar, ou a ponderar aprovar, legislação nacional que, nomeadamente, estabelece requisitos de diligência aos prestadores de serviços intermediários e que tal divergência legislativa afeta negativamente o mercado interno e a necessária segurança jurídica, está em curso um procedimento legislativo que visa a aprovação de um Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a um mercado único de serviços digitais⁶⁶, que alterará a referida Diretiva.

Esta proposta, que integra o pacote legislativo sobre serviços digitais⁶⁷, constitui uma resposta da Comissão Europeia – já assumida na Comunicação “Construir o futuro digital da Europa”⁶⁸ – aos problemas e desafios suscitados pela utilização de serviços «novos e inovadores (digitais) da sociedade da informação»⁶⁹, que incluem os «novos riscos e assimetrias em

64 *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010). Esta decisão considerou a aplicação da *contributory trademark infringement liability* (doutrina admitida pelo Supremo Tribunal dos EUA no caso *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844, 854-55 (1982), quando produtores intencionalmente induzem outrem a violar uma marca ou continuam a fornecer o produto sabendo ou tendo razão para saber que o terceiro está a usar o produto em violação da marca) às plataformas em linha. No caso “Tiffany/eBay”, o *Second Circuit* considerou que o prestador do serviço tem de ter mais do que um conhecimento geral ou razão para saber que o seu serviço está a ser usado para comercializar produtos contrafeitos, apesar de também afirmar que quando um prestador de serviço tenha razões para suspeitar de que os usuários desses serviços estão a violar uma marca protegida não se pode alhear desse facto.

65 Em sentido algo diferente, cfr. Dinwoodie, Graeme, *op. cit.*, p.16, que refere que as ações contra intermediários post-*Tiffany* têm sido mais favoráveis aos titulares das marcas do que o que a decisão estrita daquele caso talvez pudesse pressagiar.

66 V. COM (2020) 825 final, de 15/12/2020. O procedimento legislativo pode ser acompanhado no seguinte [link](https://eur-lex.europa.eu/procedure/PT/2020_361): https://eur-lex.europa.eu/procedure/PT/2020_361.

67 Este pacote integra, além da proposta de Regulamento referida no texto, a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no sector digital, COM (2020) 842 final, de 15/12/2020. Para uma visão geral desta proposta, cfr., entre outros, Sousa e Silva, Nuno, “Novas regras para a internet: notas breves sobre iniciativas europeias de regulação de plataformas digitais”, in *Revista de Direito Intelectual*, 1, 2021, pp. 75 e ss.

68 Disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf (consultado em 30/12/2021).

69 V. COM (2020) 825 final, de 15/12/2020, p. 2.

matéria de informação (...), relacionados nomeadamente com o aparecimento de plataformas em linha, em particular de muito grande dimensão, e com a magnitude da transformação digital»⁷⁰.

Apesar de não estar prevista, em termos substanciais, uma mudança radical no ponto em análise, já que se prevê a manutenção das regras em matéria de responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários estabelecidas na Diretiva sobre o comércio eletrónico⁷¹, aproveita-se para clarificar alguns aspetos dessas regras, tendo em conta a jurisprudência do TJUE. Sublinha-se ainda que continua a não ser imposta⁷² qualquer obrigação geral de vigilância ou de apuramento ativo dos factos, nem de os prestadores tomarem medidas proativas relativamente a conteúdos ilegais⁷³.

A regulamentação proposta procura ainda proceder a uma «repartição adequada de responsabilidades na luta contra conteúdos ilegais em linha entre os serviços intermediários, os seus destinatários e as autoridades»⁷⁴ que assenta, de uma banda, na diferenciação das obrigações «de devida diligência» que são impostas às plataformas em linha de muito grande dimensão⁷⁵ e, de outra, na atenuação dos «encargos dos prestadores de serviços,

70 V. COM (2020) 825 final, de 15/12/2020, p. 10.

71 Embora se reconheça a conveniência da sua inclusão num Regulamento para assegurar uma harmonização efetiva em toda a União e evitar a fragmentação jurídica.

72 Apesar de se admitir que, em determinadas condições e «dependendo do sistema jurídico de cada Estado-Membro e do domínio do direito em questão, as autoridades administrativas ou judiciárias nacionais podem ordenar aos prestadores de serviços intermediários que adotem medidas contra determinados elementos específicos de conteúdo ilegal ou que forneçam determinados elementos específicos de informação».

73 Apesar de as isenções de responsabilidade estabelecidas no presente regulamento não deverem afetar a possibilidade de medidas inibitórias de diversa natureza contra prestadores de serviços intermediários, mesmo quando estes satisfaçam as condições estabelecidas no âmbito dessas isenções. Essas medidas poderão consistir, designadamente, em decisões judiciais ou administrativas que exijam a prevenção ou a cessação de uma eventual infração, incluindo a remoção de conteúdos ilegais especificados nessas decisões, emitidas em conformidade com o direito da União, ou o bloqueio do acesso aos mesmos (Considerando 24).

74 V. COM (2020) 925 final, de 15/12/2020, p. 14.

75 Reconhecendo o impacto específico de plataformas em linha de muito grande dimensão na nossa economia e sociedade, a proposta estabelece um nível mais elevado de transparência e de responsabilização no que se refere à forma como os prestadores dessas plataformas moderam os conteúdos, à publicidade e aos processos algorítmicos. Estabelece obrigações em matéria de avaliação dos riscos que os seus sistemas representam para desenvolver instrumentos adequados de gestão de riscos, a fim de proteger a integridade dos seus serviços contra a utilização de técnicas manipuladoras. O limiar operacional para os prestadores de serviços sujeitos a estas obrigações inclui as plataformas em linha com um alcance significativo na União, atualmente estimado em mais de 45 milhões de destinatários do serviço. Este limiar é proporcional aos riscos gerados pelo alcance das plataformas na União. Em caso de variação percentual da população da União, a Comissão ajustará o número de

incluindo medidas contra repetidas notificações injustificadas e o controlo prévio de sinalizadores de confiança por parte das autoridades públicas»⁷⁶.

3.3. A jurisprudência europeia

O TJUE já se pronunciou sobre a alegada violação de marcas alheias no contexto de plataformas digitais⁷⁷. A título exemplificativo, referem-se algumas decisões deste Tribunal no âmbito dos chamados *Adwords* (ou *keyword advertising*) e de mercados digitais.

No que respeita às primeiras – cujo *leading case* é o caso “Google”⁷⁸ –, está em causa um serviço remunerado de referenciamento que permite aos operadores económicos, mediante a seleção de uma (ou várias) palavra(s)-chave coincidente(s) com uma marca nominativa de terceiro, fazer aparecer na rubrica “*links patrocinados*” (habitualmente no lado direito do ecrã, à direita dos resultados naturais, ou na parte superior do ecrã, por baixo dos referidos resultados), em caso de concordância entre essa(s) palavra(s) e a(s) palavra(s) constantes da pesquisa efetuada por um internauta no motor de busca, um *link* publicitário para o seu sítio, podendo ainda suceder que daqui resulte o redirecionamento para sítios que comercializem produtos contrafeitos. Surgiu assim a questão de determinar a responsabilidade do prestador de serviço do referenciamento nos casos em que ocorra violação da marca de terceiro.

No caso “eBay” – conhecido sítio de comércio eletrónico –, além do uso de marcas como *Adwords*, foi suscitada a questão da responsabilidade daquele operador do mercado em linha por violação do direito de marca. Com efeito, apesar de os vendedores poderem apresentar todos os produtos que têm para venda, criando uma conta de vendedor na eBay que implica aceitar os termos do acordo de utilização do comércio eletrónico fixados pela eBay e que inclui a proibição da venda de objetos contrafeitos e a violação de marcas, não só a eBay cobra uma percentagem sobre as transações realizadas, como presta assistência aos vendedores com o intuito de otimizar as

destinatários tidos em consideração na determinação do limiar, de modo a que este corresponda sistematicamente a 10% da população da União.

76 V. COM (2020) 925 final, de 15/12/2020, p. 15.

77 Para uma visão geral das decisões judiciais estadunidenses, cfr. Natter, Ben/Dulkowska, Natalia, “Intermediary Liability and Indirect Infringement for Marketplaces in Europe and the United States”, in *JD Supra*, Jul. 11, 2020 (disponível em www.jdsupra.com/legalnews/intermediary-liability-and-indirect-35670/), consultado em 30/12/2021), e, ainda, USPTO, *Secondary Trademark...*, *cit.*

78 Acórdão proferido no caso “Google”, *cit.*

propostas de venda, de criar as suas próprias lojas em linha e de promover e aumentar as suas vendas. No caso concreto, foi provado que as pessoas singulares demandadas colocaram à venda no eBay e venderam a consumidores na União produtos de marca da L'Oréal destinados por esta a ser vendidos em Estados terceiros, bem como produtos não destinados por esta à venda, como *testers* e amostras, alguns sem embalagem⁷⁹.

Já no caso “Coty/Amazon” foi apreciada a questão de saber se uma pessoa que armazena, em nome de um terceiro, produtos que violam um direito de marca sem ter conhecimento dessa violação, efetua o armazenamento de tais produtos para os oferecer ou colocar no mercado, mesmo quando só o terceiro pretenda oferecer os referidos produtos ou colocá-los no mercado. Estava em causa, entre outras questões, a responsabilidade da Amazon Services Europe, que oferece a possibilidade de “terceiros vendedores” apresentarem ofertas de venda dos seus produtos, no espaço “Amazon-Marketplace” na *Internet*, bem como de os referidos vendedores participarem no programa “Envío através da Amazon” (que consiste no armazenamento por sociedades do grupo Amazon e no envio aos compradores por prestadores externos)⁸⁰, já que alguns dos vendedores teriam violado o direito de marca da Coty.

Atualmente estão ainda pendentes no TJUE dois processos referentes à violação da marca Louboutin pela Amazon⁸¹, no âmbito dos quais aquele Tribunal pode vir a pronunciar-se sobre a eventual responsabilidade desta plataforma quando esta não funcione como simples intermediário, se se considerar que não presta um serviço neutro ao integrar as ofertas de terceiros na sua própria comunicação comercial⁸².

Na apreciação deste tipo de casos é preciso ter presente que pode não existir violação da marca (v.g., quando estiver em causa a publicidade feita por

79 V. n.º 51 do Ac. “eBay”, *cit.*

80 V. n.º 9 do Ac. do TJUE (Quinta Secção), de 02/04/2020, proferido no proc. C-567/18, no caso “Coty/Amazon” (ECLI:EU:C:2020:267). Sobre esta decisão, cfr. o interessante comentário de Szezpanowska-Kozłowska, Krystyna, “Creation of technical conditions for use or infringement – the meanders of the warehouse keeper’s liability in light of CJUE judgement C-567/18 *Coty Germany*”, in *IIC*, 52, 2021, pp. 265 e ss.

81 V. os procs. C-148/21 (correspondente ao pedido de decisão prejudicial apresentada pelo *Tribunal d'Arrondissement* (Luxemburgo), em 08/03/2021) e C-184/21 (correspondente ao pedido de decisão prejudicial apresentada pelo *Tribunal de l'Entreprise Francophone de Bruxelles*, em 24/03/2021), v. https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=241325&text=&dir=&doclang=PT&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=2397572 e <https://ipcuria.eu/case?reference=C-184/21>.

82 V., em esp., os n.ºs 58, 67 e 78 do Resumo do pedido de decisão prejudicial no âmbito do proc. C-148/21 (<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=240983&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2397572>).

revendedores de produtos genuínos em relação aos quais tenha ocorrido o esgotamento do direito; a publicidade comparativa lícita)⁸³, pelo que a aferição terá de ser, como sempre, casuística e a sua afirmação pressupõe a prévia qualificação do uso pelo infrator da marca de terceiro na vida comercial.

Da jurisprudência do TJUE nesta matéria decorre que:

- *constitui uso na vida comercial pelo anunciante* a utilização de um sinal selecionado como palavra-chave por aquele no âmbito de um serviço de referenciamento na *Internet*, uma vez que é o meio utilizado pelo anunciante para provocar a exibição do seu anúncio⁸⁴, mesmo quando o sinal escolhido como palavra-chave não aparece no próprio anúncio⁸⁵. Todavia, não podem ser imputados a um anunciante os atos autónomos de outros operadores económicos (como os das entidades que exploram sítios *Internet* de referenciamento, com os quais o anunciante não tem nenhuma relação direta ou indireta), que atuam, não por ordem ou por conta do anunciante, mas por sua própria iniciativa e em seu próprio nome⁸⁶;
- *não constitui uso* o facto de o prestador de um serviço de referenciamento na *Internet* armazenar como palavra-chave um sinal idêntico a uma marca (alheia) e organizar a exibição de anúncios a partir de tal sinal⁸⁷.

83 Cfr. Senftleben, Martin, “Intermediary Liability and Trademark Infringement: Proliferation of Filter Obligations in Civil Law Jurisdictions?”, in *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* (ed. Giancarlo F. Frosio), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 9 (disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3736919, consultado em 30/12/2021). Recorde-se que no caso “Coty/Amazon”, o Advogado-geral Manuel Campos Sánchez-Bordona, nas conclusões apresentadas em 28/11/2019 (ECLI:EU:C:2019:1031), defendeu que se deveria considerar um «cenário (...) mais complexo», que «tenha em conta o modelo de negócio integrado (por oposição a um modelo autónomo) do grupo Amazon, bem como as especificidades dos serviços que prestam a terceiros vendedores quando estes aderem ao programa “Envio através da Amazon”» (v. n.ºs 27 e 51 e ss. das Conclusões, *cit.*).

84 V., entre outros, o Ac. do TJUE proferido no caso “Google”, *cit.*, n.º 49 a 52.

85 V., entre outros, o n.º 19 do Ac. do TJUE, de 25/03/2010, proferido no proc. C-278/08, caso “BergS-pechte” – ECLI:EU:C:2010:163.

86 V. n.º 36 do Ac. do TJUE, de 03/03/2016, proferido no caso “Daimler”, *cit.*

87 V., entre outros, o Ac. do TJUE proferido no caso “Google”, *cit.*, n.ºs 53 a 58.

No que respeita à comercialização em plataforma em linha de produtos que violem marca alheia, o TJUE considerou que:

- no que se refere à gestão de uma plataforma de comércio eletrónico, o uso de sinais idênticos ou semelhantes a marcas nas ofertas de venda exibidas num sítio de comércio eletrónico é feito pelos clientes vendedores do operador desse sítio e *não diretamente pelo próprio operador*⁸⁸;
- para que a armazenagem de produtos que ostentam sinais idênticos ou semelhantes a marcas possa ser qualificada de “uso” desses sinais, é necessário que o próprio operador económico que efetua essa armazenagem prossiga a finalidade visada por essas disposições, que consiste na oferta de produtos ou na sua colocação no mercado. Se assim não for, não se pode considerar que o ato que constitui o uso da marca seja feito por essa pessoa, nem que o sinal seja utilizado no âmbito da sua própria comunicação comercial⁸⁹;
- na medida em que o operador do sítio de comércio eletrónico permite aos seus clientes este uso, o seu papel não pode ser apreciado à luz das disposições da DM, nem do RMUE, mas deve ser «examinado sob o ângulo de outras regras de direito, como as enunciadas na Directiva 2000/31, em particular na secção 4 do capítulo II desta, relativa à “responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços” no comércio eletrónico e que abrange os artigos 12.º a 15.º desta directiva»⁹⁰;
- os órgãos jurisdicionais nacionais competentes em matéria de proteção dos direitos da propriedade intelectual podem proferir medidas inibitórias (efetivas, proporcionadas, dissuasivas e que não criem obstáculos ao comércio legítimo) que imponham que o operador de um sítio de comércio eletrónico tome medidas que contribuam não apenas para pôr termo às violações destes direitos cometidas por utilizadores deste sítio de comércio eletrónico, mas também para prevenir novas violações desta natureza⁹¹.

88 V., neste sentido, o n.º 103 do Ac. do TJUE proferido no caso “L’Oréal/eBay”, *cit.*

89 V. n.ºs 45 e 46 do Ac. proferido no caso “Coty/Amazon”, *cit.*

90 V. n.º 104 do Ac. proferido no caso “L’Oréal/eBay”, *cit.*

91 V. n.º 144 do Ac. proferido no caso “L’Oréal/eBay”, *cit.*

4. Considerações finais

A questão fundamental subjacente à temática abordada prende-se com a determinação da forma mais adequada de equilibrar o interesse de os titulares de marcas fazerem respeitar os seus direitos, o interesse das plataformas em linha e da sociedade, em geral, no desenvolvimento e utilização de tecnologias inovadoras, no exercício da liberdade de expressão e da livre concorrência⁹².

No que respeita, em particular, ao direito europeu, dado que os Estados-Membros dispõem de grande liberdade para adotar e aplicar medidas neste domínio, parece ser positiva uma aproximação legislativa⁹³, ainda que tal não afaste a conveniência da adoção de instrumentos de *soft law* que convirjam para o mesmo objetivo⁹⁴.

92 Cfr., entre outros, Natter, Ben/Dulkowska, Natalia, *op. cit.*; Mostert, Frederick, "Intermediary Liability and Online Trade Mark Infringement: Emerging International Common Approaches", in *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* (ed. Giancarlo Frosio), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 1 (disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3601981, consultado em 30/12/2021) e Martin Senftleben, *op. cit.*, p. 15.

93 Defendendo uma harmonização legislativa supra-nacional, cfr. Saunders, Kurt M./ Berger-Walliser, Gerlinda, "The liability of online markets for counterfeit goods: A comparative analysis of secondary trademark infringement in the United States and Europe", in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 32, 2011, pp. 90 e ss.

94 Cfr., em especial, no que respeita ao direito estadunidense, Katyal, Sonia K./Grinvald, Leah Chan, "Platform Law and the Brand Enterprise", in *Berkeley Technology Law Journal*, 32, 2017, em esp., p. 1166.

Referências

Carvalho, Maria Miguel, *A marca enganosa*, Almedina, Coimbra, 2010.

_____, “A marca de prestígio à luz da jurisprudência comunitária”, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. XXXIII, 2012-2013, pp. 357-372.

_____, “The elimination of the susceptibility of graphic representation and trade mark registration”, in *Law & Technology – E-Tec Yearbook 2018* (edit. Maria Miguel Carvalho), pp. 12 e ss. (disponível em https://issuu.com/comunicadireito/docs/e_tek_yearbook_web, consultado em 30/12/2021).

_____, “A tutela da marca de prestígio no novo código da propriedade industrial português”, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 40, 2019-2020, pp. 359-370.

_____, “Artigo 249.º”, in AA. VV., *Código da Propriedade Industrial Anotado* (coord. Luís Couto Gonçalves), Almedina, Coimbra, 2021, pp.962-972.

_____, “Artigo 253.º”, in AA. VV., *Código da Propriedade Industrial Anotado* (coord. Luís Couto Gonçalves), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 982-989.

Coutinho de Abreu, Jorge Manuel, *Da Empresarialidade – As empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996.

Curtis, Lee/Platts, Rachel, “AI is coming and it will change trade mark law”, in *Managing IP*, 2017 (disponível em <https://www.hgf.com/wp-content/uploads/2020/07/09-13-AI.pdf>, consultado em 30/12/2021).

Dinwoodie, Graeme, “Secondary liability for online trademark infringement: the international landscape”, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, 37, 2014, pp. 463-501 (disponível em <https://ssrn.com/abstract=2427967>, consultado em 30/12/2021).

Dogan, Stacey L./Lemley, Mark A., “Trademarks and consumer search costs on the Internet”, in *Houston Law Review*, 41, 2004, pp. 777-838.

Gonçalves, Luís Couto, “Revisitando o Acórdão Google do Tribunal de Justiça da União Europeia”, in *Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão – 50 anos de vida universitária* (coords. Dário Moura Vicente et al.), Almedina, Coimbra, 2015, pp. 343-361.

Guimarães, Maria Raquel, “As plataformas «colaborativas» enquanto «prestadoras de serviços da sociedade de informação»: reflexões à luz da Lei do comércio electrónico e desenvolvimentos recentes”, in *Economia Colaborativa* (coords.: Maria Miguel Carvalho e Anabela Gonçalves), pp. 467-498.

Katyal, Sonia K./Grinvald, Leah Chan, “Platform Law and the Brand Enterprise”, in *Berkeley Technology Law Journal*, 32, 2017, pp.1135-1182.

Kur, Annette, "Secondary Liability for Trademark Infringement on the Internet: The Situation in Germany and Throughout the EU", in *Columbia Journal of Law & Arts*, 37, 2014, pp. 525-540 (disponível em <https://journals.library.columbia.edu/index.php/lawandarts/article/view/2133/1083>, consultado em 30/12/2021).

Landes/Posner, "Trademark Law: an economic perspective", in *The Journal of Law and Economics*, 1987, pp. 265-309.

_____, *The economic structure of intellectual property law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 2003.

Leistner, Matthias, "Common principles of secondary liability", in *Common Principles of European Intellectual Property Law* (ed. Ansgar Ohly), 2012, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 117-146 (disponível em https://library.oapen.org/viewer/web/viewer.html?file=/bitstream/handle/20.500.12657/43968/external_content.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado em 30/12/2021).

Mostert, Frederick, "Intermediary Liability and Online Trade Mark Infringement: Emerging International Common Approaches", in *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* (ed. Giancarlo Frosio), Oxford University Press, Oxford, 2020, (disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3601981, consultado em 30/12/2021).

Natter, Ben/Dulkowska, Natalia, "Intermediary Liability and Indirect Infringement for Marketplaces in Europe and the United States", in *JD Supra*, Jul. 11, 2020 (disponível em www.jdsupra.com/legalnews/intermediary-liability-and-indirect-35670/, consultado em 30/12/2021).

Papandreo, A. G., "The economic effect of trademark", in *California Law Review*, 44, 1956.

Paul, Joshua/McAndrews, Lisa/Davis, Govinda, *Branding in the sharing economy – Legal implications for Intellectual Property & consumer outreach*, Collen IP, 2014, p. 2 (disponível em https://collenip.com/wp-content/uploads/2016/04/Sharing_Economy_White_Paper.pdf, consultado em 30/12/2021).

Peguera, Miquel, "Two Approaches to Secondary Trade Marks Liability – Part II: A Limited Harmonization Under European Union Law", in *Cambridge Handbook on Comparative and International Trademark Law* (eds. Jane Ginsburg and Irene Calboli), Cambridge University Press, Cambridge, 2018 (disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3291495>, consultado em 30/12/2021).

Png, I. P. L. / Reitman, David, "Why are some products branded and others are not?", in *The Journal of Law and Economics*, 38, 1995, pp. 207-224.

Remédio Marques, J. P., *Direito Europeu das Patentes e Marcas*, Almedina, Coimbra, 2021.

Riis, Thomas/Elholm, Thomas/Nordberg, Ana/Schwemer, Sebastian/Wallberg, Knud, *Study on legislative measures related to online IPR infringements – a project commissioned by the European Intellectual Property Office*, 2018 (disponível em <https://doi.org/10.2814/819909>, consultado em 30/12/2021).

Saunders, Kurt M./ Berger-Walliser, Gerlinde, “The liability of online markets for counterfeit goods: A comparative analysis of secondary trademark infringement in the United States and Europe”, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 32, 2011, pp.37-92.

Senftleben, Martin, “Intermediary Liability and Trademark Infringement: Proliferation of Filter Obligations in Civil Law Jurisdictions?”, in *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* (ed. Giancarlo F Frosio), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 9 (disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3736919, consultado em 30/12/2021).

Sinde Monteiro, Jorge, “Análise económica do direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, LVII, 1981.

Sousa e Silva, Nuno, “Novas regras para a internet: notas breves sobre iniciativas europeias de regulação de plataformas digitais”, in *Revista de Direito Intelectual*, 1, 2021, pp. 75-102.

Sousa e Silva, Pedro, “«E depois do adeus». O «esgotamento» do direito industrial e os direitos subsistentes após a colocação no mercado”, in *Direito Industrial*, vol. III, APDI/Almedina, 2003, pp. 201-228.

Szczepanowska-Kozłowska, Krystyna, “Creation of technical conditions for use or infringement – the meanders of the warehouse keeper’s liability in light of CJUE judgement C-567/18 *Coty Germany*”, in *IIC*, 52, 2021.

Vanherpe, Jozefien, “AI and IP – A Tale of Two Acronyms”, in *AI, Robots and the Law in Belgium*, p. 4 (Draft version 19/03/2020, disponível em https://www.researchgate.net/publication/340273415_AI_and_IP_-_A_Tale_of_Two_Acronyms, consultado em 30/12/2021).

Veiga, Paula/Correia, Isabel, “Economia Colaborativa – Enquadramento económico”, in *Economia Colaborativa* (coords.: Maria Miguel Carvalho e Anabela Gonçalves), pp. 15-66.

Vicente, Dário Moura, *A tutela internacional da Propriedade Intelectual*, 2.^a ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2019.

A licença obrigatória de direito de patente por motivos de *interesse público* e a pandemia do SARS-CoV-2: considerações no direito constituído e de *lege ferenda*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.23>

J. P. Remédio Marques*

* Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Jurídico desta Faculdade.

Resumo: O estudo analisa, sobretudo num contexto internacional e no quadro da pandemia do SARS-Cov-2, a atual relevância da emissão de licença obrigatória de direito de patente (ou do pedido de patente) – *id est*, patente nacional, patente europeia ou via *Patent Cooperation Treaty* –, a transferência de tecnologia (*know-how*) e o acesso aos dados de testes, por parte de outras empresas (públicas ou privadas), submetidos à autoridade sanitária competente e respeitantes às vacinas e demais matérias primas necessárias para debelar ou minorar os efeitos desta pandemia. A análise efetuada revela que, *só por si*, esta figura da licença compulsória não se revela a ferramenta jurídica mais adequada para aumentar a disponibilização de vacinas e demais substâncias e processos indispensáveis para enfrentar a referida pandemia a nível global.

Palavras-chave: Direito de patente – pedido de patente – licença compulsória – dados de testes – transferência de tecnologia – medicamentos – Acordo TRIPS – pandemia do SARS-CoV-2.

Sumário: 1. Introdução e indicação de sequência. 1.1. A dificuldade do acesso aos medicamentos, em virtude da existência de pedidos de patente e não de direitos de patente já concedidos. 1.2. A licença obrigatória no direito constituído ainda não pode ter por objeto certificados complementares de proteção para medicamentos de uso humano. 1.3. A questão do acesso aos dados de testes (farmacológicos, toxicológicos, pré-clínicos e clínicos). 1.4. O saber fazer secreto detido pelos requerentes dos pedidos de patentes e pelos titulares dos direitos de patente. 1.5. As cadeias de distribuição e o conteúdo dos respetivos contratos. 2. Alguns dados da História em relação às licenças obrigatórias de direito de patente. 3. Caracterização das *licenças obrigatórias*, em particular das emitidas por *motivos de interesse público*. 3.1. Atos administrativos constitutivos da licença obrigatória *versus* requisição administrativa. 3.2. Caracterização. 3.3. A licença obrigatória de direito de patente por motivos de *interesse público*. 4. A emissão de licença obrigatória *antes* da concessão do direito de patente. 4.1. Concessão de licença obrigatória somente *após* a publicação do pedido de patente? 4.2. Concessão de licença obrigatória logo após o depósito do pedido de patente e *antes da publicação* deste pedido? 4.3. A concessão de licença obrigatória *antes da publicação do pedido de uma patente europeia*? 4.4. Licença obrigatória relativa ao acesso e utilização dos dados do *fascículo da patente*, tal como

foi pedida? **5.** A licença obrigatória dos *direitos exclusivos de comercialização do medicamento* de referência e *utilização dos dados de testes* por parte do beneficiário da licença obrigatória da patente. **6.** Notas conclusivas: a aporia do licenciamento obrigatório *versus* a adequação do seu regime à atual pandemia. Referências.

Abstract: This paper analyzes, above all in an international context, the current relevance of issuing compulsory licenses of patent rights (or patent applications) – *id est*, national patent, european patent or or through the Patent Cooperation Treaty – in the context of the SARS-Cov-2 pandemics, the transfer of technology (know-how), and the access to test data, by other companies (public or private), submitted to the competent health authority (protection of data generated for regulatory purposes) concerning vaccines and other necessary raw materials and substances to eliminate or lessen the effects of this pandemic. The analysis carried out reveals that, *by itself*, compulsory licensing does not prove to be the most adequate legal tool to increase at a global level the availability of vaccines and other substances, and methods that are essential to face the aforementioned pandemic.

Keywords: Patent rights – patent applications – regulatory data protection – compulsory licensing – pharmaceuticals – technology transfer – SARS-CoV-2.

Summary: 1. Introduction. *1.1.* Difficulty in accessing medicines, due to the existence of patent applications and not patent rights already granted. *1.2.* The compulsory patent license regime in the established law cannot yet have as its object the complementary protection certificates for medicines. *1.3.* The issue of access to test data (pharmacological, toxicological, pre-clinical and clinical). *1.4.* Know-how and confidential information held by patent applicants and patent rights holders. *1.5.* Medicines distribution chains and the content of their contracts. **2.** Some historical background on compulsory patent rights licenses. **3.** Characterization of compulsory licenses, particularly those issued for reasons of public interest. *3.1.* Administrative acts constituting compulsory license *versus* administrative requisition. *3.2.* Legal framework characterization. *3.3.* Compulsory license (patent rights) for reasons of public interest. **4.** Issuing a compulsory license before granting the patent right. *4.1.* Compulsory license grant only after publication of the patent application? *4.2.* Issuing a compulsory license soon after filing the patent application and before the publication of this application? *4.3.* The granting of a compulsory license before the publication of a European patent application? *4.4.* Issuing of a compulsory license regarding the access and use of the test data contained in the patent specification, as

requested? **5.** Compulsory licensing of exclusive marketing rights relating to the reference medicine and the use of test data by the beneficiary of the compulsory patent license. **6.** Concluding remarks: the dilemma of compulsory patent rights licensing *versus* the adequacy of its regime for the current and future pandemics and epidemics. References.

1. Introdução e indicação de sequência

A atual crise de saúde pública provocada pelo novo *Coronavírus* revelou uma escassez de vacinas, substâncias ativas, excipientes e outros tratamentos e materiais destinados a debelar os efeitos desta pandemia na saúde individual e na prestação dos cuidados de saúde.

As diversas vacinas desenvolvidas desde o início de janeiro de 2020 beneficiam, atualmente, de *autorizações excepcionais* de fabrico e de introdução no mercado em todos os Estados-Membros (e não membros) da União Europeia.

A maioria destas vacinas, porém, não está ainda protegida por *direito de patente*. Apenas as vacinas desenvolvidas na Federação Russa foram objeto de *direitos de patente* já concedidos em curtíssimo lapso temporal (cerca de 2 meses a contar da data dos pedidos), estando estas patentes assim em vigor neste país. Admite-se que durante o prazo de *12 meses* a contar da data do primeiro pedido¹, os titulares destas patentes estejam atualmente a submeter (ou já tenham apresentado) idênticos pedidos de proteção junto do Instituto Europeu de Patentes (IEP), do Instituto estadunidense de Patentes e marcas, bem como nos congêneres Institutos no Japão, República Popular da China, Coreia do Sul, Israel, etc. Outros produtos farmacêuticos usados no combate a esta pandemia já gozam de direitos de patente ou algumas destas patentes já expiraram. Por exemplo, poderemos referir as patentes relativas a alguns processos de preparação ou de síntese da *ivermectina*. Outro exemplo surpreende-se no pedido de patente internacional WO 2017/049060 A1, formulado em nome da Gilead Sciences, o qual contém reivindicações genericamente dirigidas ao uso de *remdesivir* em infeções causadas por vírus da família *Coronaviridae*, à qual pertencem os coronavírus, pedido que está a tramitar em institutos de propriedade industrial de vários países.

Nas páginas subsequentes procuramos apresentar a figura da *licença obrigatória* de direito de patente por motivo de *interesse público* e demonstrar os obstáculos jurídicos que consubstanciam a relativa ineficácia da eventual adoção deste tipo de medidas no atual combate à pandemia do SARS-CoV-2 ou a outras que apresentem, no futuro, as mesmas características epidemiológicas.

¹ Art. 4.º-C)-1) da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial.

1.1. A dificuldade do acesso aos medicamentos, em virtude da existência de pedidos de patente e não de direitos de patente já concedidos

A grande maioria das invenções respeitantes a vacinas (produto ou processo) são atualmente objeto de *pedidos de patente*, cujos procedimentos de patenteabilidade já permitiram, em alguns casos, a publicação de tais pedidos; mas ainda não a concessão do *direito de patente*. Isto porque a publicação dos pedidos de patente ocorre, em regra, 18 meses após o pedido de proteção², donde, somente na segunda metade e no final do ano de 2021 foi (e tem sido) publicada a maioria destes pedidos de patente. Ademais, no futuro, esta realidade irá provavelmente repetir-se em função das sucessivas alterações que seja necessário efetuar nas vacinas entretanto patenteadas em virtude das *mutações* que o vírus irá periodicamente sofrer.

Estes pedidos de patente incluem, em regra, *reivindicações* dirigidas a:

- vetores de expressão contendo o ácido nucleico do vírus;
- células e composições farmacêuticas que contêm o vírus;
- anticorpos (monoclonais) destinados a reconhecer a proteína viral;
- métodos de diagnóstico *in vitro* da infeção viral;
- sequências genéticas modificadas da proteína viral (nas vacinas desenvolvidas pela *Moderna* e *Pfizer*);
- utilização do vírus como vacina na prevenção ou tratamento da infeção.

Por outro lado, alguns medicamentos em causa (*v.g.*, vacinas) podem achar-se protegidos por *vários* direitos de patente (*v.g.*, das substâncias químicas intermediárias, materiais de partida, processo(s) de síntese química ou biotecnológica, da formulação farmacêutica, etc.), os quais, por força da observância do *princípio da unidade da invenção* (art. 73.º do CPI; art. 82.º da CPE), podem ser objeto de vários pedidos de patente ou de *pedidos divisionários*.

Há, no entanto, um acervo de direitos de patente já concedidos no passado recente respeitantes a *outros coronavírus*. É, por exemplo, o caso da Patente Europeia (EP) 3 172 319 B1, pedida em 23/07/2015 (também para

² Art. 93.º, n.º 1, alínea a), da Convenção sobre a Patente Europeia (CPE); art. 21.º, n.º 2, alínea a), do *Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes* (PCT); art. 69.º, n.º 2, do Código da Propriedade Industrial (CPI).

Portugal) e concedida em 20/11/2019³; *idem*, a EP 2 898 067 B1, pedida em 23/09/2013 e concedida em 15/01/2020⁴ (de igual sorte designada para vigorar em Portugal); bem como a patente dos EUA US 7,220,852 B1, a qual foi pedida em 12/04/2004 e foi concedida em 22/05/2007⁵.

Desconhece-se, ademais, se as sociedades comerciais *Pfizer* e *BioNTech*, *Moderna* e *AstraZeneca* terão depositado pedidos de patente especificamente respeitantes às vacinas que fabricam e distribuem. Sabe-se apenas que estas empresas terão celebrado contratos de (sub)licença de direitos de patente respeitantes a várias patentes relativas a métodos de atuação do *ARN mensageiro* (mRNA) de segmentos da proteína viral, as quais são tituladas pela Universidade da Pensilvânia, desde 2005⁶.

Seja como for, a larga maioria das invenções (de produto e de processo) respeitantes a vacinas já foram objeto de *autorizações (excepcionais)*⁷ de fabrico

3 O resumo desta invenção patenteada é o seguinte: «The present invention relates to an attenuated coronavirus comprising a variant replicase gene, which causes the virus to have reduced pathogenicity. The present invention also relates to the use of such a coronavirus in a vaccine to prevent and/or treat a disease» – disponível no seguinte endereço eletrónico: <https://data.epo.org/publication-server/pdf-document?pn=3172319&ki=B1&cc=EP&pd=20191120>.

4 No ponto 0001 da descrição lê-se o seguinte: «The invention provides a new previously undescribed Coronavirus isolated from cases of unexplained disease in September 2012 and identified herein as belonging to a newly recognized and previously undescribed species of human Corona Virus (HCoV), herein identified as HCoV-SA1 or HCoV EMC or Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus (MERS-CoV)» – acessível no seguinte endereço eletrónico: <https://data.epo.org/publication-server/pdf-document?pn=2898067&ki=B1&cc=EP&pd=20200115>.

5 Na qual se pode ler o seguinte (*Field of the disclosure*): «This invention relates to a newly isolated human coronavirus. More particularly, it relates to an isolated coronavirus genome, isolated coronavirus proteins, and isolated nucleic acid molecules encoding the same. The disclosure further relates to methods of detecting a severe acute respiratory syndrome-associated coronavirus and compo» – acessível no seguinte endereço eletrónico: <https://patentimages.storage.googleapis.com/6b/c3/21/a62eb55a0e678c/US7220852.pdf>.

6 Abinader, Luis Gil, “Foundational mRNA patents are subject to the Bayh-Dole Act provisions”, 30 de novembro de 2020, acessível no seguinte endereço eletrónico: <https://www.keionline.org/34733>; Le Péchon-Joubert, Francine/Sevestre, Carlyne, “Covid-19 vaccines: intellectual property issues, including sharing of patents, licensing and government rights to compulsory licensing – the French perspective”, 25 de maio de 2021, acessível no seguinte endereço eletrónico: <https://www.ibanet.org/covid-19-vaccines-intellectual-property-issues-French-perspective>.

7 Por exemplo, art. 92.º do *Estatuto do Medicamento*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na sua atual redação; art. 14.º, n.ºs 8 e 9, do Regulamento (CE) n.º 176/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, o qual estabelece procedimentos comunitários de autorização e de fiscalização de medicamentos para uso humano e veterinário e institui uma Agência Europeia de Medicamentos: este n.º 9 permite que o requerente solicite um *procedimento de avaliação acelerado* relativamente a medicamentos para uso humano que revistam *grande interesse do ponto de vista da saúde pública*, nomeadamente na perspectiva da inovação terapêutica. Além disso, o INFARMED pode autorizar, por razões fundamentadas de saúde pública, a *comercialização de medicamentos que não beneficiem de autorização ou registo válidos em Portugal*, ou que não tenham

e de introdução no mercado emitidas pelas autoridades administrativas sanitárias (*maxime*, a Agência Europeia do Medicamento; a agência húngara, relativamente a algumas vacinas provenientes da China e da Federação Russa). Todavia, tais invenções ainda se encontram, no que aos procedimentos de patenteabilidade diz respeito, na fase do exame (formal e substancial) dos *pedidos* de proteção.

Não é, na verdade, normal que uma *autorização administrativa de introdução no mercado de um medicamento* para uso humano anteceda a concessão dos direitos de patente subjacente às inovações tecnológicas que esse medicamento incorpora; o contrário é quase sempre verificável. Mas a *situação de emergência em saúde pública* que os Estados atravessam inverteu a ordem normal das coisas.

Ora, a larga maioria dos Códigos e leis de propriedade industrial fazem depender a emissão de *licenças obrigatórias* de direitos de patente – mesmo por motivos de *interesse público* – de dois requisitos cumulativos:

- (a) a concessão do *direito de patente*; e
- (b) a preexistência de um *período razoável* de negociações entre o potencial licenciado e o titular da patente em condições comerciais aceitáveis que não tenham tido êxito (art. 108.º, n.º 3, do CPI).

O atual regime jurídico das licenças obrigatórias de *direitos de patente* é assim insensível a este problema e não contribui para o atenuar.

A *emergência de saúde pública* que atualmente atravessamos – e que provavelmente perdurará no tempo à medida que o vírus SARS-CoV-2 sofrer mutações na sua proteína viral e se tornar *endêmico* – e a necessidade de proteger a *vida* dos cidadãos implica, *ultima ratio*, a previsão de as *licenças obrigatórias* poderem ter como objeto os próprios *pedidos de patente*.

1.2. A licença obrigatória no direito constituído ainda não pode ter por objeto certificados complementares de proteção para medicamentos de uso humano

Ao atrás exposto acresce que muitos medicamentos estão protegidos (e virão a sê-lo) por meio de *certificado complementar de proteção* (CCP), cuja

tido objeto de um pedido de autorização ou registo válido (art. 93.º, n.º 1, do citado Decreto-Lei n.º 176/2006).

eficácia – a qual perdura pelo prazo máximo de *cinco anos*⁸, podendo ser estendida por um período adicional de *seis meses* quando respeite a medicamentos para *uso pediátrico*⁹ (incluindo vacinas) – opera a partir da caducidade do *direito de patente* respeitante ao *medicamento de referência* cuja introdução no mercado tivera sido anteriormente autorizada.

Ora, o atual regime jurídico da licença obrigatória só pode atingir *direitos de patente* e não os *certificados complementares de proteção*. E há inúmeros medicamentos cujas patentes já caducaram e que beneficiam deste *direito industrial autónomo* [mas instrumentalmente ligado à *patente de base* onde surge mencionada¹⁰ – nas reivindicações ou na descrição – a *substância ativa* ou *composição de substâncias ativas* que integra o medicamento objeto de autorização de introdução no mercado (AIM)], cujo objeto é o medicamento de referência, ao qual fora concedida a AIM.

1.3. A questão do acesso aos dados de testes (farmacológicos, toxicológicos, pré-clínicos e clínicos)

Todavia, mesmo que este regime jurídico seja alterado, ainda remanesce a questão do acesso aos *dados de testes e ensaios* farmacológicos, toxicológicos, pré-clínicos e clínicos por parte das empresas beneficiárias de licenças obrigatórias de direitos de patente ou de pedidos de patente. Estes dados foram gerados pela empresa que obteve a autorização de introdução do medicamento inovador no mercado (o medicamento de referência), a qual é, em regra, a titular ou a licenciada dos direitos de patente. O *modo de executar* o invento químico (biotecnológico) e farmacêutico de uma forma *segura e eficaz* por parte dos beneficiários daquelas licenças obrigatórias é requisito indefetível e não dispensa o acesso a tais dados de testes e ensaios.

Porém, por um lado, estes *dados de testes* estão protegidos por um regime *sui generis de segredo comercial*¹¹, o qual vincula as autoridades sanitárias

8 Art. 13.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 469/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de maio de 2009.

9 Art. 36.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1901/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativo a medicamentos para uso pediátrico, *ex vi* do art. 16.º, n.º 1, do citado Regulamento (CE) n.º 469/2009.

10 Sobre este direito industrial e os múltiplos problemas e controvérsias que tem suscitado, cfr. desenvolvidamente, por último, Remédio Marques, J. P., *Direito Europeu de Patentes e Marcas*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 323-378.

11 O qual já constava do art. 39.º, n.º 3, do Acordo TRIPS, nos termos do qual «Os Membros que exigam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva

que aprovam tais fármacos no que à sua *segurança, eficácia e qualidade* diz respeito. Na União Europeia, este regime jurídico tem a duração de, pelo menos, *8 anos* a contar a emissão da AIM¹²; e, por outro, a AIM do *medicamento de referência* – mesmo que não seja objeto de qualquer direito de patente ou pedido de patente – concede ao respetivo titular *direitos exclusivos de comercialização* com a duração de *10 a 12 anos* a contar da prolação dessa AIM¹³.

Ora, mesmo que alguns excipientes e substâncias ativas, *quando individualmente consideradas*, já tenham beneficiado de AIM no passado, o certo é que às *combinações* ou *associações* destas substâncias ativas e excipientes na obtenção de medicamentos e vacinas no combate ao SARS-Cov-2 já foram recentemente outorgadas *autônomas* AIM de *uso excepcional* – sem prejuízos da concessão futura de outras AIM para este tipo de fármacos –, circunstância, esta, que desencadeia *novos prazos de proteção de dados de testes e novos direitos exclusivos de comercialização*.

Esta situação impõe, de *iure condendo*, a consideração da possibilidade de prever uma *permissão normativa específica* de as autoridades sanitárias competentes usarem esses *dados de testes e ensaios* para aprovar os medicamentos genéricos (fabricados sob licença obrigatória de patente ou licença obrigatória de pedido de patente); e, outrossim, tais autoridades administrativas serem autorizadas a fornecer tais dados científicos aos beneficiários destas licenças obrigatórias, sob estritas condições de *confidencialidade*, a fim de estes poderem demonstrar a *bioequivalência – et pour cause*, a segurança e

esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos (...) que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra o seu uso comercial desleal. Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados (...)». Sobre isto, cfr. Remédio Marques, J. P., *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, vol. II, *Obtenções Vegetais, Conhecimentos Tradicionais, Bioinformática e Bases de Dados, Direito da Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 476-487, p. 490 e nota 1211; Remédio Marques, Roberta Silva Melo Fernandes, *Patente Farmacêutica & Medicamento Genérico – A Tensão entre o Direito Exclusivo e a Livre Utilização*, Curitiba, Juruá Editora, 2013, pp. 545-561.

12 Art. 10.º, n.º 1, 1.º parágrafo, da Diretiva n.º 2004/727/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, que altera a Diretiva n.º 2001/83/CE, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano; *idem*, art. 19.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto (Estatuto do Medicamento). Veja-se, igualmente, o art. 14.º, n.º 11, do Regulamento (CE) n.º 726/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e de fiscalização de medicamentos para uso humano e veterinário e que institui uma *Agência Europeia de Medicamentos*.

13 Art. 10.º, n.º 1, 2.º parágrafo, da citada Diretiva n.º 2004/27/CE; art. 19.º, n.º 3, alíneas a) e b), do citado Decreto-Lei n.º 176/2006. Portugal limitou a 11 anos o prazo máximo de validade dos direitos exclusivos de comercialização do medicamento de referência objeto de AIM, embora a citada Diretiva permita que os Estados-Membros prevejam um prazo máximo de 12 anos.

eficácia – dos medicamentos genéricos usados no tratamento desta infecção viral, com o precípua fim de serem, *eles próprios*, medicamentos genéricos aprovados com base numa situação de emergência de saúde pública.

O acesso a tais dados de testes nestas situações de emergência de saúde pública terá de operar sob a base de uma *licença obrigatória autónoma* ou, em alternativa, integrada na licença obrigatória do pedido de patente (ou do direito de patente, se esta já tiver sido concedida). Evidentemente, no cálculo da *compensação financeira* (ou outra) a atribuir ao titular ou requerente da patente e detentor dos dados de testes, terá de ser computado o valor económico destes *dados de testes e ensaios*, bem como a ablação do poder jurídico do titular da AIM do medicamento de referência se opor à comercialização pelos terceiros beneficiários da licença obrigatória dos correspondentes medicamentos genéricos no prazo de *10 anos* contados do momento da prolação daquela AIM.

É claro que o *titular da AIM do medicamento de referência* continuará a poder opor os *direitos exclusivos de comercialização*, pelo referido prazo de 10 anos, a todos os que não sejam beneficiários de licença obrigatória de importação (ou exportação ao abrigo do art. 31.º-A do Acordo TRIPS) e/ou fabrico e/ou comercialização dos medicamentos genéricos e demais substâncias químicas, dispositivos médicos, máquinas e maquinismos utilizados no combate à doença ou síndrome causadores da situação de emergência nacional em saúde pública. A ablação destes direitos exclusivos de comercialização, a ocorrer, será assim *parcial e subjetivamente determinada*.

1.4. O saber-fazer secreto detido pelos requerentes dos pedidos de patentes e pelos titulares dos direitos de patente

De igual sorte, as atuais regras relativas à emissão de *licença obrigatória* não contemplam expressamente a obrigação de o *titular da patente* (ou *requerente da patente*) comunicar ao beneficiário de uma licença obrigatória deste tipo todo o acervo de *conhecimentos técnicos* respeitantes ao *melhor modo de executar o invento*.

Perante esta circunstâncias, de *iure condendo*, deverá postular-se a questão desta *outra dimensão comunicativa (obrigatória) dos segredos industriais* que não estejam contidos no pedido de patente (publicado ou ainda não publicado).

É que, a despeito de poder ser emitida uma AIM (*maxime*, excepcional) relativa aos correspondentes medicamentos genéricos – uma vez assegurada a

sua *bioequivalência* com os correspondentes medicamentos de referência –, pode surpreender-se um acervo de conhecimentos técnicos necessários ao concreto fabrico dos medicamentos. Conhecimentos que podem não respeitar às substâncias *per se* ou aos processos químicos ou biotecnológicos de síntese, mas, ao invés, às *condições de produção nas instalações fabris* devidamente autorizadas (*v.g.*, imóveis, máquinas, maquinismos nelas instalados, etc.). Por outro lado, o fabrico e a comercialização destes outros medicamentos genéricos (*maxime*, vacinas, antirretrovirais) podem estar dependentes de determinadas cadeias de abastecimento de matérias-primas ou subprodutos, cujos agentes económicos necessitam ser contactados e envolvidos, a montante e a jusante, no fabrico e na distribuição destes fármacos.

1.5. As cadeias de distribuição e o conteúdo dos respetivos contratos

Enfim, não pode esquecer-se que o fabrico e a comercialização de medicamentos (*in casu*, vacinas) – ainda quando logrados parcialmente com a utilização de *subvenções* da União Europeia e/ou dos Estados-Membros – está intimamente dependente do *conteúdo* ou do *programa* dos múltiplos contratos¹⁴ celebrados entre os Estados-Membros (ou a Comissão Europeia em nome da União Europeia) e as empresas farmacêuticas (algumas delas sediadas fora do Espaço Económico Europeu), designadamente a tempestividade das entregas, o preço por unidade, as formas de pagamento, as cláusulas penais previstas em caso de mora ou de incumprimento definitivo, as cláusulas a inserir em contratos celebrados a jusante destinadas a permitir o fabrico e a distribuição adequada dos fármacos e dos demais medicamentos e dispositivos; o direito aplicável ao mérito da causa; o tribunal internacionalmente competente, a responsabilidade civil pelos *defeitos* das vacinas, etc.; outrossim, está dependente da disponibilização de certo tipo de materiais biológicos e não biológicos utilizados no fabrico de algumas vacinas, cuja escassez de produção é notória¹⁵.

14 Cujo objeto mediato não são apenas os próprios fármacos, mas também as demais substâncias químicas (*v.g.*, excipientes, adjuvantes, analgésicos, anti-inflamatórios) e dispositivos médicos (*v.g.*, seringas, ventiladores) necessários ou indispensáveis à realização das terapias.

15 Por exemplo, no caso da vacina comercializada pela PFIZER (e também pela MODERNA), temos as *cápsulas lipídicas* (que constituem *nanopartículas*) que transportam o *ARN mensageiro* (mRNA) deste coronavírus e que, uma vez no corpo humano, permite que este *ácido nucleico* reconheça as proteínas *spike* pelas quais este entra nas células do nosso corpo humano. No momento em que terminámos a redação deste estudo (julho de 2021), há ainda pouquíssimos fabricantes no planeta dotados de capacidade tecnológica adequada para responder à atual procura (também ela planetária) de materiais *nanotecnológicos* desta espécie. Além disso, os direitos de patente que protegem as invenções destas cápsulas lipídicas são titulados por um reduzido número de empresas.

2. Alguns dados da História em relação às licenças obrigatórias de direito de patente

A primeira referência à figura da *licença obrigatória* nos areópagos internacionais terá ocorrido no Congresso de Viena de 1873, tendo o regime jurídico aí discutido em mira somente o dever de o titular conceber uma licença em caso de *interesse público*¹⁶. O texto originário da Convenção da União de Paris (CUP) impunha ao titular uma *obrigação de uso* do direito de patente e a Revisão de Washington (em 1911) consagrou uma sanção pelo seu incumprimento. Donde, esta previsão constituía o titular num dever jurídico cujo incumprimento poderia dar lugar à *caducidade* da patente¹⁷.

Com a Revisão de Haia da Convenção da União de Paris, em 1925 – e provavelmente à luz dos eventos que marcaram a 1.^a Guerra Mundial e das consequências político-jurídicas por eles geradas –, esta figura ressurgiu com uma roupagem inteiramente diversa: destinava-se então a coagir o titular da patente a utilizar a invenção patenteada, atenta a eventual *falta de exploração*. No art. 5.º, parágrafos 2.º e 3.º, previu-se, na verdade, a faculdade de os Estados contratantes adotarem medidas legislativas destinadas a prevenir os *abusos* decorrentes do direito exclusivo do titular da patente, tendo a *caducidade* do direito de patente passado a ser considerada uma *medida subsidiária* mobilizável somente na eventualidade de a licença obrigatória não ser suficiente para coibir os abusos.

Mas mesmo antes do advento da CUP, já certos Estados previam a *necessidade de exploração local do objeto da patente*, por meio do fabrico dos objetos no Estado da proteção, sob a cominação da caducidade do direito industrial (v.g., no México, Tunísia, França). O art. 5.º da Convenção da União de Paris, de 1883, já previa a possibilidade de emissão de licença obrigatória por *falta de exploração* do objeto da patente. Na verdade, como se disse, a partir da Revisão da Haia (1925), a CUP passou a prever a possibilidade de concessão de licença obrigatória e, *ultima ratio*, a caducidade da patente se esta não fosse objeto de exploração.

Esta Convenção foi alvo de uma nova revisão em 1967 – a revisão de Estocolmo –, na qual se alterou o regime jurídico do art. 5.º relativo à obrigato-

16 Benetti, Daniela Vanila Nakalski, "Positivização e (in)Eficácia da Licença Compulsória Frente ao «Novo Bilateralismo» Comercial", in Adolfo, Luis Gonzaga/Moraes, Rodrigo (coords.), *Propriedade Intelectual em Perspetiva*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008, p. 24.

17 Cf. Remédio Marques, J. P., "Patentes biotecnológicas e o acesso a produtos de saúde – uma perspectiva europeia e luso-brasileira", in *O Direito*, ano 141.º, 2009, p. 184.

riedade de exploração local, caducidade e licença obrigatória. Assim, a mais da previsão de que a licença obrigatória fosse uma *licença não exclusiva*, esta revisão previu que a caducidade da patente (por falta de uso do invento patenteado) apenas deveria ser mobilizada *após* a emissão de licença obrigatória sobre essa mesma invenção protegida.

Entre nós, a *licença obrigatória* de direito de patente por motivo de *interesse público* foi introduzida logo no CPI de 1940. Com efeito, o legislador português transpôs o instituto da licença obrigatória para o art. 30.º, § 1, do CPI de 1940. Fazia-se depender a emissão desta licença obrigatória do seguinte circunstancialismo: se e quando o titular da patente não a explorasse, sem justo motivo, diretamente ou por intermédio de um licenciante, nos três anos seguintes à sua concessão, ou mesmo, uma vez tendo explorada, cessasse essa exploração por três anos consecutivos. Ademais, o CPI de 1940 já previa o licenciamento obrigatório por *dependência de direitos de patente* (patente dominante *versus* patente dependente).

3. Caracterização das *licenças obrigatórias*, em particular das emitidas por motivos de *interesse público*

O Acordo TRIPS, no seu art. 30.º, permite que os Estado Contratantes possam prever *exceções* que limitem o exclusivo conferido pela patente, mediante a observância de algumas *condições*: as exceções não podem colidir, injustificadamente, com a *exploração normal* da patente e nem prejudicar os interesses legítimos do seu titular. Curam-se de *utilizações livres* respeitantes aos *limites intrínsecos* ao direito de patente¹⁸, pois fazem com que a esfera da liberdade, outrora tolhida com a atribuição do direito industrial, seja recuperada, desde que sejam observados alguns requisitos.

O art. 31.º deste Acordo estabeleceu, no mais, o estalão jurídico *mínimo* para a emissão de licenças obrigatórias e ampliou as hipóteses da sua utilização aos casos de *emergência nacional* – isto além da utilização pública e dependência de patentes, que já constavam da CUP¹⁹. A alínea a) deste art. 31.º

18 Oliveira Ascensão, José de, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 216; Remédio Marques, J. P., *Medicamentos Versus Patentes, Estudos de Propriedade Industrial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 93 e ss.

19 De resto, o art. 31.º, alínea f), do Acordo TRIPS previu apenas a licença obrigatória, sobretudo, para fins de *fornecimento do mercado interno* de cada Estado Contratante («qualquer utilização desse tipo será autorizada predominantemente para fornecimento do mercado interno do membro (...)») que não para fins de exportação. O que somente veio a ser estabelecido na decorrência da Declaração de Doha, em finais de 2005.

também prevê a necessidade do desenvolvimento de esforços para obtenção da licença voluntária em *condições comerciais razoáveis* e num *prazo aceitável*²⁰. O novo art. 31.º-A deste Acordo TRIPS²¹ prevê a possibilidade de emissão de licenças obrigatórias para *fabrico de produtos farmacêuticos num Estado Contratante precipuamente destinado à exportação* para um ou mais Estados Contratantes com graves problemas de saúde pública.

No entanto, esse requisito da necessidade da verificação de negociação prévia pode ser dispensado pelos ordenamentos internos dos Estados Contratantes *em caso de emergência nacional, em situação de extrema urgência ou em caso de interesse público não comercial*. Portugal ainda não alterou o CPI no sentido de prever esta dispensa da existência de negociações prévias por motivo de interesse público gerado por situação de extrema urgência (v.g., em matéria de saúde pública).

Ora, na decorrência da transposição das injunções legiferantes deste Acordo para o ordenamento jurídico português, o CPI de 1995 previu, no seu art. 105.º, as modalidades de licenças obrigatórias, as quais, doravante, foram mantidas no CPI de 2003 e no atual, de 2018, quais sejam, como referimos: falta ou insuficiência de exploração da invenção patenteada, necessidade de exportação, dependência entre patentes e existência de motivos de interesse público.

Se é verdade que o Acordo TRIPS estatui que em situações de *emergência nacional, extrema urgência* ou mesmo nas hipóteses de verificação de *interesse público não comercial* estão dispensadas tais negociações prévias entre o titular da patente e a pessoa ou entidade que pretenda explorar o invento – considerando que, face à urgência da situação, não há espaço para dilação temporal, sob pena de a situação se tornar irreversível –, o certo é que, entre nós, não foi, porém e como dissemos, dispensado o procedimento de *negociação prévia* entre o titular e o potencial «licenciado».

20 Este requisito constitui uma condição de *natureza processual*, que deverá ser concomitante de um ato abusivo por parte do titular do direito. Isto porque a licença obrigatória foi (e é) uma figura pensada para desempenhar a função de ferramenta para ser utilizada em caso de extrapolação dos limites intrínsecos ao direito de patente, pelo seu titular. É evidente que esta condição de natureza processual deve ser acompanhada dos *requisitos de ordem substancial*, quais sejam, ou bem que o interesse público, ou bem que a falta ou, enfim, a insuficiência de exploração e a dependência entre patentes – Remédio Marques, J. P., *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 237.

21 Este normativo foi introduzido pelo Protocolo feito em Genebra, de 6 de dezembro de 2005, aceite, em nome da então Comunidade Europeia, pela Decisão do Conselho n.º 2007/768/CE, de 19 de novembro de 2007, estando em vigor desde 23 de janeiro de 2017.

3.1. Atos administrativos constitutivos da licença obrigatória versus requisição administrativa

As licenças obrigatórias (ou não voluntárias) de direitos de patente alicerçam-se em atos administrativos ablativos consubstanciados em *autorizações constitutivas heterónomas*, pelas quais o beneficiário da licença (entidade privada, pública ou o próprio Governo), *sem o concurso da vontade do titular do direito de patente*, passa a poder exercer todas ou algumas das faculdades jurídicas inerentes ao respetivo estatuto (v.g., importação, fabrico, comercialização, etc., dos produtos protegidos pela patente ou a execução dos processos por esta protegidos), de acordo com as condições de exploração impostas pela referida entidade administrativa²².

Em rigor, parece quedarmo-nos perante *requisições administrativas de bens imateriais – in casu*, de direitos sobre *coisas incorpóreas (id est*, criações intelectuais técnicas), as quais podem ser subsumidas às *requisições administrativas de bens móveis*, visto que estas implicam a utilização de bens particulares pela Administração, para atender necessidades coletivas ou em caso de perigo público iminente, mediante pagamento de *compensações adequadas* arbitradas, se for caso disso, pelo tribunal competente, em sede de recurso jurisdicional do ato administrativo²³.

Entre nós, no que aos direitos de patente diz respeito, a emissão destas licenças obrigatórias pode visar várias finalidades:

- por motivos de *interesse público* (art. 108.º, n.º 1, alínea c), do CPI);
- com base na *dependência entre patentes* (art. 108.º, n.º 1, alínea b), *idem*)²⁴;

22 Assim, Remédio Marques, J. P., *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, op. cit., p. 191; cfr. também Fidalgo, Vítor Pamela, "O Ónus da Exploração da Patente", in *RDI*, n.º 1, 2015, pp. 61 e ss. (pp. 70-71).

23 Aliás, o art. 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 637/74, de 20 de novembro, já preceitua, em geral, que «a fixação administrativa da indemnização [devida a particulares por efeito de requisição civil] não prejudicará o recurso ao tribunal pelos interessados».

24 Sobre esta questão, cfr. Remédio Marques, J. P., "Âmbito de proteção e dependência entre direitos de patente", in *Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição – PIDCC*, ano IX, n.º 3, outubro 2020, Aracaju, pp. 92-130, acessível no seguinte endereço: <http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/391-ambito-de-protecao-e-dependencia-entre-direitos-de-patente>; Remédio Marques, J. P., *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, vol. I, *Direito de Autor. Direito de Patente e Modelo de Utilidade, Desenhos ou Modelos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 804-806, pp. 921-924; Fidalgo, Vítor Pamela, "A dependência entre direitos de propriedade industrial, a licença compulsória e a inventividade", in *Revista da APBI*, n.º 125, 2013, pp. 63 e ss.

– em razão de *insuficiência ou falta de exploração do direito de patente* (art. 108.º, n.º 1, alínea a), *ibidem*)²⁵.

3.2. Caracterização

Este *poder unilateral de ingerência num direito subjetivo privado* tem a sua génese num ato administrativo antecedido, em regra, de um procedimento administrativo tramitado no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) ou no Governo. Após a concessão da licença obrigatória, ocorre uma modificação do conteúdo ou *licere* do direito do titular da patente: este fica com os seus poderes jurídicos de exploração económica limitados, já que um terceiro (para quem a entidade pública competente transferiu os poderes de gozo e fruição do direito de patente) poderá temporariamente explorar o seu invento sem o concurso da vontade do titular da patente.

Com a emissão da licença obrigatória, a exploração económica por parte do terceiro (entidade pública ou privada) é, como se disse, *temporária* e tem um carácter *não exclusivo*. Isto significa que o titular da patente também poderá explorar a sua invenção diretamente ou através de licenciado que com ele celebre contrato de licença ou outro *contrato misto* ou *atípico* no qual se alberguem as prestações típicas de um contrato de licença de direito de patente. Além disso, esta *utilização heterónoma* decorrente da emissão da licença obrigatória é *remunerada*: o titular da patente deve auferir uma *compensação financeira adequada*, mas não estritamente alinhada com os critérios do mercado dos mesmos produtos ou produtos afins. Com a prolação desta licença, o direito de patente não se extingue na esfera jurídica do respetivo titular (como ocorreria se fosse efetuada a sua *expropriação*), nem tão-pouco se verifica a transferência da sua titularidade para outrem²⁶.

Ademais, a licença obrigatória é *intransmissível*. Por mor do ato administrativo, que opera a *requisição* deste direito industrial e (de todas ou de algumas) das faculdades jurídicas que nele se reconhecem, o *licere* do direito industrial também passa a ser exercido por terceiro, mas sem que a este possa ser reconhecida o interesse e a pretensão de fazer uma utilização merceológica com *intuitos lucrativos* do objeto da patente.

25 Fidalgo, Vítor Pamela, “O Ónus da Exploração da Patente”, *op. cit.*, pp. 61 e ss. (pp. 69 e ss.).

26 Cfr. Remédio Marques, Roberta Silva Melo Fernandes, *op. cit.*, p. 321.

3.3. A licença obrigatória de direito de patente por motivos de *interesse público*

No que tange ao adequado combate à pandemia do *SARS-CoV-2* ou às futuras mutações que os *coronavírus* poderão sofrer, a hipótese de concessão de uma licença obrigatória pode justificar-se, seguramente, por motivos de *interesse público*, designadamente quando a exploração da invenção seja de «primordial importância» para a saúde pública. Está, designadamente, em causa o fabrico e a distribuição (incluindo a importação) de métodos de diagnóstico, medicamentos anti-inflamatórios, anticorpos monoclonais, seringas, ampolas, excipientes e, sobretudo, *vacinas*.

O Acordo TRIPS não densificou os conceitos de *emergência nacional* e de *extrema urgência*. O conteúdo e os limites da aplicação desta figura constituem prerrogativa legiferante autónoma dos Estados Contratantes (§ 5, alínea c), da Declaração de Doha sobre o acordo TRIPS e a saúde pública – 2001). Esta Declaração esclarece que as «crises de saúde pública» podem representar «uma emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência». Neste contexto, «emergência» pode referir-se a problemas de curto ou de longo prazo.

Em Portugal, a licença obrigatória de direito de patente alicerçada em *motivos de interesse público* está, como referimos, prevista nos arts. 108.º, n.º 1, alínea c), do CPI. O art. 111.º do mesmo Código densifica as condições de outorga desta licença. A sua emissão está atualmente dependente da decorrência de um *período razoável de negociações prévias* entre o titular da patente e o interessado em explorar o invento.

No quadro da União Europeia, este tipo de licença obrigatória encontra-se prevista no Regulamento (CE) n.º 816/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, que cura da concessão obrigatória de patentes respeitantes ao fabrico de produtos farmacêuticos *destinados à exportação* para países com problemas de saúde pública, cuja aplicação abrange tanto o *direito de patente* quanto os *certificados complementares de proteção*.

A situação de *interesse público* é, para estes efeitos, caracterizada no quadro da satisfação de necessidades coletivas individualmente sentidas em matéria de *saúde pública, defesa nacional e desenvolvimento económico ou tecnológico do país*²⁷.

27 Remédio Marques, J. P., *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, op. cit., p. 219.

O atual CPI voltou, como referimos, a não consagrar expressamente a dispensa de *negociações prévias* em casos de *emergência nacional*, em *situação de extrema urgência* ou em caso de *interesse público não comercial*²⁸.

Vale isto por dizer que, perante esta lacuna legal, de caso pensado, faz-se sempre necessária a *fase ante procedimental* da tentativa de obtenção de licença contratual (art. 108.º, n.º 3, do CPI) baseada em proposta do interessado formulada em *condições comerciais aceitáveis* (v.g., remuneração oferecida pelo potencial licenciado, duração proposta em termos de prazo razoável²⁹), as quais se alicerçam nas concretas condições do mercado onde os agentes económicos estão inseridos (titular e potencial licenciado).

Além disso, em Portugal, a licença obrigatória é sempre emitida a solicitação da parte interessada, ou seja, não existe a figura da licença compulsória *emitida oficiosamente* por meio de ato administrativo do Governo ou do ministro da tutela competente (p. ex., Ministério da Saúde).

Ao invés, o citado art. 9.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 816/ 2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2006, relativo à *concessão obrigatória de patentes respeitantes ao fabrico de produtos farmacêuticos destinados à exportação* para países com problemas de saúde pública, dispõe que as *negociações prévias estão dispensadas em situação de emergência nacional* ou outras circunstâncias de extrema urgência, ou em caso de utilização pública para fins não comerciais. Este Regulamento apenas visa, como referimos, a emissão de licenças obrigatórias destinadas ao fabrico e à venda de produtos farmacêuticos, quando tais produtos se destinem à *exportação* para países importadores elegíveis que necessitem desses produtos para fazer face a graves problemas de saúde pública³⁰.

4. A emissão de licença obrigatória antes da concessão do direito de patente

A possibilidade de emitir licenças obrigatórias *antes* da concessão do direito de patente é uma possibilidade que – estando já prevista em alguns

28 Sobre a crítica a este regime no direito anterior e a forma de o superar, cfr. Remédio Marques, J. P., *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, op. cit., pp. 239-240.

29 Remédio Marques, J. P., *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, op. cit., pp. 245-246.

30 Para mais desenvolvimentos relativos ao regime jurídico deste tipo de licenças para exportação, cfr. Remédio Marques, J. P., *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, op. cit., pp. 219-229; Remédio Marques, Roberta Silva Melo Fernandes, op. cit., pp. 350-357.

(pouquíssimos) ordenamentos jurídicos³¹ – mais se justifica problematizar e discutir num horizonte existencial de situações de *emergência em saúde pública planetária*, tal como a que nos atinge desde janeiro de 2020 com a pandemia do SARS-CoV-2. E essa prolação pode postular-se tanto *após a publicação do pedido de patente* quanto *antes desta publicação*, mas após o depósito do pedido de patente.

A esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos não prevê a emissão de licença obrigatória cujo objeto seja o *pedido de patente*, mas apenas o *direito de patente*. Vejamos.

O acordo TRIPS, por exemplo, no seu art. 8.º, n.º 1, declara, como um dos seus princípios básicos, que os Estados Contratantes, ao formular ou alterar as suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a *saúde e nutrição públicas* e para promover o interesse público em setores de importância vital para o seu desenvolvimento socioeconómico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

Perante a situação de pandemia declarada por causa da COVID-19, a Alemanha foi dos primeiros Estados a operar esta possibilidade, com a *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen – Infektionsschutzgesetz* – IfSG, em finais de março de 2020³². A Seção 5 desta Lei foi precipuamente alterada. De acordo com o seu § 5, uma invenção relacionada com o fornecimento de produtos farmacêuticos, dispositivos médicos e produtos para desinfeção e diagnósticos laboratoriais deve ser usada no interesse do bem-estar da coletividade ou da segurança pública. Esta Lei de Prevenção e Controle de Doenças Infeciosas confere ao Ministério Federal da Saúde poderes jurídicos que incluem a possibilidade de emitir uma licença obrigatória. A *Lei de Prevenção e Controle de Doenças Infeciosas* deu assim ao Governo deste país uma base legal para limitar o *licere* do direito de patente ao abrigo do § 11 da *PatG*, independentemente de ocorrerem *negociações prévias* entre o titular da patente e qualquer outra

31 Por exemplo, no art. 95, n. 1, da *Ley de Patentes* espanhola, de 2015, no qual se dispõe o seguinte: «Por motivo de interés público, el Gobierno podrá someter, *en cualquier momento, una solicitud de patente* o una patente ya otorgada, al régimen de licencias obligatorias, disponiéndolo así por real decreto» – o itálico é nosso.

32 Acessível no seguinte endereço eletrónico: <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/BJNR104510000.html>. Cfr. também Musmann, Thomas, "Update on Patent-Related measures in Germany in View of corona Pandemic", 02/04/2020, *Kluwer Patent Blog*, acessível no seguinte endereço eletrónico: <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/02/update-on-patent-related-measures-in-germany-in-view-of-corona-pandemic/>.

entidade interessada em explorar o invento. O mesmo ocorreu em França. A Lei n.º 2020-290, de 23/03/2020, alterou o art. 3131-15 do *Code de la Santé Publique*. Doravante, o Primeiro-Ministro francês pode, quando for declarado um *estado de emergência sanitária* e com o único propósito de garantir a saúde pública, determinar a prática dos seguintes atos: «ordenar a requisição de qualquer pessoa e de todos os bens e serviços necessários ao combate à catástrofe sanitária», e «tomar todas as medidas para disponibilizar aos pacientes medicamentos adequados para a erradicação da catástrofe sanitária». As medidas prescritas devem ser estritamente proporcionais aos riscos para a saúde incorridos e adequadas às circunstâncias de tempo e lugar³³. Essas medidas extraordinárias do legislador francês visaram, claramente, flexibilizar o regime do licenciamento *ex officio* para adaptá-lo às circunstâncias de extrema emergência da pandemia da Covid-19. Isto porque as estatuições dos arts. L. 613-16 e ss. do *Code de la Propriété Intellectuelle* não são suficientemente dúcteis para permitir, num curto espaço de tempo, a prática dos referidos atos por parte da Administração Pública francesa. No entretanto, foi apresentado no Senado francês, em 08/04/2021, uma proposta legislativa no sentido de ser alterado o disposto no art. L. 613-17 do *Code de la Propriété Intellectuelle*, a fim de as licenças obrigatórias podem passar a ser emitidas com base em *pedidos de patente em situações de emergência de saúde pública*, bem como a previsão da obrigatoriedade de o requerente da patente (ou do direito de patente) comunicar o saber-fazer secreto necessário ao fabrico e comercialização da invenção³⁴. De igual sorte, em 14/12/2020, o art. L. 5121-12 do *Code de la Santé Publique* já havia sido alterado, no sentido de permitir a utilização de medicamentos protegidos por direitos de patente ou pedidos de patente suscetíveis de serem objeto de licença *ex officio* no interesse da saúde pública³⁵.

33 Conforme afirma o legislador francês, as medidas deverão ser «strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu» e «il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires». Por outro lado, estatui-se que o cômputo da compensação devida ao titular é regido pelo *Code de la Défense*.

34 Cfr. Dehne, Matthew, "French bill proposal authorizing the granting of an ex officio license in the interest of public health in the event of an extreme health emergency", 21/04/2021, acessível no seguinte endereço eletrónico: <http://patentblog.kluweriplaw.com/2021/04/28/french-bill-proposal-authorizing-the-granting-of-an-ex-officio-license-in-the-interest-of-public-health-in-the-event-of-an-extreme-health-emergency/>.

35 Por sua vez, em Israel, o Governo, sob parecer da Procuradoria-Geral da República, emitiu uma licença obrigatória, ao abrigo das Secções 104 e 105 da Lei de patentes deste país, de 1967, relativa ao medicamento antirretroviral denominado *Kaletra*, no tratamento do COVID-19 (*lopinavir/ritonavir*), pela qual o Governo passou a arrogar-se no poder de produzir e usar esse medicamento ou autorizar que terceiros o produzam e distribuam. O Canadá, em 25/03/2020, também aprovou variadíssimas medidas de combate ao COVID-19, de entre as quais se inclui a compressão de *direitos de patente* por via da possibilidade de emissão de licenças obrigatórias com dispensa de negociação prévia

É sabido que os *direitos emergentes do pedido de patente* podem ser objeto de negócios jurídicos, designadamente *autorizações* (licença)³⁶, *onerações* (v.g., penhor, usufruto) e *alienações*³⁷. Por exemplo, o art. 6.º, n.º 2, do CPI determina que *os direitos emergentes dos pedidos de patente* podem ser objeto de *penhor*; não antes. O que inculca a ideia segundo a qual – introduzindo um regime especial respeitante ao *penhor de direitos* – *antes do pedido de patente* não é lícito constituir *penhor* sobre o (já, apesar de tudo, existente) direito à patente gerado pela forma mental criativa e da externalização dessa criação técnico-industrial. Sendo assim, *se já tiver sido submetido o pedido de patente*, o *penhor* deverá ser comunicado ao INPI. O *arresto* e a *penhora* do direito à patente também são possíveis *após* a submissão do pedido de patente ao INPI, o mesmo ocorrendo com a *apreensão para a massa da insolvência*. De *lege data*, o direito à patente também pode ser objeto de *licença* (*scilicet*, de licença voluntária) logo após a submissão do pedido de patente.

Todas estas orientações se alicerçam na ideia segundo a qual, uma vez que o direito à patente é um *direito pessoalíssimo* derivado da *personalidade* do criador/inventor, somente após este ter decidido que a exploração comercial do invento implicará a *solicitação da patente* (e não a exploração em regime de *segredo industrial*) é que os terceiros (sobretudo, os seus *credores*) ficam salvos de constituir *direitos reais de garantia* sobre este bem imaterial – cujo pedido de proteção já tenha sido solicitado –, possibilitando a transferência desta posição jurídica³⁸ (e permissão normativa a ela inerente)

entre o titular e a entidade interessada em utilizar o objeto da invenção – cfr. Statutes of Canada 2020, Chapter 5, *An Act respecting certain measures in response to COVID-19*, especialmente a Parte 9 (*Food and Drugs Act*) e a Parte 12 (ou seja, o *Patent Act*), no que tange à possibilidade de emissão imediata e *ex officio* de licenças obrigatórias intransmissíveis, por motivo de situações de calamidade em matéria de saúde pública, a pedido do Ministério da Saúde, em regra, com a duração máxima de um ano, sendo o titular notificado nesse momento, a fim de ser iniciado o procedimento de fixação da compensação), acessível no seguinte endereço eletrónico: <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/43-1/bill/C-13/royal-assent>.

36 Oliveira Ascensão, José de, “A «Licença» e outros negócios de disposição de bens intelectuais”, in *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. José Antonio Gomez Segade*, coord. de Tobío Rivas, Ana M.ª, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 637 e ss. (pp. 640-642).

37 Remédio Marques, J. P., “O nascimento, a titularidade e algumas vicissitudes do direito à patente no novo CPI”, in *RDI*, n.º 1, 2020, pp. 41 e ss. (pp. 83-85).

38 Outro exemplo do que dissemos: se o requerente de um direito de propriedade industrial formular um pedido numa modalidade ou tipo não admitido (v.g., desenho ou modelo em vez de direito de patente, etc.), este fica salvo de alterar a modalidade do pedido, o qual é objeto de despacho por parte do INPI. Se o despacho desta entidade for de admissão da reformulação do pedido, o requerente pode logo transmitir os direitos emergentes do pedido (art. 11.º, n.º 8, do CPI); cfr., em geral, sobre a data do pedido e a data da prioridade, Silva, Nuno Sousa e, in *Código da Propriedade Industrial Anotado*, coord. de Couto Gonçalves, L., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 107-108.

para outrem na decorrência, designadamente, da ação executiva ou da declaração de insolvência³⁹.

O exposto permite intuir que, *após a apresentação do pedido de patente perante a autoridade administrativa (nacional ou supranacional competente) – enquanto exercício do direito à patente –, este direito subjetivo (scilicet, o direito ao direito, que não se traduz numa mera expectativa jurídica) pode ser alvo de medidas administrativas de oneração tendo em vista, inter alia, a prossecução do interesse público. Na verdade, se os direitos emergentes do pedido de patente podem ser objeto de negócios jurídicos sob o manto ou o império da soberania da vontade do requerente e do outro contraente, é justo que os referidos direitos também possam ser objeto de constrições ou restrições de utilidade pública por parte da autoridade administrativa competente*⁴⁰.

4.1. Concessão de licença obrigatória somente após a publicação do pedido de patente?

Pese embora, no direito constituído, a licença obrigatória por *motivos de interesses público* somente possa ser emitida *após a concessão* do direito de patente – como, aliás, com as demais situações que propiciam a emissão deste tipo de licenças –, não pode esquecer-se que a tutela do direito de patente ocorre ainda antes da prolação do ato administrativo de concessão da patente. Antes desse momento ocorre a denominada *proteção provisória*, a qual é reconhecida *após a publicação do pedido de patente*, tanto nas patentes portuguesas quanto nas patentes europeias concedidas pelo IEP (arts. 5.º, n.º 1, e 80.º, n.º 1, do CPI; art. 67.º, n.º 1, do CPE). Em ambos os casos os *pedidos de patente* não foram examinados.

Esta *proteção provisória* permite a formulação de *pretensões indemnizatórias* destinadas a ressarcir danos emergentes e lucros cessantes (ou, inclusivamente, a restituição de uma parte dos proveitos gerados pela atividade do comprovado infrator, ainda que os danos sofridos pelo titular sejam infe-

³⁹ Em sentido análogo, Melullis, Klaus-Jürgen, in Benkard, Georg, *Europäisches Patentübereinkommen*, 3.ª ed., München, C. H. Beck, 2019, § 60, anotação à margem n.º 7.

⁴⁰ Por exemplo, o legislador francês está a ponderar atualmente esta hipótese, por via da proposta de alteração pendente do art. L-613-16 do *Code de la Propriété Intellectuelle*, na decorrência da alteração já verificada em 9 de julho de 2020 no art. L. 3131-15 do *Code de la Santé Publique*, cuja eficácia legiferante é limitada no tempo, sem prejuízo de ser renovada. No n.º 9 deste artigo, o Ministro da Saúde está autorizado «En tant que de besoin, prendre toute mesure permettant la mise à la disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire» – cfr. esta alteração legislativa no seguinte endereço eletrónico: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042103698/.

riores a esse montante: art. 347.º, n.ºs 2 e 3, do CPI) ocorridos *entre aquela publicação e a data da concessão da patente* ou, se for anterior, entre a data da notificação da admoestação do requerente e a data da publicação do pedido de patente⁴¹ – lapso temporal, este, que pode ser relativamente longo (3 a 5 anos, em Portugal e no IEP).

Estas pretensões indemnizatórias devem ser ajuizadas *após a concessão da patente*, já que, durante o período que medeia a solicitação e a concessão da patente, o titular não dispõe de *meios para impedir a turbação* do seu direito industrial por terceiros, só lhe restando aguardar a concessão da patente para fazer valer a pretensão indemnizatória frente a estes⁴².

Se assim é, parece justo hipotizar a possibilidade, *iure condendo*, de emitir licença obrigatória sobre o próprio *pedido de patente*⁴³: se o requerente passa a usufruir de proteção jurídica *após a publicação do pedido de patente* e a poder obter a reparação das perdas e danos sofridos nesse ínterim, parece natural que, nesse preciso lapso temporal, possa sofrer esta *oneração temporária* na sua esfera jurídica patrimonial, sem prejuízo da adequada *compensação económica* que o ato administrativo de outorga da licença obrigatória deverá prevenir, apesar de poder ser judicialmente impugnado.

As vantagens merceológicas obtidas pelo depositante suscetíveis de inibir a atividade económica de terceiros que tomam conhecimento do conteúdo da invenção para que se pede proteção (ou cuja cognoscibilidade é possível) podem ser sopesadas perante as desvantagens que para aquele depositante significa não poder impedir nem reparar eventuais danos decorrentes de certos tipos de exploração económica, cuja prática o INPI ou o Governo possa autorizar a terceiros sobre o objeto desse invento.

41 Vicente, Dário Moura, in *Código da Propriedade Industrial Anotado*, coord. de Couto Gonçalves, L., Coimbra, Almedina, 2021, p. 95.

42 Mendes, Manuel Oehen, “Os certificados complementares de proteção (CCP) para medicamentos à luz da jurisprudência recente do TJUE”, in *RDI*, n.º 1, 2014, p. 219.

43 A nova *Ley de Patentes* espanhola, de 2017 (com início de vigência em 1 de abril de 2017), prevê expressamente esta hipótese no seu art. 95, n. 1, de harmonia com o qual «Por motivo de interés público, el Gobierno podrá someter, en cualquier momento, *una solicitud de patente* o una patente ya otorgada, al régimen de licencias obligatorias, disponiéndolo así por real decreto» – o itálico é nosso. Além disto, o art. 97, n. 2, alínea a), desta *Ley de Patentes* dispensa a exigência da verificação de um período de negociação prévia entre o interessado na concessão da licença obrigatória e o titular «En los casos de emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia».

4.2. Concessão de licença obrigatória logo *após* o depósito do pedido de patente e antes da publicação deste pedido?

Poderá parece estranho admitir que uma licença obrigatória do direito à patente possa ser emitida ainda *antes da publicação do pedido de patente* ou, inclusivamente, mesmo antes de eventual notificação com finalidade admoestadora efetuada pelo depositante a concretos e específicos terceiros nos termos do art. 5.º, n.º 2, do CPI.

Na realidade, *antes desta publicação* (ou da eventual notificação/admoestação a concreto terceiro), o requerente não desfruta de qualquer *pretensão indemnizatória* contra terceiros que se imiscuem no (*futuro*) âmbito de proteção da patente, na eventualidade de esta vir a ser concedida. O requerente, nesse ínterim, apenas goza de proteção consubstanciada em *pretensão indemnizatória* por danos emergentes e lucros cessantes causados por condutas ilícitas do *demandado entre a data da publicação do pedido de patente* (ou a data da notificação admoestadora, se for efetuada em momento anterior) e a data da concessão da patente.

Não pode, porém, esquecer-se que o regime jurídico da futura patente não é insensível, em vários aspetos, à *data do depósito do pedido*, independentemente da sua publicação: por exemplo, a *duração do direito de patente* conta-se a partir da data do pedido; e a fixação da *prioridade* é feita com base na data do primeiro pedido num Estado Contratante da Convenção da União de Paris. Por outro lado, como vimos, o pedido de patente pode ser objeto de *múltiplos negócios jurídicos* subsumíveis, ou bem que à aquisição derivada translativa (*v.g.*, transmissão do direito à patente por ocasião do cumprimento de uma obrigação de entrada do sócio, requerente da patente, no capital de uma sociedade comercial), ou bem que à constituição de *direitos reais* (com função) de *garantia* (*v.g.*, penhor, penhora, arresto, apreensão para a massa da insolvência), *direitos reais de aquisição* (*v.g.*, contrato promessa de transmissão do direito à patente dotado de eficácia rela), ou *direitos pessoais de gozo*, conquanto com algumas dimensões de direito real (*v.g.*, contrato de licença de patente).

4.3. A concessão de licença obrigatória *antes* da publicação do pedido de uma patente europeia?

Se parece aceitável conceber que a *autoridade administrativa nacional* competente possa outorgar uma licença obrigatória a um *pedido de patente*

nacional (v.g., *originariamente* depositado no INPI, conquanto com uma determinada *prioridade unionista*), já é mais difícil aceitar a emissão de semelhante licença por parte desta autoridade nacional quando um *pedido de patente europeia* ainda está a tramitar nos órgãos competentes do IEP (v.g., na Divisão de Exame) e ainda não foi publicado; que o mesmo é dizer que se revela mais problemática essa solução quando esse pedido *ainda não* se transformou num *feixe de patentes* eficazes no território dos Estados Contratantes da CPE, as quais, como se disse, são equiparadas às patentes nacionais concedidas nesse mesmo Estado. O *princípio da territorialidade* do direito de patente (mesmo do direito de patente concedido através da Via Europeia, junto do IEP) impede este resultado.

O mesmo se dirá relativamente ao *pedido internacional de patente* apresentado nos termos do *Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes* (PCT), de 19 de junho de 1970. Aliás, os pedidos internacionais para os quais o INPI atua como administração *designada* e *eleita* produzem, em Portugal, os mesmos efeitos que um pedido de patente portuguesa apresentado na mesma data (*princípio da equiparação* de um pedido internacional aos pedidos de patentes nacionais)⁴⁴.

Na verdade, enquanto a patente europeia *já concedida pelo IEP* é eficaz no território do Estado Contratante para o qual foi «validada» após a junção (p. ex., no INPI) da tradução, em língua portuguesa, da descrição, das reivindicações e do resumo, bem como de uma cópia dos desenhos da patente europeia – a qual deve ser apresentada, no prazo de três meses a contar da data da publicação no *Boletim Europeu de Patentes* do aviso de concessão da patente: art. 82.º, n.º 1, do CPI –, sucede que o *pedido de patente europeia* e o *pedido via PCT antes da respetiva publicação* não produzem efeitos no território desse Estado Contratante; efeitos que, a serem produzidos, seriam equiparáveis aos de um pedido de patente nacional, «a partir da data em que, no INPI, for acessível ao público uma tradução das reivindicações, em português, acompanhada de uma cópia dos desenhos» (art. 81.º, n.º 1, do CPI). Todavia, o *pedido de patente europeia* (art. 78.º, n.º 2, do CPI) e o *pedido de patente via PCT* devem ser apresentados *obrigatoriamente* no INPI

⁴⁴ *Depois de terem sido publicados no INPI*, estes pedidos internacionais desfrutam de uma *proteção provisória* equivalente à que é concedida aos pedidos de patente nacionais publicados; isto é, a partir da data em que seja acessível ao público uma *tradução em português das reivindicações e cópias dos desenhos* (art. 96.º do CPI), que não a partir do momento em que o requerente deste pedido internacional admoeste terceiro do facto do cometimento de infração ou ameaça de infração – cfr., sobre isto, Remédio Marques, J. P., in *Código da Propriedade Industrial Anotado*, coord. de Couto Gonçalves, L., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 569-571.

se o requerente estiver domiciliado ou tiver a sede em Portugal (art. 92.º, n.º 1, do CPI). O pedido de patente *via PCT* também somente será publicado *18 meses* após a data da prioridade reconhecida, caso o pedido não seja retirado (art. 21.º do PCT).

De todo o exposto decorre o seguinte: mesmo que, em certos casos, o pedido de patente deva ser apresentado no INPI português, *antes da publicação* de um pedido de patente europeia e de um pedido de patente *via PCT*, o *direito a essa patente* (direito à patente) *não parece produzir quaisquer efeitos em Portugal*. Donde, antes dessa publicação, o requerente da patente não goza, em Portugal – local onde se contém os limites territoriais da eficácia de uma licença obrigatória –, de uma *posição jurídica subjetiva suscetível de ser objeto da operação* que estamos a tratar.

4.4. Licença obrigatória relativa ao acesso e utilização dos dados do *fascículo da patente*, tal como foi pedida?

Não dispondo – nesse *meio tempore* entre a data do pedido de patente e a data da respetiva publicação – o requerente da *patente europeia* (ou do pedido de patente *via PCT*) de uma posição jurídica subjetiva em Portugal decorrente desse depósito, os dados técnicos constantes da *descrição* e dos eventuais *desenhos* (*v.g.*, fórmulas químicas) podem revelar-se úteis no fabrico e preparação do medicamento, em caso de verificação de motivos de interesse público que imponham o acesso mais rápido ou em maior quantidade ao fármaco em questão. Só que, *de lege data*, esse *acesso potestativo* a esses dados e informações constantes do pedido de patente europeia (ou *via PCT*) por parte da entidade pública portuguesa competente não parece atualmente possível.

Cura-se, portanto, do problema de os interessados em praticar tais atos de fabrico e preparação poderem ter acesso a esses dados e informações que, nesse *medio tempore*, se acham a coberto do *segredo comercial*. Ora, o acesso a esta informação tecnológica e saber-fazer secreto – pelo menos nos casos de pedido de patente europeia depositado originariamente no IEP ou na Organização Mundial da Propriedade Industrial⁴⁵ – não poderá ser logrado por meio de ato administrativo das autoridades portuguesas ou de qualquer outro Estado (incluindo a União Europeia).

⁴⁵ O que ocorrerá se e quando o requerente *não* tiver domicílio ou sede em Portugal e *não* seja reivindicada uma prioridade de um pedido anterior efetuado em Portugal (arts. 78.º, n.ºs 1 e 2, e 92.º, n.ºs 1 e 2, ambos do CPI).

Esse acesso e comunicação destas informações tecnológicas a terceiros interessados em fabricar e comercializar os correspondentes medicamentos genéricos somente poderão ser conseguidos por meio da celebração de um *acordo internacional* ou, designadamente, ser alcançados no seio do *Conselho do TRIPS*, o qual supervisiona a aplicação do Acordo TRIPS, o cumprimento das obrigações (art. 68.º deste Acordo) e a possibilidade de criar *utilizações livres temporárias* relativamente a alguns direitos de propriedade intelectual (ou, segundo nos parece, dos *direitos emergentes dos pedidos de patente*). Isto porque, mesmo que possa ser retomado o mecanismo de emissão de *licenças obrigatórias* de direitos de patente para *fabrico e exportação de medicamentos para países com graves problemas de saúde pública*, à semelhança do que ocorreu a partir da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a saúde pública, em 14/11/2001, sucede que a maioria das inovações tecnológicas a que anteriormente nos referimos – designadamente as vacinas, os métodos de diagnóstico *in vitro*, as sequências genéticas modificadas da proteína viral atinente à pandemia do SARS-CoV-2, etc. – não estão protegidas por direito de patente, pelo menos nos próximos anos⁴⁶. Daí que o acesso e a comunicação destas informações confidenciais constantes de *pedidos de patente não publicados* e dos *pedidos de autorização sanitária* (normal ou excecional) *de introdução de medicamentos no mercado* protegidos no quadro do art. 39.º, n.º 3, do Acordo TRIPS apenas possa ser atingido por meio da concertação supranacional dos Estados envolvidos⁴⁷.

Apenas se ressalvava a possibilidade de – no que a estes medicamentos de alta tecnologia diz respeito – a *Agência Europeia do Medicamento* poder ficar salva de usar (ou eventualmente comunicar) os dados de testes e ensaios do medicamento de referência à pessoa ou entidade beneficiária da licença obrigatória de pedido de patente ainda não publicado. Mas, nesse caso, a questão jurídica é diversa: a utilização de tais dados de testes e ensaios ao

46 Exceto no que tange às invenções respeitantes às vacinas comumente denominadas «Sputnik» desenvolvidas por empresas da Federação Russa e cujas patentes foram concedidas (para o território da Federação Russa) num curtíssimo espaço temporal (cerca de um mês), ainda em 2020: vejam-se as patentes RU2720614C1, RU2731342C1 e RU2731356C1. Isto porque este país dispõe de um procedimento administrativo especial de aceleração do exame do pedido de patente instituído no Instituto de Propriedade Industrial russo (*Rospatent*).

47 Não se esqueça, ademais, que os países menos desenvolvidos – na sequência de uma deliberação do Conselho do TRIPS, de 6 de novembro de 2015 – estão isentos de proteger por direito de patente as invenções de produtos farmacêuticos, bem como não estão obrigados a proteger os *dados de testes e ensaios de produtos farmacêuticos* (e outros produtos agrícolas químicos que utilizem novas substâncias químicas) até 1 de janeiro de 2033. O que implica que a utilização de tais dados de testes e ensaios deva ser abrangida pela licença obrigatória emitida no Estado de origem (mais desenvolvido) e destinada ao fabrico e exportação de medicamentos para tais países menos desenvolvidos.

abrigo de licença obrigatória destas informações confidenciais, que não ao abrigo de uma licença obrigatória de *pedido de patente*.

5. A licença obrigatória dos direitos exclusivos de comercialização do medicamento de referência e utilização dos dados de testes por parte do beneficiário da licença obrigatória da patente

A prolação de uma *licença obrigatória* de direito de patente relativa a um medicamento de referência que já tenha beneficiado de uma AIM colide com os *direitos exclusivos de comercialização* – vigentes durante 10 anos a contar da emissão da AIM do medicamento de referência – reconhecidos ao titular dessa AIM; titular que pode não coincidir com a pessoa do titular da patente.

Pode, por isso, suceder que tão-pouco tenha sido *pedida* ou *concedida* patente sobre o medicamento de referência. Ora, aquela licença obrigatória terá de ser acompanhada da *cessação temporária* (e parcial) da eficácia destes *direitos exclusivos de comercialização*, no sentido de que o titular da AIM ficará privado de *opor ao terceiro beneficiário da licença obrigatória do direito de patente*. Poderá assim o titular da AIM continuar a opor estes direitos exclusivos de comercialização a todos os demais terceiros não abrangidos pela licença obrigatória, impedindo-os de comercializar o medicamento de referência objeto da AIM.

Em alternativa e dito de outra maneira: o ato de concessão da licença obrigatória do direito de patente (ou, de *iure condendo*, do pedido de patente) pode (ou deve) também estabelecer a obrigação de o titular da patente transmitir as informações necessárias e suficientes para a efetiva produção e colocação no mercado do medicamento protegido.

Seja como for, o *cálculo da compensação* pela emissão da licença obrigatória do direito de patente (ou do pedido de patente) terá de incluir a perda das vendas decorrentes da cessação parcial da eficácia destes *direitos exclusivos de comercialização* causada pela atividade merceológica do beneficiário desta licença emitida pelo Governo.

A licença obrigatória é, aliás, *autónoma* se os medicamentos em causa não estiverem protegidos por um direito de patente (ou CCP) – eventualidade possível sempre que o invento químico ou biotecnológico não satisfaça a bitola da novidade, atividade inventiva, industrialidade e suficiência descritiva;

nesta eventualidade, o objeto da licença obrigatória incide sobre a *inoponibilidade dos direitos exclusivos de comercialização* à pessoa ou entidade que foi autorizada a introduzir no mercado o medicamento genérico, continuando o titular da AIM do medicamento de referência (não patenteado e não protegido por CCP) a poder opor tais direitos exclusivos de comercialização a todos os demais terceiros que pretendam comercializar esse medicamento ou um medicamento que reproduza as reivindicações por meios tecnicamente equivalentes.

Pode ainda acontecer que, no momento da emissão da licença obrigatória do direito de patente (ou do pedido de patente, como defendemos de *iure condendo*) respeitante a um medicamento de referência, o *prazo de proteção dos dados* de testes (farmacológicos, pré-clínicos e clínicos, estes últimos comportando quatro fases) – com a duração, em regra, de oito anos na União Europeia – *ainda esteja a decorrer*. Isto significa que, sem mais, o *beneficiário da licença obrigatória* dessa patente (ou patentes) está impedido de utilizar esses dados de testes para fabricar e introduzir no mercado esse medicamento em idênticas condições de segurança, eficácia e qualidade. Aliás, as autoridades administrativas sanitárias competentes terão de utilizar o *dossiê clínico completo* (ainda quando o medicamento de referência tenha sido objeto de uma autorização de utilização excecional⁴⁸).

Tendo em mira lograr este desiderato, as autoridades administrativas sanitárias necessitam ser dispensadas da observância da obrigação de *non facere* consubstanciada na não utilização desse *dossiê técnico comum* para aprovar o medicamento genérico⁴⁹.

Este objetivo só pode assim ser atingido se a *licença obrigatória* do direito de patente (ou CCP) também incluir uma *licença obrigatória destinada à utilização destes dados de testes por parte do beneficiário da licença obrigatória da patente* (ou patentes) que protege(m) o medicamento de referência, permitindo que a autoridade administrativa sanitária competente utilize o

48 Cfr. o art. 92.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto (Estatuto do Medicamento), nos termos do qual esta autorização de utilização excecional é necessária «para impedir ou limitar a propagação, atual ou potencial, de agentes patogénicos, toxinas, agentes químicos, ou de radiação nuclear, suscetíveis de causar efeitos nocivos».

49 Obrigações que antes se fundavam numa modalidade específica de prevenir a *concorrência desleal* e que hoje, com o advento do novo CPI de 2018, se alicerçam na proteção dos *segredos comerciais* da empresa de medicamentos de referência.

referido *dossiê clínico completo* para aferir da bioequivalência do medicamento genérico⁵⁰.

Quer dizer: a outorga de uma licença obrigatória da patente relativa ao medicamento de referência terá de ser, nesta eventualidade, acompanhada de emissão de uma *outra licença obrigatória para o efeito de a autoridade administrativa sanitária competente poder emitir a AIM do medicamento genérico* em favor do beneficiário da licença obrigatória da patente⁵¹.

Por razões de economia procedimental e de meios, nada obsta a que no mesmo ato administrativo sejam emitidas *as duas* licenças obrigatórias se o medicamento em causa estiver protegido por direito de patente. Nestes termos, o montante da compensação deverá ser calculado e ter em conta, igualmente, os valores despendidos nos ensaios farmacológicos, pré-clínicos e clínicos, os quais foram considerados quando se estabeleceu a proteção dos dados.

6. Notas conclusivas: a aporia do licenciamento obrigatório versus a adequação do seu regime à atual pandemia

Os atuais esforços para flexibilizar, ainda mais, as regras previstas no art. 31.º-A do Acordo TRIPS – respeitantes à possibilidade de emissão de licença obrigatória para *fabrico e exportação* de substâncias ativas (e outros materiais) usados no fabrico de medicamentos – parece constituir um exercício fútil e ineficaz para resolver o problema da escassez de vacinas e demais tratamentos usados (ou a usar) no combate à pandemia do SARS-CoV-2.

É verdade que a ameaça da emissão deste tipo de licenças por parte das entidades administrativas competentes já provou contribuir para a *voluntária* concertação de esforços na realização de contratos de transferência de tecnologia suscetível de habilitar certas empresas a fabricar vacinas em países fortemente afetados por esta pandemia (p. ex., na União Indiana)⁵².

50 Remédio Marques, Roberta Silva Melo Fernandes, *op. cit.*, pp. 547-548; Remédio Marques, J. P., *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, *op. cit.*, pp. 233-234; Remédio Marques, J. P., *Medicamentos Versus Patentes, Estudos de Propriedade Industrial*, *op. cit.*, p. 211.

51 Pois as informações pertinentes relativas à *segurança e eficácia* do medicamento (v.g., efeitos perversos, precauções, interações, etc.) encontram-se sob o *controlo fáctico* das autoridades sanitárias competentes, as quais são entidades distintas dos institutos de propriedade industrial e, inclusivamente, são entidades autónomas e não integram a Administração Pública Central dos Estados.

52 Aliás, é hoje reclamada uma *coordenação* dessa mesma transferência de tecnologia, aqui onde se espera que as universidades e as demais empresas interessadas licenciem a tecnologia inerente ao

A flexibilização prevista no referido art. 31.º-A – que já permitiu superar a exigência segundo a qual a emissão de licenças obrigatórias de direitos de patente visa, *predominantemente*, suprir o mercado interno do Estado Contratante responsável pela prolação dessa licença – provavelmente implicará uma pressão internacional sobre alguns países (*maxime*, a União Indiana) para fazer um melhor uso da sua capacidade industrial instalada. Prefigura-se, de resto, a escassa possibilidade de romper aquele impasse, dada a oposição da União Europeia alicerçada na alegação de que as salvaguardas atualmente existentes no Acordo TRIPS, respeitantes ao licenciamento obrigatório, lidas juntamente com a Declaração de Doha (2001), são plenamente suficientes. Vale dizer: estas disposições, neste enfoque, são suficientes para lidar com a atual pandemia de COVID.

Nesse contexto, faz-se necessário questionar se vale a pena perder mais tempo com a necessidade de atuar a *inoponibilidade temporária* dos direitos de patente (e certificados complementares de proteção) no quadro do TRIPS aos beneficiários deste tipo de licenças obrigatórias, quando já parece evidente que este tipo de solução não resolve, *per se*, o problema da carência contínua de vacinas. É, aliás, duvidoso afirmar que o direito de patente tenha sido um obstáculo à satisfação da procura global de vacinas. Na verdade, desde os finais do 1.º trimestre do ano passado (2020), quando a investigação aplicada relativa às vacinas COVID teve início, várias empresas farmacêuticas licenciaram *voluntariamente* algumas tecnologias a empresas da União Indiana. A vacina *Oxford-Astra Zeneca*, a vacina *J&J*, a vacina *Novovax* e a vacina russa *Sputnik* foram todas objeto de *licença voluntária*, cujas beneficiárias foram empresas indianas, as quais puderam fabricar e distribuir essas vacinas neste país. Noutros casos, os governos dos Estados promovem o desenvolvimento de vacinas com tecnologia própria, como está a ocorrer no Brasil (*Butanvac*) e, em parte, em Portugal (*Immunethp*), ou alojam fábricas que fabricam e fornecem matérias-primas usadas no fabrico das vacinas⁵³.

Dito de outra maneira: não faltam acordos de licenciamento voluntário já celebrados para fabricar e distribuir vacinas COVID-19, cuja administração é destinada a países que têm capacidade industrial instalada para fabricar vacinas. No entanto, continua a haver uma escassez de vacinas nos países

fabrico das vacinas a outras empresas por meio de um *mecanismo global* coordenado pela Organização Mundial de Saúde. O que, igualmente, facilitará a formação profissional dos trabalhadores das empresas beneficiárias e coordenará os investimentos em infraestrutura.

53 Como é o caso da *Bluepharma* (Coimbra), da *GenIbet Biopharmaceuticals* (Oeiras), da *Neutroplast* (Sobral de Monte Agraço), dos *Laboratórios Basi* (Mortágua) e da *Stematters* (Guimarães).

em desenvolvimento, presumivelmente por causa de *dificuldades de financiamento* (por exemplo, a necessidade de realizar antecipadamente compromissos de mercado, em termos de contratos promessa de compra e venda, de distribuição ou concessão comercial, etc.), *planeamento deficiente* (o governo da União Indiana, por exemplo, começou a fazer pedidos de vacinas apenas em janeiro de 2021) e *questões regulatórias* de direito civil, direito farmacêutico e direito fiscal (v.g., exoneração da responsabilidade civil por danos causados, isenção de controle de preços, isenção de teste provisório e isenção de direitos aduaneiros). Não deve, porém, esquecer-se que há uma considerável subutilização da capacidade produtiva de vacinas nestes países, posto que muitas instalações fabris não têm licenças para operar e podem vir a obtê-las somente a médio prazo. Por outro lado, é pacificamente aceite que as vacinas já introduzidas no mercado não podem ser sujeitas à *engenharia reversa* (*reverse engineering*) e fabricadas sem a cooperação ativa da empresa farmacêutica que tenha desenvolvido a vacina. Isso envolve *transferência de tecnologia*, o que, por si só, depende da disponibilidade de pessoal altamente qualificado e de matérias-primas (v.g., adjuvantes, excipientes, produtos intermediários). É difícil quantificar a quantidade de *saber-fazer* secreto que poderá ser transferido ou comunicado acaso sejam atuadas as regras de licenciamento obrigatório para fabrico de vacinas (e outros medicamentos) e *exportação* para países com graves problemas de saúde pública neste domínio do SARS-CoV-2.

No contexto da criação de um centro de vacinas de *ARN mensageiro* (mRNA) na África do Sul, a Organização Mundial do Comércio reconheceu a necessidade da cooperação ativa das empresas farmacêuticas transnacionais para aumentar rapidamente a produção de vacinas. Ora, a única maneira de compelir essas empresas a compartilhar segredos de fabrico (*know-how*) e demais segredos comerciais é por meio de atos administrativos dos Governos (à semelhança dos emitidos pelo Governo dos EUA sob o *Defence Procurement Act*, de 08/09/1950⁵⁴). E é praticamente certo que nenhum Governo ocidental forçará as empresas sediadas no seu território a compartilhar a tecnologia deste tipo de vacinas com empresas estrangeiras. No máximo, como ocorreu com o Governo dos EUA, os países desenvolvidos podem aumentar a fabrico nacional de vacinas (e demais substâncias) com o objetivo de *exportar o excedente* para os países em desenvolvimento⁵⁵.

54 Cfr. este diploma, com as últimas alterações no seguinte endereço eletrônico: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/d-1/>.

55 Neste ponto, a única vantagem da emissão de licenças obrigatórias ao abrigo do Acordo TRIPS consiste na possibilidade de obter uma *vitória moral e política* contra o atual sistema global de regras

Um outro conjunto de obstáculos à maior produção de vacinas surpreende-se na escolha da tecnologia usada no fabrico das vacinas⁵⁶.

Há ainda o risco de este impasse relativo à previsão de um mecanismo de licença obrigatória para fabrico e exportação de vacinas destinadas ao SARSCoV-2 protegidas por direito de patente ser usado como um exemplo destinado a instar os países em desenvolvimento a repensar os seus compromissos com a observância do Acordo TRIPS. Não deve esquecer-se que muitos países em desenvolvimento (v.g., União Indiana, Indonésia) aderiram ao TRIPS sobretudo por causa da promessa de incremento nas trocas comerciais em setores como o têxtil, onde as empresas destes países desfrutavam de vantagens comparativas em termos de custo de mão de obra. De modo que o propiciar de maior empregabilidade para muitos destes países é quase tão importante quanto a promoção da saúde pública e o fornecimento de medicamentos a preços acessíveis.

Há ainda o problema das divulgações atinentes ao *conteúdo informativo constante dos pedidos de patente*. Isto tende a gerar uma barreira difícil de ultrapassar: o requisito da *suficiência descritiva* (art. 83.º da CPE; art. 62.º, n.º 4, do CPI) não raras vezes impede os concorrentes de fabricar medicamentos (genéricos) – sobretudo medicamentos *biossimilares* – após a extinção dos direitos de patente (ou certificados complementares de proteção) respeitante aos medicamentos biológicos de referência⁵⁷. Talvez que, em termos de direito farmacêutico, de *iure condendo*, deva ser exigida a prestação de *informações complementares* relativas à fabricação deste tipo de medicamentos por ocasião do pedido de autorização de introdução no mercado do medicamento biológico de referência. De resto, permanece em aberto a questão de saber se alguns pedidos de patente, após a publicação, devem

jurídicas uniformes respeitantes aos direitos de propriedade industrial, imposto pelo Acordo TRIPS. No entanto, as vitórias morais e políticas em relação ao TRIPS não permitem aos cidadãos que vivem em países em desenvolvimento alcançar a total imunização contra esta pandemia.

56 Por exemplo, a vacina fabricada e administrada na União Indiana (a *Covaxin*), sob a responsabilidade da sociedade *Bharat Biotech*, aparentemente tem um baixo rendimento, tornando-a mais cara e ineficiente de fabricar quando comparada com outras vacinas. Isto porque o seu fabrico requer a presença de instalações de *nível de biossegurança 3* (BSL-3) para fabricar as vacinas e há uma escassez de instalações deste tipo na Índia. Tudo isso poderia ter sido evitado e o processo de fabricação poderia ter sido mais eficiente se as melhores instalações fabris de produção de vacinas tivessem sido escolhidas desde o início.

57 Price, W. Nicholson/Rai, Arti K., “Manufacturing Barriers to Biologics Competition and Innovation”, in *Iowa Law Review*, vol. 101, 2016, pp. 1023 e ss., acessível no seguinte endereço eletrónico: <https://ilr.law.uiowa.edu/assets/Uploads/ILR-101-3-PriceRai.pdf>.

ser concedidos se houver divulgação insuficiente quanto ao *rigor informativo dos procedimentos de fabrico* dos medicamentos.

Face ao exposto, no quadro das *tarefas estaduais de prossecução do interesse público* – atendendo à situação de *emergência de saúde pública* que a pandemia do SARS-CoV-2 suscita, a qual, provavelmente, protrair-se-á no tempo à medida que as variantes e mutações deste vírus forem surgindo e evoluindo –, parece legítimo propor as seguintes orientações:

A) O *objeto* das licenças obrigatórias relativas à utilização de invenções patenteáveis por *motivos de interesse público* no domínio médico e farmacêutico – no quadro do fabrico, importação e introdução no mercado de medicamentos de uso humano e demais substâncias químicas necessárias à prevenção ou ao tratamento do vírus *SARS-Cov-2* e *futuras mutações* (incluindo estupefacientes, substâncias ativas, materiais de partida, reagentes, excipientes, adjuvantes, matérias-primas, gases medicinais, dispositivos médicos, máquinas, maquinismos, métodos e *kits* de diagnóstico, outras tecnologias úteis no combate a doenças, bem como equipamentos de proteção individual e desinfetantes) – deverá ter como objeto os *direitos emergentes do próprio pedido de patente*, que não apenas os *direitos de patente* vigentes no território do Estado que os concedeu ou onde foram validados (isto no caso das patentes europeias concedidas pelo IEP).

B) O objeto da licença obrigatória por motivos de *interesse público* deve, se a *patente de base* já tiver caducado, incidir sobre os *direitos emergentes da concessão de certificado complementar de proteção* para medicamentos de uso humano, incluindo o prazo de *prorrogação pediátrica* (art 13.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 469/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de maio de 2009, relativo ao certificado complementar de proteção para os medicamentos; e art. 36.º do Regulamento (CE) n.º 1901/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativo a medicamentos para uso pediátrico).

C) Deve ser dispensada a exigência da verificação de *negociações prévias* entre a Administração Pública (ou um particular interessado) e o titular da patente (ou do pedido de patente) em *situações de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência, ou em caso de utilização pública para fins não comerciais*. Como forma de mitigar estas circunstâncias ablativas para a esfera jurídica patrimonial do titular ou requerente dos direitos de propriedade industrial, o Governo poderá publicitar com uma antecedência razoável uma lista de substâncias químicas (v.g., substâncias

ativas, excipientes, adjuvantes) ou outros materiais, em relação aos quais equaciona, fundamentadamente, emitir licença obrigatória, a fim de poder ser negociada a eventual emissão de *licença voluntária*, aqui onde Universidades, laboratórios públicos, instituições de ensino e de investigação privadas e elementos da sociedade civil poderiam ser consultadas no processo de elaboração da referida lista. Nesse ínterim, as patentes, pedidos de patente e certificados complementares de proteção poderiam ser excluídos da lista se os seus titulares ou requerentes se comprometessem objetiva e seriamente a fabricar e/ou introduzir no mercado os medicamentos nessa situação de *declarado interesse público de proteção da saúde*.

D) O Governo (ou o Ministério da Saúde) deve achar-se legalmente autorizado a determinar, mediante despacho, ao abrigo do artigo 111.º do Código da Propriedade Industrial, que uma invenção protegida por *patente* ou *certificado complementar de proteção* respeitante a produtos, processos ou usos mencionados na alínea anterior pode ser utilizada com base em motivos de interesse público, fixando os termos dessa utilização e a *remuneração equitativa* do requerente ou do titular da patente. O requerente ou titular da patente deve ser notificado do conteúdo do despacho antes do início dos atos de exploração da invenção; sendo que este regime deve ser aplicado, se for caso disso, aos direitos emergentes de pedidos de patente, ainda que tais pedidos não tenham sido publicados. Tratar-se-ia de uma modalidade específica de licença *ex officio* destes direitos de propriedade industrial, a qual dispensa a existência de negociações prévias entre o Governo português e os titulares.

E) Deverá poder ser determinada a suspensão dos efeitos jurídicos decorrentes do *prazo de proteção dos dados* respeitantes aos ensaios pré-clínicos e clínicos e dos *direitos exclusivos de comercialização* referentes a medicamentos de referência previstos nos n.ºs 1, 3 e 7 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, fixando-se os termos da utilização dos dados de testes e ensaios e a comercialização dos medicamentos, incluindo a fixação do preço e a margem de comparticipação – mas *mantendo-se a obrigação de segredo* relativamente à entidade a quem esses dados sejam comunicados, a fim de esta poder proceder ao fabrico dos medicamentos genéricos com garantia de segurança e eficácia; devendo ainda as entidades administrativas competentes (autoridade sanitária e Governo) assegurar a *proteção dessas informações contra a concorrência desleal e as práticas comerciais desonestas*. O titular da AIM do medicamento de referência deve ser notificado do conteúdo do despacho antes do início da colocação no mercado dos medicamentos. Com o que, na prática,

haveria uma *utilização temporária daqueles dados de testes e ensaios* por parte da empresa farmacêutica, no caso de os medicamentos em causa serem qualitativa ou quantitativamente insuficientes para debelar a situação de emergência de saúde pública ou serem comercializados a preços anormalmente elevados.

F) Deve, igualmente, ser suspensa a oponibilidade (ou a eficácia) relativamente ao titular destas licenças obrigatórias dos *direitos exclusivos de comercialização do medicamento de referência objeto de AIM* reconhecidos ao titular da AIM respeitante ao medicamento de referência durante o período em que vigorar a licença obrigatória.

G) Sendo ainda insuficiente o atrás sugerido, propõem-se a *obrigatoriedade da transferência de saber-fazer* inerente à produção dos eventuais medicamentos e processos químicos objeto de licença obrigatória de direito (ou de pedido de patente), tendo em mira a rápida transferência de tecnologia para as pessoas ou entidades autorizadas pelo Governo.

H) No que respeita à *compensação* a atribuir ao titular da patente (ou pedido de patente) – a qual pode *englobar* a privação temporária e parcial dos direitos exclusivos de comercialização, do prazo de proteção dos dados de testes ensaios, bem como o saber-fazer secreto de melhor executar o invento (*best mode*) –, talvez seja razoável prever um montante fixo máximo (p. ex., 3% a 5% sobre o preço de venda líquido à entidade pública ou privada responsável pela administração dos produtos, substâncias, máquinas, maquinismos ou execução dos procedimentos terapêuticos), o qual será pago pelo fornecedor dos produtos produzidos ou importados sob esta(s) licença(s). Não se esqueça que a alínea h) do art. 31.º do Acordo TRIPS liga a quantificação desta compensação ao valor económico da(s) licença(s) concedida(s) no *local da utilização*, atendendo às circunstâncias do caso concreto.

I) No caso de *pedido de patente*, a remuneração só deverá ser devida a partir da data de concessão da patente, caso esta seja concedida. Em alternativa e após a emissão da licença obrigatória, também é concebível a possibilidade de a fixação da compensação poder ser feita ao abrigo do mecanismo de *arbitragem necessária* semelhante ao previsto no art. 58.º, n.º 6, do CPI, no domínio das invenções laborais.

J) Tanto no caso dos *pedidos de patente* quanto nos *direitos de patente* objeto deste tipo de *licença obrigatória*, o seu titular ficaria obrigado a fornecer

à entidade autorizada a explorar esses inventos todas as informações e dados (não constantes do dossiê clínico de autorização de introdução do medicamento no mercado) necessários ao *melhor modo de executar o invento*, ou seja, não apenas ao modo mais eficaz e seguro como também à forma tecnologicamente mais eficiente de o fazer.

K) A concessão da licença obrigatória nos moldes atrás sugeridos não deverá depender da constatação de que o titular da patente, certificado complementar de proteção ou do pedido de patente, diretamente ou por intermédio de licenciado, não atende às necessidades decorrentes da situação de emergência de saúde pública.

L) Estas alterações legiferantes podem ter lugar tanto no CPI (arts. 108.º, n.º 3, e 111.º) quanto na Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto (*sistema de vigilância em saúde pública*, sobretudo no seu art. 17.^{o58}).

M) A República Portuguesa deverá densificar – à semelhança do que outros ordenamentos jurídicos fizeram (v.g., Espanha, Alemanha) – o Regulamento (CE) n.º 816/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2006, a fim de proceder à concreta adequação do CPI português à possibilidade de concessão de licença obrigatória de direitos de patente e certificados complementares de proteção para *fabrico, em Portugal*, e subsequente *exportação* de vacinas (e outros medicamentos) para Estados com graves problemas de saúde pública.

N) A impugnação judicial dos atos administrativos emitidos ao abrigo dos *poderes públicos* necessários à concessão destas licenças *não terá efeito suspensivo*.

O) A adoção de linhas político-legislativas com este intenso conteúdo ablativo somente é hipotizável em situação de *emergência nacional* (e/ou planetária) em matéria de *saúde pública* – cujos concretos pressupostos dirigidos à *prossecação do interesse público* sejam rigorosa e adequadamente verificados – e implica a existência de *capacidade industrial instalada* e domínio de conhecimentos técnicos fundamentais para fabricar os medicamentos cujos direitos industriais e demais *exclusivos previstos no direito farmacêutico* sejam objeto de licenças obrigatórias; outrossim, a materialização destas orientações está também dependente da

58 Cfr. Remédio Marques, J. P., “São os direitos de propriedade industrial úteis para a nossa saúde? A articulação entre o direito de patente e regulação farmacêutica perante as epidemias e as pandemias”, in *RDI*, n.º 2, 2020, pp. 121 e ss. (pp. 150-151, nota 50).

existência (ou da fácil reordenação) de *adequadas cadeias de fornecimento ou distribuição* dos produtos e demais materiais envolvidos no fabrico dos medicamentos.

Proceder de outro modo significa enveredar por indesejáveis caminhos de... *populismo jurídico e judiciário*.

Referências

Abinader, Luis Gil, "Foundational mRNA patents are subject to the Bayh-Dole Act provisions", 30 de novembro de 2020, acessível no seguinte endereço eletrônico: <https://www.keionline.org/34733>.

Benetti, Daniela Vanila Nakalski, "Positivação e (in)Eficácia da Licença Compulsória Frente ao «Novo Bilateralismo» Comercial", in Adolfo, Luis Gonzaga/Moraes, Rodrigo (coords.), *Propriedade Intelectual em Perspetiva*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.

Dehne, Matthew, "French bill proposal authorizing the granting of an ex officio license in the interest of public health in the event of an extreme health emergency", 21/04/2021, acessível no seguinte endereço eletrônico: <http://patentblog.kluweriplaw.com/2021/04/28/french-bill-proposal-authorizing-the-granting-of-an-ex-officio-license-in-the-interest-of-public-health-in-the-event-of-an-extreme-health-emergency/>.

Fidalgo, Vítor Pamela, "O Ónus da Exploração da Patente", in *RDI*, n.º 1, 2015.

_____, "A dependência entre direitos de propriedade industrial, a licença compulsória e a inventividade", in *Revista da APBI*, n.º 125, 2013.

Le Péchon-Joubert, Francine/Sevestre, Carlyne, "Covid-19 vaccines: intellectual property issues, including sharing of patents, licensing and government rights to compulsory licensing – the French perspective", 25 de maio de 2021, acessível no seguinte endereço eletrônico: <https://www.ibanet.org/covid-19-vaccines-intellectual-property-issues-French-perspective>.

Melullis, Klaus-Jürgen, in Benkard, Georg, *Europäisches Patentübreinkommen*, 3.ª ed., München, C. H. Beck, 2019.

Mendes, Manuel Oehen, "Os certificados complementares de proteção (CCP) para medicamentos à luz da jurisprudência recente do TJUE", in *RDI*, n.º 1, 2014.

Musmann, Thomas, "Update on Patent-Related measures in Germany in View of corona Pandemic", 02/04/2020, *Kluwer Patent Blog*, acessível no seguinte endereço eletrônico: <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/02/update-on-patent-related-measures-in-germany-in-view-of-corona-pandemic/>.

Oliveira Ascensão, José de, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

_____, "A «Licença» e outros negócios de disposição de bens intelectuais", in *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Prof. Dr. h.c. José Antonio Gomez Segade*, coord. de Tobío Rivas, Ana M.ª, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 637 e ss.

Price, W. Nicholson/Rai, Arti K., "Manufacturing Barriers to Biologics Competition and Innovation", in *Iowa Law Review*, vol. 101, 2016, pp. 1023 e ss., acessível no seguinte endereço eletrônico: <https://lr.law.uiowa.edu/assets/Uploads/ILR-101-3-PriceRai.pdf>.

Remédio Marques, J. P., *Direito Europeu de Patentes e Marcas*, Coimbra, Almedina, 2021.

____, in *Código da Propriedade Industrial Anotado*, coord. de Couto Gonçalves, L., Coimbra, Almedina, 2021.

____, "Âmbito de proteção e dependência entre direitos de patente", in *Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição – PIDCC*, ano IX, n.º 3, outubro 2020, Aracaju, pp. 92-130, acessível no seguinte endereço: <http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/391-ambito-de-protecao-e-dependencia-entre-direitos-de-patente>.

____, "São os direitos de propriedade industrial úteis para a nossa saúde? A articulação entre o direito de patente e regulação farmacêutica perante as epidemias e as pandemias", in *RDI*, n.º 2, 2020.

____, "O nascimento, a titularidade e algumas vicissitudes do direito à patente no novo CPI", in *RDI*, n.º 1, 2020.

____, "Patentes biotecnológicas e o acesso a produtos de saúde – uma perspectiva europeia e luso-brasileira", in *O Direito*, ano 141.º, 2009.

____, *Medicamentos Versus Patentes, Estudos de Propriedade Industrial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

____, *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, Coimbra, Almedina, 2008.

____, *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, vol. I, *Direito de Autor, Direito de Patente e Modelo de Utilidade, Desenhos ou Modelos*, Coimbra, Almedina, 2007.

____, *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, vol. II, *Obtenções Vegetais, Conhecimentos Tradicionais, Bioinformática e Bases de Dados, Direito da Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2007.

Remédio Marques, Roberta Silva Melo Fernandes, *Patente Farmacêutica & Medicamento Genérico – A Tensão entre o Direito Exclusivo e a Livre Utilização*, Curitiba, Juruá Editora, 2013.

Silva, Nuno Sousa e, in *Código da Propriedade Industrial Anotado*, coord. de Couto Gonçalves, L., Coimbra, Almedina, 2021.

Vicente, Dário Moura, in *Código da Propriedade Industrial Anotado*, coord. de Couto Gonçalves, L., Coimbra, Almedina, 2021.

A situação da regulação legal do direito de autor em Portugal e as exigências da sua adaptação à Directiva (UE) 2019/790

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.24>

Alberto de Sá e Mello*

*Doutor em Direito. Professor catedrático convidado na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (ULHT – Lisboa) e no Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes (ISMAT – Portimão). Advogado. (Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.)

Resumo: Foi publicada, em Maio de 2019, a Directiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital (DMUD).

A Directiva contém uma regulação minuciosa de várias excepções e limitações ao exclusivo jusautorais, sobretudo para fins de investigação científica, didácticos e de conservação do património cultural, de modo não inteiramente inovador para os direitos internos dos Estados-Membros. É também inovadora na responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (em rede, na Internet) que disponibilizem conteúdos protegidos por direitos de autor pelo carregamento não autorizado desses conteúdos pelos usuários dos serviços. Junta-se a estes aspectos a previsão de um direito conexo dos editores de publicações de imprensa, de conteúdo, aliás, semelhante ao direito de autor nas obras colectivas jornalísticas, bem como a generalização de um direito de revogação por não exploração efectiva das obras pelos concessionários e transmissários de direitos.

Buscamos agora, na iminência da transposição necessária deste importante instrumento europeu, que visa fazer face a alguns dos desafios da sociedade e do mercado único perante a digitalização de conteúdos protegidos, dar uma perspectiva do que existe e do que de mais importante se afigura necessário mudar na regulação legal portuguesa do direito de autor e direitos conexos face a estas normas da União Europeia.

Palavras-chave: Excepções e limitações ao exclusivo jusautorais – prospecção de textos e dados – investigação científica – ilustração didáctica – conservação do património – direito de revogação de direitos concedidos e transmitidos – direito conexo dos editores de publicações de imprensa – responsabilidade dos prestadores de serviços em linha.

Sumário: 1. Algumas das principais matérias versadas na Directiva. 2. A Directiva (UE) 2019/790 e os limites e excepções a favor de instituições responsáveis pelo património cultural. 2.1. Excepção para prospecção de textos e dados para fins de investigação científica. 2.1.1. A transposição destas normas para o direito português. 2.2. Excepção aos direitos de reprodução de obras e de extracção do conteúdo de bases de dados para a realização de cópias de bens protegidos para fins de conservação dos mesmos. 2.3. Exploração de obras e outro material protegido fora do circuito comercial

por instituições responsáveis pelo património cultural. 2.3.1. A transposição destas normas para o direito português. **3.** Utilização em linha de publicações de imprensa por agregadores de notícias ou serviços de monitorização de *media*. 3.1. A transposição destas normas para o direito português. **4.** Responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha pelo carregamento e ulterior disponibilização na Internet de conteúdos protegidos carregados por usuários não autorizados. 4.1. A transposição destas normas para o direito português. **5.** Princípio da remuneração adequada e proporcionada. Obrigação de transparência. Mecanismo de modificação contratual. **6.** Direito de revogação de actos de licenciamento da exploração ou de transferência de direitos. 6.1. A transposição destas normas para o direito português. Conclusão. Referências.

Abstract: In May 2019, the Directive on copyright and related rights in the digital single market was published.

The Directive contains a detailed regulation of several exceptions and limitations to copyright, mainly for the purposes of scientific research, didactics and cultural heritage conservation, in a way that is not entirely innovative for the internal rights of the Member States. It is also innovative in holding responsible online service providers (networked, on the Internet) that make content protected by copyright available for unauthorized uploading of such content by service users. Added to these aspects is the provision of a related right of publishers of press publications, with content similar to the copyright in collective journalistic works, as well as the generalization of a right of revocation for non-effective exploitation of the works by concessionaires and transferees of rights.

We are now seeking, with the imminence of the necessary transposition of this important European instrument that aims to face some of the challenges of society and the single market in the digitization of protected content, to give a perspective on what exists and what is most important to change in the Portuguese legal regulation of copyright and related rights in the light of these European Union norms.

Keywords: Exceptions and limitations to the exclusive *jus auctoral* – prospecting for texts and data – scientific investigation – didactic illustration – heritage conservation – right to revoke rights granted and transferred – related right of press editors – liability of online service providers.

Summary: **1.** Some of the main matters covered in the Directive. **2.** Directive 2019/790 and the limits and exceptions in favor of institutions responsible for cultural heritage. **2.1.** Exception for prospecting texts and data for scientific research purposes. **2.1.1.** The transposition of these norms into Portuguese law. **2.2.** Exception to the rights to reproduce works and extract content from databases to make copies of protected goods for the purposes of their conservation. **2.3.** Exploitation of works and other protected material outside the commercial circuit by institutions responsible for cultural heritage. **2.3.1.** The transposition of these norms into Portuguese law. **3.** Online use of press publications by news aggregators or media monitoring services. **3.1.** The transposition of these norms into Portuguese law. **4.** Accountability of online content sharing service providers for the upload and subsequent availability on the Internet of protected content uploaded by unauthorized users. **4.1.** The transposition of these norms into Portuguese law. **5.** Principle of adequate and proportionate remuneration. Transparency obligation. Contract modification mechanism. **6.** Right to revoke acts of licensing of exploitation or transfer of rights. **6.1.** The transposition of these norms into Portuguese law. Conclusion. References.

1. Algumas das principais matérias versadas na Directiva

Foi publicada, em 17 de Maio de 2019, a Directiva (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 (DMUD), que altera também as Directivas 96/9/CE (Directiva sobre as bases de dados) e 2001/29/CE (Directiva relativa aos direitos de autor na sociedade da informação).

A Directiva em questão diz pretender «adaptar e complementar o regime em vigor da União em matéria de direitos de autor, preservando ao mesmo tempo um nível elevado de protecção dos direitos de autor e direitos conexos» (Considerando 3). Incide em múltiplas e díspares matérias; salientamos aquelas de que vamos cuidar neste trabalho.

A Directiva:

- a) estabelece um novo conjunto de excepções e limitações a direitos de autor e direitos conexos e ao direito *sui generis* dos produtores das bases de dados a favor de instituições do património cultural:
 - i) para prospecção de textos e dados (art. 4.º);
 - ii) para fins de conservação de obras (art. 6.º);
 - iii) relativo a obras e outro material protegido fora do circuito comercial (art. 8.º);
- b) reconhece aos editores de publicações de imprensa um direito conexo sobre a utilização em linha (em rede, na Internet) das suas publicações por prestadores de serviços da sociedade da informação (art. 15.º);
- c) determina que os Estados-Membros prevejam que os prestadores de serviços em linha que veiculem obras e outros conteúdos protegidos por direitos de autor, carregados pelos usuários desses serviços, na medida em que realizam um acto de comunicação ao público/colocação à disposição do público quando oferecem publicamente o acesso a esses conteúdos protegidos, devem obter autorização dos titulares de direitos para essa colocação de conteúdos protegidos à disposição do público, sob pena de responderem por violação de direitos de autor (art. 17.º);
- d) determina que os Estados-Membros assegurem, mediante diferentes mecanismos, que os autores e os artistas intérpretes ou executantes, que concedam licenças ou transfiram direitos de explo-

- ração sobre obras ou outro material protegido, tenham direito a receber uma remuneração adequada e proporcionada (art. 18.º);
- e) determina que os Estados-Membros assegurem que os autores e artistas intérpretes ou executantes recebam informações pertinentes e exaustivas sobre a exploração das suas obras daqueles a quem tenham concedido licenças ou para quem tenham transferido direitos de exploração (obrigação de transparência) (art. 19.º);
 - f) determina que os Estados-Membros devem prever um direito dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes a reclamar uma remuneração adicional pela exploração das suas obras ou prestações que produza proventos desproporcionadamente superiores aos por si recebidos nos acordos iniciais para essa exploração (mecanismo de modificação contratual) (art. 20.º);
 - g) determina que os Estados-Membros devem consagrar um direito dos autores e dos artistas de revogação das licenças e dos actos de transferência de direitos em caso de prolongada falta de exploração das suas obras ou outros bens protegidos (art. 22.º).

Trataremos de seguida alguns dos temas descritos, procurando dar uma perspectiva da necessidade e dos termos para a sua transposição em Portugal.

2. A Directiva (UE) 2019/790 e os limites e excepções a favor de instituições responsáveis pelo património cultural

A DMUD consagra várias disposições pertinentes ao que designa por «instituições responsáveis pelo património cultural» – trata-se de bibliotecas ou museus acessíveis ao público, arquivos ou instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro (cinematecas, videotecas e fonotecas) – art. 2.º, n.º 3 da DMUD¹.

2.1. Excepção para prospecção de textos e dados para fins de investigação científica

I. A DMUD consagra, no seu art. 3.º, uma importante excepção ao direito de reprodução de obras (art. 2.º da Directiva 2001/29/CE) e ao direito de extracção do conteúdo de bases de dados (arts. 5.º, alínea a), e 7.º, n.º 1,

¹ Em desenvolvimento destas matérias, pode cfr. o nosso “O direito exclusivo dos autores e as excepções a favor de bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições culturais – Estudo de direito comparado dos regimes português e espanhol – uma proposta para a transposição dos artigos 6.º a 8.º da Directiva 2019/790 (UE)”, in *JURISMAT – Revista jurídica*, n.º 13, Maio de 2021.

da Directiva 96/9/CE²) para a realização da *prospecção de textos e dados* de obras ou outro material protegido. Considera-se «prospecção de textos e dados qualquer técnica de análise automática destinada à análise de textos e dados em formato digital, tais como padrões, tendências e correlações» (art. 2.º, n.º 2). Trata-se da prospecção de textos e dados *para fins de investigação científica* (Considerando 8).

A DMUD reconhece que as regras vigentes já admitem excepções aos direitos de autor e conexos para fins de investigação científica que incluem (são aplicáveis a) actos de prospecção de textos e dados (Considerando 10). Tem, todavia, em conta que essas excepções são muitas vezes facultativas e não totalmente adaptadas à utilização de tecnologias no domínio da investigação científica³. Consagra-se, então, uma excepção obrigatória para as universidades e outros organismos de investigação, bem como para as instituições responsáveis pelo património cultural (bibliotecas, museus e arquivos) aos direitos de reprodução e de colocação de conteúdos protegidos à disposição do público.

O que a Directiva faz, a este propósito, é determinar que os Estados-Membros devem libertar da reserva jusautorais dos titulares de direitos de autor, de direitos conexos e do direito *sui generis* do produtor de base de dados:

- a) as reproduções de obras e extracções de bases de dados,
- b) para prospecção de textos ou dados,
- c) realizadas por organismos de investigação ou por instituições responsáveis pelo património cultural,
- d) para efeitos de investigação científica.

Acrescente-se, apenas, que a Directiva visa abranger, além das bibliotecas acessíveis ao público e dos museus das cinematecas e fonotecas, também as bibliotecas e arquivos nacionais, bem como as bibliotecas e arquivos de estabelecimentos de ensino (Considerando 13).

2 Directiva, do Parlamento europeu e do Conselho, 96/9/CE, de 11/03/1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.

3 Subsiste, ainda, a questão do que possa considerar-se *investigação científica* neste contexto. O Considerando 12 da Directiva dá uma pista pobre: deve abranger tanto as ciências naturais como as ciências humanas. Já o conceito, aqui utilizado, de "organismos de investigação" compreende «universidades ou outras instituições de ensino superior e respectivas bibliotecas, cujo principal objectivo seja a realização de investigação científica».

II. Quando pensamos nos termos da transposição em Portugal que aquelas disposições da Directiva da União Europeia requerem, deparamo-nos com vários problemas.

Que significa, realmente, prospecção de textos e dados? Inclui a utilização de excertos de obras além dos limites da citação ou da utilização de fragmentos de obra alheia em obra própria, ambas utilizações livres dentro de limites estritos (cfr. art. 75.º, n.º 2, alíneas g), h) e r), do CDADC⁴)?⁵ E com que limites? Apenas os ditados pela regra dos três passos, ou seja, pelo não prejuízo da exploração normal da obra pelo autor, não lhe impondo um sacrifício injustificável? É pouco e é vago.

A ser o caso, consagrar que se admite a utilização de excertos de obras e de partes não substanciais do conteúdo de bases de dados, para fins de investigação científica, por instituições responsáveis pelo património cultural, pouco ou nada tem de inovador se tivermos presentes as excepções ao exclusivo jusautorial já constantes da lei portuguesa.

Na verdade, em Portugal, já hoje é livre, independente de autorização do autor, a citação de partes não substanciais de obras intelectuais alheias, desde que «em apoio das doutrinas próprias ou com fins de crítica, discussão ou ensino» (art. 75.º, n.º 2, alínea g), do CDADC). Não cabe, também, no exclusivo do autor a utilização de «peças ou fragmentos de obras alheias em obra própria destinada ao ensino» (art. 75.º, n.º 2, alínea h)) ou «a inclusão episódica de uma obra ou outro material protegido noutra obra» (art. 75.º, n.º 2, alínea r)). É necessário que por esses feitos não se prejudique o interesse na obra citada, pondo em causa «a exploração normal da obra» pelo titular do direito de autor ou os seus «interesses legítimos» (art. 75.º, n.º 4). É evidente que a reprodução, por citação, para fins de investigação que respeite estes limites está compreendida nestas utilizações livres.

III. Consideramos redutor e impróprio limitar esta excepção às actividades de instituições de ensino superior e respectivas bibliotecas, institutos de investigação e hospitais que se consagrem à investigação. Considerando que, em Portugal, grande parte da investigação científica ainda é realizada individualmente, uma fatia importante da investigação seria, de outro modo, injustificadamente excluída. Cremos, de resto, que, ao consagrar a excepção

4 Código do Direito de Autor e Direitos Conexos de Portugal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, sucessivamente alterado até à Lei n.º 92/2019, de 4 de Setembro.

5 Cfr. o nosso *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 4.ª ed., Coimbra, 2020, n.º 63.5.

«para as reproduções e extracções *efectuadas por* organismos de investigação e por instituições responsáveis pelo património cultural para a realização de prospecção de textos e dados de obras e outro material», a Directiva se refere não às reproduções para uso próprio destas entidades (estas estão já consagradas no art. 6.º da DMUD, de que trataremos de seguida), mas às que estas façam em benefício dos investigadores seus usuários.

2.1.1. A transposição destas normas para o direito português

Pensamos que os termos da transposição desta norma da União Europeia podem ser os seguintes:

1. É livre, sem o consentimento do autor, a prospecção de textos e dados de conteúdos digitais para efeitos de investigação científica, realizada por universidades, organismos de investigação e instituições do património cultural, tal como bibliotecas, museus e arquivos.

2. Considera-se prospecção de textos e dados qualquer técnica de análise automática destinada à análise de textos e dados em formato digital, tais como padrões, tendências e correlações.

2.2. Excepção aos direitos de reprodução de obras e de extracção do conteúdo de bases de dados para a realização de cópias de bens protegidos para fins de conservação dos mesmos

I. Considerando que as designadas instituições responsáveis pelo património cultural (bibliotecas, museus e arquivos) têm por missão primordial a conservação das suas colecções e que tal pode implicar a reprodução de obras e outros elementos protegidos, a Directiva (UE) 2019/790 (art. 6.º) vem impor aos Estados-Membros a consagração de uma excepção aos exclusivos jusautorais para esse efeito. Posto que a lei portuguesa já consagra algo semelhante (art. 75.º, n.º 2, alínea e), do CDADC), passamos a avaliar a transposição da norma da União Europeia.

II. A norma portuguesa limita a reprodução livre de obras por bibliotecas, arquivos e museus às que sejam realizadas por entidades *públicas*, entenda-se de titularidade pública. É uma disposição absurda que a Directiva não segue, apenas requerendo que se trate de instituições *acessíveis ao público*. É evidente que a norma portuguesa deve ser reformulada de acordo, já que

exclui entidades tão estimáveis, na perspectiva da preservação do património cultural, como fundações e associações culturais *de direito privado* titulares de estabelecimentos como os designados, acessíveis ao público.

III. A norma portuguesa específica – entre os actos compreendidos na excepção ao exclusivo – os actos «necessários à preservação e arquivo de quaisquer obras». Parece-nos que esta limitação pela finalidade dos actos consentidos é consentânea com a que consta da norma da União Europeia: «[...] para efeitos de conservação dessas obras ou outros materiais [...] e na medida em que tal seja necessário para assegurar a sua conservação» (letra do art. 6.º). O Considerando 27 da Directiva é explícito em não consentir qualquer restrição além desta, desde que a finalidade seja a referida, esclarecendo que as cópias podem realizar-se em qualquer formato e até com recurso a outras instituições.

IV. Um outro requisito da disposição da Directiva que não consta da lei portuguesa é que a obra ou material copiado faça parte da colecção da entidade que copia. O Considerando 29 contém o esclarecimento: aqueles consideram-se «parte integrante e permanente da colecção» quando os exemplares da obra forem propriedade ou estiverem definitivamente na posse dessa instituição; indica-se como exemplos os casos em que a propriedade tenha sido transferida ou em que a posse resulte de acordos de concessão de licenças, de obrigações de depósito legal ou de acordos de custódia a longo prazo.

O sentido do preceito Comunitário parece ser o de limitar os actos de reprodução livre de obras por bibliotecas, museus e arquivos aos que digam respeito às obras na sua posse por título de detenção permanente ou, pelo menos, de longo prazo. Isto exclui imediatamente a reprodução de obras a que acedam por empréstimo ou colocadas sob sua custódia em exposições temporárias, por exemplo.

Consideramos que esta última restrição é mais exigente que a da lei portuguesa, que não a contém. Nesta, os limites decorrem da algo enigmática expressão «[a reprodução e os exemplares resultantes devem limitar-se] às necessidades das actividades próprias dessas instituições». O que serão, exactamente, “necessidades próprias” comuns a bibliotecas, museus e arquivos? Julgamos tratar-se precisamente dos actos de conservação e preservação dos respectivos espólios, que só se justificam se respeitarem a bens que integrem as suas colecções permanentes.

2.3. Exploração de obras e outro material protegido fora do circuito comercial por instituições responsáveis pelo património cultural

I. A DMUD (art. 8.º) consagra, também, um mecanismo para agilizar a reprodução, distribuição, comunicação ao público ou colocação à disposição do público de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial. Fá-lo de duas formas:

- a) a Directiva determina que os Estados-Membros *devem* prever que entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos (*egc*) concedam licenças não exclusivas e sem fins comerciais às instituições responsáveis pelo património cultural (bibliotecas, museus, arquivos) para reprodução, distribuição e comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público na Internet, de obras e outro material fora do circuito comercial (art. 8.º, n.º 1);
- b) quando as licenças referidas em a) não estiverem disponíveis por as *egc* existentes não serem suficientemente representativas dos titulares de direitos no tipo pertinente de obras ou outro material protegido, a Directiva estabelece que os Estados-Membros *devem* prever uma excepção aos direitos de reprodução e de colocação à disposição do público a fim de permitir que as instituições responsáveis pelo património cultural disponibilizem obras e outro material protegido fora do circuito comercial dos seus acervos permanentes (art. 8.º, n.º 2).

Ambas, licença e excepção, existem para as obras ou outro material protegido que, nas instituições responsáveis pelo património cultural, façam parte das colecções permanentes destas.

As obras e material em questão incluem fotografias, *software*, fonogramas, obras audiovisuais e obras de arte de exemplar único (Considerando 37).

II. O pressuposto destas normas consta dos Considerandos 30 e ss. da Directiva. Trata-se de assegurar que as ditas instituições responsáveis pelo património cultural possam empreender em processos de digitalização em larga escala e difusão além-fronteiras das obras dos seus acervos, acto reservado para o qual a obtenção de autorização dos titulares de direitos se afigura problemática.

É menos clara a relação entre esta dificuldade na obtenção de autorização para a digitalização de obras e o facto de estas se encontrarem fora do circuito comercial. A alegação, contida na Directiva (Considerando 30), que tal está ligado «à idade das obras, ao seu valor comercial limitado ou ao facto de nunca se terem destinado a fins comerciais ou de nunca terem sido exploradas comercialmente» parece-nos menos óbvia. Julgamos mais plausível que se sustente que o facto de as obras se encontrarem «fora do circuito comercial» indicia um menor prejuízo para os titulares de direito decorrente da circunstância da sua digitalização.

III. É importante, mas não isento de alguma ambiguidade, o conceito que a Directiva fornece de «obra fora do circuito comercial» (art. 8.º, n.º 5). São aquelas em relação às quais se possa presumir que não estão acessíveis ao público «através dos canais habituais de comércio».

A Directiva procura esclarecer (Considerando 38) o que seja «estar fora do circuito comercial». Refere-se às obras que se encontrem indisponíveis nos «canais habituais de comércio», tendo em conta as características da obra. Apela à realização de «esforços razoáveis» para determinar essa disponibilidade. Todos estes são conceitos indeterminados, pelo que deve ser-se muito rigoroso nesta avaliação.

Em primeiro lugar, importa saber em que território deve ser determinado se a obra está disponível comercialmente. A Directiva parece contentar-se com uma verificação dessa disponibilidade no Estado-Membro em que esteja estabelecida a instituição responsável pelo património cultural. Evidentemente que logo se admite que esta verificação não seja suficiente, precisamente quando a obra tenha sido publicada em determinada versão linguística noutro Estado-Membro.

Em segundo lugar, deverá estabelecer-se que tipo de circuito comercial está em causa. A Directiva excepçiona expressamente os casos em que a obra está comercialmente disponível, mas apenas no mercado de segunda mão ou em que apenas é teoricamente possível obter uma licença para acesso à obra. Mas não é verdade que as tecnologias disponíveis de acesso a conteúdos protegidos não colocam «no circuito comercial» obras há muito esgotadas em edições em suporte físico, mas que depois os seus autores disponibilizam na Internet sob licença? É para nós claro que a edição em *e-book*, por exemplo, de obras esgotadas em suporte papel coloca a obra no circuito comercial para este e outros efeitos. Já a circunstância de estar

disponível na Internet um PDF com a obra, muitas vezes carregado por um terceiro não licenciado, não a coloca no circuito comercial.

IV. O que mais pode questionar-se é o facto de as licenças assim conferidas o serem «nos termos do mandato conferido» às entidades de gestão colectiva pelos titulares de direitos *ou* «independentemente de todos os titulares de direitos abrangidos pela licença terem ou não conferido um mandato à entidade de gestão colectiva». Basta, neste último caso, que a *egc* seja «suficientemente representativa» dos titulares de direitos no tipo pertinente de obras e que haja igualdade de tratamento entre estes.

Apesar de os titulares de direitos poderem, a todo o tempo «e de forma fácil e eficaz», optar por excluir as suas obras do referido mecanismo de concessão de licenças, não pode deixar de questionar-se esta legitimação presumida das *egc* para as conceder. É que o ónus do *opting out* não deixa de ser dos titulares de direitos perante entidades de gestão cuja legitimidade pode apenas presumir-se.

A justificação que o Considerando 32 da Directiva apresenta («que não exista uma prática de gestão colectiva dos direitos para certo tipo de obras» ou «quando a entidade de gestão colectiva não é suficientemente representativa») parece-nos pobre. A menor difusão das práticas de gestão colectiva ou a falta de adesão às soluções de gestão colectiva e às *egc* existentes – não esqueçamos que o associativismo é livre nos Estados democráticos – não é justificação aceitável para impor este modelo. Uma de duas, ou a obra está fora do circuito comercial e pode considerar-se que a sua difusão pelas instituições responsáveis pelo património cultural não é grandemente lesiva do exclusivo para a sua exploração económica pelos titulares de direitos, pelo que deve aceitar-se ou, nos demais casos, ela pura e simplesmente não deve ser admitida, ainda que sob licença de uma *egc* com a legitimidade presumida.

Saliente-se que estas licenças podem ser utilizadas além da fronteira do Estado-Membro, em qualquer Estado da União Europeia.

2.3.1. A transposição destas normas para o direito português

Pensamos que os termos da transposição destas normas da União Europeia podem ser os seguintes:

1. São lícitas, sem o consentimento do autor:

- a) a reprodução, no todo ou em parte, de uma obra ou outro material protegido, em qualquer suporte ou formato, desde que tal reprodução seja realizada por uma instituição responsável pelo património cultural e tais obras ou material protegido façam permanentemente parte das suas colecções, para efeitos da conservação dessas obras ou outro material protegido e na medida que tal reprodução seja essencial para a sua conservação;*
- b) a reprodução e a comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público por uma instituição responsável pelo património cultural, de uma obra ou outro material protegido, desde que tais obras ou material protegido se encontrem fora do circuito comercial, façam permanentemente parte das suas colecções e sejam disponibilizados em sítios Internet não comerciais.*

2. Para efeitos do disposto na alínea a) do n.º 1, as instituições do património cultural aí referidas poderão recorrer à assistência de outras instituições culturais e outras partes terceiras.

3. Para efeitos do disposto na alínea a) do n.º 1, as obras e outro material protegido deverão ser considerados parte integrante e permanente da coleção de uma instituição responsável pelo património cultural quando as cópias dessas obras ou outro material protegido forem da propriedade ou estiverem definitivamente na posse dessa instituição, nomeadamente na sequência de transferências de propriedade, acordos de concessão de licenças, obrigações de depósito legal ou acordos de custódia a longo prazo.

4. A utilização livre a que se refere a alínea b) do n.º 1 deve ser acompanhada, sempre que possível, da indicação do nome do autor ou de qualquer outro titular de direito que possa ser identificado.

5. A utilização livre a que se refere a alínea b) do n.º 1 só pode ser autorizada quando não exista disponível uma licença para a reprodução, distribuição e comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, concedida por uma entidade de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos suficientemente representativa a instituições responsáveis pelo património cultural.

6. Consideram-se instituições responsáveis pelo património cultural as bibliotecas ou os museus acessíveis ao público, os arquivos e as instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro.

7. São nulas as estipulações contratuais contrárias ao disposto na alínea a) do n.º 1.

8. Qualquer titular de direitos pode, a todo o tempo e de forma fácil e eficaz, excluir as suas obras ou outro material protegido da aplicação da excepção a que se refere a alínea b) do n.º 1, inclusive após o início da utilização em causa.

9. Considera-se que o titular de direitos pode excluir as suas obras ou outro material protegido da aplicação da excepção de forma fácil e eficaz, quando puder fazê-lo mediante mera notificação à entidade beneficiária da excepção interessada na reprodução, acompanhada de identificação da obra e da prova da titularidade do direito.

3. Utilização em linha de publicações de imprensa por agregadores de notícias ou serviços de monitorização de *media*

I. A União Europeia, na DMUD, considera importante a sobrevivência de uma imprensa livre e pluralista, que hoje enfrenta a emergência de novos serviços em linha (em rede, na Internet), como os agregadores de notícias e os serviços de monitorização de meios de comunicação social, que disponibilizam essas publicações e os seus conteúdos, com isso os reutilizando e obtendo importantes receitas. Do passo seguinte, reconhece aos editores dessas publicações um direito conexo que lhes permite, como titulares, conceder licenças relativas à utilização em linha dessas publicações (Considerandos 54 a 59 e art. 15.º).

Este novo direito conexo, que compreende os exclusivos de reprodução e de colocação à disposição do público na titularidade dos editores de publicações de imprensa, abrange os prestadores de serviços, como agências noticiosas e os editores de notícias em geral. Diz respeito apenas a publicações jornalísticas, seja qual for o suporte (incluindo em papel), compreendendo jornais, revistas e sítios de notícias na Internet. Não se restringe apenas à edição noticiosa de obras literárias, mas também à de fotografias e de vídeos. As revistas científicas estão excluídas (Considerando 56). O acesso através de hiperligações está excluído (Considerando 57 e art. 15.º, n.º 1, §3).

II. A DMUD define «publicação de imprensa» como uma fixação, por parte de editores ou agências noticiosas, de uma colecção de obras literárias de

carácter jornalístico, que pode igualmente incluir outras obras ou materiais (dados informativos, por exemplo). Esta colecção deve constituir uma parte autónoma da publicação periódica e ser fixada/publicada sob um único título, tal como um jornal ou uma revista de interesse geral ou específico, «com o objetivo de fornecer informações relacionadas com notícias ou outros temas e publicada em todos os suportes no âmbito da iniciativa, sob responsabilidade editorial e controlo de um prestador de serviços» (art. 2.º, n.º 4). Ou seja, trata-se aqui da *disponibilização na net de conteúdos jornalísticos previamente editados pelos meios tradicionais*.

Estas publicações *on-line*, da responsabilidade de um prestador desses serviços, incluem edições em papel ou sítios na *web* de notícias (mesmo art. 2.º, n.º 4, *in fine*, da DMUD), mas não compreendem revistas científicas, nem as hiperconexões que a União Europeia não considera comunicações autónomas ao público; não abrangem também as *informações factuais* comunicadas em artigos jornalísticos incluídos em publicações de imprensa.

As utilizações privadas (uso privado) estão excluídas deste exclusivo.

III. A DMUD consagra dois importantes direitos (conexos) dos editores de publicações de imprensa: o direito de reprodução digital e o direito de colocação à disposição do público em rede (art. 15.º, n.º 1, 1.ª parte, DMUD). Os editores de publicações de imprensa estão, assim, previstos como titulares do exclusivo de reprodução digital das suas publicações (podem autorizá-las ou proibi-las) e de disponibilização das mesmas na Internet, obrigando os prestadores de serviços em linha a requererem autorização para (e a remunerarem) a disponibilização que façam dessas publicações na *net*. O risco que assim se corre é o de limitar o acesso *on-line* (gratuito) a conteúdos noticiosos meramente factuais, que não justificam qualquer tutela jusautoral.

Estes direitos, relativos às publicações de imprensa consideradas no seu todo, não prejudicam os direitos (de autor) dos criadores sobre as obras e outro material protegido (por exemplo, bases de dados) naquelas incluídos, considerados individualmente. Também não fica prejudicada a sua exploração económica em separado por estes (art. 15.º, n.º 1, 2.ª parte, da DMUD). O uso privado e não comercial de publicações de imprensa por usuários individuais continua livre. Como se disse, as meras hiperconexões não estão abrangidas.

IV. A lei portuguesa (art. 174.º, n.º 4, do CDADC) já atribui à empresa jornalística titular da publicação de imprensa o direito *de autor* sobre os trabalhos jornalísticos *não assinados*. E apenas sobre estes.

Atribui também o direito *de autor* relativamente ao jornal, como um todo, à empresa (pessoa singular ou colectiva) que organizar e dirigir a sua criação e em nome de quem tiver sido publicado. É este o estatuto *geral* de todas as obras colectivas (cfr. art. 19.º do CDADC).

O direito de autor da empresa sobre o jornal ou outra publicação, considerados no seu todo, não inclui o direito sobre a utilização patrimonial dos contributos criativos *individuais* nestes incluídos. O art. 19.º, n.º 2, do CDADC consagra o direito de cada um dos respectivos autores utilizar separadamente a sua contribuição individual, sem prejuízo da exploração da obra colectiva no seu todo (cfr. arts. 19.º, n.º 2, e 18.º, n.º 2, do CDADC).

O art. 174.º, n.º 1, do CDADC mais estabelece que o autor conserva o direito sobre as suas obras individuais, incluídas em jornal ou outra publicação periódica, publicadas com identificação de autoria, ainda que em execução de contrato de trabalho.

V. É, assim, verificável que, neste domínio, a DMUD apenas especifica o que a lei portuguesa já consagra: os editores jornalísticos gozam de direitos exclusivos de exploração económica das suas publicações. É necessário que se determine a natureza desses direitos.

A DMUD caracteriza-os expressamente como direitos *conexos*. Vimos que estes têm normalmente por fundamento uma prestação empresarial, o que se coaduna com esta qualificação⁶.

A lei portuguesa (CDADC) consagra-os expressamente como direitos *de autor*, o direito de autor dos titulares de empresas jornalísticas sobre as *suas* obras colectivas.

Pensamos que ambas as caracterizações são compatíveis, desde logo porque não cabe à lei (portuguesa ou da União Europeia) a definição da natureza das situações jurídicas que consagra. Sejam direitos de autor ou direitos conexos, deve reconhecer-se que estes comungam do fundamento empresarial de todos os direitos conexos: outorgam aos titulares – empresas

⁶ Sobre a natureza e pressupostos dos direitos conexos ao direito de autor, pode cfr. o nosso *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos, op. cit.*, n.º 110.

jornalísticas – um exclusivo de exploração económica das suas publicações, que compreende todas as utilizações que das mesmas se façam, no domínio analógico ou digital. Considerar os jornais e outras publicações periódicas como *obras* apenas releva o carácter criativo do objecto, sem excluir a componente organizacional (*empresarial*) na sua génese.

VI. Acrescente-se que a DMUD salvaguarda expressamente (art. 15.º, n.º 2, 2.ª parte) o *direito de exploração independente*, fora do âmbito da exploração da obra jornalística como um todo, das obras ou materiais (por ex., bases de dados) nesta incluídos. São titulares deste direito os autores ou os titulares dos direitos *sui generis* nas bases de dados, respectivamente.

Os editores ficam, neste âmbito, impedidos de invocar os seus direitos referidos contra a exploração independente dos trabalhos jornalísticos pelos seus autores. Admitem-se, no entanto, acordos contratuais limitativos do exercício destas faculdades pelos autores, a celebrar entre estes e os editores (art. 15.º, n.º 2, *in fine*, DMUD).

Também aqui a DMUD não é inovadora em relação à lei portuguesa. Esta contém um conjunto de disposições (arts. 173.º, n.º 1, e 174.º, n.º 2, do CDADC) que investe o autor de obra publicada em jornal ou outra publicação periódica do direito exclusivo de fazer ou autorizar «a [sua] reprodução em separado ou em publicação congénere», salvo convenção em contrário. Este direito está, contudo, limitado pelo não prejuízo da exploração da obra colectiva no seu todo: ainda que seja titular do direito de autor respectivo, o autor do contributo criativo individual incluído na obra colectiva só pode publicar em separado o trabalho que naquela tenha inserido três meses depois de posto em circulação o jornal ou outra publicação. Não há razão para não crer que estes direitos do autor português não se estendam às utilizações digitais destes trabalhos jornalísticos⁷.

VII. No direito português, os titulares de jornais e outras publicações periódicas de conteúdos jornalísticos são já titulares de direitos *de autor* sobre estas *obras colectivas* (art. 19.º, n.º 3, do CDADC). Por outro lado, os conteúdos meramente noticiosos *não são* protegidos por direito de autor, precisamente quando forem apenas meramente noticiosos («relatos de acontecimentos, notícias do dia com carácter de simples informações» – art. 7.º, n.º 1, alínea a), do CDADC). Tudo isto implica, a nosso ver, que o que a DMUD

⁷ Note-se que, em relação aos “trabalhos jornalísticos” inseridos pelos autores em publicações periódicas que *não sejam assinados*, o direito de autor pertence à empresa (editora) jornalística, mesmo quanto a utilizações em separado (art. 174.º, n.º 4, do CDADC).

acrescenta à tutela portuguesa das obras jornalísticas (obras colectivas) é um direito *conexo* do editor (empresa jornalística) onde já existe um direito *de autor* dos que organizam e divulgam (editam) jornais e revistas, precisamente as empresas jornalísticas. Deve ponderar-se se há algum ganho em consagrar um direito *conexo* onde já existe um direito de autor com o mesmo titular⁸.

Originais são, talvez, os moldes em que a Directiva impõe que os autores afirmem sempre de quota-parte das compensações recolhidas pelos editores de imprensa com a concessão de licenças de exploração *on-line* das publicações de imprensa (art. 15.º, n.º 5). Falta a transposição desta regra.

3.1. A transposição destas normas para o direito português

Pensamos que estas disposições da União Europeia podem ser transpostas para o direito português nos seguintes termos:

1. Os editores de publicações de imprensa gozam do direito exclusivo de autorizar ou proibir a reprodução e colocação à disposição do público em rede de publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação.

2. Entende-se por publicação de imprensa toda a fixação, por parte de editores ou agências noticiosas, de uma colecção de obras literárias de carácter jornalístico, que pode igualmente incluir outras obras ou materiais, seja qual for o suporte, compreendendo jornais, revistas e sítios de notícias na Internet.

⁸ Ocorre questionar que tratamento merecerá doravante o *clipping*, jargão que designa o processo de seleccionar notícias em jornais, revistas, *sites* e outros meios de comunicação, geralmente impressos, para resultar num apanhado de recortes sobre assuntos de interesse de quem oslecciona. A este propósito, revemo-nos no contido em sentença judicial portuguesa, que define o *clipping* como a selecção de artigos publicados de acordo com critérios e temas pré-definidos segundo os interesses dos seus clientes, com reprodução destes com recurso a meios tecnológicos (como o *scanner*) e sua disponibilização aos clientes. É bom de ver que esta re-colecção de artigos e outras peças jornalísticas pode ser feita por prestadores de serviços em linha, que disponibilizem o acesso às colecções de recortes *clipped* aos que acedam aos seus serviços na *net*. A lei portuguesa (art. 75.º, n.º 2, alínea c), do CDADC) estabelece que são lícitas, sem consentimento do autor (utilização livre), a selecção regular de artigos de imprensa periódica, sob a forma de *revista de imprensa*, bem como a reprodução e colocação à disposição do público de artigos de actualidade. Já a disponibilização de um artigo de jornal ou revista que não sejam meramente noticiosos, mediante *clipping*, é reprodução integral dessa peça (uma obra intelectual) e reprodução parcial de uma obra colectiva (o jornal ou revista) para fins comerciais. A mesma faz perder o interesse na revista ou jornal, pois o cliente já tem a reprodução do artigo que lhe interessa. Afecta também a exploração normal da obra colectiva, causando prejuízo à empresa jornalística titular do direito de autor naquela. Logo, o *clipping* constitui manifestamente uma violação do direito *do autor* da obra colectiva sobre esta (a empresa jornalística proprietária do jornal ou revista). Em suma, o *clipping* não autorizado viola direitos de autor.

3. *Consideram-se também publicações de imprensa as crónicas, as fotografias, os vídeos e os artigos de opinião.*

4. *As revistas científicas estão excluídas do âmbito deste exclusivo.*

5. *O acesso através de hiperligações está excluído do âmbito deste exclusivo.*

6. *Os autores dos trabalhos jornalísticos integrantes de publicações de imprensa devem auferir uma parcela das compensações recolhidas pelos editores das publicações de imprensa com a concessão de licenças de exploração on-line destas.*

4. Responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha pelo carregamento e ulterior disponibilização na Internet de conteúdos protegidos carregados por usuários não autorizados

I. A DMUD determina que os Estados-Membros *devem* prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (*providers*), que disponibilizem esses conteúdos na Internet, respondam pelo carregamento não autorizado desses conteúdos protegidos por direito de autor e direitos conexos pelos usuários desses serviços (Considerandos 61 a 71 e art. 17.º).

A Directiva clarifica que os «prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha» são os prestadores de serviços da sociedade da informação que têm, entre os seus objectivos, armazenar e facilitar o acesso do público a obras e outro material protegido por direito de autor carregados pelos seus utilizadores (usuários da rede) (art. 2.º, n.º 6); as disposições da Directiva não se aplicam aos que assim disponibilizem enciclopédias em linha sem fins lucrativos, repositórios científicos e educativos, ou serviços em nuvem que permitem aos usuários carregar conteúdos para o seu próprio uso (art. 2.º, n.º 6, §2).

A Directiva estatui o óbvio: esta acção dos prestadores de serviços em linha é um acto de comunicação ao público, mais concretamente de colocação de conteúdos protegidos por direito de autor à disposição do público (Considerando 64), logo abrangido pelo exclusivo jusautorais. E qual o papel dos usuários que carregam os conteúdos em rede, assim os disponibilizando aos prestadores de serviços em linha para que estes os deixem fluir na *net*?

Como expomos no nosso *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos* (*op. cit.*, n.º 29.3), os usuários, enquanto tal, não exploram economicamente as obras a que acedem, limitam-se a desfrutá-las intelectualmente, o que, naturalmente, não é acto reservado pelo exclusivo jusautorais. Porém, ao carregarem obras e outros conteúdos protegidos, a que acedem, em rede, fixam-nos previamente em suporte digital e reproduzem-nos ao incorporá-los na *net* a partir de outro suporte em que já estejam fixados. Em nosso entender, estes usuários praticam, então já, actos ou actos reservados aos titulares do direito de autor, dos direitos conexos ou do direito *sui generis* relativo às bases de dados. O facto de não terem intuitos comerciais não é suficiente para que tal se considere uso privado, posto que prejudica potencialmente (muito) a exploração normal da obra⁹. Quando não autorizados, violam assim direito de autor.

A Directiva visa, assim, o alvo mais fácil. É mais simples responsabilizar uns (poucos) *providers* importantes do que um número indeterminado infundável de usuários.

Não há nada neste preceito da DMUD que não resultasse já das regras de direito de autor em vigor. O inovador, se algo há aqui que o seja, é a responsabilização dos prestadores de serviços também por actos alheios: o carregamento não autorizado de conteúdos protegidos pelos usuários dos serviços (cfr. Considerando 66, §4). Não deixa de causar alguma perplexidade responsabilizar estes prestadores de serviços – sobre os quais não impende qualquer dever de monitorização dos conteúdos que circulem na rede carregados por outrem – pela ilicitude desse carregamento.

II. Como não há dever de monitorização dos conteúdos que circulem em rede pelos *providers*, é aos titulares de direitos que cumpre alertá-los. Os titulares de direitos que não alertem os *providers* sobre o carregamento de obras suas não podem responsabilizar estes (Considerando 66, §5). Têm, pois, e para garantir a efectividade do seu direito, o ónus de alertar os prestadores de serviços em linha sobre a circulação na rede de conteúdos protegidos seus que estes disponibilizem.

A Directiva institui, pois, pouco mais do que uma *obrigação de diligência* e um *dever de cuidado* dos prestadores de serviços de disponibilização de conteúdos em linha, posto que se eximem da sua responsabilidade se

⁹ Sobre os requisitos da liberdade de uso privado, pode cfr. o nosso *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos, op. cit.*, n.º 62.1.

demonstrarem que envidaram todos os esforços para obter as autorizações necessárias dos titulares de direitos para colocar tais conteúdos em rede e que actuaram diligentemente para bloquear a disponibilização não autorizada de conteúdos protegidos, mediante prévia informação dos titulares de direitos. A DMUD é, aliás, expressa em elucidar que não institui qualquer obrigação de monitorização (art. 15.º, n.º 8), nem conduz a qualquer identificação dos usuários individuais (art. 15.º, n.º 9, §3). A iniciativa e cooperação dos titulares de direitos na denúncia de carregamentos ilícitos de conteúdos é, assim, a pedra-de-toque sem a qual o controlo efectivo destas situações se afigura impraticável.

Aquilo em que a Directiva se afigura mais útil é na definição de excepções a esta obrigação de diligência e a este dever de cuidado dos *providers*. Além das excepções e limitações gerais ao exclusivo jusautorais, são particularmente livres os carregamentos de obras em rede para fins de citação, crítica, análise, caricatura, paródia e *pastiche* (art. 15.º, n.º 7).

Apesar de os termos desta disposição da União Europeia não inovarem na consagração de direitos que era já explícita na Directiva 2001/29/CE, é evidente que é necessária a adopção, pelo direito português, de normas que:

- a) explicitem que a disponibilização em rede de conteúdos protegidos é acto de colocação de obras à disposição do público, ainda que tais conteúdos tenham sido carregados por usuários da rede;
- b) instituem a referida obrigação de diligência dos prestadores de serviços em linha, que devem envidar esforços para bloquear o acesso a conteúdos protegidos carregados sem autorização, mediante prévio aviso dos titulares de direitos, posto que aqueles não têm qualquer obrigação de monitorização dos conteúdos em fluxo na rede;
- c) consagrem as excepções particulares que instituem a liberdade de carregamento de conteúdos protegidos para certos fins.

4.1. A transposição destas normas para o direito português

Pensamos que estas disposições da União Europeia podem ser transpostas para o direito português nos seguintes termos:

1. A disponibilização ao público, por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, de obras ou outro material protegidos por direito de autor ou direitos conexos carregados por usuários de serviços de partilha de conteúdos em linha constitui um acto de colocação dos mesmos à disposição do público.

2. Assiste ao titular do direito de autor relativo às obras ou outro material protegido carregado em linha o direito exclusivo de autorizar o seu carregamento e disponibilização em linha.

3. Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha que disponibilizem o acesso às obras ou outro material protegidos por direito de autor ou direitos conexos a que refere o n.º 1 devem obter uma autorização dos titulares de direitos de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público dos mesmos.

4. A autorização a que refere o número anterior deve compreender os actos realizados pelos usuários dos serviços que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha disponibilizem se estes não agirem com carácter comercial ou se a sua actividade não gerar receitas significativas.

5. Caso não seja concedida a autorização a que refere o número anterior, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são responsáveis pelos actos não autorizados de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público de obras ou outro material protegidos por direito de autor carregados por usuários desses serviços, salvo se demonstrarem que, tendo em conta o público-alvo, a dimensão do serviço e o tipo de obras ou outro material protegido carregados, bem como os meios adequados eficazes disponíveis:

- a) envidaram todos os esforços para obter uma autorização;*
- b) efectuaram, de acordo com os mais altos padrões de diligência profissional do sector, esforços para assegurar a indisponibilidade de obras ou outro material protegido relativamente aos quais os titulares de direitos fornecerem aos prestadores de serviços as informações pertinentes necessárias;*
- c) agiram com diligência, após a recepção de um aviso suficientemente fundamentado dos titulares de direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objecto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios, e envidaram esforços para impedir o seu carregamento futuro.*

6. A cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos relativos a obras e outro material protegido não pode resultar na indisponibilização de obras e outro material protegido carregado por usuários que não viole direitos de autor ou direitos conexos.

7. Os usuários dos serviços disponibilizados por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha podem carregar, sem autorização ou limitação, conteúdos gerados por si para fins de citação, crítica, análise, caricatura, paródia ou pastiche.

8. As obrigações para os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha que resultam deste artigo não implicam qualquer obrigação geral de monitorização de conteúdos carregados por usuários desses serviços.

5. Princípio da remuneração adequada e proporcionada. Obrigação de transparência. Mecanismo de modificação contratual

I. A DMUD (Considerandos 72 a 78) consagra um princípio, uma obrigação que lhe está associada e um mecanismo correlativo relacionados com a garantia de remuneração adequada dos titulares de direitos pela utilização das suas obras.

A obrigação, chamada “de transparência”, vincula os utilizadores licenciados ou sub-licenciados de conteúdos protegidos por direitos de autor ou direitos conexos a prestarem regularmente informações exaustivas sobre a exploração de obras dos autores e prestações dos artistas intérpretes ou executantes (art. 19.º).

Esta obrigação está, já, consagrada em Portugal para o contrato de edição (art. 96.º do CDADC), padrão de todos os outros contratos de utilização de obras, e está prevista com particularidade também para as *egc* (art. 48.º-E da LGC¹⁰).

II. Correlativo da obrigação de transparência é o princípio consagrado no art. 18.º da DMUD: princípio de que os autores devem receber uma remuneração adequada e proporcionada pela exploração das suas obras. Trata-se de um princípio que os Estados-Membros devem «assegurar».

O preceito citado é omissivo quanto aos mecanismos a adoptar, uma vez que exclui expressamente como regra – nem podia ser de outra forma – o pagamento de um montante fixo pela exploração de obras (Considerando 73).

¹⁰ Lei das entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 100/2017, de 23 de Agosto, sucessivamente alterada até ao Decreto-Lei n.º 89/2019, de 4 de Julho.

III. Uma das soluções para assegurar que se efectivem tais obrigação e princípio pode ser a instituição do chamado «mecanismo de modificação contratual», que a Directiva preconiza (Considerando 78 e art. 20.º). Trata-se de consagrar que, quando não existam acordos de negociação colectiva que permitam atingir o objectivo visado por estes preceitos, os autores e os artistas intérpretes ou executantes têm o direito de reclamar uma *remuneração adicional* sempre que a remuneração inicialmente acordada quando contratam a exploração económica das suas obras ou prestações se revele desproporcionadamente baixa relativamente às receitas que tal exploração proporciona. Qualquer disposição contratual que obste à aplicação deste preceito é ineficaz (art. 23.º).

Esta regra, de transposição obrigatória, tem já acolhimento na lei portuguesa. O art. 49.º do CDADC prevê já que, em caso de transmissão ou oneração do direito de exploração a título oneroso, se o criador intelectual ou os seus sucessores sofrerem *grave lesão patrimonial* por «manifesta desproporção entre os seus proventos e os lucros auferidos pelo beneficiário daqueles actos», podem reclamar deste uma *compensação suplementar*, a incidir sobre os resultados da exploração. O regime da norma portuguesa é bastante completo, fixando até os critérios para determinar a existência da desproporção entre os benefícios do autor e os do transmissário do direito (art. 49.º, n.ºs 2 e 3, do CDADC).

Julgamos que faltará à lei portuguesa alargar a aplicação desta figura às situações de mero licenciamento da exploração sem transmissão do direito de autor. Quedarão ainda por aperfeiçoar os critérios sobre a determinação da efectividade da desproporção entre proventos com lesão dos autores e intérpretes¹¹.

IV. Outra importante inovação neste domínio reside na determinação da União Europeia da criação pelos Estados-Membros de procedimentos alternativos e voluntários de resolução de litígios para dirimir os emergentes da eventual existência de lesão enorme dos autores e artistas na exploração das suas obras e prestações fixadas, a que alude o já comentado art. 20.º da Directiva (cfr. Considerando 79 e art. 21.º da DMUD).

As *egc* devem poder iniciar estes procedimentos a pedido expresso de um ou mais autores ou artistas (art. 21.º, 2.ª parte).

11 No nosso *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos, op. cit.*, n.º 66.2-III, apresenta-se proposta de critério para a verificação da desproporção entre os proventos do criador intelectual e os do transmissário do direito para apurar a existência de eventual lesão enorme daquele.

6. Direito de revogação de actos de licenciamento da exploração ou de transferência de direitos

I. A DMUD considera que os autores e os artistas se deparam, por vezes, com situações em que, depois de licenciarem a exploração das suas obras ou prestações fixadas ou depois de transferirem os direitos relativos a estas, os beneficiários destes actos não realizam uma real exploração das obras ou prestações, com isto frustrando as expectativas dos titulares de direitos quanto a uma efectiva exploração e à remuneração desta (Considerando 80).

Para obviar àquelas situações, a Directiva determina que os Estados-Membros *devem* consagrar um direito de revogação dos actos de licenciamento em exclusivo ou de transferência dos direitos, com vista à celebração de novos actos que possibilitem uma efectiva exploração das obras e prestações (art. 22.º, n.º 1). Prevê-se a consagração de um prazo razoável antes de admitir a revogação e a consideração das especificidades de cada sector (art. 22.º, n.º 2, alínea a), e §3).

A Directiva revela ter a percepção dos problemas que a aplicação desta disposição pode suscitar em caso de obras de criação conjunta por várias pessoas; vai ao ponto de admitir que o direito de revogação seja excluído nestes casos. Pela nossa parte, consideramos que a lei portuguesa contém já disposições suficientes que acautelam e regulam o exercício de direitos nas obras de criação plural (obras em colaboração e obras colectivas) (cfr. arts. 18.º e 19.º, n.º 2, do CDADC)¹².

II. A transposição desta disposição suscita, contudo, um outro problema. Quando a licença de exploração ou a transmissão de direitos autorais não tiver carácter temporário – sobretudo neste último caso, se se tratar de transmissão *total* do direito de autor –, como admitir que se possa beliscar, com o expediente da revogação, os direitos de um novo titular?

A norma da União Europeia em questão tem provável inspiração na lei de autor alemã (cfr. § 41 UrhG). Esta não contempla aqueles casos.

Temos por parecer que, quando se deparar uma *transmissão total e definitiva* do direito de autor, a qual é remunerada por inteiro no momento da transferência do direito, o direito de revogação não deve subsistir, nomeadamente

¹² Sobre esta matéria, pode cfr. o nosso *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, op. cit., n.º 17.1.

porque, neste caso, não há qualquer expectativa legítima do titular originário quanto a uma exploração ou não exploração da sua obra ou prestação, estando os seus interesses patrimoniais suficientemente acautelados com regras próprias, salvo lesão enorme a que aludimos acima.

6.1. A transposição destas normas para o direito português

Pensamos que estas disposições da União Europeia podem ser transpostas para o direito português nos seguintes termos:

1. O autor e o artista intérprete ou executante que tenha concedido uma licença exclusiva ou tenha transmitido temporariamente os seus direitos relativos a uma obra ou outro material protegidos pode revogar, total ou parcialmente, a licença ou o acto de transmissão em caso de falta de exploração da obra ou outro material protegido prolongada por mais de sete anos.

2. Quando a obra ou outro material protegido incluir a criação de mais de uma pessoa, o direito de revogação deve ser exercido nos termos do aplicável nas obras em colaboração, tendo em conta a importância relativa das contribuições individuais e os interesses legítimos de todos os criadores envolvidos.

3. No caso previsto no n.º 1, o autor e o artista intérprete ou executante pode optar por retirar o carácter exclusivo ao acto de concessão de licença.

Conclusão

A lei de autor portuguesa – com sede principal no Código de Autor e Direitos Conexos com mais de trinta anos – tem resistido bem à evolução das tecnologias auxiliares da produção e fixação de obras intelectuais. Tal dever-se-á, porventura, sobretudo ao facto de a essência das obras do espírito e o objecto de protecção permanecerem os mesmos: protege-se a criação de obras literárias e artísticas independentemente dos modos pelos quais são criadas, dos instrumentos auxiliares da exteriorização dessas criações e dos suportes em que se fixem. O que tem vindo a alterar-se – dir-se-ia que drasticamente até – têm sido os *meios* da divulgação e exploração desses bens imateriais protegidos: passa-se (passou-se) da multiplicação e distribuição em exemplares físicos à desmaterialização dos suportes que proporciona a disseminação instantânea e planetária dos bens, também imateriais, protegidos, e isto obriga a uma, também energética, adaptação dos meios de tutela.

Resulta da análise do instrumento normativo que, após anos de reflexão e debate, a União Europeia produziu para fazer face aos desafios colocados ao direito de autor pela digitalização (a Directiva (UE) 2019/790) que há necessidade de mudanças na lei portuguesa, quiçá menos espectaculares do que anunciava o grande debate em torno dos vários projectos europeus. Procuramos, no texto que antecede, identificar os principais pontos em que a mudança se exige; acrescentamos, caso a caso, uma proposta de redacção para os preceitos normativos que julgamos necessário serem adoptados pelo legislador português em transposição da Directiva.

A principal conclusão a que chegamos é que o que de mais desafiante se apresenta ao Direito de Autor e Direitos Conexos português é a adaptação das regras existentes às novas formas de utilização e, principalmente, de difusão das obras intelectuais. Temos dúvidas de que tal exija o que possa chamar-se uma revolução normativa, posto que a lei existente foi logo instituída prevendo a exploração das obras «por qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser». Trata-se, sobretudo, de promover a adaptação dos exclusivos existentes, bem como das excepções e limitações aos mesmos, a novas modalidades de utilização, difusão e acesso aos bens protegidos por direito de autor e direitos conexos. Nessa medida, a transposição da Directiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital é apenas um pequeno passo do caminho que falta percorrer.

Referências

Leitão, Luís Menezes, *Direito de Autor*, 4.^a ed., Coimbra, 2021.

Mello, Alberto de Sá e, "O direito exclusivo dos autores e as exceções a favor de bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições culturais – Estudo de direito comparado dos regimes português e espanhol – uma proposta para a transposição dos artigos 6.º A 8.º da Directiva 2019/790 (UE)", in *JURISMAT – Revista jurídica*, n.º 13, Maio de 2021.

_____, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 4.^a ed., Coimbra, 2020.

Vicente, Dário Moura, "O equilíbrio de interesse no Direito de Autor", in *Propriedade intelectual – Estudos vários*, Lisboa, 2018.

Vieira, José Alberto, *Direito de Autor*, Coimbra, 2020.

Concorrência desleal, segredos comerciais e direito da publicidade

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.25>

Ana Clara Azevedo de Amorim*

* Professora Auxiliar da Universidade Portucalense.

Resumo: Os problemas suscitados pela economia colaborativa em matéria de concorrência desleal, segredos comerciais e direito da publicidade encontram soluções adequadas no ordenamento jurídico português, que assenta sobretudo em cláusulas gerais de conteúdo valorativo. A relevância dos mecanismos de reforço da confiança determinou ainda a consagração de novas modalidades de práticas comerciais enganosas ao nível europeu. No entanto, o seu âmbito de aplicação depende de uma inequívoca delimitação do conceito de profissional, que deve coincidir com a obtenção de vantagens económicas.

Palavras-chave: Concorrência desleal – segredos comerciais – direito da publicidade.

Sumário: Introdução. **1.** Concorrência desleal. *1.1.* Distinção face à concorrência ilícita. *1.2.* Cláusula geral e atos desleais especialmente previstos. **2.** Segredos comerciais. **3.** Direito da publicidade. *3.1.* Mecanismos de reforço da confiança. *3.2.* Outras práticas comerciais enganosas. Conclusão. Referências.

Abstract: The legal issues raised by the collaborative economy on unfair competition, trade secrets and advertising law find adequate solutions in the Portuguese legal system, which is based mainly in general clauses with value-based content. The relevance of trust building mechanisms determined still the establishment of new misleading commercial practices at the European level. However, its scope of application depends on the clear definition of the professional, which must coincide with the economic benefits obtained.

Keywords: Unfair competition – trade secrets – advertising law.

Summary: Introduction. **1.** Unfair competition. *1.1.* Distinction from unlawful competition. *1.2.* General clause and unfair specially established acts. **2.** Trade secrets. **3.** Advertising law. *3.1.* Trust building mechanisms. *3.2.* Other misleading commercial practices. Conclusion. References.

Introdução

O presente artigo visa identificar alguns problemas jurídicos suscitados pela economia colaborativa em matéria de concorrência desleal, segredos comerciais e direito da publicidade. Partindo das soluções consagradas no Código da Propriedade Industrial (CPI), no Código da Publicidade (CPub) e no Decreto-Lei sobre Práticas Comerciais Desleais (DL PCD), importa sobretudo avaliar a sua adequação para dar resposta àqueles problemas. Aborda-se igualmente a Diretiva (UE) 2019/2161, de 27 de novembro de 2019, em matéria de defesa dos consumidores.

De um ponto de vista fenomenológico, atende-se à coexistência de prestadores de serviços que integram o mercado tradicional e a economia colaborativa, bem como de prestadores de serviços profissionais e particulares, nas plataformas digitais. No primeiro caso, as questões parecem situar-se ao nível dos requisitos de acesso à atividade – como a obrigatoriedade de comunicação prévia, de licenciamento ou o cumprimento de outros pressupostos, por exemplo, relativos às instalações e aos equipamentos utilizados na prestação dos serviços – e não em sede de concorrência desleal, segredos comerciais ou direito da publicidade. Já no segundo caso, pode estar em causa um problema de aplicação dos referidos regimes jurídicos aos prestadores particulares, como referiu a Comissão Europeia na comunicação de 2 de junho de 2016 intitulada “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa” (COM/2016/0356). Neste sentido, releva aqui especialmente a distinção entre as relações B2C (*business-to-consumer*) e as relações entre pares ou C2C (*consumer-to-consumer*).

Com recurso a alguns casos paradigmáticos de economia colaborativa no sector dos transportes e no alojamento, o presente artigo procura abordar a suscetibilidade de enquadrar os comportamentos relevantes em sede de concorrência desleal, segredos comerciais e direito da publicidade. Para o efeito, adota uma perspetiva extracontratual, de proteção dos vários agentes económicos. Contudo, não se abordam os mecanismos sancionatórios aplicáveis aos casos de ilicitude, relativamente aos quais não existem especificidades face ao mercado tradicional.

1. Concorrência desleal

A disciplina da concorrência desleal encontra-se prevista no art. 311.º do CPI, que consagra uma cláusula geral relativa a «todo o ato de concorrência

contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica», seguida da enumeração exemplificativa de um conjunto de atos desleais.

No ordenamento jurídico português, a concorrência desleal continua a ser maioritariamente entendida como mecanismo de garantia das posições adquiridas pelos agentes económicos. Esta visão corporativa e subjetiva justifica-se historicamente face à estrutura económica centrada na produção que caracterizou o período subsequente à Revolução Industrial. Importava acautelar o desvio de clientela alheia, protegendo os interesses dos concorrentes, sobretudo à diferenciação no mercado, à reputação económica e ao aproveitamento do próprio esforço. Apenas a partir do final do século XX os consumidores passaram a ser também protegidos em sede de concorrência desleal, entendimento que tem sido adotado pela jurisprudência nacional¹. Apesar da sua autonomia legislativa, o DL PCD, resultante da transposição da Diretiva 2005/29/CE, viria a contribuir para esta evolução, na medida em que a liberdade de escolha dos consumidores integra um pressuposto do mercado concorrencial.

Em alguns sistemas de direito comparado, o modelo profissional deu lugar ao modelo social de concorrência desleal, expressamente consagrado na *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* suíça de 1986 e na *Ley de Competencia Desleal* espanhola de 1991, que aludem à proteção dos interesses de todos os participantes no mercado, bem como na *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* alemã de 2004, que consagra a tutela dos concorrentes, dos consumidores e do interesse da generalidade numa concorrência não falseada. A disciplina adquire então um cariz mais institucional e mais objetivo, que pode justificar o enquadramento de algumas manifestações da economia colaborativa, como a violação de normas jurídicas em matéria de licenciamento, reivindicada pelos prestadores de serviços que integram o mercado tradicional, designadamente no sector dos transportes. No entanto, este enquadramento não parece adequado face à perspetiva comportamental jusprivatista adotada em Portugal.

¹ Desenvolvidamente, Amorim, Ana Clara Azevedo de, "A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos", in *RED – Revista Eletrónica de Direito*, n.º 2-2017, pp. 1-37.

1.1. Distinção face à concorrência ilícita

I. A concorrência desleal incide sobre os meios utilizados pelos profissionais no exercício de uma atividade económica, de acordo com o critério normativo definido pelo legislador no art. 311.º do CPI. Não se proíbe genericamente a obtenção de vantagens no mercado em detrimento de outros agentes económicos, mas apenas o recurso a formas desleais de atuação. Assim se justifica o princípio de licitude do dano concorrencial, segundo o qual o prejuízo económico, resultante de uma diminuição do volume de negócios, traduz uma situação de facto, que não tem necessariamente tutela jurídica. O mero surgimento de novos modelos de negócios, como os que assentam em plataformas digitais, não constitui isoladamente um ato censurável ao abrigo da disciplina da concorrência desleal, antes resulta do exercício da liberdade de iniciativa económica privada, consagrada no art. 61.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

À semelhança do que se verifica relativamente ao mercado tradicional, também os operadores que utilizam plataformas digitais estão agora sujeitos a requisitos de acesso à atividade, por exemplo, a obrigatoriedade de comunicação prévia consagrada no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, para os estabelecimentos de alojamento local ou o licenciamento previsto no art. 3.º da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, relativo ao sector dos transportes. Estabelece-se ainda um conjunto de outros requisitos de licitude relativos às instalações e aos equipamentos utilizados na prestação dos serviços, sem os quais a atividade não pode ser validamente exercida. Apesar de limitarem a liberdade de concorrência dos agentes económicos, os referidos requisitos estão constitucionalmente justificados pela necessidade de acautelar o interesse público à proteção da segurança, nomeadamente rodoviária e alimentar, bem como a qualidade mínima dos serviços prestados aos utilizadores. Ou seja, a concorrência ilícita, que decorre quase sempre da violação da legislação sectorial, constitui uma proibição ou restrição ao próprio exercício da atividade económica.

Pelo contrário, a disciplina dos atos desleais pressupõe a liberdade de concorrência e aplica-se no contexto do exercício de uma atividade económica genericamente admitida. Não está aqui em causa a violação de uma norma jurídica, como as que impõem requisitos de acesso à atividade e visam a garantia de interesses públicos. Neste sentido, deve entender-se que a preterição da obrigatoriedade de comunicação prévia, de licenciamento ou o incumprimento de outros pressupostos, no domínio da economia colaborativa, pode integrar concorrência ilícita, mas não concorrência desleal. Assim,

cumpridos aqueles requisitos, deixa de ser possível invocar a concorrência ilícita, como resposta à ameaça sentida pelos prestadores de serviços que integram o mercado tradicional. Mas também não é possível invocar a concorrência desleal, que visa a valoração dos meios utilizados pelos profissionais no exercício de uma atividade económica genericamente admitida. Esta distinção entre a concorrência desleal e a concorrência ilícita tem sido unanimemente reconhecida pela doutrina nacional².

Contudo, entendimento diverso foi adotado pelo Tribunal da Relação de Lisboa no procedimento cautelar instaurado pela Associação Nacional dos Transportadores Rodoviários em Automóveis Ligeiros contra a Uber Technologies Inc. para cessação da sua atividade em Portugal. Embora sem invocar a disciplina da concorrência desleal, afirmou que «a não observância de leis de interesse público, designadamente as que têm por objeto o licenciamento da atividade de transporte rodoviário, gera concorrência desleal com as demais empresas cumpridoras, com os atinentes danos financeiros, num mercado que o legislador quis devidamente regulamentado» (acórdão de 27 de abril de 2017, processo n.º 7730-15.0T8LSB.L1-8).

Não se nega que alguns operadores tenham começado por aproveitar o vazio regulamentar para, através de plataformas digitais, atuar no mercado em condições mais favoráveis. Ora, aquele vazio regulamentar deixou de existir à medida que foi sendo aprovada a referida legislação, atualmente em vigor. No quadro da garantia constitucional da liberdade de iniciativa económica privada, apenas constitui concorrência ilícita a violação de uma norma jurídica destinada a regular o exercício da atividade. Depois de verificado o cumprimento daqueles requisitos, em função dos meios utilizados pelos profissionais, pode ainda ser ponderada a prática de atos desleais, em conformidade com o disposto no art. 311.º do CPI.

Em Portugal, a concorrência desleal não visa garantir o regular funcionamento do mercado, na medida em que a perspetiva comportamental jus-privatista adotada limita a proteção aos interesses dos concorrentes e dos consumidores. De acordo com esta interpretação funcional, a qualificação de um ato como concorrência desleal não assenta apenas na obtenção de vantagens no mercado em detrimento de outros agentes económicos decorrentes da violação de normas jurídicas, independentemente da sua natureza ou dos interesses protegidos. Desta forma, tal como não constitui ato

² Entre outros, Paúl, Jorge Patrício, *Concorrência Desleal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1965, p. 41; Ascensão, José de Oliveira, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 200.

desleal a violação de normas destinadas a proteger os trabalhadores ou a combater a evasão fiscal, relevantes no domínio da economia colaborativa, também não merece essa qualificação o exercício da atividade sem cumprimento dos requisitos de acesso previstos na legislação sectorial, a que correspondem mecanismos sancionatórios próprios, geralmente de natureza contraordenacional, de acordo com o art. 23.º do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, e o art. 25.º da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto.

II. O legislador nacional não consagrou entre os atos desleais a violação de normas jurídicas cujo objeto é a regulação da atividade concorrencial, como se verifica nos ordenamentos jurídicos espanhol e alemão, respetivamente, no art. 15.º, n.º 2, da *Ley de Competencia Desleal* de 1991 e no art. 3a da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 2004. Este «mecanismo de fecho do sistema» permite transformar uma ilicitude externa à concorrência desleal numa ilicitude interna, que não visa reprimir estritamente o incumprimento das obrigações normativas, mas as suas consequências prejudiciais para o regular funcionamento do mercado³. Fica assim igualmente justificada a tutela do interesse público em sede de concorrência desleal, característica do modelo social. Ou seja, a hipótese de violação de normas jurídicas incide sobre a *par conditio concurrentio*, que traduz a igualdade de condições da atuação dos agentes económicos.

Neste contexto, importa começar por identificar a norma jurídica violada, em função da atividade desenvolvida pelos operadores⁴. Estão em causa não só os prestadores de serviços, mas também as plataformas digitais, sobretudo quando se integram em sectores tradicionalmente sujeitos a forte regulamentação, como os transportes e o alojamento turístico. A qualificação jurídica do serviço prestado suscitou um amplo debate na doutrina e na jurisprudência ao nível europeu, frequentemente a propósito do recurso à disciplina da concorrência desleal⁵.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reconheceu que o serviço prestado pela Uber se enquadra no domínio dos transportes, no caso *Asociación Profesional Elite Taxi* (acórdão de 20 de dezembro de 2017, processo

³ Alfaro Aguila-Real, Jesús, “Competencia desleal por infracción de normas”, in *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 202, outubro/dezembro 1991, p. 668.

⁴ Miranda Serrano, Luis María, “Economía Colaborativa y Competencia Desleal ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?”, in *Revista de Estudios Europeos*, n.º 70, julho/dezembro 2017, p. 219.

⁵ Por todos, Tullio, Paolo, “In tema di concorrenza sleale sui rapporti tra Uber e le cooperative di radiotáxi”, in *Diritto dei Trasporti*, ano XXX, n.º 3, 2017, p. 922.

n.º C-434/15) e no caso *Uber France* (acórdão de 10 de abril de 2018, processo n.º C-320/16). Transpondo a questão para o ordenamento jurídico nacional, antes da entrada em vigor da referida legislação, esta qualificação obrigaria a própria plataforma e os prestadores de serviços ao cumprimento do disposto no Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de agosto, relativo ao acesso à atividade dos transportes públicos de aluguer em veículos automóveis ligeiros de passageiros, como resulta da decisão do Tribunal da Relação de Lisboa no procedimento cautelar instaurado pela Associação Nacional dos Transportadores Rodoviários em Automóveis Ligeiros contra a Uber Technologies Inc. (acórdão de 27 de abril de 2017, processo n.º 7730-15.0T8LSB.L1-8). Já no caso *Airbnb Ireland* (acórdão de 19 de dezembro de 2019, processo n.º C-390/18), o TJUE considerou estar em causa apenas um serviço da sociedade da informação.

Em suma, nos ordenamentos jurídicos espanhol e alemão, em função da atividade desenvolvida pelos operadores, a violação de normas jurídicas que impõem requisitos de acesso à atividade pode constituir concorrência desleal, atentas as consequências prejudiciais para o mercado. No entanto, esta consideração não se estende ao sistema português, onde continua a prevalecer a distinção entre a concorrência desleal e a concorrência ilícita.

1.2. Cláusula geral e atos desleais especialmente previstos

I. Seguindo a tradição legislativa dos anteriores diplomas, o art. 311.º do CPI consagra, a par de uma cláusula geral, as hipóteses de verificação mais frequente de atos desleais, entre as quais se incluem a confusão, a denigração, o aproveitamento da reputação e a falsidade das afirmações. Estes atos concretizam o proémio, que funciona como auxiliar de interpretação destinado a garantir a coerência sistemática da disciplina. Acresce que a cláusula geral é diretamente aplicável aos casos concretos, permitindo dar resposta às lacunas do sistema, bem como integrar a evolução da doutrina e da jurisprudência⁶. Esta flexibilidade contribui para assegurar o equilíbrio das relações de mercado num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação.

⁶ Face à transição para o modelo social de concorrência desleal no direito comparado, Paz-Ares, Cândido "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)", in *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 159, janeiro/março 1981, pp. 13-14.

Ao consagrar o âmbito de aplicação da disciplina e os respetivos critérios normativos com recurso a conceitos indeterminados, a cláusula geral prevista no proémio potencia a adaptabilidade da concorrência desleal, nomeadamente, face aos problemas jurídicos que a economia colaborativa possa vir a suscitar. Desta forma, a relevância da cláusula geral enquanto norma tipificadora manifesta-se sobretudo relativamente aos atos que não foram especialmente previstos pelo legislador.

II. O âmbito de aplicação da disciplina resulta da alusão ao «ato de concorrência». De acordo com a abordagem tradicional, que fundava a concorrência desleal na necessidade de evitar o desvio de clientela alheia, a proteção das posições adquiridas pelos agentes económicos começava por depender de uma certa proximidade entre as ofertas. Esta proximidade delimitava-se em função da identidade, substituição e complementaridade dos produtos ou serviços, bem como da coincidência temporal e espacial do exercício das respetivas atividades. Ou seja, no modelo profissional, a alusão ao «ato de concorrência» coincidia estritamente com uma relação de concorrência. O âmbito de aplicação da disciplina ficaria então dependente da existência de uma economia de mercado, que faria confluir num determinado sector de atividade uma pluralidade de agentes económicos.

Face à necessidade de proteger também os interesses dos consumidores, este âmbito de aplicação foi sendo progressivamente ampliado, o que determinou o abandono da referida coincidência entre o ato de concorrência e a relação de concorrência. Uma parte da doutrina começou por afirmar o critério da identidade da clientela, definindo a relação de concorrência pelo lado da procura⁷. Atualmente, o ato de concorrência tende a traduzir uma idoneidade para atribuir posições vantajosas no mercado, que apenas pode ser apreciada casuisticamente⁸. Entendida cada vez mais como disciplina de comportamentos, e já não como mecanismo de garantia das posições adquiridas pelos agentes económicos nas suas relações recíprocas, a concorrência desleal passa a assentar na aptidão da conduta para produzir efeitos no mercado. Neste sentido, relevam todos os atos cujos efeitos se projetam de forma material e efetiva na concorrência, excluindo aqueles que se esgotam na organização interna do agente económico. O que importa

7 Olavo, Carlos, *Propriedade Industrial*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 261.

8 Paúl, Jorge Patrício, "Concorrência desleal e direito do consumidor", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, I, junho 2005, p. 92.

aferir para efeitos do recurso ao art. 311.º do CPI é a prática de um ato de intervenção no mercado, no pressuposto da sua finalidade concorrencial⁹.

No quadro da economia colaborativa, este ato de intervenção no mercado pode ser praticado tanto pelas plataformas digitais, como pelos prestadores de serviços, independentemente de se tratar de profissionais ou particulares. Ou seja, o carácter meramente ocasional da prestação de serviços e a eventual inexistência de um processo organizado para o exercício da atividade económica não obstam à aplicação da concorrência desleal, como tem sido reconhecido no direito comparado¹⁰. Dado que a disciplina assenta na existência de um ato de intervenção no mercado, objetivamente apreciado, a delimitação do seu âmbito de aplicação não pode ficar condicionada pelos critérios da regularidade com que o serviço é prestado ou o nível de rendimento gerado. Desta forma, fica acautelada a semelhança do enquadramento dado às relações B2C (*business-to-consumer*) e às relações C2C (*consumer-to-consumer*), o que releva sobretudo quando utilizam as mesmas plataformas, como a Uber no sector dos transportes ou a Airbnb no alojamento.

Daqui resulta que um ato de confusão, denegrição, aproveitamento da reputação ou falsidade das afirmações é censurável independentemente de ser praticado por prestadores de serviços profissionais ou particulares. Na verdade, aproveitando as potencialidades do desenvolvimento tecnológico, a economia colaborativa inspirou-se na partilha realizada com a família, os amigos e os vizinhos para criar novos modelos de negócios, como reconheceu a própria Comissão Europeia na comunicação intitulada “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”. Contudo, de acordo com esta abordagem, já não está em causa um mero consumo colaborativo, mas um mercado colaborativo, constituído por prestadores de serviços que atuam sempre mediante pagamento de uma remuneração.

Assim, para efeitos do recurso ao art. 311.º do CPI, parece ser relevante o facto de alguns particulares prestarem os serviços gratuitamente ou apenas mediante compensação dos custos incorridos, no que tem sido identificado como a “verdadeira” economia colaborativa. Esta cooperação desinteressada entre os membros de uma comunidade virtual contrapõe-se às plataformas digitais, onde intervêm maioritariamente prestadores de serviços com

⁹ Gonçalves, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 394.

¹⁰ Face ao ordenamento jurídico espanhol, Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto (coord.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 89.

finalidade lucrativa¹¹. Quando os particulares não visam a obtenção de vantagens económicas, deixa de se verificar a finalidade concorrencial de que depende a aplicação da disciplina da concorrência desleal. Desta forma, não constituem atos de intervenção no mercado os serviços prestados na sequência da intermediação digital promovida, por exemplo, pela BlaBlaCar ou pela CouchSurfing, que estão igualmente fora do âmbito de aplicação da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, e do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, respetivamente.

Também relativamente às plataformas digitais, a disciplina da concorrência desleal é aplicável, mesmo face a uma eventual ausência de ofertas concorrentes. Não releva o nível de controlo ou de influência exercido junto dos operadores, na medida em que praticam ainda atos de intervenção no mercado as plataformas digitais cujos serviços se enquadram apenas no domínio da sociedade da informação, por não interferirem na fixação dos preços e não serem proprietárias dos ativos utilizados. À medida que a relação de concorrência deixa de ser entendida em sentido estrito, o âmbito de aplicação da disciplina dos atos desleais não depende da qualificação jurídica do serviço, determinante no quadro dos requisitos de acesso à atividade, bem como no Direito da Concorrência, que assenta no conceito de mercado relevante¹².

III. Para além do âmbito de aplicação da disciplina, a cláusula geral integra ainda o critério normativo da concorrência desleal, mediante remissão para as «normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica». A centralidade deste critério normativo assenta no facto de a suscetibilidade de desvio de clientela ser comum a todos os atos praticados no mercado, como demonstra o princípio de licitude do dano concorrencial. Neste sentido, a proibição de atos desleais atende sobretudo à valoração dos meios utilizados pelos profissionais, o que é especialmente relevante face ao surgimento de novos modelos de negócios e à coexistência de prestadores de serviços que integram o mercado tradicional e a economia colaborativa.

11 Desenvolvidamente, Belk, Russell, "Sharing Versus Pseudo-Sharing in Web 2.0", in *Anthropologist*, volume 18, n.º 1, 2014, p. 19; Gómez-Álvarez Díaz Rosario/Morales-Sánchez, Rafael, "Principios ontológicos de la economía colaborativa verdadera", in *Economía Colaborativa... ¿De Verdad?*, Murcia, Laborum, 2018, p. 34.

12 Martins, Patrícia Fragoso, "Sharing economy, competition and regulation: the case of Uber in the case-law of the Court of Justice of the European Union", in *UNIO - EU Law Journal*, volume 5, n.º 1, p. 62.

Maioritariamente abordada pela doutrina e pela jurisprudência no quadro da visão corporativa e subjetiva da concorrência desleal, aquela remissão tende a coincidir ainda com a consciência ética do comerciante médio. O critério normativo ficaria então dependente do sistema de valores vigente no sector de atividade, o que poderia reconduzir a proibição de atos desleais a um sistema obsoleto de tutela dos agentes económicos nas relações de mercado.

Esta natureza deontológica do critério normativo traduz a origem profissional da disciplina, que justifica igualmente o recurso a Códigos de Conduta. No entanto, a referência às «normas» no art. 311.º do CPI deve poder abranger todo o quadro legal, desde que em conformidade com a interpretação funcional da concorrência desleal¹³. Ou seja, não cabem aqui normas destinadas a proteger os trabalhadores, a combater a evasão fiscal ou a garantir o cumprimento de requisitos de acesso à atividade, como a obrigatoriedade de comunicação prévia consagrada no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, para os estabelecimentos de alojamento local ou o licenciamento previsto no art. 3.º da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, relativo ao sector dos transportes.

De acordo com a referida interpretação funcional da disciplina e considerando a referida distinção face à concorrência ilícita, a delimitação dos interesses protegidos constitui um pressuposto da aplicação autónoma da cláusula geral como norma substantiva, não podendo invocar-se a concorrência desleal no caso em que se encontrem violados os requisitos de acesso à atividade.

Atenta a transição para o modelo social no direito comparado e a entrada em vigor do DL PCD no ordenamento jurídico português, o reconhecimento da necessidade de proteção dos consumidores influenciou a adoção do princípio geral de boa fé como critério normativo da concorrência desleal. A boa fé expressa a confiança legítima de todos os sujeitos que participam no mercado relativamente às atuações concorrenciais. Neste sentido, traduz uma regra de conduta de conteúdo objetivo resultante da tentativa de procurar o parâmetro dos atos desleais no interior do próprio sistema, podendo convocar-se o recurso a um conjunto de normas jurídicas e a uma adequada ponderação dos interesses em causa, independentemente da intenção do agente. Para além de permitir superar a abordagem corporativa

13 Amorim, Ana Clara Azevedo de, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 360.

e subjetiva da disciplina, a boa fé tem a vantagem de estender a tutela a novas realidades, como as que resultam da digitalização das relações de mercado. Em suma, o âmbito de aplicação e os critérios normativos enunciados na cláusula geral passam a coincidir respetivamente com o ato de intervenção no mercado e a boa fé, em alternativa à relação de concorrência e à ética comercial.

IV. Quanto aos atos desleais especialmente previstos no art. 311.º do CPI, também não parecem existir especificidades no domínio da economia colaborativa que exijam uma adaptação legislativa das soluções consagradas. Ou seja, são censurados os atos de confusão, denegrição, aproveitamento da reputação e falsidade das afirmações, praticados pelas plataformas digitais e pelos operadores da economia colaborativa, à semelhança do que se verifica relativamente aos prestadores de serviços que integram o mercado tradicional.

Contudo, à medida que a propriedade dá lugar ao acesso a bens partilhados, verifica-se uma prevalência dos recursos intangíveis, como a reputação económica, sobre os ativos empresariais que delimitaram a capacidade produtiva da indústria quase até ao final do século XX. Num contexto de excesso de oferta, a reputação económica deixa de incidir sobre os profissionais e passa a visar sobretudo as marcas, constituindo uma garantia de confiança para os consumidores, que deve ser acautelada através da proibição de atos de denegrição, mas sobretudo de aproveitamento. Nesta hipótese de parasitismo económico, o agente beneficia do esforço comercial ou promocional alheio, associado positivamente pelos consumidores à qualidade do produto ou serviço¹⁴. Na economia colaborativa, pode estar em causa a reputação alcançada por marcas como a Uber e a BlaBlaCar no sector dos transportes ou a Airbnb e a CouchSurfing no alojamento, cujo aproveitamento por terceiros constitui concorrência desleal à luz do art. 311.º, n.º 1, alínea c), do CPI. Este aproveitamento pode resultar, por exemplo, da escolha das marcas como metadados para um determinado sítio eletrónico¹⁵.

Já a denegrição resultante de falsas afirmações enquadra-se no art. 311.º, n.º 1, alínea b), do CPI ou, tratando-se de publicidade comparativa, no art. 6.º, n.º 2, alínea e), do CPub. A proibição é aplicável também na relação

14 Desenvolvidamente, Portellano Díez, Pedro, *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 533-537.

15 Pérez Bes, Francisco, "La utilización de *metatags* en el comercio electrónico", in *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, n.º 54, abril/junho 2009, p. 101.

com prestadores de serviços que integram o mercado tradicional, mas não quando o prejuízo da reputação resulta de um comportamento dos utilizadores, nomeadamente, através de avaliações negativas que podem não corresponder à realidade dos factos.

A concorrência desleal configura-se, em cada época histórica, pela evolução das próprias relações de mercado, não podendo atualmente deixar de abranger as que resultam da economia colaborativa. Apesar do maior desenvolvimento dado na doutrina e na jurisprudência aos atos desleais especialmente previstos, a relevância da disciplina assenta na cláusula geral enquanto norma tipificadora.

2. Segredos comerciais

Os segredos comerciais constituem uma forma de proteção das informações relevantes no exercício de uma atividade económica, podendo constituir uma alternativa ou um complemento dos direitos de propriedade industrial. Associada à ausência de custos, a inexistência de um limite temporal de proteção constitui uma vantagem dos segredos comerciais, sobretudo para as pequenas e médias empresas, assegurando-lhes um monopólio de facto e não um verdadeiro direito de exclusivo.

O conceito de segredos comerciais encontra-se previsto no art. 313.º do CPI, que enuncia os requisitos cumulativos que as informações devem preencher para serem protegidas: «a) sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão; b) tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; c) tenham sido objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas».

Os requisitos enunciados pelo legislador podem justificar a escassez de proteção reconhecida judicialmente ao abrigo deste regime jurídico. Deve admitir-se a partilha seletiva das informações a um número restrito de pessoas, sem que fique comprometida a respetiva qualificação como segredos comerciais, que depende sobretudo da dificuldade em aceder aos dados em causa. Importa igualmente demonstrar a relação de causalidade entre este secretismo e a suscetibilidade de avaliação pecuniária das informações, que traduz uma vantagem competitiva avaliada segundo um critério

objetivo¹⁶. Por fim, a qualificação fica dependente da adoção de medidas de proteção pelo respetivo titular, destinadas a assegurar a confidencialidade das informações, como o recurso a palavras-chave, cofres, sistemas de vigilância, destruição controlada de documentos e tratamento de lixo ou a celebração de acordos de confidencialidade.

A economia colaborativa assenta na transparência e partilha de informação¹⁷. Contudo, alguns dados relevantes para o exercício da atividade podem preencher os requisitos de que depende a proteção ao abrigo do regime jurídico dos segredos de negócios, como se verifica, nomeadamente, face aos planos estratégicos de comunicação e marketing, tanto das plataformas digitais como dos operadores, bem como face a elementos relativos aos serviços prestados, à planificação financeira e às listas de clientes ou fornecedores. O titular do segredo comercial é protegido independentemente da regularidade com que o serviço é prestado ou do nível de rendimento gerado, exigindo-se apenas a intervenção do sujeito no mercado, à semelhança do que se verifica em sede de concorrência desleal.

Apesar de uma certa autonomia legislativa deste regime jurídico, na sequência da transposição da Diretiva (UE) 2016/943, a violação dos segredos comerciais deve continuar a ser qualificada como um ato de concorrência desleal, ainda que o agente não atue necessariamente no quadro de uma atividade económica¹⁸. Esta qualificação funda-se sobretudo na dimensão valorativa da tutela, dado que o critério normativo adotado remete para as «práticas comerciais honestas», nos termos do art. 314.º, n.º 1, alínea b), do CPI relativo aos atos ilícitos e do art. 315.º, alínea e), do CPI relativo à aquisição, utilização e divulgação lícitas de segredos comerciais. Importa igualmente referir que, apesar do enquadramento sistemático dos segredos comerciais em matéria de infrações relativas aos direitos de propriedade industrial, não subsiste entre ambos uma relação de instrumentalidade.

Considerado o referido alargamento da proteção, podem agora ser infratores, por exemplo, os jornalistas que divulguem ilicitamente as informações, sem fundamento no interesse público. No entanto, a questão da violação dos segredos comerciais continua a suscitar-se maioritariamente ao nível

16 Suñol Lucea, Aurea, *El secreto empresarial: un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 2009, p. 140.

17 Richter, Heiko/Slowinski, Peter, "The Data Sharing Economy: On the Emergence of New Intermediaries", in *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, volume 50, 2019, p. 8.

18 Amorim, Ana Clara Azevedo de, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código da Propriedade Industrial", in *RED - Revista Electrónica de Direito*, n.º 2-2019, pp. 18-19.

das relações B2B (*business-to-business*), entre profissionais de um determinado sector de atividade.

A violação dos segredos comerciais fica dependente da obtenção da informação, seguida de divulgação ou utilização, como resulta genericamente do art. 314.º do CPI. O primeiro caso configura-se como um ato de agressão, cujo risco se encontra hoje potenciado pelas tecnologias digitais. O segundo, tradicionalmente mais frequente, integra uma hipótese de parasitismo económico, entendido como um aproveitamento do esforço realizado por outro agente económico no mercado, sem assunção de risco próprio. Na medida em que é suficiente a ilicitude de um dos atos, o problema começa por se suscitar a propósito da aquisição dos segredos comerciais. Se a aquisição das informações não traduzir o exercício normal da atividade do sujeito, fica inquinada a posterior divulgação ou utilização das informações.

Nos termos do considerando 4 da Diretiva (UE) 2016/943, a ausência de um regime jurídico dos segredos comerciais ao nível europeu desencorajava a inovação e a criatividade, provocando uma diminuição do investimento. Acresce que o risco de apropriação indevida dos segredos comerciais aumentou na sequência de fatores como «a globalização, o aumento da externalização, as maiores cadeias de abastecimento e o uso acrescido de tecnologias da informação e comunicação». Com a aprovação do atual CPI, o legislador nacional pretendeu reforçar a proteção dos segredos comerciais, nomeadamente, ao nível do âmbito de aplicação do regime jurídico e dos mecanismos sancionatórios. Daqui decorre que a impunidade da violação de segredos comerciais continua a assentar na dificuldade probatória dos requisitos cumulativos de que depende aquela proteção e não de eventuais lacunas do sistema.

Em suma, a economia colaborativa não parece suscitar problemas novos em matéria de segredos comerciais, mas sobretudo não parece suscitar problemas que o CPI não esteja apto a resolver, dada a amplitude da proteção resultante do regime jurídico atualmente em vigor.

3. Direito da publicidade

A publicidade assume um papel determinante no processo de comercialização, como instrumento da diferenciação dos profissionais e da própria dimensão simbólica do consumo, deixando de relevar apenas como mecanismo de escoamento da produção. Mas assume igualmente um papel determinante na construção das ideologias, tendências e expectativas

dominantes em cada época histórica, especialmente quando abandona os tradicionais argumentos de natureza técnica e funcional, relativos às características demonstráveis e aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, passando a convocar sobretudo a componente emocional da decisão de transação. Trata-se de um fenómeno omnipresente nas sociedades contemporâneas, que não pode deixar de ser amplamente entendido, para efeitos de uma regulação integrada de várias modalidades em constante evolução. Na economia colaborativa, as plataformas digitais permitem desenvolver novos modelos de negócios, com recurso a instrumentos de comunicação diferenciados.

A regulação da publicidade assenta na conjugação do CPub e do DL PCD, resultante da transposição da Diretiva 2005/29/CE. Atendendo à delimitação dos sujeitos em ambos os diplomas, e à semelhança do que foi feito a propósito da concorrência desleal, importa distinguir também aqui as relações B2C (*business-to-consumer*) das relações C2C (*consumer-to-consumer*), com ou sem finalidade lucrativa.

No lado ativo da relação jurídica publicitária encontra-se o anunciante, que traduz «a pessoa singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade», de acordo com o disposto no art. 5.º, n.º 1, alínea a), do CPub. Ficam abrangidas pela norma as plataformas digitais e os operadores, independentemente de se tratar de profissionais ou particulares, desde que a comunicação seja feita para promover produtos ou serviços, o que apenas não se verifica no caso da cooperação desinteressada entre os membros de uma comunidade. Pelo contrário, o regime jurídico das práticas comerciais desleais restringe o seu âmbito de aplicação aos profissionais, nos termos do art. 3.º, alínea b), do DL PCD. A propósito das prestações de serviços entre pares, na comunicação intitulada “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”, a Comissão Europeia enunciou um conjunto de critérios de apreciação casuística, que podem conduzir à qualificação dos profissionais, entre os quais incluiu a frequência dos serviços, a finalidade lucrativa e o volume de negócios. Estes critérios foram reiterados pelo TJUE no caso *Kamenova* (acórdão de 4 de outubro de 2018, processo n.º C-105/17), cabendo a sua concretização aos tribunais nacionais.

Daqui decorre que os particulares que prestam serviços gratuitamente ou apenas mediante compensação dos custos incorridos, através de plataformas como a BlaBlaCar e a CouchSurfing, dificilmente podem ser considerados profissionais para efeitos do regime jurídico das práticas comerciais desleais. O carácter meramente ocasional da prestação de serviços parece

ser também determinante do afastamento desta qualificação. Contudo, a progressiva aproximação dos particulares às formas de atuação dos profissionais e a diluição de fronteiras entre eles obrigam a repensar o âmbito de aplicação da proteção dos consumidores¹⁹. Considerando que a atuação com finalidade lucrativa é comum a quase todos os operadores que utilizam plataformas como a Uber e a Airbnb, apenas em casos residuais poderia subsistir a sua qualificação como meros particulares. Ou seja, o CPub e o DL PCD não abrangem apenas relações B2C (*business-to-consumer*), mas também algumas relações C2C (*consumer-to-consumer*).

Acresce que a disciplina da relação jurídica publicitária visa a proteção dos destinatários, que o art. 5.º, n.º 1, alínea d), do CPub define como «a pessoa singular ou coletiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida». Já o conceito de consumidor traduz, nos termos do art. 3.º, alínea a), do DL PCD, «qualquer pessoa singular que atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional». No confronto com este conceito de consumidor, o destinatário constitui uma realidade mais ampla, dado que o negócio jurídico não chega frequentemente a celebrar-se. Assim, compreende o público-alvo ou segmento de mercado visado pelo anunciante, que coincide com os consumidores atuais e potenciais do produto ou serviço, bem como os recetores efetivos da mensagem publicitária²⁰.

Na conjugação do CPub e do DL PCD, importa ainda referir que a publicidade fica abrangida pela definição de prática comercial, mantendo ambas uma dimensão teleológica dominante, relativa à promoção dos produtos ou serviços. No entanto, para os efeitos do regime jurídico do comércio eletrónico, nos termos do art. 20.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, «não constituem comunicação publicitária em rede mensagens que se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador económico ou identifiquem objetivamente bens, serviços ou a imagem de um operador, em coletâneas ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação».

A complexidade deste sistema normativo fragmentado cria dificuldades no sancionamento da publicidade ilícita, sobretudo considerando que o CPub

19 Ranchordás, Soñia, "Peers or Professionals? The P2P-Economy and Competition Law", in *European Competition and Regulatory Law Review*, volume 1, n.º 4, 2017, p. 2.

20 Desenvolvidamente, Amorim, Ana Clara Azevedo de, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018, pp. 48-53.

tem um âmbito de aplicação mais alargado do que o DL PCD, na medida em que não exige que os prestadores de serviços sejam profissionais, nem que no lado passivo estejam consumidores. Contudo, os critérios de qualificação dos sujeitos definidos ao nível europeu não são suficientemente inequívocos, o que pode comprometer a proteção dos utilizadores, em benefício de alguns prestadores de serviços.

3.1. Mecanismos de reforço da confiança

I. A par do desenvolvimento tecnológico e da mudança de mentalidade dos consumidores, que passam a valorizar o acesso a bens partilhados em alternativa à propriedade, um dos pilares da economia colaborativa é a confiança entre desconhecidos. Esta confiança contribui para acautelar o risco dos utilizadores, sobretudo quando está em causa uma prestação de serviços que depende da interação presencial entre as partes, como se verifica tipicamente no sector dos transportes e no alojamento²¹. A confiança é gerada pelas próprias plataformas, nomeadamente, através de verificações regulares da informação relativa aos serviços prestados, da implementação de sistemas de segurança nos pagamentos ou da necessidade de uma completa identificação dos intervenientes, que pode resultar do acesso aos perfis disponíveis nas redes sociais²². Mas assenta sobretudo nos utilizadores, que avaliam os serviços prestados pelos operadores, quer de forma qualitativa, mediante comentários e opiniões, quer através de sistemas de pontuação, meramente numéricos.

Estes mecanismos são mais relevantes nas relações C2C (*consumer-to-consumer*) do que nas relações B2C (*business-to-consumer*), na medida em que os particulares não se pautam pelos mesmos padrões de prestação de serviços dos profissionais e não estão sujeitos a regulação especial relativamente aos pares, pelo menos quando não visam a obtenção de vantagens económicas. Assim, o desenvolvimento das plataformas digitais depende de mecanismos de reforço da confiança, como os sistemas de avaliação realizada pelos utilizadores. Na comunicação intitulada “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”, a Comissão Europeia reconheceu que estes mecanismos tendem a desencorajar comportamentos prejudiciais dos

21 Entre outros, Hawlitschek, Florian/Teubner Timm/Weinhardt, Christof, “Trust in the Sharing Economy”, in *Die Unternehmung – Swiss Journal of Business Research and Practice*, volume 70, n.º 1, abril de 2016, p. 28.

22 Collard, Anne-Sophie/Klein, Annabelle/Philippette, Thibault, “L'économie collaborative: entre jeu, participation et confiance”, in *Recherches en Communication*, n.º 42, 2016, p. 199.

intervenientes no mercado e a reduzir a assimetria de informação, «desde que se possa depositar um grau de confiança adequado na qualidade das avaliações e das notações». Potenciam a melhoria dos serviços prestados e contribuem para diminuir o recurso a sistemas sancionatórios, relevando como forma de autorregulação, sobretudo nos casos em que não é aplicável a legislação em matéria de defesa dos consumidores.

A questão foi igualmente abordada pelo legislador nacional no art. 19.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, que obriga as plataformas digitais no sector dos transportes a disponibilizar em relação a cada serviço «mecanismos transparentes, credíveis e fiáveis de avaliação da qualidade do serviço pelo utilizador, nomeadamente por botão eletrónico de avaliação relativo a cada operação».

Importa esclarecer que estes mecanismos não se enquadram no conceito jurídico de publicidade, que assenta na imputabilidade da mensagem ao anunciante²³. Ou seja, não constituem publicidade os conteúdos difundidos espontaneamente pelos utilizadores dos serviços – *User Generated Content* – ainda que aproveitados pelos profissionais. A digitalização das relações de mercado tem contribuído para o desenvolvimento da técnica do passa-palavra, que constitui o mecanismo mais antigo e eficaz de influência dos comportamentos económicos dos consumidores, dada a credibilidade que lhe é atribuída pelos pares. Atenta a correspondência entre informação e poder de mercado numa estrutura concorrencial, a disponibilidade daqueles conteúdos coincidiu com o declínio dos tradicionais meios de comunicação de massas e esteve na origem do afastamento do domínio dos produtores e dos distribuidores, que caracterizou quase todo o século XX, transferindo para os consumidores um papel determinante nas relações de mercado²⁴.

II. Daqui decorre que as plataformas digitais e os prestadores de serviços não são responsáveis pelo teor dos comentários realizados pelos utilizadores, devendo apenas garantir a sua autenticidade. Se as avaliações tiverem sido influenciadas pelos operadores, independentemente de qualquer remuneração, o problema enquadra-se no princípio da identificabilidade. Nos termos do art. 8.º do CPub, o anunciante fica obrigado a identificar de forma inequívoca as comunicações comerciais «qualquer que seja o meio de

23 Amorim, Ana Clara Azevedo de, “Conceito jurídico de publicidade: contributos para uma redefinição”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 14, 2018, p. 21.

24 Seybold, Patricia, *The customer revolution*, Business Books, Londres, 2002, p. 3.

difusão utilizado». Este princípio da identificabilidade coincide com a transparência quanto à natureza publicitária ou finalidade promocional das mensagens, decorrente de uma determinada configuração externa, e visa evitar a instrumentalização das pessoas a objetivos comerciais²⁵. A publicidade oculta ou dissimulada, proibida pelo art. 9.º do CPub, não é imediatamente identificada como comunicação comercial, dado que os destinatários atribuem à informação um carácter imparcial e objetivo. Ora, no contexto da economia colaborativa, que assenta na confiança depositada nas opiniões de outros utilizadores, esta estratégia publicitária é especialmente censurável.

No regime jurídico das práticas comerciais desleais, a publicidade oculta é objeto de uma dupla abordagem, correspondendo, por um lado, a uma ação enganosa que incide sobre a «motivação da prática comercial» nos termos do art. 7.º, n.º 1, alínea c), do DL PCD e, por outro lado, a uma omissão enganosa relativa à «intenção comercial», segundo o art. 9.º, n.º 1, alínea c), do DL PCD. Atualmente, face à prevalência da dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial, a finalidade promocional tende a ser dissimulada através do apelo a sentimentos e da criação de relações de proximidade com os destinatários. As opiniões aparentemente pessoais têm consagração expressa no art. 8.º, alínea z), do DL PCD, que qualifica como prática comercial enganosa em qualquer circunstância «alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor». A hipótese visa as mensagens dos influenciadores digitais, difundidas sobretudo nos blogues pessoais e nas redes sociais, onde se retratam situações quotidianas que integram determinados produtos ou serviços. Quando estas mensagens podem ser imputadas aos anunciantes, devem estar identificadas como comunicação comercial.

A preocupação com a autenticidade dos comentários realizados pelos utilizadores manifesta-se ainda no art. 3.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva (UE) 2019/2161, segundo o qual «caso um profissional disponibilize o acesso a avaliações de produtos efetuadas por consumidores, é considerada substancial a informação sobre se e de que forma esse profissional garante que as avaliações publicadas são efetuadas por consumidores que efetivamente utilizaram ou adquiriram o produto». Esta garantia pode ser acautelada,

25 Amorim, Ana Clara Azevedo de, *A tutela da lealdade nas relações de mercado...*, op. cit., p. 457.

nomeadamente, pela reciprocidade das avaliações ou pela impossibilidade de anonimato dos utilizadores²⁶.

Caso a plataforma digital omita aquela informação, a hipótese integra uma alegação publicitária incompleta, suscetível de induzir em erro os utilizadores, que acreditam estar perante comentários realizados na sequência de uma experiência efetiva de consumo, o que permite reforçar a sua confiança na decisão de transação. Ou seja, não se trata da violação de um dever de informação, mas de um dever de esclarecimento sobre a garantia de autenticidade dos comentários publicados. No entanto, importa referir que, face à cláusula de relevância, a prática comercial se considera desleal apenas se for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio, dado que não subsiste um juízo de deslealdade automático decorrente da omissão em sentido estrito. A deslealdade da prática comercial assenta na relevância dos mecanismos de reforço da confiança no quadro da economia colaborativa. Já não está aqui em causa o princípio da identificabilidade, mas uma obrigação de esclarecer os utilizadores sobre a garantia de autenticidade dos comentários realizados, que impende sobre as plataformas digitais, cujo sucesso depende também da integridade destes sistemas de avaliação.

III. Com a Diretiva (UE) 2019/2161, passam igualmente a ser consideradas enganosas em quaisquer circunstâncias as práticas comerciais que consistem em «declarar que as avaliações de um produto são apresentadas por consumidores que o utilizaram ou adquiriram efetivamente, sem adotar medidas razoáveis e proporcionadas para verificar que essas avaliações são publicadas por esses consumidores» e «apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores ou instruir uma terceira pessoa singular ou coletiva para apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores, ou apresentar avaliações do consumidor ou recomendações nas redes sociais distorcidas, a fim de promover os produtos», de acordo com os pontos 23-B e 23-C introduzidos no Anexo I da Diretiva 2005/29/CE. Cabem aqui as opiniões que não resultam de uma experiência efetiva de consumo, como também o exemplo paradigmático da eliminação de comentários negativos, que distorce a apreciação global relativamente ao produto ou serviço.

²⁶ Barceló Compte, Rosa, "La reputación de las plataformas como motor de confianza en la economía colaborativa", in *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 325-326.

Ambos os pontos concretizam o princípio da veracidade em sentido estrito, recaindo sobre as plataformas digitais e os prestadores de serviços o dever de não induzir em erro os destinatários. Ao contrário do princípio da identificabilidade e do dever de esclarecimento, que obrigam os profissionais ao cumprimento de obrigações de conteúdo positivo relevantes no quadro das omissões enganosas, o princípio da veracidade em sentido estrito tem essencialmente uma dimensão negativa. Ou seja, a preocupação com a autenticidade dos mecanismos de reforço da confiança tem vindo a determinar o desenvolvimento de um conjunto de medidas ao nível europeu, resultantes de uma reivindicação da doutrina, que considera insuficiente a autorregulação das próprias plataformas digitais²⁷.

Nestes casos, suscita-se ainda o problema da responsabilidade pelos conteúdos armazenados nas plataformas digitais, enquanto prestadores de serviços intermediários da sociedade da informação. Nos termos do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, esta responsabilidade pode ser afastada quando a atividade for puramente técnica, automática e de natureza passiva, permitindo admitir que os intermediários desconhecem os conteúdos em causa. Não obstante, na comunicação intitulada “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”, a Comissão Europeia incentivou as plataformas digitais a adotarem comportamentos para ajudar a resolver a questão das notações falsas ou enganosas, por exemplo, através da implementação de mecanismos de verificação independente das avaliações ou da adoção de sistemas de certificação, sem que deixem de beneficiar da referida exoneração de responsabilidade.

3.2. Outras práticas comerciais enganosas

I. Nos termos do art. 6.º do CPub, «a publicidade rege-se pelos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor». Sendo genericamente aplicáveis a todos os suportes, estes princípios regulam também a publicidade realizada na economia colaborativa, pelo que se opta por restringir a abordagem a algumas especificidades que possam verificar-se neste contexto. Assim, serão agora analisadas as práticas comerciais enganosas não relacionadas com os mecanismos de reforço da

²⁷ Quesada Páez, Abigail, “Los sistemas de reputación en la economía colaborativa”, in *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 349.

confiança. Recorde-se que as normas visam a publicidade e não a comunicação espontânea entre consumidores²⁸.

A proibição das práticas comerciais enganosas assenta no princípio da veracidade. Nos termos do art. 10.º, n.º 1, do CPub, «a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos». Está em causa uma vertente objetiva, relativa à falsidade das afirmações, mas também a suscetibilidade de indução em erro, que coincide com a inexatidão da convicção dos destinatários ou das suas fundadas expectativas face ao anúncio. Esta dimensão subjetiva constitui hoje o núcleo fundamental da publicidade enganosa, deixando de relevar apenas a falta de correspondência entre o conteúdo literal do anúncio e a realidade da oferta. De acordo com o art. 60.º da CRP, o princípio da veracidade em sentido estrito acautela sobretudo o direito à informação dos consumidores e a garantia dos seus interesses económicos. Proíbe-se o engano relativo ao conteúdo das mensagens e já não apenas a respetiva forma ou configuração externa²⁹.

No ordenamento jurídico nacional, coexistem a proibição dos atos enganosos em sede de concorrência desleal resultante do art. 311.º, n.º 1, alíneas d), e) e f), do CPI, a disciplina da publicidade enganosa prevista no art. 11.º do CPub, cujo âmbito de aplicação se restringe às relações entre profissionais nos termos do art. 43.º do CPub, e o regime jurídico das práticas comerciais enganosas nas relações com consumidores, constante dos arts. 7.º a 9.º do DL PCD. Todas as normas podem ser invocadas nas relações B2C (*business-to-consumer*) e em alguns casos também nas relações C2C (*consumer-to-consumer*), desde que os operadores atuem com finalidade lucrativa. No entanto, nenhuma parece ser aplicável no caso do mero consumo colaborativo, onde restaria aos utilizadores recorrer a soluções de direito comum, como a responsabilidade civil ou os vícios da vontade.

O engano incide sobre as características demonstráveis dos produtos ou serviços e os benefícios decorrentes da sua utilização, bem como sobre o respetivo preço e outras vantagens económicas. Menos frequentemente, incide sobre o profissional e os direitos do consumidor. Limitado à vertente informativa das mensagens publicitárias, o âmbito de aplicação do princípio da veracidade em sentido estrito exclui as apreciações subjetivas,

28 Contra, Apa, Ernesto, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Jovene Editore, Nápoles, 2011, p. 25.

29 Carvalho, Maria Miguel, "O conceito de publicidade enganosa", in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 705.

nomeadamente, de conteúdo emocional ou simbólico³⁰. Exclui igualmente o exagero publicitário, que tende a resultar de considerações vagas, irreais ou ficcionadas, geralmente associadas a autoelogios genéricos ou afirmações de superioridade, liderança ou exclusividade em relação ao conjunto dos concorrentes. O exagero publicitário visa atrair a atenção dos destinatários para um determinado conteúdo promocional, que não é objeto de uma análise racional nem de uma reflexão ulterior, dado que não se destina a ser interpretado literalmente³¹.

No quadro europeu do desenvolvimento do Mercado Interno, a proibição do engano depende ainda da verificação de uma cláusula de relevância, relativa à distorção substancial do comportamento económico do consumidor, de acordo com os arts. 7.º e 9.º do DL PCD. Ou seja, segundo o art. 3.º, alínea e), do DL PCD, importa que a prática comercial «prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo». Desta forma, existe distorção substancial maioritariamente nas situações em que o consumidor toma uma decisão de transação não tendo intenção de o fazer ou em moldes diferentes daqueles que melhor correspondem à satisfação das suas necessidades, como se verifica nos casos em que utiliza o serviço mediante pagamento de um preço superior. De acordo com a jurisprudência do TJUE desenvolvida a partir do caso *Nissan* (acórdão de 16 de janeiro de 1992, processo n.º C-373/90), fica excluída da cláusula de relevância a mera influência da prática comercial sobre o comportamento económico do consumidor.

Face à dimensão subjetiva da publicidade enganosa e à consagração de uma cláusula de relevância no regime jurídico das práticas comerciais desleais, o considerando 18 da Diretiva 2005/29/CE enuncia como critério de aferição o «consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística». Trata-se de um conceito evolutivo, que pondera a atitude e os conhecimentos da pessoa, sobretudo ao nível da experiência e da aptidão necessárias para interpretar corretamente as mensagens, bem como a adoção de um comportamento ativo e responsável na procura de informação³².

30 Fernández-Novoa, Carlos, “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad”, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 2, 1975, p. 378.

31 Amorim, Ana Clara Azevedo de, *Manual de Direito da Publicidade*, op. cit., p. 114.

32 González Vaqué, Luis, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17, ano 8, janeiro/abril 2004, p. 47.

Acresce que, ao admitir a possibilidade de se recorrer ao «membro médio de um grupo», o art. 5.º, n.º 2, do DL PCD permite atender às especificidades de determinados segmentos de mercado, como os consumidores que recorrem frequentemente a serviços prestados no contexto da economia colaborativa. Daqui decorre que, para efeitos da proibição dos atos enganosos, releva a relação de proximidade que estes consumidores mantêm com as tecnologias digitais e o seu elevado espírito crítico³³. Nos termos do art. 6.º, alínea a), do DL PCD, este parâmetro de mediania não prejudica a tutela nos casos de particular vulnerabilidade, nomeadamente, resultante de infoexclusão.

Paralelamente a este critério de aferição, a suscetibilidade de indução em erro deve ser avaliada em função da integridade ou indivisibilidade das mensagens, que determina uma análise qualitativa centrada na impressão global, sem atender separadamente a cada uma das partes integrantes³⁴. Neste sentido, o engano incide sobre o significado mais imediato do anúncio, afastando-se eventuais interpretações subtis do seu conteúdo. É também a integridade ou indivisibilidade que determina a predominância de alguns elementos na interpretação das mensagens, por exemplo, quando através do recurso a letra excessivamente pequena o anunciante contradiz a parte do anúncio destinada a captar a atenção dos destinatários.

Ora, a Diretiva (UE) 2019/2161 veio introduzir uma nova prática comercial enganosa relativa à classificação dos serviços apresentada aos utilizadores, nomeadamente, nas plataformas digitais, que consiste em «fornecer resultados de pesquisa em resposta a uma consulta em linha do consumidor sem revelar claramente o pagamento de publicidade ou outro pagamento efetuado especificamente para obter uma classificação superior dos produtos nos resultados da pesquisa», de acordo com o ponto 11-A do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE. A relevância desta hipótese assenta no facto de a classificação distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos utilizadores que procuram serviços da economia colaborativa. Trata-se ainda de uma concretização do princípio da identificabilidade, na medida em que os resultados de pesquisa apresentados pela plataforma digital são influenciados pela relação existente com os operadores, que não é revelada aos utilizadores. No entanto, ao contrário do que resulta do princípio geral

³³ Scorza, Guido, "Il consumatore telematico", in *Commercio Elettronico e Tutela del Consumatore*, Giuffrè, Milão, 2003, p. 35.

³⁴ Tato Plaza, Anxo, "Prácticas comerciales engañosas con los consumidores", in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 29, 2008/2009, p. 551.

consagrado no art. 8.º do CPub e do próprio conceito jurídico de publicidade, a hipótese fica dependente da existência de uma remuneração.

II. O regime jurídico das práticas comerciais desleais adota uma abordagem mista, com três níveis de densificação. Começa por estabelecer, no art. 5.º do DL PCD, uma cláusula geral, de conteúdo valorativo, que proíbe as práticas comerciais contrárias à diligência profissional, suscetíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio. Consagra depois, nos arts. 7.º, 9.º e 11.º do DL PCD, ainda sob a forma de cláusulas gerais, as categorias das práticas comerciais enganosas – por ação, na dupla vertente de falsidade das informações e suscetibilidade de indução em erro ou por omissão – e das práticas comerciais agressivas decorrentes de assédio, coação ou influência indevida. Prevê também, nos arts. 8.º e 12.º do DL PCD, uma lista de práticas comerciais consideradas desleais em qualquer circunstância, que tem vindo a ser desenvolvida, mas que traduz uma mera concretização das cláusulas gerais.

Daqui decorre que as práticas comerciais que passam a constar do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE, na sequência da aprovação da Diretiva (UE) 2019/2161, já eram proibidas, ainda que não estivessem especialmente consagradas. Na verdade, à semelhança do que se verifica em sede de concorrência desleal, a aplicabilidade direta da cláusula geral releva face à evolução das próprias relações de mercado, potenciada hoje sobretudo pelas tecnologias digitais³⁵. As referidas práticas comerciais violam também os princípios gerais da identificabilidade e da veracidade, consagrados nos arts. 8.º e 10.º do CPub, pelo que as concretizações agora introduzidas ao nível europeu não traduzem necessariamente um reforço da proteção dos consumidores. Apenas o direito à informação parece ter sido desenvolvido³⁶.

Contudo, o problema continua a suscitar-se ao nível do âmbito de aplicação subjetivo da proteção, na medida em que os particulares representam uma grande parte dos prestadores de serviços na economia colaborativa. No quadro do regime jurídico das práticas comerciais desleais, apenas um conceito amplo de profissional é suscetível de garantir soluções uniformes para os problemas suscitados por agentes económicos que atuam no mercado em termos funcionalmente equiparados. Esta uniformidade permite

35 Dona, Massimiliano, *Publicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, UTET, Milão, 2008, p. 23.

36 Barbosa, Mafalda Miranda, “Alguns perigos dos Mercados Digitais e as respostas do Direito Europeu do Consumidor”, in *Revista de Filosofia do Direito do Estado e da Sociedade*, volume 11, n.º 1, janeiro/junho de 2020, p. 73.

garantir a proteção dos destinatários, sobretudo quando os operadores utilizam as mesmas plataformas, e, ao contrário do que poderia ser defendido a propósito dos requisitos de acesso à atividade, não viola o princípio da proporcionalidade. Recorde-se que está em causa uma perspetiva extra-contratual, que impõe aos agentes económicos sobretudo obrigações de conteúdo negativo, como o dever de não induzir em erro os destinatários. Acresce que, em ambos os casos, os utilizadores se encontram em posição de desvantagem face aos prestadores de serviços, não existindo uma relação de igualdade entre as partes³⁷.

Ainda no quadro da Diretiva 2005/29/CE, alguns autores defendem o carácter marcadamente funcional do conceito de profissional, que pressupõe apenas a atuação no mercado, independentemente do sector de atividade, forma jurídica de organização e finalidade lucrativa³⁸. Apesar de se reconhecer que a prática de um ato isolado não permite qualificar o sujeito como profissional, a delimitação do conceito permanece em aberto³⁹. No direito comparado, consagra-se a noção mais ampla de participante no mercado, que abrange não só os concorrentes e os consumidores, mas «todas as pessoas que ofereçam ou procurem produtos ou serviços», como resulta do § 2, n.º 1 (2), da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* alemã de 2004. Também o art. 3.º, n.º 1, da *Ley de Competencia Desleal* espanhola de 1991 compreende no âmbito de aplicação subjetivo «os empresários, profissionais e quaisquer outras pessoas físicas ou jurídicas que participem no mercado». Desta forma, seguindo o que resultava da jurisprudência, verifica-se uma “desprofissionalização” da disciplina, que passa a ser aplicável sempre que a atuação dos operadores no mercado vise a satisfação de necessidades económicas e sociais da procura, mesmo sem finalidade lucrativa⁴⁰.

Na medida em que os critérios de qualificação dos sujeitos definidos ao nível europeu não são suficientemente inequívocos, a segurança jurídica está dependente da delimitação do conceito de profissional nos ordenamentos jurídicos nacionais, para efeitos da economia colaborativa. À semelhança do

37 Jacquemin, Hervé, “Consumers contracting with other consumers in the sharing economy: fill in the gaps in the legal framework or switch to the blockchain model?”, in *Revista d’Internet, Dret i Política*, n.º 28, fevereiro de 2019, p. 49.

38 Massaguer Fuentes, José, *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Civitas, Madrid, 2006, p. 25.

39 Howells, Geraint/Micklitz Hans-Wolfgang/Wilhelmsson, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Hampshire, 2006, p. 68.

40 Desenvolvidamente, Pérez Mosteiro, Amelia María, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal. Efectos de la armonización comunitaria*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, p. 78.

que se defendeu a propósito da disciplina da concorrência desleal, a remuneração dos operadores parece traduzir um parâmetro adequado em sede de direito da publicidade, em conformidade com o que resulta também da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, e do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, aplicáveis respetivamente ao sector dos transportes e ao alojamento. Neste sentido, enquanto o profissional visa a obtenção de vantagens económicas, na “verdadeira” economia colaborativa os serviços são prestados gratuitamente ou apenas mediante compensação dos custos incorridos, não podendo invocar-se o regime jurídico das práticas comerciais desleais.

Assim, apenas depois de delimitados os critérios de qualificação dos operadores, as plataformas digitais podem exigir a identificação dos profissionais, que corresponde a uma proteção acrescida dos utilizadores, atenta a impossibilidade de aplicar a legislação em matéria de defesa dos consumidores nos restantes casos. Se estiver em causa uma proposta contratual ou um convite a contratar, esta informação é considerada substancial, para efeitos da disciplina das omissões enganosas prevista no art. 10.º, alínea b), do DL PCD, pelo que a referência vai passar a constar expressamente do regime jurídico das práticas comerciais desleais, nos termos do art. 3.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva (UE) 2019/2161. De acordo com a norma introduzida, importa permitir aos utilizadores reconhecer, «para os produtos oferecidos nos mercados em linha, se o terceiro que oferece os produtos é ou não um profissional, com base nas declarações prestadas por esse terceiro ao prestador do mercado em linha». No entanto, sem a prévia delimitação do conceito de profissional, esta exigência pode vir a criar ainda maior ambiguidade, tanto para os operadores, como para os utilizadores.

Em suma, o legislador europeu manifesta uma preocupação com a concretização de algumas modalidades de práticas comerciais enganosas relevantes no quadro da economia colaborativa, mas não resolve o problema central do âmbito de aplicação subjetivo do regime jurídico.

Conclusão

As soluções consagradas no ordenamento jurídico português em matéria de concorrência desleal, segredos comerciais e direito da publicidade são adequadas para dar resposta aos problemas identificados no quadro da economia colaborativa, apesar de subsistirem dificuldades na aplicação do quadro legal vigente. Ao contrário do que se verifica na concorrência ilícita, estes regimes jurídicos incidem sobre os meios utilizados pelos profissionais no exercício de uma atividade económica genericamente admitida.

A valoração destas formas de atuação no mercado assenta em normas de conteúdo valorativo, como as cláusulas gerais.

Na medida em que a propriedade tende a dar lugar ao acesso a bens partilhados, as tradicionais relações entre vendedores e compradores são substituídas por relações entre prestadores de serviços e utilizadores. Neste contexto, constata-se a necessidade de acautelar sobretudo fatores relacionais, como a reputação económica e a confiança entre pares. No primeiro caso, as plataformas digitais e os prestadores de serviços são protegidos pela proibição de atos de denegrição, mas sobretudo de aproveitamento, em sede de concorrência desleal. No segundo caso, a proteção dos utilizadores resulta do direito da publicidade, onde se inclui o regime jurídico das práticas comerciais desleais, que tem sido desenvolvido ao nível europeu, nomeadamente, atendendo à relevância dos mecanismos de reforço da confiança na economia colaborativa.

Contudo, enquanto a disciplina da concorrência desleal e os segredos comerciais dependem da existência de um ato de intervenção no mercado, objetivamente apreciado, o regime jurídico das práticas comerciais desleais tem o seu âmbito de aplicação subjetivo delimitado pelo conceito de profissional. Ora, conclui-se que o recurso a critérios de qualificação dos sujeitos que não são suficientemente inequívocos pode comprometer a proteção dos utilizadores na economia colaborativa, onde também os particulares visam frequentemente a obtenção de vantagens económicas. Nestes casos, parece justificado exigir ainda o cumprimento dos princípios gerais da identificabilidade e da veracidade, em matéria de comunicação comercial.

Referências

Alfaro Aguila-Real, Jesús, "Competencia desleal por infracción de normas", in *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 202, outubro/dezembro 1991, pp. 667-730.

Amorim, Ana Clara Azevedo de, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017.

_____, "A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos", in *RED – Revista Electrónica de Direito*, n.º 2-2017, pp. 1-37.

_____, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018.

_____, "Conceito jurídico de publicidade: contributos para uma redefinição", in *Estudos de Direito do Consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 14, 2018, pp. 21-51.

_____, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código da Propriedade Industrial", in *RED – Revista Electrónica de Direito*, n.º 2-2019, pp. 11-41.

Apa, Ernesto, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Jovene Editore, Nápoles, 2011.

Ascensão, José de Oliveira, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002.

Barbosa, Mafalda Miranda, "Alguns perigos dos Mercados Digitais e as respostas do Direito Europeu do Consumidor", in *Revista de Filosofia do Direito do Estado e da Sociedade*, volume 11, n.º 1, janeiro/junho de 2020, pp. 65-87.

Barceló Compte, Rosa, "La reputación de las plataformas como motor de confianza en la economía colaborativa", in *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 319-334.

Belk, Russell, "Sharing Versus Pseudo-Sharing in Web 2.0", in *Anthropologist*, volume 18, n.º 1, 2014, pp. 7-23.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto (coord.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Navarra, 2011.

Carvalho, Maria Miguel, "O conceito de publicidade enganosa", in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 675-706.

Collard, Anne-Sophie/Klein, Annabelle/Philippette, Thibault, "L'économie collaborative: entre jeu, participation et confiance", in *Recherches en Communication*, n.º 42, 2016, pp. 189-202.

Dona, Massimiliano, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, UTET, Milão, 2008.

Fernández-Novoa, Carlos, "La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad", in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 2, 1975, pp. 369-391.

Gómez-Álvarez Díaz, Rosario/Morales-Sánchez, Rafael, "Principios ontológicos de la economía colaborativa verdadera", in *Economía Colaborativa...¿De Verdad?*, Murcia, Laborum, 2018, pp.15-42.

Gonçalves, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.

González Vaqué, Luis, "La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17, ano 8, janeiro/abril 2004, pp. 47-81.

Hawlitcschek, Florian/Teubner, Timm/Weinhardt, Christof, "Trust in the Sharing Economy", in *Die Unternehmung – Swiss Journal of Business Research and Practice*, volume 70, n.º 1, abril de 2016, pp. 26-44.

Howells, Geraint/Micklitz, Hans-Wolfgang/Wilhelmsson, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Hampshire, 2006.

Jacquemin, Hervé, "Consumers contracting with other consumers in the sharing economy: fill in the gaps in the legal framework or switch to the blockchain model?", in *Revista d'Internet, Dret i Política*, n.º 28, fevereiro de 2019, pp. 44-55.

Massaguer Fuentes, José, *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Civitas, Madrid, 2006.

Martins, Patrícia Fragoso, "Sharing economy, competition and regulation: the case of Uber in the case-law of the Court of Justice of the European Union", in *UNIO – EU Law Journal*, volume 5, n.º 1, pp. 54-67.

Miranda Serrano, Luis María, "Economía Colaborativa y Competencia Desleal ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?", in *Revista de Estudios Europeos*, n.º 70, julho/dezembro 2017, pp. 197-249.

Olavo, Carlos, *Propriedade Industrial*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005.

Paúl, Jorge Patrício, *Concorrência Desleal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1965.

_____, "Concorrência desleal e direito do consumidor", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, I, junho 2005, pp. 89-108.

Paz-Ares, Cándido, "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)", in *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 159, janeiro/março 1981, pp. 7-147.

Pérez Bes, Francisco, "La utilización de *metatags* en el comercio electrónico", in *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, n.º 54, abril/junho 2009, pp. 77-115.

Pérez Mosteiro, Amelia María, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal. Efectos de la armonización comunitaria*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011.

Portellano Díez, Pedro, *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1995.

Quesada Páez, Abigail, "Los sistemas de reputación en la economía colaborativa", in *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 335-351.

Ranchordás, Sofia, "Peers or Professionals? The P2P-Economy and Competition Law", in *European Competition and Regulatory Law Review*, volume 1, n.º 4, 2017, pp. 1-14.

Richter, Heiko/Slowinski, Peter, "The Data Sharing Economy: On the Emergence of New Intermediaries", in *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, volume 50, 2019, pp. 4-29.

Scorza, Guido, "Il consumatore telematico", in *Commercio Elettronico e Tutela del Consumatore*, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 19-40.

Seybold, Patricia, *The customer revolution*, Business Books, Londres, 2002.

Suñol Lucea, Aurea, *El secreto empresarial: un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 2009.

Tato Plaza, Anxo, "Prácticas comerciales engañosas con los consumidores", in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 29, 2008/2009, pp. 529-572.

Tullio, Paolo, "In tema di concorrenza sleale sui rapporti tra Uber e le cooperative di radiotáxi", in *Diritto dei Trasporti*, ano XXX, n.º 3, 2017, pp. 917-930.

Economia colaborativa e (nova) normatividade: uma visão administrativa das respetivas interdependências e dinâmicas de legitimação

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.26>

Isabel Celeste Fonseca*
Luiz Paulo Ribeiro da Costa**

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho.

** Mestre em Direito dos Negócios Europeu e Transnacional.

Resumo: A economia partilhada pressupõe consumo sustentável que seja centrado não na propriedade, mas na utilidade do bem ou serviço, e pressupõe democracia do consumo e das tecnologias necessárias para tal, demandado a regulação e a fiscalização por parte do Estado conjuntamente com uma autorregulação (autorizada pelo Estado e nos limites da legalidade). Neste sentido, cumpre observar que a regulação deve também ser partilhada entre o Estado e o setor económico, de modo a encaminhar uma direção do compartilhamento no sentido da concretização da política pública que se pretende fazer efetiva, tendo em mira as diretrizes locais, nacionais e supranacionais. A economia colaborativa e de partilha é interrelacionada e dependente de um Estado Democrático que atue para implementação efetiva de políticas públicas, autorizando e fomentando a participação popular no que concerne à inovação, fruto da transparência e da atuação empreendedora, consoante uma regulação que não tolha a atividade e que permita a tomada de consciência autorregulatória, de modo que o bem ou serviço inserido numa economia partilhada venha ao encontro do interesse público e do desenvolvimento sustentado das pessoas e das comunidades por meio de uma administração colaborante com o setor privado e com a cidadania.

Palavras-chave: Economia colaborativa – direito público – economia circular – dimensões da economia colaborativa – sustentabilidade.

Sumário: **1.** Introdução: o fundamento está na Constituição da República. **2.** A economia compartilhada e o encontro com o direito administrativo. **3.** O direito administrativo indutor de confiança para a economia colaborativa. **4.** (Auto) regulação da economia compartilhada. **5.** Economia compartilhada: as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) tornam o mundo local. **6.** Referências.

Abstract: The shared economy presupposes sustainable consumption, based not on property but on the usefulness of goods or services, democratizing consumption and the technologies necessary for this; but which requires regulation and supervision by the State in conjunction with a self-regulation (authorized by the State and within the limits of legality). In this respect, it should be noted that regulation must also be shared between the State and the economic sector in order to direct a direction of sharing towards the implementation of public policy which is intended to be made effective

with a view to local, national and supranational guidelines. The collaborative and sharing economy is interrelated and dependent on a Democratic State that acts for the effective implementation of public policies authorizing and fostering popular participation in terms of innovation, the result of transparency and entrepreneurial action, depending on a regulation that is not an activity's deterrent and allows self-regulatory awareness so that the goods or services inserted in a shared economy meets the public interest and the people's and communities' development through a collaborative action between public administration, private sector and citizenship.

Keywords: Collaborative economy – public law – economic circularity – efficiency – sustainability.

Summary: **1.** Introduction: the foundation is in the Constitution of the Republic. **2.** The shared economy and its meeting with administrative law. **3.** The trust inducer administrative law for the collaborative economy. **4.** (Self) regulation of the shared economy. **5.** Shared economy: Information and Communication Technologies (ICT) make the world local. **6.** References.

1. Introdução: o fundamento está na Constituição da República

É na Carta Constitucional que se alicerça e se funda o Estado, sendo esta a Lei Maior, que faz legitimar um Estado e consolidar uma Nação.

A Lei Fundamental do Estado Português estabelece de modo muito firme em seu art. 1.º que «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária»¹.

Verifique-se que o princípio máximo do Estado Português visa garantir uma sociedade livre e voltada para a prossecução constante da dignidade humana; vale dizer que aqueles que estão sob a égide deste ordenamento jurídico podem organizar-se, obviamente, dentro das estipulações legais e constitucionais, para empreender, de forma individual ou comunitária, tendo por escopo a sua própria dignidade ou o arranjo local onde conduzem suas vidas.

O art. 2.º do texto constitucional preceitua que as pessoas podem e devem viver suas vidas e o Estado deve promover a sua administração «visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa»².

Neste contexto democrático e que incentiva uma economia compartilhada, isto é, economia voltada para o bem e interesse comuns, fica evidenciado o incentivo ou apoio no sentido de as comunidades, localidades ou grupos se organizarem e se promoverem, quando o próprio mercado ou o próprio Estado não evidenciem capacidade para satisfazer as respetivas necessidades. A Constituição Portuguesa acompanha a vida pós-moderna e, diga-se, adapta-se para atender a estes novos postulados sociais, aos quais o direito estatal deve atender, seja regulando-os, garantindo direitos ou mesmo exercendo o silêncio eloquente para que uma certa autorregulação cumpra seu papel. Pedro Costa Gonçalves³ refere o seguinte, ao tratar do Estado Administrativo e dos seus objetivos: «O estado Administrativo existe para cumprir objetivos e realizar valores; numa leitura que pretende considerar

1 *Constituição da República Portuguesa*, art. 1.º, acessado em 02.05.2021 em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

2 *Constituição da República Portuguesa*, art. 2.º, acessado em 02.05.2021 em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

3 Gonçalves, Pedro C., *Manual de Direito Administrativo – Vol. 1*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 45.

apenas o núcleo fundamental, serão dois os objetivos essenciais prosseguidos pelo Estado Administrativo e que, em simultâneo, o explicam e justificam: a realização do interesse público, por um lado, e a realização e a proteção de certos direitos dos cidadãos, por outro lado».

Isto posto, tem-se que o interesse público é o farol do ordenamento jurídico-administrativo português, determinando expressamente a obediência de toda a administração pública aos princípios constitucionais, nomeadamente a legalidade, a transparência, a livre iniciativa, a proporcionalidade, a concorrência aberta e a eficiência; alguns mais podem ser adicionados a estes, como os enumerados no art. 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), que são a igualdade, a justiça, a imparcialidade e a boa-fé.

Estes princípios são, sem dúvida, uma orientação para uma melhor administração pública, que cumpre os seus objetivos e favorece o interesse público primário sobre os interesses secundários da administração pública. Diante dessa dinâmica frenética do mundo atual, como é definido pelo acrónimo V.U.C.A. – *Volatility* (volatilidade), *Uncertainty* (incerteza), *Complexity* (complexidade) e *Ambiguity* (ambiguidade) –, o direito público e, em especial o direito administrativo, deve estar pronto a despir-se de verdades consolidadas, aceitar e adaptar-se a novos meios de prossecução e consecução de uma vida digna, aceitar consensualismo e assumir uma postura à altura dos olhos da cidadania, em parceria e não como um ser assustado face às novidades que minuto a minuto são apresentadas.

O Estado, por intermédio da administração pública, é obrigado, nos termos do art. 81.º da CRP, a «promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável, promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento [...] e assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral».

Tendo o cenário de ampla, constante e muito rápida inovação, para o bem e para o mal, tanto da sociedade quanto do Estado, importa realçar que a administração pública, nunca olvidando do seu papel constitucional e legal, adote soluções para melhor concretização dos seus desideratos, aceitando e fomentando novas formas e métodos de organização social,

onde o cidadão não será apenas o utente, o administrado e o consumidor. Antes, para ele será reservado o papel de protagonismo para que as funções públicas primordiais sejam atingidas. Pedro Costa Gonçalves⁴ ensina que: «[N]ão existe um monopólio da realização do interesse público pela administração pública. Com efeito, na esfera da Sociedade Civil, no campo da autonomia privada e com instrumentos do direito privado, os cidadãos podem desenvolver atividades com a finalidade de servir interesses gerais da coletividade (atividades de solidariedade social...). Por outro lado, a lei pode orientar, fomentar e reconhecer a ação privada que se desenvolva no sentido da realização de interesses públicos (...) inscrevendo-se num fenómeno geral de partilha de responsabilidades entre o Estado e os cidadãos para realização do bem comum».

A cidadania é tão responsável quanto a administração pública na prossecução do interesse público e, ao partir para uma forma compartilhada de exercício da atividade económica, tendo por fito a dignidade humana na sociedade de consumo atual, onde sequer se pode falar em quarta ou quinta Revolução Industrial, mas numa Revolução Digital e Sustentável, o direito administrativo deverá se acomodar para enfrentar os desafios postos – e já com algum atraso.

2. A economia compartilhada e o encontro com o direito administrativo

Considerando que a teoria económica surgiu tendo como ponto de partida o indivíduo, suas aspirações e a satisfação das suas necessidades e interesses⁵, e ainda que a humanidade caminha para brevemente ter mais de 7 mil milhões de habitantes e que o somatório desses interesses individuais pode muito bem não resultar num benefício coletivo, é preciso que este “Homo Economicus”⁶ altere o seu comportamento individualista e competitivo para um senso de comunidade, cooperação e empatia.

O altruísmo deve ser o grande mote para a economia compartilhada, para que exista *chance* de satisfazer os direitos humanos, numa métrica que possibilite a manutenção do planeta. A sustentabilidade é fator essencial

4 Gonçalves, Pedro C., *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 55.

5 Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, Penguin Books, 1982.

6 Raworth, Kate, *Economia Donut: Uma Alternativa ao Crescimento a Qualquer Custo*, Rio de Janeiro, Zahar, 2019, p. 107.

para a economia compartilhada. O ser humano é treinado e educado para acumular e até tirar dos outros, mas o que surpreende é que há enorme capacidade para dividir⁷. A economia e as relações humanas, disciplinadas pelo Direito, que são, no âmbito e numa perspectiva sustentável, de inteligência e solidariedade precisam de novos conceitos e novas aplicabilidades face às questões relativas ao aumento de desigualdade entre as pessoas e nações, em todos os aspetos aí envolvidos.

É neste contexto de consensualismo, parceria, fomento e regulação, usando sempre e cada vez mais os atributos que a tecnologia permite, que se deve inserir a administração pública e o tema da economia colaborativa. Interessante alegoria a um roteiro de peça teatral é feito por Kate Raworth⁸: «Economia: A História do Século XXI (na qual criamos um equilíbrio próspero)

Montagem e roteiro: obra em progresso realizada por pessoas que repensam a economia em toda parte. Elenco, por ordem de entrada: A Terra, que dá a vida – portanto, respeite seus limites; A Sociedade, que é fundacional – portanto, alimente suas conexões; A Economia, que é diversificada – portanto, apoie seus sistemas; O Agregado Familiar, que é nuclear – portanto, valorize sua contribuição; O Mercado, que é poderoso – portanto, integre-o com sabedoria; Os Bens Comuns, que são criativos – portanto, libere seu potencial; O Estado, que é essencial – portanto, torne-o responsável; As Instituições Financeiras, que estão a serviço – portanto, faça-as servir à sociedade; As Empresas, que são inovadoras – portanto, dê um propósito a elas; O Comércio, que tem dois lados, portanto, torne-o justo; O Poder, que permeia tudo – portanto, vigie seus abusos».

O roteiro da peça teatral em que se desenha a economia deste século XXI, como se infere do acima exposto, depende primordialmente de uma administração pública que esteja consoante a necessidade de um compartilhamento integral de informações, regulando a atuação dos atores envolvidos, aplicando-se-lhes, num primeiro e essencial plano, as normas de integridade, transparência e governança, para que daí deflua a tão necessária confiança, para partilhar, e saber com quem se partilha, e o que esperar. A administração deve atuar em conjunto e de modo a partilhar ónus e bônus com a sociedade e com aqueles que se valem da economia compartilhada para alcançar aquilo que melhor lhes aprouver, sem a quebra do contrato social.

⁷ Daly, H. e Farley, J., *Ecological Economics I*, Washington, Island Press, 2011.

⁸ Raworth, Kate, *op. cit.*, p. 83.

De cada frase se retira um agir estatal e dali algumas diversas providências administrativas, com o respeito primordial pela vida e pelo meio-ambiente; a sustentabilidade como padrão e a conduta ética e transparente como formas de exercer as funções; a regulação e a permissão para autorregulação; a exigência de propósitos ligados aos deveres democráticos e de suporte de uma vida digna. O direito, como obra do engenho humano, já traz em si a normatividade para tais questões, sendo necessário o hábito da atualização constante e de aceitação de mudanças e implementação de inovações.

O Estado, enquanto arranjo social, que se espera democrático e alicerçado numa constituição garantista e responsável com as atuais e futuras gerações, deve possibilitar que as pessoas de forma livre cooperem entre si, para suprir carências da própria administração ou do mercado. Economia compartilhada significa que o Estado deve empoderar as sociedades para que, dentro de um enquadramento legal, possam também compartilhar o papel de atores principais, suprindo serviços, dividindo bens, multiplicando conexões para maior inovação e somando empatia, por meio da educação, saúde, provendo fomento financeiro, tecnológico, atuando fortemente pela sustentabilidade e regulando os atores económicos com equilíbrio de um bom parceiro. Assim Raworth⁹ desdobra o seu roteiro no que concerne ao papel da administração pública.

A definição de Administração Pública incorpora frequentemente os meios, pessoal, funções e ativos organizados para atingir propósitos e objetivos. Como o objetivo é a administração pública, estes propósitos devem servir o interesse público.

Paulo Otero¹⁰ ensina que a administração pública tem a sua existência assente em três pilares: interesse público, efeito vinculativo, responsabilidade. O interesse público funciona como uma dimensão teleológica de toda a atividade administrativa: a administração pública tem a sua pedra angular na procura de interesse público.

O efeito vinculativo revela os parâmetros normativos do cumprimento orgânico, processual, material e teleológico da ação administrativa: a administração pública é o servidor da normatividade. A responsabilidade, a prestação de contas e a transparência proporcionam o controlo dos resultados

⁹ *Idem, ibidem*, p. 96.

¹⁰ Otero, Paulo, *Manual de Direito Administrativo – Volume I*, 2.^a reimpressão, Coimbra, Almedina, 2013, p. 63.

ou efeitos da conduta administrativa, com a intenção de medir o respeito efetivo do interesse público e vinculativo: pelas suas ações e omissões, a administração pública deve ser sempre “responsabilizada”.

O direito administrativo deve ser um fator de incremento e mesmo de fundamento da economia colaborativa, pois, sendo a mensagem estatal que induz comportamentos, o direito administrativo deve ser também a voz e a ferramenta para concretizar os direitos humanos e as garantias constitucionais, assegurando à comunidade que esta possa exercer as suas potencialidades, os seus direitos subjetivos, associar-se, cooperar sem maiores perturbações, dentro de uma legalidade, governança e integridade esperadas.

Uma Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de junho de 2017, sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa¹¹, dá o tom de como a União Europeia, por meio da sua própria administração pública e das administrações dos Estados-Membros, confere destaque à economia colaborativa e a forma como os entes estatais devem atuar de modo a ser desenvolvida e o seu impacto nas relações contratuais, de consumo, de trabalho e principalmente nas economias locais, municipais, autárquicas, uma vez que se trata de uma forma de construção de valor a partir da própria localidade e no mais das vezes ali circunscrita. *Vide* os parágrafos abaixo transcritos:

«6. Reconhece simultaneamente que a economia colaborativa pode ter um impacto significativo nos modelos empresariais regulamentados e há muito estabelecidos em diversos setores estratégicos, como os transportes, o alojamento, a indústria da restauração, os serviços, o comércio a retalho e o setor financeiro; compreende os desafios resultantes da coexistência de normas jurídicas diferentes aplicáveis a agentes económicos semelhantes; considera que a economia colaborativa capacita os consumidores, cria novas oportunidades de emprego e tem potencial para facilitar o cumprimento de obrigações fiscais, embora saliente a importância de garantir um elevado nível de proteção dos consumidores, de proteger plenamente os direitos dos trabalhadores e de assegurar o respeito pelas obrigações fiscais; reconhece que a economia colaborativa afeta tanto o ambiente rural como o ambiente urbano;

7. Destaca a incerteza sentida pelos empresários, pelos consumidores e pelas autoridades quanto à forma de aplicar a regulamentação vigente em

11 Parlamento Europeu, *Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, 2017, acessado em 05.05.2021 em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_PT.html.

certos setores e a conseqüente necessidade de eliminar as zonas de incerteza regulamentar, manifestando preocupação relativamente ao risco de fragmentação do mercado único; está consciente de que, se não forem devidamente regulamentadas, estas alterações poderão criar incerteza jurídica em matéria de regras e restrições aplicáveis ao exercício dos direitos individuais e à proteção do consumidor; entende que a regulamentação tem de estar adequada à era digital e manifesta profunda preocupação quanto ao impacto negativo da insegurança jurídica e da complexidade regulamentar nas empresas europeias em fase de arranque e nas organizações sem fins lucrativos que participam na economia colaborativa;

8. Considera que o desenvolvimento de um ambiente regulamentar dinâmico, claro e – sempre que for necessário – harmonizado, bem como o estabelecimento de condições de concorrência equitativas, são condições de base fundamentais para uma economia colaborativa próspera na UE;

[...]

50. Verifica que cada vez mais autoridades e governos locais já participam ativamente na regulamentação e no desenvolvimento da economia colaborativa, pondo em evidência as práticas colaborativas enquanto objeto das suas políticas e também enquanto princípio estruturante de novas formas de governação colaborativa e de democracia participativa;

51. Observa que as autoridades nacionais, regionais e locais dispõem de uma ampla margem de manobra para adotar medidas específicas e proporcionadas, que sejam plenamente consentâneas com a legislação da UE, no sentido de dar resposta a objetivos de interesse público claramente definidos; insta, por conseguinte, a Comissão a apoiar os Estados-Membros na elaboração das suas políticas e na adoção de normas compatíveis com a legislação da UE;

52. Assinala que as cidades foram pioneiras nesta matéria – uma vez que as características urbanas, como a densidade populacional e a proximidade física, favorecem a adoção de práticas colaborativas –, tendo alargado as suas prioridades além das cidades inteligentes às cidades de partilha e facilitado a transição no sentido de infraestruturas mais favoráveis aos cidadãos; manifesta igualmente a convicção de que a economia colaborativa pode criar oportunidades de relevo para as zonas periféricas interiores, as zonas rurais e os territórios desfavorecidos, pode favorecer formas de desenvolvimento inovadoras e inclusivas e pode ter um impacto socioeconómico

positivo e ajudar as comunidades marginalizadas em virtude dos benefícios indiretos do setor do turismo».

A economia compartilhada tem na legislação da União Europeia e, mais especificamente, na portuguesa grande ferramenta para ser exercida, uma vez que o Estado português tem como um de seus objetivos a promoção do “bem-estar e a qualidade de vida” das pessoas.

Para atingir este objetivo, o Estado pode e deve adotar “empurrões” legais para que as pessoas possam partilhar utilizando os instrumentos de que dispõe nesta era maravilhosa e aterrorizante da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC).

Por isso mesmo, a administração pública vem-se transformando em administração cada vez mais eletrónica, facilitando a vida dos cidadãos, de modo que eles possam também exercer estatutos e direitos e possam comunicar entre si, de maneira mais ativa e célere, indo ao encontro todos das finalidades de interesse coletivo¹².

3. O direito administrativo indutor de confiança para a economia colaborativa

O direito administrativo e a sua relação com a economia devem assentar em solo constitucional, sendo essa relação afirmada no sentido de que «a sociedade e a economia devem ser organizadas com base nos seguintes princípios:

- a) A subordinação do poder económico ao poder político democrático;
- b) A coexistência dos sectores público, privado e cooperativo e social na propriedade dos meios de produção;
- c) Liberdade de iniciativa e organização empresarial no contexto geral de uma economia mista;
- d) O património público dos recursos naturais e os meios de produção, de acordo com o interesse coletivo; (...»¹³.

Esta decisão constitucional estabelece que a administração pública portuguesa tem de respeitar a coexistência dos meios cooperativos de produção,

¹² Dias, José Eduardo F., “Inovação e Reforma na Administração Pública”, in Gomes, Carla A. *et al.*, *Nos 20 Anos dos Cadernos de Justiça Administrativa* (pp. 235-252), Braga, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2017, pp. 245-246.

¹³ *Constituição da República Portuguesa*, art. 80.º, acessado em 02.05.2021 em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

o seu estamento democrático e que, para tal finalidade, os instrumentos devem ser consolidados para que a economia colaborativa possa ser exercida pela cidadania, de modo íntegro e confiável.

Nesta esteira regulatória e de fomento, o considerando 14 da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativo às condições desleais nos contratos de consumo, revela esta difusão da legislação dos consumidores em relação ao direito contratual em geral e determina o seguinte: «Considerando que os Estados-membros devem assegurar que não sejam incluídas condições desleais, nomeadamente porque a presente diretiva também se aplica a comércio, empresas ou profissões de natureza pública».

Como a economia colaborativa, no mais das vezes, se presta a incentivar o consumo, a geração de valor e a riqueza, pressupondo muito mais o uso do que a propriedade, importa realçar que a prática leal, confiável, com uma governança de certo modo definida, regulada e autorregulada, é condição *sine qua non* para o florescimento de um empreendimento comunitário ou de um negócio *online*, no que se convencionou chamar de empresas unicórnio.

Como ensina Ana Flavia Messa¹⁴, a convergência de atores e interesses favorece uma governação e uma gestão mais transparentes para as realizações esperadas, pois abraça as partes interessadas e aceita as suas contribuições e considera os seus interesses também nos processos de tomada de decisão: «A convergência dos atores, grupos sociais e instituições envolvidas na ação pública com a finalidade de definir objetivos comuns, afastando a sociedade dos efeitos negativos da tradição *top-down* que se desenvolveu no bojo das democracias representativas resulta de um aprofundamento democrático estruturado a partir de premissas comprometidas com as conquistas além do voto. Nesse quadro, sendo necessário conduzir uma vida democrática além da fixação de meios do exercício do jogo democrático, incluindo a implementação de fins e resultados, é preciso uma efetiva participação dos cidadãos na conformação e consecução do interesse público. Logo, a viabilização desta legitimidade democrática serve-se de duas estratégias determinantes para a gestão das tarefas públicas: a) a cooperação do cidadão na consecução do interesse público com a observância da participação popular na Administração Pública difundida pelas crises da democracia representativa e pela insuficiência dos controles vinculados às

14 Messa, Ana Flavia, "Transparência no âmbito da administração pública", in Nohara, Irene P. (coord.), Carvalho, Maria M. e Messa, Ana F., *Democracia Económica e Responsabilidade Social nas Sociedades Tecnológicas* (pp. 7-34), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019, pp. 19-20.

estruturas institucionais do Estado, e que caminha para que haja influência pública e debate sobre políticas públicas; b) sob o mote da responsabilidade, a formação de uma vontade administrativa de “baixo para cima” num processo de redefinição da relação com a sociedade, mediante a criação de canais de negociação».

Por conseguinte, os contratos em geral começaram a ser submetidos à intervenção do Estado com o objetivo de tornar os acordos mais transparentes e equilibrados, sendo isto um outro ponto de toque entre administração pública e a economia colaborativa, na medida em que o estabelecimento de regras de transparência e integridade, no respeito pelos direitos do consumidor e do próprio fornecedor, é necessário para que exista uma liberdade contratual real e efetiva. Porém, importa sublinhar que, como ensina Kessler¹⁵ acerca da liberdade contratual e da igualdade de armas entre as partes, o princípio da liberdade de contratar somente é aplicável em toda a sua força quando as partes são consideradas em condições iguais, ou quando a economia compartilhada partilha também o apreço pelo outro e pelos seus direitos e deveres: «Não há contrato sem consentimento, mas uma vez presentes as manifestações objetivas de consentimento, o seu autor está vinculado. Uma pessoa deve saber o contrato que faz [...]. Uma vez que um contrato é o resultado da livre negociação das partes que são reunidas pelo jogo do mercado e que se encontram numa base de igualdade económica social e aproximada, não há qualquer perigo de que a liberdade de contrato seja uma ameaça para a ordem social no seu conjunto».

A liberdade de contrato é o poder ou a capacidade, no caso de uma pessoa capaz, de liquidar um contrato que estipule cláusulas que reflitam o melhor interesse das partes, uma vez que só o indivíduo sabe o que é melhor para ele.

A autodeterminação pode ser definida como «os direitos das pessoas de terem pleno poder sobre as suas próprias vidas, abrangendo conceitos que são fulcrais para a existência numa sociedade democrática, incluindo a liberdade de escolha, os direitos civis, a independência e a autodireção»¹⁶.

Para tal, é preciso ter conhecimento das condições em que a administração age e como faz negócios. Ganha aqui relevância o valor da transparência,

15 Kessler, Friedrich, “Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract”, in *Columbia Law Review*, 43, 1943, p. 630 (tradução livre).

16 Cook, J.A. e Jonikas, J.A., “Self-Determination among mental health consumers/survivors: Using lessons from the past to guide the future”, in *Journal of Disability Policy Studies*, 13(2), 2002, pp. 87-95.

enquanto verdadeiro indutor de ações colaborativas. Ana Flávia Messa¹⁷ explica a importância da transparência para a governação pública: «No aspecto finalístico, a transparência funciona como uma qualidade no agir administrativo, como instrumento de boa gestão, pois melhora a prestação de contas, reduz a corrupção e, por consequência, alcança-se uma maior qualidade na prestação dos serviços públicos. Parte da doutrina menciona dimensões da transparência: a) política: a transparência é uma política pública traduzida por um conjunto de ações públicas promovidas para garantir visibilidade e lisura no âmbito da gestão pública; b) jurídica: transparência é o acesso à informação e a sua divulgação nos meios previstos na legislação; c) econômica: a transparência é uma forma de reduzir as assimetrias da informação, a fim de possibilitar um melhor alinhamento dos interesses entre agente e principal, para gerar então lucros e maiores investimentos no mundo dos negócios».

A transparência, nos aspectos acima mencionados é vetor, mormente num contexto do consumo, lugar onde a liberdade de contrato é prejudicada pela produção em massa, uma vez que não existe margem para negociar num volume tão imenso de trocas comerciais que ocorrem a cada segundo. Seja a transparência entre administração e negócios compartilhados, seja entre esses negócios e o público que o executa e a quem se dirige.

Até em contraponto a esta desvantagem, a economia colaborativa pode e deve ser incentivada pelo Estado, na forma de uma permissão, licença ou regulação de uso de entre outros meios de atuação administrativa, como forma de trazer melhorias para o comércio local, possibilitando que a riqueza seja produzida e consumida localmente¹⁸.

17 Messa, Ana Flávia, *Transparência, Compliance e Práticas Anticorrupção na Administração Pública*, São Paulo, Almedina Brasil, 2019, p. 44.

18 Na citada obra *Economia Donut: Uma Alternativa ao Crescimento a Qualquer Custo*, a autora relata que, numa favela chamada Bangladesh, em Mombaça, Quênia, onde há escassez de recursos, os negócios são voláteis e existe pobreza e miséria crônicas, em 2013, foi lançada uma moeda local complementar àquela de curso forçado pelo país. Num primeiro momento, a administração pública proibiu e coibiu o uso dessa moeda da favela. Todavia, os desenvolvedores da ideia colaborativa demonstraram que não iriam abolir ou afastar o uso da moeda oficial, mas, ao contrário, a pretensão era de gerar complementaridade e valor localmente, de modo que as trocas comerciais naquele lugar, ao não dependerem só do dinheiro oficial, passaram a ter forte incremento. Inclusive a iniciativa prevê regras de integridade, governança e honestidade para o ingresso nessa economia colaborativa, com critérios para elegibilidade dos entrantes, a fim de que exista confiança naquele microsistema ali criado e que garanta a dignidade humana, por via não pública, mas por iniciativa da própria cidadania em assumir a função de condutora do interesse público e do Estado permitir, em função regulatória e asseguratória da medida – Raworth, Kate, *op. cit.*, p. 201-202.

Importa mencionar que a transparência é fator de fomento da inovação, pois permite o conhecimento amplo das regras e da forma em que se dará o exercício da colaboração económica, uma vez que os processos públicos geridos de modo cristalino e submetidos a regras e políticas de integridade produzem diálogo entre a administração e os cidadãos e empresas, de modo que passa aí a existir também uma colaboração efetiva entre todos estes atores, propiciando novos métodos, processos, serviços e produtos, conferindo, em suma, maior eficiência para aplicação dos dinheiros públicos, em proveito de toda a coletividade.

Nesse aspecto sobreleva-se a importância das compras públicas e do próprio procedimento de compras públicas como fator de indução de mercados, promovendo simetria, inovação e crescimento económico.

Em boa verdade, as compras públicas, como advoga Patricia Valcárcel Fernández¹⁹, são um poderoso instrumento nas mãos do Estado-Administração para demandar produtos oriundos de empreendimentos de economia colaborativa e que se valham de tecnologias inovadoras que ainda estejam a ser desenvolvidas ou por meio de melhoramentos. Trata-se de uma atuação estratégica da administração pública por meio de concursos para compras públicas como um instrumento de geração de valor, eficiência e inovação de modo a induzir um capitalismo de partes interessadas e de democratização de acesso a bens e serviços. É possível falar-se, portanto, no uso das tecnologias de informação e comunicação (TIC) pelo Estado, como meio de interação com os cidadãos e empresas e, principalmente, estimulando que surjam mais produtos e serviços sob o signo das TIC, a fim de possibilitar as ferramentas para uma eficaz partilha económica dos mesmos bens e serviços

Assim vai a acima mencionada autora: «O protagonismo da inovação está em consonância com a "concepção estratégica de compras públicas". A "aquisição estratégica" ocorre quando a demanda por determinadas tecnologias, produtos ou serviços é incentivada para estimular o mercado. Há algum tempo, a visão das compras públicas como mero instrumento nas mãos do setor público para a aquisição de bens e serviços está desatualizada. Pouco a pouco, e graças à sua importância na economia, as evidências vêm à tona do potencial desse setor para promover diferentes tipos de políticas

19 Fernández, Patricia V., "The Relevance of Promoting Collaborative and Joint Cross Border Procurement for Buying Innovative Solutions", in Racca, Gabriella M. e Yukins, Christopher R., *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders* (pp. 133-170), Bruxelas, Éditions Bruylant, 2019, pp. 135-136.

públicas, como as políticas ambientais, sociais e de gênero, e agora também aquelas ligadas à inovação»²⁰.

A administração pública pode e deve estimular, não só por meio regulatório, mas por um agir direto na economia, a inovação e a partilha. As compras públicas são promotoras, em suma, de diversas políticas públicas, onde se inclui a ambiental a social e esta de economia colaborativa.

4. (Auto) regulação da economia compartilhada

O termo regulação aqui utilizado abrange tanto a regulamentação estatal como a regulamentação não-estatal, mas cuja adoção produz efeitos práticos com consequências legais. Assim, é possível afirmar que a regulamentação abrange a lei, os atos regulamentares das agências reguladoras e o *soft law* de várias fontes.

O fenômeno da correção ocorre quando a administração pública une forças com outras entidades para implementar e reforçar a regulação e orientações para uma gestão íntegra, conectada com o interesse público e a promoção da sustentabilidade e dignidade humana. Então, é justo assumir que²¹: «A classe chama a atenção para este novo aspeto da prática regulatória contemporânea, a saber, a convergência entre entes e agentes estatais e não estatais, com os propósitos de articular propostas interventivas para solucionar as questões económicas existentes. A colaboração entre as instâncias estatais e não estatais na instituição, organização e execução de sistemas regulatórios se apresenta como esse elemento particular a caracterizar os mesmos como manifestações correção»²².

No entanto, embora a lei seja a principal fonte para as questões de governação das sociedades e de integridade em relação às empresas estatais, existem outras origens normativas de onde os requisitos de governação são acolhidos.

Contudo, a regulamentação estatal tem um forte efeito sobre a economia colaborativa e, por tal razão, o racional desta regulação deve ser o de

20 Fernández, Patricia V., *op. cit.*, pp. 135-136.

21 Magalhães, Andrea, "O Regulamento das Empresas sob Controle do Estado: Existe uma Regulamentação Relutante no Brasil?", in Lisboa, Leticia L. A. (coord.), Aragão, Alexandre S., Pereira, Ana Carolina M., *Regulação e Infraestruturas* (pp. 109-139), Belo Horizonte, Fórum, 2018, p. 122.

22 Leite, Diogo L. de B., *Regulação Policêntrica: Regulamento não estatal como alternativa à regulamentação estatal*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 155.

permitir o intercâmbio, a troca e o desenvolvimento da atividade, exigindo mesmo sistemas de integridade, de respeito dos direitos do consumidor e do trabalho, dentre outras questões. E a regulação por meio de *soft law*, ou produzida pela prática colaborativa em si, pode ser tão forte e produzir igualmente efeitos, dada a sua base voluntária e consensual.

Tanto os sistemas regulatórios estatais como os não estatais têm a sua importância e valor e tornaram-se indispensáveis: um completa o outro. Os sistemas regulatórios estatais incorporam as competências do Estado, enquanto os não estatais contribuem com as técnicas e práticas do negócio a ser implementado de modo partilhado. É possível afirmar que existem controlos regulamentares e saldos entre os dois sistemas.

A própria lei poderá ser indutora para que exista uma responsabilidade social nos negócios e práticas colaborativas, de modo que estas recorram a fontes secundárias para implementar e executar as suas questões de governança corporativa e de conformidade. Neste sentido, as leis promulgadas pelo poder legislativo não são suficientes para construir um quadro jurídico seguro, fiável em matéria de governação dessas práticas compartilhadas, uma vez que a dinâmica social é mais rápida do que as estruturas burocráticas do Estado para responder às necessidades sociais.

Além disso, a legislação promulgada pressupõe que as regras de autorregulação estejam de acordo com as normas mínimas legais que englobam normas éticas, comportamentais e sociais aceites para satisfazer a necessidade de uma gestão adequada, ética, juridicamente vinculada e de interesse público.

Jacques Chevallier apresenta uma explicação adequada sobre o fenómeno do *soft law*, principalmente porque é um caminho para aumentar aderência das partes interessadas de modo a imprimir estas regras na cultura da gestão, transformando-as em regulamentos internos ou cláusulas de contratos em que são acordados padrões de governação e integridade. É uma lei negociada em vez de uma lei obrigatória. Daí a expressão *soft law*²³. «Uma nova concepção do direito, caracterizada pelo refluxo dos elementos da coercitividade e unilateralidade (G. ZAGREBELSKY, 2001), apareceu nas sociedades contemporâneas. Mais do que recorrer aos comandos jurídicos tradicionais, tende-se a apelar a técnicas mais brandas relativas a uma “orientação jurídica não autoritária das condutas” (P. AMSELEK, 1982):

23 Chevallier, Jacques, *O Estado Pós-Moderno*, 3.^a ed., Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 166.

os textos indicam os “objetivos” que seriam desejáveis atingir, fixam “diretivas” que seria oportuno seguir, formulam “recomendações” que seria bom de respeitar, mas sem lhes dar, no entanto, força obrigatória; ainda que a norma exista, ela não apresenta mais caráter imperativo, e a sua aplicação depende, não mais da submissão, mas da adesão dos destinatários».

Neste caminho, o *soft law* traduz a implementação de uma administração pública democrática, no sentido de que a sociedade, através das suas entidades organizadas, promulga regras não vinculativas, mas com forte eficácia social, porque essas normas abordam os desejos éticos e de eficiência da cidadania para o interesse público e a sua concretização.

Afirma-se que o *soft law* não têm força vinculativa. No entanto, não é inteiramente verdade porque, apesar de não ter força cogente inata como lei promulgada pelo poder legislativo ou por quem tem competência legal para o fazer, por meio da adesão e da prática, o *soft law* torna-se naturalmente vinculativa àquele microcosmo colaborativo.

Robert Putnam²⁴ usa o termo “capital social” para descrever a positividade e o benefício que a confiança e a reciprocidade trazem para o sistema colaborativo, onde nesse sentido as normas autorregulamentares se inserem, acabando por se criar um sentimento de pertencimento a uma cultura de respeito, criada e executada pelos próprios agentes que dela se aproveitam para produzir, gerar riqueza e consumir, pois, ao pertencer à comunidade de partilha, as vantagens podem superar os custos de dela ser excluído por desrespeito às regras acordadas ou até mesmo impostas.

5. Economia compartilhada: as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) tornam o mundo local

É lugar-comum a afirmação de que a revolução trazida pelas TIC é fundamental para a economia da partilha, para a transparência pública, para a prestação de contas e responsabilização e para reduzir fortemente as assimetrias informacionais. Por meio de um telemóvel é possível comprar, vender, doar, encontrar, arrendar, requerer algo ao governo, pagar impostos, etc., bastando pensar num verbo qualquer que a ação nele contida muito provavelmente pode ser realizada *online*.

²⁴ Putnam, Robert, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, New York, Simon & Shuster, 2000, p. 19.

Neste sentido, vale destacar que a revolução digital deu azo a compartilhamentos a custo baixíssimo. Raworth²⁵ afirma que «essas tecnologias laterais são a essência da concepção distributiva, e obscurecem a divisão entre produtores e consumidores, permitindo que todos se tornem produtores/consumidores, ao mesmo tempo fabricantes e usuários na economia *peer-to peer*».

E pelo mesmo caminho vai o contacto entre a administração pública e os cidadãos, de modo que aqueles inseridos na economia colaborativa estão, e poderão estar mais ainda, ao mesmo tempo interligados a redes governamentais de apoio e fomento, de proteção ao consumo e ao trabalho, e de financiamento.

Nesta esteira vai Figueiredo Dias²⁶, ao afirmar que, em relação às reformas administrativas levadas a cabo, é possível registar que tem existindo uma «notável expansão e aperfeiçoamento dos mecanismos de conexão entre a administração pública e os cidadãos, por via da criação de novos canais de comunicação, com a utilização massiva de formas de intercomunicação telemáticas e informáticas, vale dizer pela utilização das TIC».

O conceito de cidadania, compartilhamento da cidadania e seu exercício ganham novo patamar com as TIC e, por isso, a administração pública pode valer-se disso para ganhos de eficiência, revertendo tais benefícios para os particulares e demais interessados, em geral.

Nesse contexto verifica-se que a administração pública aberta à comunidade, aos negócios e ao encorajamento do exercício da cidadania faz uso da transparência e das TIC de modo a encurtar o tempo, para que empreendimentos sejam postos em marcha. As TIC, como elemento de uma administração pública democrática e transparente, tornam-se elemento do círculo virtuoso que pode passar a existir entre transparência e inovação, numa constante retroalimentação, onde a comunidade exerce centralidade e frontalidade nas suas demandas. Os cidadãos são chamados a colaborar com o interesse público para que isto se reverta em interesse de sua coletividade e, em última instância, em seu interesse, ainda que não imediatamente satisfeito, mas transversalmente atendido.

25 Raworth, Kate, *op. cit.*, p. 208.

26 Dias, José Eduardo F., *op. cit.*, pp. 245-246.

Invoca-se aqui, para concluir, Pedro Costa Gonçalves²⁷: «A partilha de responsabilidades entre o Estado e entidades particulares e, com esta ligada, a compreensão da realização do interesse público como uma empresa mista e partilhada constituem premissas fundamentais para a exclusão, por um lado, do perigo do abandono da sociedade civil a si mesma e, por outro lado, do risco da conceção de que a realização do interesse público é um monopólio do Estado e da Administração Pública.

O potencial endógeno da sociedade civil impõe, como medida racional da gestão do setor público, o aproveitamento ou a mobilização da “capacidade privada para servir objetivos públicos”, [...] há, de facto, um papel privado na governação pública».

A tecnologia permite simultaneamente aos cidadãos criarem empreendimentos, sistemas de gestão de seus bairros, moedas locais, sistemas de trocas e de uso e ao Estado atender-lhes as necessidades pessoais ou para o exercício da economia da partilha, dando acesso simplificado e rápido a estruturas regulatórias, formulários, licenças, crédito, que de outra maneira seriam até fisicamente inacessíveis e relativamente caros e complicados.

Em suma: a economia partilhada pressupõe uma forma de consumo sustentável, fulcrado não na propriedade, mas na utilidade do bem ou serviço, democratizando o consumo e as tecnologias necessárias para tal sendo certo que também exige a regulação e a fiscalização por parte do Estado conjuntamente com uma autorregulação (autorizada pelo Estado e nos limites da legalidade).

Um bom exemplo está na Cidade de Braga, em Portugal, que resolve problemas de mobilidade pública e meio-ambiente de uma só tacada, ao permitir a exploração dos serviços de aluguer de trotinetes “verdes”²⁸, que são usadas de forma compartilhada por todos, num contexto de uma cada vez mais afirmativa cidade inteligente, sendo que a regulação da utilização é estipulada e fiscalizada pela própria autarquia local.

Nesse aspeto, cumpre observar que a regulação, a par-e-passo com a autorregulação, é tanto mais cumprida e executada quanto mais próxima for

27 Gonçalves, Pedro C., “Ensaio Sobre a Boa Governação da Administração Pública a Partir do Mote da ‘New Public Governance’”, in Gonçalves, Pedro C. et al., *O Governo da Administração Pública* (pp. 7-33), reimpressão, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 31-32.

28 Acessado em 03.06.2021 em <https://www.cm-braga.pt/pt/0201/comunicacao/noticias/item/item-1-9777?q=trotinete>.

do utente consumidor dos bens e dos serviços partilhados, uma vez que o regulador conhecerá melhor as peculiaridades e necessidades do lugar e da comunidade e o modo de reger o compartilhamento, no sentido da concretização da política pública que se pretende fazer efetiva, tendo em mira as diretrizes locais, nacionais e supranacionais, no que tange às questões pertinentes à internet, telecomunicações, transnacionalidade, sustentabilidade, governança e integridade, consumo e empreendedorismo, de entre outras.

Por tudo, a economia colaborativa e de partilha é inter-relacionada e dependente de um Estado Democrático que atue para implementação efetiva de políticas públicas, autorizando e fomentando a participação popular no que concerne à inovação, fruto da transparência e da atuação empreendedora, consoante uma regulação que não tolha a atividade e que permita a tomada de consciência autorregulatória, de modo a que o bem ou serviço inserido numa economia partilhada venha ao encontro do interesse público e do desenvolvimento humano e do crescimento sustentável.

6. Referências

Chevallier, Jacques, *O Estado Pós-Moderno*, 3.ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2009.

Constituição da República Portuguesa, art. 1.º, acessado em 02.05.2021 em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

Constituição da República Portuguesa, art. 2.º, acessado em 02.05.2021 em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

Constituição da República Portuguesa, art. 80.º, acessado em 02.05.2021 em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

Cook, J.A. e Jonikas, J.A., “Self-Determination among mental health consumers/survivors: Using lessons from the past to guide the future”, in *Journal of Disability Policy Studies*, 13(2), 2002.

Daly, H. e Farley, J., *Ecological Economics I*, Washington, Island Press, 2011.

Dias, José Eduardo F., “Inovação e Reforma na Administração Pública”, in Gomes, Carla A. et al., *Nos 20 Anos dos Cadernos de Justiça Administrativa* (pp. 235-252), Braga, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2017.

Fernández, Patricia V., “The Relevance of Promoting Collaborative and Joint Cross Border Procurement for Buying Innovative Solutions”, in Racca, Gabriella M. e Yukins, Christopher R., *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders* (pp. 133-170), Bruxelas, Éditions Bruylant, 2019.

Gonçalves, Pedro C., “Ensaio Sobre a Boa Governação da Administração Pública a Partir do Mote da ‘New Public Governance’”, in Gonçalves, Pedro C. et al., *O Governo da Administração Pública* (pp. 7-33), reimpressão, Coimbra, Almedina, 2018.

_____, *Manual de Direito Administrativo – Vol. 1*, Coimbra, Almedina, 2019.

Kessler, Friedrich, “Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract”, in *Columbia Law Review*, 43, 1943.

Leite, Diogo L. de B., *Regulação Policêntrica: Regulamento não estatal como alternativa à regulamentação estatal*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Magalhães, Andrea, “O Regulamento das Empresas sob Controle do Estado: Existe uma Regulamentação Relutante no Brasil?”, in Lisboa, Leticia L. A. (coord.), Aragão, Alexandre S., Pereira, Ana Carolina M., *Regulação e Infraestruturas* (pp. 109-139), Belo Horizonte, Fórum, 2018.

Messa, Ana Flávia, “Transparência no âmbito da administração pública”, in Nohara, Irene P. (coord.), Carvalho, Maria M. e Messa, Ana F., *Democracia Económica e Responsabilidade Social nas Sociedades Tecnológicas* (pp. 7-34), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019.

_____, *Transparência, Compliance e Práticas Anticorrupção na Administração Pública*, São Paulo, Almedina Brasil, 2019.

Otero, Paulo, *Manual de Direito Administrativo – Volume I*, 2.^a reimpressão, Coimbra, Almedina, 2013.

Parlamento Europeu, *Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, 2017, acessado em 05.05.2021 em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_PT.html.

Putnam, Robert, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, New York, Simon & Shuster, 2000.

Raworth, Kate, *Economia Donut: Uma Alternativa ao Crescimento a Qualquer Custo*, Rio de Janeiro, Zahar, 2019.

Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, Penguin Books, 1982.

Economia colaborativa e contratação pública: rumo a um modelo aquisitivo mais eficiente e sustentável?

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.27>

Isabel Celeste Fonseca*
João Amadeu Araújo**

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho.

** Mestre em Direito Administrativo. Doutorando em Ciências Jurídico-Públicas pela EDUM. Bolseiro da FCT e investigador do JusGov.

Resumo: A prossecução da eficiência e da sustentabilidade nas aquisições públicas apelam crescentemente a instrumentos conducentes a sinergias e a ganhos de escala que se cruzam com os propósitos da economia colaborativa, sob um pano de fundo marcadamente inovador e digital. No entanto, esta rota dogmática, em prol da otimização dos escassos recursos de que a comunidade dispõe, corre o risco de ficar aquém dos méritos que lhe estariam subjacentes se a lei portuguesa não contornar algumas das suas debilidades para o efeito.

Palavras-chave: Economia colaborativa – contratação pública estratégica – eficiência – sustentabilidade.

Sumário: 1. Introito. 2. *Modus operandi*. 3. Nota conclusiva. Referências.

Abstract: The pursuit of efficiency and sustainability within the scope of public procurement increasingly requires approaches leading to synergies and economies of scale, as advocated by the collaborative economy. Nevertheless, such expectations towards the most fruitful management of resources may also face some risks, which are exacerbated by the Portuguese legal framework.

Keywords: Collaborative economy – strategic public procurement – efficiency – sustainability.

Summary: 1. Introduction. 2. *Modus operandi*. 3. Conclusions. References.

1. Introito

O direito português dos contratos públicos tem conhecido profundas mutações, as quais, sobretudo impulsionadas pelo direito europeu, são (ou-trossim) afetas à densificação – porventura sob uma abrangência ímpar na História – dos valores que se prendem à racionalidade, à eficiência e à sustentabilidade da despesa pública, não numa aceção tão-só economicista, mas associada a variados propósitos societários.

Este não é, todavia, um tema tão recente. Com efeito, anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, era auscultável, ainda que com inegável secundariedade, a abertura a considerações de *sustentabilidade* em tal *corpus* normativo, por excelência, sob a égide transpositiva do direito derivado da União Europeia e em atinência ao acervo jurisprudencial do Tribunal de Justiça (sem obnubilar o papel estruturante do *soft law* em sede de tal desígnio)¹.

Os apontamentos precedentes não invalidam, porém, conforme se indicaria, que o novo fôlego acolhido no panorama da horizontalidade das políticas prosseguidas através dos contratos públicos seja essencialmente reportado aos adventos político-legislativos da última geração, (também) sob o ímpeto da vincada europeização de que esta disciplina jurídica é tributária.

Em sentido mais explícito, apraz atentar, *ante omnia*, à dimensão principiológica que norteia a formação e a execução dos contratos públicos, decorrente do art. 1.º-A do Código dos Contratos Públicos português (CCP). Lado a lado com os princípios tradicionalmente acolhidos nessa sede, radicados do direito nacional e do direito europeu, cumpre registar a consagração de um novo *princípio da sustentabilidade*, o qual assenta numa matriz teleologicamente articulatória da utilidade almejada por políticas públicas amiúde perspetivadas como *dicotómicas* em detrimento de *complementares* (v.g., económicas e concorrenciais *versus* sociais e ambientais).

Nessa senda, é num timbre de eminente *articulação* entre diversificados fins de interesse público², consubstanciado na mobilização holística de esforços

1 V. Estorninho, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, 2012, pp. 415 e ss.

2 V. Fonseca, Isabel Celeste/Carneiro, Ana Rita/Barros, Rita, "Diretivas Contratos Públicos 2014 e (Dificuldades na Definição de um Novo Conceito de) Proposta Economicamente Mais Vantajosa: Desejando um Regulamento Contratos Públicos", in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020, p. 35.

em prol de um modelo pré-contratual e contratual-público sustentável, que cumpre enquadrar, em tempos de escassez (que a crise pandémica veio agudizar), a *comunitarização* de sinergias e um aproveitamento zeloso dos recursos disponíveis, tão imprescindíveis à qualidade dos serviços prestados aos cidadãos e à maximização do impacto social positivo gerado em todo o ciclo de vida aquisitivo.

As coordenadas político-legislativas que se enunciou não se revelam, por isso, impérvias à *ratio* da economia colaborativa, a qual reside em criar espaços de encontro nos quais agentes dotados de interesses comuns ou de necessidades complementares logrem intercambiar valor ou então colaborar num objetivo que comunguem³. Salvaguardas as necessárias adaptações, crê-se que a prossecução mais adequada e atualista do interesse público, em sede aquisitiva, pode (e deve) registar alguns pontos de contacto com tal modelo económico, em que a *propriedade* de bens e de serviços cede dogmaticamente diante do *acesso* aos mesmos⁴.

Com efeito, embora sublinhando que a realidade concetual que ora se escrutina, provinda das ciências económicas (e, até aí, controvertida⁵), tende a ser convocada numa aceção privatística e não no quadro das relações jurídico-administrativas, é fundamental reter que a contratação pública se depara outrossim com vetores axiológico-positivos que clamam por instrumentos afetos às ideias de economias de escala e de criação de sinergias, sob o signo de uma *partilha* tendente à tão almejada otimização do rendimento na sociedade do risco.

E assim sucede com crescente premência sob a tessitura da forte digitalização da economia, que favorece estruturalmente semelhantes propósitos, reduzindo custos e assimetrias informativas⁶. Conforme se intui, a prossecução do interesse público não se poderia alhear das coordenadas materiais

3 Assim, Plaza Angulo, Juan José/Patiño Rodríguez, David/Gómez-Álvarez Díaz, Rosario, "Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico", in Todoli Signes, Adrián & Hernández Bejarano, Macarena (dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 45.

4 Sobre o assunto, v. Hatzopoulos, Vassilis, *The Collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury, 2018, p. 4.

5 V. Möhlmann, M., "Collaborative consumption: determinants of satisfaction and the likelihood of using a sharing economy option again", in *Journal of Consumer Behaviour*, 14(3), 2015, pp. 193-207; Helms, B., "La Economía Colaborativa y su capacidad para transformar el desarrollo en América Latina", in *Economía colaborativa en América Latina*, IE Business School, 2016.

6 Neste sentido, v. Alfonso Sánchez, Rosalía/Burillo Sánchez, Francisco, "La economía llamada colaborativa", in Alfonso Sánchez, Rosalía & Valero Torrijos, Juan (dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 53.

descritas, razão pela qual se tem tornado incontornável um reforço dos mecanismos agregadores *também* no âmbito da contratação pública, muito sob o repto das ferramentas digitais.

Numa palavra: hodiernamente, as aquisições públicas têm de ser ajustadas à progressiva necessidade de uma metodologia colaborativa, sob prejuízo de se gozar, em várias frentes, a satisfação das necessidades coletivas. Enalteça-se: pode tratar-se de uma oportunidade perdida, quer sob o prisma da eficiência da despesa pública, quer sob o prisma da concretização de outros intentos horizontais, como a inovação, a proteção do ambiente ou a inclusão social, em linha com o entendimento que tem germinado na doutrina ao abrigo do qual a *contratação pública colaborativa* pode contribuir para sedimentar tais políticas estratégicas⁷.

A visão que *supra* se expôs afigura-se, de resto, a mais consentânea com o âmago do *soft law* europeu neste domínio⁸. Destarte, numa perspetiva europeísta – atento o pendor de *direito europeu concretizado* também no concernente à realização da economia colaborativa –, pode aqui ser brotada uma manifestação clara do princípio geral da coerência das políticas da União, constante do artigo 7.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Todavia, tal vocação dos critérios aquisitivos colaborativos para um modelo de compras mais eficiente e sustentável não se afigura linear nas suas manifestações, nem isenta de aspetos sensíveis nos contornos regulatórios em que se estriba.

2. *Modus operandi*

2.1. A título apriorístico à abertura dos procedimentos pré-contratuais, crê-se que a realização das consultas preliminares ao mercado pode ser revestida da maior importância no quadro de um planeamento contratual esclarecido

7 Em especial, v. Valcárcel Fernández, Patricia, “The Relevance of Promoting Collaborative and Joint Cross Border Procurement for Buying Innovative Solutions” in Racca, Gabriella M. & Yukins, Christopher R. (eds.), *Joint Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruylant, 2019, pp. 152-153.

8 V. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 02.06.2016; Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Um Novo Plano de Ação para a Economia Circular Para uma Europa mais limpa e competitiva*, COM(2020) 98 final, Bruxelas, 11.03.2020.

e responsável, tese que colhe, aliás, crescente entusiasmo à luz do enquadramento estratégico que é patente a esta figura e que urge aproveitar⁹.

Em conformidade com o preceituado no artigo 35.º-A do CCP, as entidades adjudicantes podem socorrer-se de tal instrumento mediante a solicitação ou a aceitação de pareceres de peritos, de autoridades independentes ou de operadores económicos. Em virtude de tais coordenadas, propiciam-se porventura importantes condições para fundamentar mais sólida e congruentemente a decisão de contratar¹⁰, atenta a ponderação fidedigna e atualista dos interesses em causa, a qual não se deve dissociar do carreamento de estruturantes elementos de facto que frequentemente não estão sob o acesso das entidades adjudicantes, cumprindo recorrer a terceiros que as coadjuvem.

Nessa senda, entende-se, mesmo, que o legislador português poderia ter sido mais ambicioso. Não se desconhecendo que os meios aludidos em sede das consultas preliminares ao mercado figuram na letra da lei a título meramente ilustrativo, urge, numa ótica de *iure condendo*, procurar uma ambição adicional para o planeamento das compras públicas, tomando como inspiração a matriz da economia colaborativa. Em abono da precisão, reputa-se como indispensável que a composição do interesse público se ajuste a metodologias mais inovadoras e digitais, aptas a irem ao encontro dos contornos específicos suscitados pelas necessidades públicas a que tanto urge responder, o que implica, não se olvide, pensar e trabalhar *em rede*. É mister facilitar o intercâmbio de experiências contratuais entre compradores públicos, *é mister* apostar em ações de formação para os recursos humanos de entidades adjudicantes que se enquadrem na mesma tipologia entre si, *é mister* criar portais com dados regularmente atualizados em matéria de boas práticas.

Nem deflui daqui qualquer excentricidade. Em rigor, há já algum tempo que o *soft law* europeu clama por contornos mais robustos de aproveitamento de um potencial de interligação e de intercomunicabilidade entre

9 V. Fonseca, Isabel Celeste/Silva, João Amadeu Araújo da, “As regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020”, in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020, pp. 251-252.

10 Assim, v. Carvalho, Raquel, “Consultas preliminares ao mercado”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019, p. 651.

entidades adjudicantes¹¹. Não se olvidando o caráter fundamental da regulamentação europeia e da ulterior dimensão transpositiva que à mesma é conferida pelos Estados-Membros, entende-se que tal não consubstancia, nem pode alguma vez consubstanciar, a demissão dos ordenamentos jurídicos nacionais da densificação das soluções normativas que *in loco* se afirmam como as mais adequadas (sem descurar a conformidade com o direito da União Europeia). É nesse sentido que se reputa como imprescindível tomar a dianteira legiferante, através da previsão de soluções inovadoras e que se traduzam num paradigma de sustentabilidade a seguir pelas entidades adjudicantes de outros Estados-Membros, despertando da *dormência comparatística* que é, por vezes, aferida e que se queda pela mera transposição acrítica das soluções jurídicas que radicam do direito derivado europeu, sem procurar complementá-las ou sequer indagar as abordagens enveredadas noutros ordenamentos domésticos.

2.2. Na mesma esteira de aproveitamento de sinergias, colige-se o potencial para atuar também colaborativamente a jusante, aquando do *início do procedimento*. E é forçoso não obnubilar, neste contexto, o papel que pode ser atribuído à contratação pública conjunta no *fado* da aquisição de bens, obras ou serviços à luz dos termos procedimentalmente mais vantajosos.

De forma mais precisa, cabe reter que, no momento da abertura procedimental, revela-se, amiúde, muito pertinente a opção no sentido da integração num agrupamento de entidades adjudicantes. Esta figura é mobilizável, por excelência, quando estejam em causa interesses de fruição indivisível (*v.g.*, a publicitação de um evento comum por duas autarquias locais), interesses convergentes (*v.g.*, a construção de uma estrada destinada a ligar as sedes dos respetivos concelhos) ou interesses paralelos (*v.g.*, a aquisição, por vários institutos públicos, de serviços de reparação de equipamentos e de programas que todos eles utilizem): interesses cuja prossecução agrupada logra, *prima facie*, ganhos de escala aos quais as entidades adjudicantes não poderiam decerto aceder de forma isolada (ou, pelo menos, na qualidade, eficiência ou dimensão visadas)¹².

11 V. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa*, Estrasburgo, 03.10.2017, COM(2017) 572 final.

12 Neste sentido, v. Oliveira, Mário Esteves de, "Agrupamentos de Entidades Adjudicantes e de Candidatos e Concorrentes em Procedimentos de Contratação Pública", in Gonçalves, Pedro Costa (org.), *Estudos de Contratação Pública II*, Coimbra Editora, 2010, p. 104.

Nos termos estatuídos pelo n.º 1 do art. 39.º do CCP, as entidades adjudicantes podem agrupar-se com vista *a)* à formação de contratos cuja execução seja do interesse de todas, *b)* à formação de um acordo-quadro do qual todas possam beneficiar, *c)* à gestão conjunta de sistemas de aquisição dinâmicos, *d)* ou à aquisição conjunta através de catálogos eletrónicos. As entidades adjudicantes designam qual delas constitui o “representante do agrupamento” para os efeitos da condução do procedimento de formação do contrato ou do acordo-quadro a celebrar (n.º 2), o que bem se compreende, uma vez que, nos moldes sinérgicos projetados, não faria sentido que todas se mantivessem cometidas à gestão procedimental nos termos que impenderiam não agrupadamente.

Salvaguarda-se, todavia, a exigência de as decisões centrais do procedimento serem tomadas conjuntamente, ou seja, pelos órgãos competentes de todas as entidades adjudicantes integrantes do agrupamento, incluindo-se no referido âmbito decisório a decisão de contratar, a decisão de escolha do procedimento, a aprovação das peças do procedimento, a designação do júri, a decisão de qualificação dos candidatos, a decisão de adjudicação, assim como todos os «restantes atos cuja competência esteja atribuída ao órgão com competência para a decisão de contratar» (n.º 3). Ora, não se consegue apurar o sentido subjacente ao último trecho normativo, que, interpretado literalmente, incorporaria uma miríade de atos administrativos, oferecendo o flanco ao aniquilamento da própria figura do representante comum do agrupamento. Com vista a repelir os efeitos perniciosos reportados a semelhante leitura, caberá ao intérprete temperar restritivamente este acesso incongruente do nosso legislador, reduzindo os atos referidos àqueles em relação aos quais a lei já proibisse ou limitasse a respetiva delegação¹³.

No entanto, os pontos legislativamente nevrálgicos na regulação nacional não se ficam por aqui. Com efeito, contrariamente ao que seria expectável, não é vertida na letra da lei a habilitação para o efeito de constituição de agrupamentos num alcance tão-só *parcial* nos procedimentos adjudicatórios (possibilidade que contrasta com a que se projeta *forçosamente* por referência a *todas* as fases procedimentais). Esta revela-se uma questão da máxima relevância, na medida em que poderia suceder, *verbi gratia*, que uma entidade adjudicante pretendesse extrair algumas vantagens da agrupação, sem que isso significasse que estaria, ainda assim, disposta a abdicar de tomar individualmente determinadas decisões¹⁴.

13 V. Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, AAFDL Editora, 2020, p. 585.

14 Assim, v. Gonçalves, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2018, p. 356.

A incúria do legislador português contrasta com a cristalinidade do tratamento desta matéria nas diretivas europeias, em que ambas as possibilidades mencionadas são expressamente acolhidas, e nas quais, em moldes muito mais claros do que os do incipiente n.º 6 do art. 39.º do CCP, se postula o regime da responsabilidade das entidades adjudicantes que é, em função disso, aplicável. Assim, sem adentrar nas consequências da não transposição efetiva das diretivas, aprez apenas remeter para o teor do n.º 2 do art. 38.º da Diretiva 2014/24/UE¹⁵ e do n.º 2 do art. 56.º da Diretiva 2014/25/UE¹⁶ a este respeito: responsabilidade solidária aplicável face às decisões conjuntamente tomadas «em nome e por conta de todas as entidades adjudicantes», e, em sentido oposto, responsabilidade individual quanto às decisões tomadas sob a esfera individual¹⁷.

Enfim, diante das debilidades da lei portuguesa, não se encara com surpresa que seja auscultado um acrescido contexto de retraimento no recurso aos agrupamentos de entidades adjudicantes, com a correspondente minimização das vantagens que, de outro modo, lhe poderiam subjazer e que, na senda do recorrido, se cruzariam com os propósitos de *auxílio otimizador* da economia colaborativa. Nunca é despiciendo recordar que urge, em sentido distinto, investir o maior escrúpulo normativo com o fito de potenciar, entre nós, um modelo de compras públicas mais eficiente ou sustentável.

Aqui chegados e sem prejuízo das dificuldades gizadas, importa referir que, no atual estado da arte, os agrupamentos de entidades adjudicantes não se confinam necessariamente à circunscrição doméstica. Na verdade, à luz do disposto nos n.ºs 7 a 9 do art. 39.º do CCP, é admitida a constituição de agrupamentos entre entidades adjudicantes de distintos Estados-Membros da União Europeia, precedida por um acordo em que prevejam as responsabilidades das partes, as disposições nacionais aplicáveis (a constar das peças do procedimento), assim como a organização interna do procedimento pré-contratual, nomeadamente a sua gestão, a distribuição das obras, bens ou serviços a adjudicar e a celebração dos contratos. Pode, mesmo, desencadear-se a constituição de uma entidade comum (designadamente sob a forma de agrupamento europeu de cooperação territorial) na circunstância de ser pretendida *in casu* uma associação mais reiterada entre tais

15 V. União Europeia, Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2014/18/CE.

16 V. União Europeia, Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

17 Frisando este descompasso, v. Gonçalves, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, op. cit., p. 356.

entidades adjudicantes. Para tal efeito, através do órgão competente dessa estrutura comum, será definida a legislação nacional aplicável em matéria de contratos públicos (entre a legislação do Estado no qual a entidade comum tem a sua sede social ou entre a legislação do Estado onde realiza as suas atividades).

Este auspicioso advento desnacionalizar no domínio pré-contratual público, que se prende à transposição (desta feita, efetiva) dos arts. 39.º e 57.º das Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, respetivamente, abre quiçá horizontes ainda mais alargados no que concerne aos ganhos de escala em sede aquisitiva, atendendo à especial envergadura que se pode associar à contratação pública transfronteiriça. Existem já experiências bem sucedidas neste domínio, assinaladas pela doutrina internacional, em particular no que concerne ao fomento de soluções mais inovadoras e a preços competitivos: experiências que, indo ao âmago dos anseios europeus em matéria de uma crescente inovação na contratação pública – hoje patentes tanto ao *hard* como ao *soft law* – redobram de força o entendimento à luz do qual a colaboração entre Estados-Membros pode estimular proficuas sinergias, aptas a extrair o melhor proveito do potencial inovatório que o mercado interno tem para oferecer¹⁸.

2.3. Independentemente do maior ou menor entusiasmo que possa ser perfilhado neste tocante, há algo que não propicia grande margem para dúvidas: a constituição de agrupamentos de entidades adjudicantes pode representar uma oportunidade no sentido de congregar esforços adicionais para a definição de critérios aquisitivos mais eficientes e sustentáveis. Na esteira do exposto, são vários os momentos-chave, do ponto de vista procedimental, em que *conjuntamente* se pode procurar densificar tais intentos, desde logo, a escolha do procedimento pré-contratual.

E cumpre tecer aqui uma referência específica ao *novo* procedimento da parceria para a inovação, cujo desencadeamento bem pode ser revestido de acuidade, findo o recurso à já aludida figura da consulta preliminar ao mercado. Registe-se que assim o é, a título paradigmático, no cerne das aquisições conjuntas transfronteiriças, em que a observância dos fundamentos materiais para a escolha do procedimento pré-contratual em apreço apresenta contornos mais desafiantes, que são suscitados pela complexidade ínsita ao conhecimento cabal do mercado de diferentes Estados-Membros¹⁹.

18 Neste sentido, v. Valcárcel Fernández, Patricia, *op. cit.*, pp. 151 e ss.

19 *Idem, ibidem*, p. 157.

Com efeito, para poder ser validamente justificada a escolha da parceria para a inovação, carece-se sempre de demonstrar a inexistência no mercado das soluções pretendidas (ou, pelo menos, nos termos pretendidos), o que, como se deu nota, não pode repousar num juízo leviano, mas deve, pelo contrário, assentar num conjunto de elementos fidedignos: relembre-se que é a essa luz que se sindicará a fundamentação da decisão de contratar.

Pois bem, a parceria para a inovação – desdobrada em sucessivas fases com vista à investigação, ao desenvolvimento e à (expectável) aquisição de bens, serviços ou obras com características inovadoras – encontra-se regulada nos arts. 218.º-A e ss. do CCP, sendo a respetiva escolha enquadrada igualmente como uma *opção estratégica*, que, naturalmente, se exacerba se tomada numa escala agrupada. A jeito mais entusiasta, não há como ocultar que se afere uma margem de associação entre o fomento deste procedimento pré-contratual e aquela que pode ser a concretização de algumas exigências radicadas do direito europeu originário. Os obstáculos, no entanto, não são descuráveis.

A esse respeito, a Comissão Europeia tem, precisamente, alertado para um claro subaproveitamento das potencialidades subjacentes a este procedimento por parte dos Estados-Membros²⁰ (entre os quais Portugal é paradigma). Pese embora não se aferindo uma inefetiva transposição jurídica das diretivas no tocante a esta figura, desnuda-se uma insuficiente regulação no Código, reconvocando-se o reparo crítico que se havia tecido à falta de ambição normativa do legislador português.

Nesse sentido, em virtude da desconfiança com que tendem a ser perspetivadas as parcerias para a inovação, a qual, em alguma medida, se prende ao temor de uma especial porosidade a abordagens que favoreçam a restrição ou o falseamento da concorrência, deveria ser aproveitado o ensejo legislativo para postular, *v.g.*, que, no cerne deste procedimento pré-contratual, não podem ser realizadas negociações com determinado(s) parceiro(s) sem que seja concedida idêntica oportunidade aos demais que não hajam sido excluídos²¹.

Esta rota de cautelas (e não meros detalhes) pode porventura contribuir para que as parcerias para a inovação conheçam um espaço mais seguro e expressivo no seio da prática administrativa nacional. Se assim suceder, e na esteira do que se avançara, afere-se uma margem válida para concretizar

20 V. Comissão Europeia, *Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa*, *op. cit.*

21 Assim, v. Fonseca, Isabel Celeste/Silva, João Amadeu Araújo da, *op. cit.*, p. 251.

nesta sede as disposições do próprio Tratado de Lisboa relativamente à inovação, à investigação e ao desenvolvimento tecnológico, *maxime* a parte final do n.º 1 do art. 173.º e o n.º 1 do art. 179.º do TFUE²².

A asserção prévia mune-se de premência se se atentar ao carácter eventualmente duradouro desta arena de parcerias. E a discussão que ora se acalenta não aparta os municípios (sobretudo se agrupados, à luz das vantagens calcorreadas), existindo já estudos que, não obstante embrionários, gizam algumas razões para preconizar que os incursos inovadores muito podem também singrar no contexto municipal e, nessa medida, contribuir para a oferta de soluções mais sustentáveis para a satisfação das necessidades públicas dos munícipes, sedimentando o tão preconizado modelo de *ciudades circulares*²³. Tornar-se-ia, em particular, fundamental estudar com afincos eventuais experiências de municípios que laborem em conjunto rumo à inovação, nomeadamente ao nível da convocação das soluções criativas do setor privado face a um vasto conjunto de desafios da vida urbana no século XXI (*v.g.*, delimitação do sistema de regulação do trânsito, o modelo de vigilância dos espaços públicos, a resolução das deficiências técnicas da iluminação pública²⁴).

2.4. Além da escolha do dissecado procedimento pré-contratual, a matriz, por excelência, colaborativa que preside à constituição de agrupamentos de entidades adjudicantes pode também aliar-se a uma configuração das peças do procedimento que se mova em maximizar os critérios horizontais na contratação pública.

Com efeito, são inúmeras as problemáticas que podem (e devem) ser pensadas ao embalo dessas coordenadas sinérgicas, a que a atuação *agrupada* muito oferece o flanco, tais como, *verbi gratia*, a melhor gestão dos fundos públicos, a reutilização dos bens (ao invés da sua eliminação), o fomento da participação das PME, a inclusão laboral de pessoas com deficiência, o combate à discriminação racial ou de género, a contratação de desempregados de longa duração ou de jovens à procura do primeiro emprego, entre tantas outras a que se poderia aludir.

22 V. Fonseca, Isabel Celeste/Machado, Carla/Santos, Luciana Sousa, "Parcerias para a inovação e a antecipação do futuro: breve ensaio", in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020, p. 100.

23 V., a título ilustrativo, Jones, Mervyn/Sohn, Iben Kinch/Bendsen, Anne-Mette Blysemose, *Circular Procurement: Best Practice Report*, Regional Networks for Sustainable Procurement, ICLEI, 2017.

24 Fornecendo estes exemplos, v. GONÇALVES, Pedro Costa, "Smart cities e contratação pública", in *European Review of Digital Administration & Law - Erdal*, Vol. 22, Issue 1, 2021, p. 129.

Num rasgo mais específico, o espaço procedimentalmente conferido para aqueles desideratos tende a reportar-se à definição das especificações técnicas (art. 49.º), à previsão dos critérios de qualificação (art. 165.º), à possibilidade de reserva de contratos (art. 54.º-A), à densificação do critério de adjudicação (arts. 74.º e 75.º), assim como ao enquadramento de condições especiais de execução contratual (art. 42.º)²⁵.

Numa aceção ilustrativa, as sinergias aquisitivas sob a égide de agrupamentos de entidades adjudicantes podem passar por exigências conjuntas quanto à ostentação de *rótulos ecológicos* ou de *rótulos de comércio justo*, por referência a diferentes momentos-chave (especificações técnicas, critério de adjudicação, condições de execução contratual), com a expectável repercussão num universo porventura muito vasto de consumidores finais de bens mais *sustentáveis* (v.g., “Cidades para o Comércio Justo”).

Com isto, não se crê que irrompa propriamente aqui uma *nova categoria* de políticas horizontais nas aquisições públicas, passível de autonomização dogmática face às restantes (como seriam, então, as “políticas colaborativas”). Em sentido distinto, trata-se, isso sim, de uma ferramenta normativa que pode constituir uma aliada à consecução daqueles desideratos estratégicos, musculando os seus termos de efetivação e em várias vertentes.

2.5. Escalpelizados os vetores colaborativos que podem, por um lado, subjazer a um planeamento contratual mais articulado e, por outro, à opção de constituição de agrupamentos de entidades adjudicantes, e as suas implicações na sustentabilidade e na eficiência aquisitivas, importa, doravante, ainda que sempre ao abrigo das mesmas premissas iniciais, debruçar a atenção sobre outra vertente dogmática que permeia a economia colaborativa na contratação pública: *a agregação e a centralização das compras públicas*.

Na esteira lógica de tudo quanto tem vindo a ser dito, revela-se claro que, no quadro da demanda pelas condições contratuais que se dotem de um acrescido potencial de vantagem para a prossecução do interesse público, impe-ra considerar instrumentos que possam configurar uma opção mais atrativa do que a contratação isolada. É hoje reconhecido o impacto de que a agregação

25 Por todos, v. Estorninho, Maria João, *op. cit.*, pp. 415 e ss.; Amado Gomes, Carla/Caldeira, Marco, “Contratação pública «verde»: uma evolução (eco)lógica”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, pp. 841 e ss.; Rodrigues, Nuno Cunha, “A utilização de critérios sociais no Código dos Contratos Públicos”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, pp. 883 e ss.; Fonseca, Isabel Celeste/Silva, João Amadeu Araújo da, *op. cit.*, pp. 75 e ss.

do processo de compra se tende a prover no âmbito da satisfação das necessidades públicas, permitindo asseverar um peso negocial que as entidades adjudicantes, a título de isolacionismo contratual, jamais lograriam *per se*. Destarte, remarca-se que aquele poder é, por natureza, maximizado mediante a contratação em acordos-quadro e, por excelência, quando são constituídas centrais de compras, as quais, visando as necessidades contratuais de vários adquirentes, favorecem prolíficas economias de escala, que, à semelhança do que se deu nota, podem consubstanciar uma via especializada para assegurar, a jusante, um clausulado contratual mais vantajoso²⁶.

Em particular, as centrais de compras, na afeição ímpar ao conceito de “economia do ócio”, são reputadas como o *ex libris* dos ganhos de escala na contratação. Com efeito, face à respetiva natureza profissionalmente vocacionada para a negociação de condições contratuais mais atrativas, tal mecanismo agregador muito coadjuva a mitigar as fragilidades que tão frequentemente se auscultam na esfera das entidades adjudicantes e que se prendem à escassez de meios humanos, logísticos e técnicos para a contratação no mercado ao abrigo dos melhores termos possíveis²⁷.

Em virtude de atuarem como «grossistas para a compra, armazenagem e revenda ou, em segundo lugar, como intermediários para a adjudicação de contratos, a gestão de sistemas de aquisição dinâmicos ou a celebração de acordos-quadro a serem utilizados pelas autoridades adjudicantes»²⁸, e considerando o seu peso de atuação, recomenda-se, ademais, não descuidar aquela que é a crescente perceção dogmática das centrais de compras como atores procedimentalmente indispensáveis ao fomento de abordagens mais inovadoras no processo aquisitivo e ao estímulo da progressiva expressividade do pequeno e do médio tecido empresarial no mercado da contratação pública²⁹. Assim sucedendo, esta corresponderá a uma linha certa na promoção daquele empresariado, em contraste com o desconcerto da abordagem protecionista na qual o legislador português incorreu recentemente para o efeito, no quadro da Revisão de 2021 do CCP, promovida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio (em que viola o núcleo duro

26 V. Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, *op. cit.*, pp. 775 e 884 e ss.

27 Neste sentido, *idem*, *ibidem*, p. 805.

28 V. União Europeia, Diretiva 2014/24/EU, *cit.* (Considerando 39).

29 Assim, v. Fonseca, Isabel Celeste, “A Proposta de Lei n.º 41/XIV: Notas sobre uma (desconcertante) reforma do direito da contratação pública”, in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020, p. 293.

dos princípios fundamentais da normatividade europeia em matéria de contratos públicos)³⁰.

Sem embargo de tantos serem os méritos *prima facie* ínsitos a estes instrumentos procedimentais especiais, importa, ainda assim, acautelar alguma parcimónia, na medida em que este não é um caminho isento de *espinhos* no Código.

Destarte, pese embora as inúmeras vantagens reconhecidas à agregação e à centralização das compras públicas, cumpriria evitar o respetivo exacerbamento, em coordenadas de alienação material ou de imposição *a todo o custo*, sob prejuízo de se proporcionar a respetiva *perversidade* e de se atentar, em última instância, contra a própria matriz prossecutora de um modelo pré-contratual público mais eficiente.

É, por conseguinte, com inelutável preocupação *jusadministrativa* que se decifra um terreno fértil à violação do interesse público financeiro espoletada por uma solução legislativa que *impõe* às entidades adjudicantes integradas na Administração direta e indireta (não empresarial) uma contratação vinculada aos acordos-quadro celebrados no regime do Sistema Nacional das Compras Públicas, subtraindo tendencialmente da disponibilidade daqueles adquirentes públicos a contratação a título isolado, *mesmo que*, em tantos casos – *pasme-se!* –, essa figurasse como a via geradora dos termos contratuais mais vantajosos. São estes os riscos da preterição da desejável natureza *facultativa* deste instrumento³¹.

Com efeito, deflui da letra da lei que as entidades adjudicantes abrangidas por sistemas de compra vinculada ao abrigo de um acordo-quadro ficam apenas excecionadas dessa vinculação caso demonstrem que, para uma

³⁰ O acinte é, neste caso, primordialmente dirigido ao disposto no n.º 4 do art. 113.º, que mitiga as limitações à contratação reiterada do mesmo operador económico, nos termos que se reproduz: «O disposto no n.º 2 [relativo ao condicionamento daquela contratação reiterada] não se aplica aos procedimentos de ajuste direto para a formação dos contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de uso corrente promovidos por autarquias locais sempre que: a) A entidade convidada seja uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei, com sede e atividade efetiva no território do concelho em que se localize a entidade adjudicante; e b) A entidade adjudicante demonstre fundamentadamente que, nesse território, a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir». Num olhar crítico, v., entre outros, Caldeira, Marco, "Das preferências «locais» na revisão do Código dos Contratos Públicos: são os «santos da casa» que fazem «milagres»?», in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 10, 2021, pp. 67-68; Fonseca, Isabel Celeste, "A Proposta de Lei n.º 41/XIV...", *op. cit.*, p. 286; Fernández Sánchez, Pedro, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2021, pp. 44-45.

³¹ V. Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, *op. cit.*, pp. 818 e 826.

dada aquisição ou locação de bens móveis, a utilização do acordo-quadro levaria ao pagamento de um preço, por unidade de medida, pelo menos, 10% superior ao preço demonstrado pela entidade adjudicante para objeto com as mesmas características e nível de qualidade (n.º 1 do art. 256.º-A do CCP). No essencial, e sem prejuízo, desde logo, das dificuldades que presidem a tal demonstração diabólica, sempre se conclui que a prioridade legislativa *in casu* se traduz cristalinamente na sobrevivência de um sistema de compras centralizado, que, ao invés de se impor pela sua atratividade intrínseca, se impõe à custa daquela que figuraria como uma poupança de (até) 9,99% face a um mesmo *quid*, provido das *mesmas* exatas características, sendo, por isso, suscitado um injustificado prejuízo para o erário público, que em tudo oferece o flanco a um olhar perplexo do intérprete³².

Numa palavra: neste tocante, o nosso legislador parece “abrir caminho” a que seja, paradoxalmente, comprometida a *ratio* do acesso agregador das compras públicas, *id est*, aquela que *jamaiz* se poderia dissociar da almejada maximização da eficiência aquisitiva no cerne da melhor prossecução do interesse público. Este é, por tudo, um exemplo bem ilustrativo de que a aplicação dos princípios da economia colaborativa à contratação pública recomenda também algumas cautelas.

Conforme se reiterou, o acinte crítico precedente cinge-se, todavia, a um preceito normativo que se aplica aos adquirentes públicos inseridos na Administração direta e indireta (não empresarial). Por outras palavras: um olhar mais benevolente é forçosamente dirigido aos contornos legais do recurso a estes instrumentos pelas demais entidades adjudicantes, já que arrimados aos devidos moldes facultativos. E quão oportunos podem, de resto, afigurar-se os acordos-quadro e as centrais de compras na otimização da eficiência e da sustentabilidade das compras públicas de tantas dessas restantes entidades adjudicantes, nomeadamente as *autarquias locais*.

A esse respeito, importa dizer que, à luz do disposto no n.º 4 do art. 257.º do CCP, é descortinada uma exceção à estabilidade subjetiva dos acordos-quadro que possibilita, *verbi gratia*, que, nas peças do procedimento de um acordo-quadro celebrado por uma autarquia local, tenha sido salvaguardada *ab initio* a eventual adesão de outras autarquias que se insiram na mesma Comunidade Intermunicipal ou Área Metropolitana³³. Assim, gera-se,

32 Assim, *idem*, *ibidem*, p. 826.

33 V. Pires, Miguel Lucas, “Acordos-quadro”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, op. cit., p. 992.

in totum, uma conjuntura tendente à maximização da eficiência e da sustentabilidade, sob o ideal de aproveitamento de sinergias, o que, não se olvide, pode revelar-se estratégico para a própria implementação dos critérios horizontais na contratação pública municipal, atendendo que porventura também aí acolhidos num volume considerável de relações contratuais, sob uma constância temporal que pode ascender a quatro anos ou, até, a um prazo superior (excecional e fundamentado), ao abrigo do teor dos n.ºs 2 e 3 do art. 256.º do CCP.

Soma-se a nota de que, por força do recente aditamento do n.º 3 ao art. 2.º do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de outubro, as Áreas Metropolitanas e as Comunidades Intermunicipais estão agora legalmente habilitadas a assumir a «função de centrais de compras, em benefício dos respetivos municípios e de quaisquer outras entidades adjudicantes, exceto as obrigatoriamente vinculadas a sistemas de compras legalmente instituídas».³⁴ Destarte, também aí se tornam transponíveis as conclusões gerais sufragadas no concernente aos méritos associados a esta figura, quer no plano da racionalização da despesa pública, quer no plano da eventual promoção de outros valores no seio aquisitivo.

2.6. Traçado este périplo, não se poderia dar por finda a tarefa de escrutinar, em breves notas, a contratação pública *colaborativa* no ordenamento jurídico português sem dedicar uma última palavra às *plataformas eletrónicas*, cuja utilização constitui apanágio do modelo em exegese.

Com efeito, sumariamente caracterizada a saliência sinérgica que é atinente à aplicação dos princípios da economia colaborativa à atividade contratual, seria tudo menos congruente que a prossecução dos intentos que se tem descrito pudesse assentar num conjunto de práticas obsoletamente materializadas e, *prima facie*, tão obstantes à otimização da eficiência na era digital. É nesse sentido que urge destacar que a tramitação integral dos procedimentos de formação dos contratos públicos no seio das plataformas eletrónicas representa hoje uma realidade assente em Portugal – com exceção do ajuste direto e da consulta prévia.

Por imperativo de correção histórica, importa, aliás, advertir que foi o legislador português aquele que, entre toda a latitude jurídica dos Estados-Membros da União, tomou a dianteira na concretização da contratação

³⁴ Acolhendo igualmente com entusiasmo esta novidade legislativa, v. Fernández Sánchez, Pedro, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, op. cit., pp. 219-222.

pública eletrônica, não se tendo, em 2008, quedado pela mera dimensão transpositiva que lhe incumbiria então nesta matéria, ao abrigo das diretivas-contratos públicos/2004 – ainda estribadas na natureza facultativa da implementação da *e-procurement* –, mas tendo, bem pelo contrário, ido muito mais além na densificação de tais propósitos, instituindo com caráter de obrigatoriedade a via eletrônica na realização dos procedimentos pré-contratuais. Ora, o sucesso da experiência portuguesa logrou tamanho arrojo que as subsequentes diretivas de 2014 extraíram dela a respetiva inspiração, sendo, nos tempos hodiernos, europeicamente injuntivo um paradigma de contratação pública eletrônica – sob o repto vanguardista português³⁵.

Entre as múltiplas vantagens que lhe estão umbilicadas – pese embora o presente estudo, face ao seu objeto, não se detenha sobre todas elas –, a desmaterialização da tramitação dos procedimentos pré-contratuais logrou abolir o preocupante pendor do suporte físico até então auscultado e a absorvente carga formalística associada à necessidade da presença física para quaisquer atos procedimentais. Nessa medida, facilmente são discerníveis os ganhos de eficiência e celeridade que se geram pela simples circunstância de as diligências procedimentais serem agora integralmente asseguradas por recurso às ferramentas digitais, o que é outrossim aplicável às comunicações entre todos os que participam nos procedimentos³⁶.

Na observância dos requisitos de integridade, segurança, gratuidade, igualdade, interoperabilidade e compatibilidade, as plataformas – licenciadas, monitorizadas e fiscalizadas pelo IMPIC, I.P., em coordenação com o Gabinete Nacional de Segurança – prestam um conjunto de serviços-base que permitem o desenvolvimento total dos procedimentos pré-contratuais, estando abrangidos: *a)* o acesso aos procedimentos e às peças do procedimento que tenham sido publicadas; *b)* o envio de mensagens através da plataforma eletrônica; *c)* o envio de mensagens de correio eletrónico para todos os intervenientes na fase do procedimento de formação de contratos públicos em curso, sempre que, nos termos do CCP, tal comunicação seja obrigatória; *d)* os pedidos de esclarecimentos e listas de erros e omissões; *e)* a submissão de candidaturas, de propostas e de soluções; *f)* as pronúncias em audiência prévia; *g)* as reclamações e as impugnações; *h)* a decisão de

35 Sobre este assunto, v. Viana, Cláudia, “Contratación pública electrónica: la experiencia portuguesa”, in Gimeno Feliú, José María (dir.) & Bernal Blay, Miguel Ángel (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomas Reuteurs Aranzadi, 2014, pp. 284 e ss.

36 V. Gonçalves, Pedro Costa, “Eficiência e transparência na contratação pública: a contratação pública eletrônica”, in Vieira de Andrade, José Carlos & Silva, Suzana Tavares da (coords.), *As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*, Imprensa Universidade de Coimbra, 2017, p. 178.

adjudicação; *i*) a entrega dos documentos de habilitação; *j*) assim como a visualização de todas as mensagens e avisos criados pelas entidades adjudicantes a que, nos termos da lei, os operadores económicos devem ter acesso (arts. 7.º, 8.º e 24.º da Lei n.º 96/2015).

Numa palavra, foram eliminadas *distâncias* e *barreiras* que outrora impediavam dissuasivamente aos termos ágeis e expeditos com que deveriam ser conduzidos os procedimentos de formação de contratos públicos. Retenha-se que o anacronismo em causa se afigurava comprometedor da própria consolidação do mercado interno, na medida em que os operadores económicos eram dissuadidos de participar em muitos procedimentos pré-contratuais nos quais poderiam ter interesse em fazê-lo, em virtude dos constrangimentos logísticos que se seguiriam. Por tudo, *a montante*, era prejudicada a efetividade do apelo concorrencial – em contravenção dos ditames do direito europeu originário – e, *a jusante*, perder-se-ia verosimilmente também no plano da incindível obtenção de propostas mais atrativas para o interesse público.

No tocante a esta última vertente, apraz, a título paradigmático, assinalar que a eficiência e a sustentabilidade das compras se veem, desta feita, propulsionadas sob um pano de fundo apto a *i*) assegurar poupanças expressivas do erário público, *ii*) a concretizar *per se* os valores da responsabilidade ambiental e *iii*) a facilitar o acesso das PME ao mercado da contratação (a par de todas as demais vantagens que se lhe podem aditar). Não é por isso se não um saldo dogmático inequivocamente favorável aquele que se atribui à *e-procurement* sob o prisma densificador das dimensões principiológicas em análise³⁷.

Cumpre, todavia, mais uma vez, repelir os *endeusamentos* precipitados. Se é, por um lado, indiscutível que a utilização das plataformas eletrónicas na contratação pública torneou asfixiantes obstáculos em sede procedimental, por outro lado, não é menos verdade que foram germinados outros, que igualmente podem sabotar a plenitude dos intentos a que aquelas se propuseram³⁸. E não há como menosprezar os condicionalismos que se têm apurado na radicalização formalista das regras que respeitam às assinaturas

³⁷ Assim, v. Viana, Cláudia, *op. cit.*, p. 284.

³⁸ Em sentido próximo, v. Matos, Sara Augusto de/Azevedo, Pedro Santos, “Breves considerações sobre a assinatura electrónica na contratação pública”, in Gonçalves, Pedro Costa (dir.), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 15, Almedina, 2014, p. 36.

eletrônicas (e que tanto têm fomentado a litigiosidade e o antagonismo dos ventos jurisprudenciais).

É o que sucede, em particular, a respeito da obrigação de aposição de assinatura eletrônica qualificada em *todos* os documentos constitutivos das propostas *antes* da respetiva submissão na plataforma (nos casos em que a plataforma não possibilite a modalidade alternativa de carregamento progressivo de documentos, dado que aí é suficiente a assinatura global, aposta *aquando* da submissão das propostas) – n.ºs 4 e 5 do art. 68.º da Lei n.º 96/2015. Mais precisamente, importa interrogar se não será manifestamente desproporcional que a preterição de tal formalidade legal se possa associar a uma consequência jurídica tão gravosa quanto a automática exclusão dos concorrentes inadimplentes dos procedimentos pré-contratuais (ao abrigo da subsunção ao fundamento excludente constante da alínea l) do n.º 2 do art. 146.º do CCP, *i.e.*, inobservância das formalidades do modo de apresentação das propostas fixadas nos termos do disposto no art. 62.º).

Esta é uma questão da maior relevância, urgindo refletir no seguinte: cumprirá que se ofereça o flanco a que, em virtude das dificuldades interpretativas suscitadas por uma formalidade intrincadamente acolhida na letra da lei e arrimada tão-só à “febre burocratizante” do legislador (já que em extravasamento dos interesses a cuja tutela se propõe³⁹), sejam – aí sim – *curvados* os valores fundamentais do direito europeu e nacional dos contratos públicos? Note-se que pode, inclusivamente, estar em causa o arredamento de propostas providas de um ímpar potencial de atratividade, sem que tal encontre sequer respaldo na sobrelevação material de qualquer bem jurídico que urja tutelar *naqueles* termos⁴⁰.

Pois bem, é certo que, mesmo que essa se repute *ab initio* como uma formalidade essencial (com sustento no princípio geral à luz do qual, se a lei a previu, o referido juízo de essencialidade terá sido então, *per se*, vertido⁴¹ – isto, independentemente do quão crítico possa vir a ser o intérprete em

39 A doutrina tem apontado três finalidades visadas pela assinatura eletrônica qualificada, que se estribam no disposto no n.º 1 do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 290/D: a “função identificadora”, a “função finalizadora ou conformadora” e a “função de inalterabilidade”. V., por todos, Sousa, Luís Verde de, “Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, op. cit., p. 949.

40 Suscitando as bases desta reflexão crítica, v., Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, op. cit., p. 163.

41 Sobre este assunto, v. Amaral, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2016, p. 385.

relação ao sentido da solução legal prescrita), existe, ainda assim, uma *válvula de escape* que a ordem jurídica confere e que pode militar pelo afastamento do efeito procedimentalmente excludente atribuível à preterição daquela formalidade. Trata-se do apelo à *teoria das formalidades não essenciais*, de que o Supremo Tribunal Administrativo se socorreu, não há muito tempo, para dirimir uma questão controvertida que se revestia dos contornos ora em análise (pese embora numa pronúncia contrastante com o posicionamento mais conservador sobre esta matéria em arestos pretéritos⁴²), *i.e.*, em que um concorrente não havia assegurado a duplicidade temporal da assinatura, no contexto da utilização de uma plataforma que não facultava a modalidade do carregamento progressivo dos documentos, tendo-se, por conseguinte, verificado a exclusão da sua proposta⁴³.

A convocação da teoria das formalidades não essenciais arrima-se ao princípio da primazia da materialidade subjacente, podendo justificar – mesmo que, como aqui sucede, transposta aos atos dos particulares⁴⁴ – que o formalismo inobservado não seja, *ainda assim*, conducente àquele efeito de exclusão procedimental, *caso a ratio* visada pela exigência formal preterida tenha sido alcançada por outra via (redação que se adapta do consignado na alínea b) do n.º 4 do art. 163.º do Código do Procedimento Administrativo). Numa palavra: face à formalidade incumprida se ter degradado, àquela luz, numa formalidade não essencial (como tal, insuscetível de conduzir à aludida exclusão)⁴⁵.

E foi, portanto, sob essa égide que o STA veiculou recentemente o entendimento de que a assinatura eletrónica qualificada aposta *no momento* da submissão da proposta na plataforma *já* se afigura apta a asseverar a observância de todos os interesses legais que atinem à segurança e à certeza procedimentais, incluindo, além da titularidade e do assentimento do signatário, o de que o conteúdo declaratório não foi objeto de alterações após a assinatura. Assim, ainda que preterida a exigência formal quanto à aposição de assinatura individualizada antes do carregamento na plataforma, essa sempre se degradaria numa formalidade não essencial e que não poderia conduzir à exclusão da proposta, em virtude de, no vertente estado

42 V., entre outros, Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 08.03.2012, Proc. 01056/11, ou de 03.12.2015, Proc. 01028/15.

43 V. Acórdão do STA de 06.12.2018, Proc. 0278/17.0BECTB.

44 V. Oliveira, Rodrigo Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública”, in Gonçalves, Pedro (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, p. 110.

45 Sobre este assunto, v. Correia, Sérvulo, “O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento e, em Especial, na Formação da Decisão Administrativa”, in *Cadernos de Ciência e Legislação*, n.ºs 9/10, 1994, p. 142.

da arte, todos os interesses legais se revelarem adequadamente tutelados por intermédio da via primeiramente enunciada (*i.e.*, a assinatura aquando da submissão). Note-se que até as suspeitas que poderiam premer no atinente à eventual alterabilidade dos documentos (suscitadas naquele âmbito controvertido) são facilmente debeladas, visto que, como bem frisou o Tribunal, «há sempre a possibilidade de aferir se uma cópia electrónica que tenha sido extraída da plataforma corresponde ao documento original que foi submetido pelo concorrente. Assim, ainda que fosse possível extrair dos ficheiros carregados na plataforma cópias eletrónicas, sempre a plataforma permitiria averiguar a inexactidão dessa cópia relativamente ao original», o que, aliás, se coaduna com o disposto no n.º 2 do art. 31.º da Lei n.º 96/2015.

Esta deveria, porém, traduzir-se numa oportunidade para alterar a lei, ao invés de se privilegiar uma “brecha paliativa” tendente a puerilizar o recurso à teoria das formalidades não essenciais – que não é, em si, isenta de *riscos*, os quais podem ser, desde logo, colocados no plano da garantia do tratamento igualitário dos agentes económicos nos procedimentos pré-contratuais⁴⁶. Tal alteração passaria, na senda do recorrido, por eliminar um formalismo que se evidencia como despiciendo e porventura nocivo, passando, em todos os casos, a ser *apenas* exigível a aposição da assinatura eletrónica qualificada *no momento* da submissão na plataforma⁴⁷. Enfim, como paradigmaticamente se intui, *at the end of the day*, ainda existe caminho a percorrer para que a contratação pública eletrónica complete os seus propósitos.

3. Nota conclusiva

A contratação pública é hodiernamente tributária de vetores colaborativos, no ordenamento jurídico português, os quais, pese embora repercutidos sem absoluta linearidade, não deixam de sugerir auspiciosos contributos teóricos em prol de um modelo aquisitivo mais eficiente e sustentável; um modelo que se pretende apto a canalizar sinergias e ganhos de escala conducentes à gestão mais concertada dos recursos, sob a tessitura das oportunidades adicionalmente oferecidas pelas plataformas eletrónicas. Em rigor, cumpre dizer que, descurado o contributo das plataformas colaborativas,

46 Assim, Almeida, João Amaral/Fernández Sánchez, Pedro, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, ebook, 2016, p. 48; Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, *op. cit.*, p. 161.

47 V. SOUSA, Luís Verde de, “A assinatura eletrónica das propostas: alguns problemas criados ou não resolvidos pela Lei n.º 96/2015”, in Gonçalves, Pedro Costa (dir.), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 24, 2020, p. 102.

todos os demais propósitos escalpelizados neste estudo – tão indispensáveis à sustentabilidade do modelo aquisitivo que se pretende – se veriam, em larga medida, dificultados. Numa palavra, aquelas consubstanciam um arrimo materialmente inolvidável à otimização das sinergias aquisitivas, que, assim, logram avançar e “ver a luz do dia” com mais facilidade.

Por tudo, não resta a menor dúvida de que, *a priori*, pode ser auscultado um profícuo cruzamento entre, por um lado, os propósitos que regem a economia colaborativa, e, por outro lado, os valores e os princípios que norteiam a atividade contratual da Administração Pública em Portugal. Trata-se de uma aliança dogmática com frutos indiscutíveis e a que urge dar respaldo.

Todavia, este é um caminho que se adivinha intrincado, escrutinadas algumas opções questionáveis da lei portuguesa para consolidar tais intentos. Com efeito, em alguma medida, *são aferidas* soluções legislativas incipientes, *são aferidas* possíveis rotas de colisão com a disciplina europeia e *são aferidas* prescrições “autodestrutivas” (que, em última instância, podem comprometer, paradoxalmente, a *ratio* da aplicação dos princípios da economia colaborativa à contratação pública). Por tudo, bem andarà o legislador se lograr amainar os ventos que doutrinária e jurisprudencialmente *já* se denunciam agrestes a este estado da arte e, *acima de tudo*, se criar mais e melhores condições para uma *contratação pública colaborativa* efetivamente ao serviço do bem comum.

Referências

Alfonso Sánchez, Rosalía/Burillo Sánchez, Francisco, “La economía llamada colaborativa”, in Alfonso Sánchez, Rosalía & Valero Torrijos, Juan (dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Almeida, João Amaral/Fernández Sánchez, Pedro, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos, ebook*, 2016.

Amado Gomes, Carla/Caldeira, Marco, “Contratação pública «verde»: uma evolução (eco)lógica”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019.

Amaral, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2016.

Caldeira, Marco, “Das preferências «locais» na revisão do Código dos Contratos Públicos: são os «santos da casa» que fazem «milagres?»”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 10, 2021.

Carvalho, Raquel, “Consultas preliminares ao mercado”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019.

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 02.06.2016.

_____, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa*, Estrasburgo, 03.10.2017, COM(2017) 572 final.

_____, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Um Novo Plano de Ação para a Economia Circular Para uma Europa mais limpa e competitiva*, COM(2020) 98 final, Bruxelas, 11.03.2020.

Correia, Sérvulo, “O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento e, em Especial, na Formação da Decisão Administrativa”, in *Cadernos de Ciência e Legislação*, n.º 9/10, 1994.

Estorninho, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, 2012.

Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, AAFDL Editora, 2020.

_____, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2021

Fonseca, Isabel Celeste, “A Proposta de Lei n.º 41/XIV: Notas sobre uma (desconcertante) reforma do direito da contratação pública”, in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020.

Fonseca, Isabel Celeste/Carneiro, Ana Rita/Barros, Rita, "Diretivas Contratos Públicos 2014 e (Dificuldades na Definição de um Novo Conceito de) Proposta Economicamente Mais Vantajosa: Desejando um Regulamento Contratos Públicos", in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020.

Fonseca, Isabel Celeste/Machado, Carla/Santos, Luciana Sousa, "Parcerias para a inovação e a antecipação do futuro: breve ensaio", in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020.

Fonseca, Isabel Celeste/Silva, João Amadeu Araújo da, "As regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020)", in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020.

Gonçalves, Pedro Costa, "Eficiência e transparência na contratação pública: a contratação pública eletrónica", in Vieira de Andrade, José Carlos & Silva, Suzana Tavares da (coords.), *As reformas do sector público: perspetiva ibérica no contexto pós-crise*, Imprensa Universidade de Coimbra, 2017.

_____, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2018.

_____, "Smart cities e contratação pública", in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, Vol. 22, Issue 1, 2021.

Helms, B., "La Economía Colaborativa y su capacidad para transformar el desarrollo en América Latina", in *Economía colaborativa en América Latina*, IE Business School, 2016.

Hatzopoulos, Vassilis, *The Collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury, 2018.

Jones, Mervyn/Sohn, Iben Kinch/Bendsen, Anne-Mette Blysemose, *Circular Procurement: Best Practice Report*, Regional Networks for Sustainable Procurement, ICLEI, 2017.

Matos, Sara Augusto de/Azevedo, Pedro Santos, "Breves considerações sobre a assinatura eletrónica na contratação pública", in Gonçalves, Pedro Costa (dir.), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 15, Almedina, 2014.

Möhlmann, M., "Collaborative consumption: determinants of satisfaction and the likelihood of using a sharing economy option again", in *Journal of Consumer Behaviour*, 14(3), 2015.

Oliveira, Mário Esteves de, "Agrupamentos de Entidades Adjudicantes e de Candidatos e Concorrentes em Procedimentos de Contratação Pública", in Gonçalves, Pedro Costa (org.), *Estudos de Contratação Pública II*, Coimbra Editora, 2010.

Oliveira, Rodrigo Esteves de, "Os princípios gerais da contratação pública", in Gonçalves, Pedro (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008.

Plaza Angulo, Juan José/Patiño Rodríguez, David/Gómez-Álvarez Díaz, Rosario, "Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico", in Todoli Signes, Adrián & Hernández Bejarano, Macarena (dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018

Pires, Miguel Lucas, “Acordos-quadro”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019.

Rodrigues, Nuno Cunha, “A utilização de critérios sociais no Código dos Contratos Públicos”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019.

Sousa, Luís Verde de, “Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019.

____, “A assinatura eletrónica das propostas: alguns problemas criados ou não resolvidos pela Lei n.º 96/2015”, in Gonçalves, Pedro Costa (dir.), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 24, 2020.

União Europeia, Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2014/18/CE.

____, Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

Valcárcel Fernández, Patricia, “The Relevance of Promoting Collaborative and Joint Cross Border Procurement for Buying Innovative Solutions” in Racca, Gabriella M. & Yukins, Cristopher R. (eds.), *Joint Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruylant, 2019.

Viana, Cláudia, “Contratación pública electrónica: la experiencia portuguesa”, in Gimeno Feliú, José María (dir.) & Bernal Blay, Miguel Ángel (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomas Reuteurs Aranzadi, 2014.

Economia colaborativa e tributação do rendimento das plataformas digitais

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.28>

João Sérgio Ribeiro*

* Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Resumo: Neste artigo são identificados os problemas que existem a nível de tributação dos detentores das plataformas digitais ou colaborativas e explanadas as soluções avançadas para os superar, tanto no domínio da União Europeia como da OCDE.

Palavras-chave: Economia colaborativa – tributação do digital – União Europeia – OCDE.

Sumário: Introdução. **1.** Problemas relativos à tributação do rendimento das plataformas digitais. **2.** Desenvolvimentos na União Europeia. *2.1.* Proposta de diretiva que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa. *2.2.* Proposta de diretiva relativa ao sistema comum de imposto sobre os serviços digitais aplicável às receitas da prestação de determinados serviços digitais. **3.** Desenvolvimentos no âmbito da OCDE. *3.1.* Pilar 1. *3.2.* Pilar 2. **4.** Desenvolvimentos mais recentes e perspectivas futuras. Conclusão. Referências.

Abstract: In this article, the author identifies the problems that affect the taxation of the digital or collaborative platforms owners and explains the solutions put forward by the European Union and OECD to overcome those problems.

Keywords: Collaborative economy – digital taxation – European Union – OECD.

Summary: Introduction. **1.** Problems in connection with the taxation of digital platforms income. **2.** Developments in the European Union. *2.1.* Proposal for a Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence. *2.2.* Proposal for a Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services. **3.** Developments in the context of OECD. *3.1.* Pillar 1. *3.2.* Pillar 2. **4.** Recent developments and future perspectives. Conclusion. References.

Introdução

O conceito de economia colaborativa tem alguma abrangência e o seu sentido varia, naturalmente, com o contexto em que é utilizado. Tendo em conta o espaço económico e jurídico em que nos enquadrámos, utilizaremos como referência a definição dada pela Comissão Europeia, numa comunicação feita em 2016¹.

Segundo a definição aí avançada, economia colaborativa diz respeito aos modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares.

Ainda no contexto da mesma comunicação, foram identificados três tipos de intervenientes na economia colaborativa: «(i) os prestadores de serviços que partilham os ativos, os recursos, a disponibilidade e/ou as competências – podem ser particulares que oferecem serviços numa base esporádica ('pares') ou prestadores de serviços que atuam no exercício da sua atividade profissional ('prestadores de serviços profissionais'); (ii) os utilizadores desses serviços; e (iii) os intermediários que – através de uma plataforma em linha – ligam prestadores de serviços e utilizadores, facilitando as transações recíprocas ('plataformas colaborativas')».

Constata-se, por conseguinte, que a economia colaborativa tem potencial para abranger uma multiplicidade de setores que vão desde a partilha de bens e serviços, de âmbito indiferenciado, às atividades ligadas à hotelaria e transportes².

As questões relativas à tributação destas atividades no domínio da economia colaborativa podem dizer respeito aos prestadores de serviços que partilham recursos; aos utilizadores desses recursos e, por fim, aos intermediários que utilizam plataformas digitais para conectar os prestadores e utilizadores. Nesse enquadramento, é relevante a análise da tributação do rendimento, do consumo e, eventualmente, dos benefícios fiscais que num sistema em concreto possam ser assegurados para estimular a atividade de partilha.

1 COM(2016)356 final.

2 Para o enquadramento da economia colaborativa nas regras da União Europeia, ver Oliveira, Piedade Costa de, "Digital Single Market: electronic commerce and collaborative economy", in *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 5, No. 2, July 2019, pp 4-14.

Não obstante a diversidade de questões fiscais ínsitas ao fenómeno da economia colaborativa, colocaremos a nossa atenção unicamente na tributação do rendimento dos detentores das plataformas digitais de maior dimensão. Ficarão de fora da nossa análise, portanto, questões tributárias que tenham que ver com outros tributos que não o imposto sobre sociedades, como é o IVA, e as pequenas plataformas que são muitas vezes usadas de forma esporádica por pequenos intermediários.

Começaremos, num primeiro ponto, por identificar os problemas que existem a nível de tributação dos detentores das plataformas digitais ou colaborativas, aludindo ao ímpeto inicial que foi dado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) para promover a solução dos problemas identificados.

Num segundo momento, daremos conta das soluções que foram inicialmente propugnadas a nível da União Europeia.

Abordaremos, de seguida, as soluções entretanto avançadas pela OCDE sobre a temática.

Num momento final, daremos nota dos desenvolvimentos mais recentes e o que se perspetiva em termos de evolução, nos próximos tempos.

1. Problemas relativos à tributação do rendimento das plataformas digitais

As novas tecnologias, com destaque para as da informação, transformaram de uma forma radical todos os setores de atividade, incluindo o retalho, serviços financeiros, educação e radiodifusão e média, que são cada vez mais digitais. Esta evolução implica, conseqüentemente, que o tratamento da economia chamada digital não possa ser isolado da chamada economia tradicional, dado que, por um lado, a economia que recorre a plataformas tecnológicas e meios digitais é cada vez mais preponderante e, por outro, mesmo a chamada economia tradicional tem cada vez mais presença no digital. Ora, esta constatação é, sobretudo, evidente no contexto da economia colaborativa que, pelo menos na conceção que temos dela, tem como ecossistema o digital. Este estado de coisas traz, naturalmente, muitos desafios em vários domínios, pelo facto de os mecanismos, designadamente, jurídicos, nem sempre estarem adaptados a essas realidades. Isto porque os seus princípios e regras fundamentais foram pensados para outros contextos.

No plano da tributação, domínio onde colocamos a tónica, os desafios são particularmente complexos.

O desafio mais marcante tem que ver com facto de, tradicionalmente, uma atividade empresarial só poder ser tributada num determinado ordenamento se houver aí uma presença significativa com alguma tradução física, seja através de instalações ou presença de agentes ou mandatários. Ora, nos dias de hoje, é cada vez mais frequente termos uma empresa a desenvolver uma considerável atividade comercial num determinado Estado, tendo receitas muito significativas, sem que aí estabeleça qualquer tipo de presença, ao contrário, repetimos, do que era comum no passado. Na verdade, uma sociedade pode participar na vida económica de um país através de funções meramente automatizadas, como ocorre nas vendas na Internet, ou no domínio da nova economia colaborativa, não havendo necessidade de uma presença humana, ou de qualquer instalação física de que resulte um estabelecimento estável, conceito que materializaria a tal presença física relevante.

Apesar de à luz da Convenção Modelo da OCDE certos tipos de rendimento poderem ser tributados num determinado sistema jurídico, mesmo que o sujeito passivo a que dizem respeito não disponha aí de um estabelecimento estável, essas exceções são ostensivamente insuficientes para resolver todos os problemas relativos ao comércio eletrónico, dado que não incidem sobre a atividade comercial.

Consequentemente, faltando a verificação dos requisitos necessários para a constituição de um estabelecimento estável, pode até ser gerado um rendimento muito considerável, sem que seja possível tributá-lo no mercado onde a atividade comercial é desenvolvida. Isso acontecerá, por exemplo, quando um servidor for colocado num outro sistema jurídico de baixa tributação e, além disso, as várias funções relativas à atividade forem repartidas por diversos ordenamentos, de modo a que, em que cada um deles, não possa ser sustentado que existe uma presença suficientemente relevante. Com efeito, as novas tecnologias, ao permitirem a fragmentação de atividades, potenciam uma instrumentalização da regra que impede que atividades meramente acessórias deem origem a um estabelecimento estável³.

A necessidade de promover uma reflexão visando a solução dos problemas identificados, entre outros, levou a uma ação conjunta dos ministros das finanças do G20 e da OCDE, que resultou na publicação de um Plano de

³ Cfr. art. 5.º, n.º 4, da Convenção Modelo da OCDE.

Ação sobre a Erosão de Base Tributária e Transferência de Lucros (Plano de Ação BEPS), em julho de 2013, que tinha a primeira das suas ações devotada, precisamente, aos desafios da economia digital.

Na sequência desse desenvolvimento foi criado um grupo trabalho, em setembro de 2013, para desenvolver um relatório identificando questões levantadas pela economia digital e opções detalhadas para as abordar até setembro de 2014. Esse grupo de trabalho consultou de forma exaustiva as partes interessadas e analisou contribuições por escrito, enviadas por empresas, sociedade civil, académicos e representantes de países em desenvolvimento. Daí resultou um relatório intercalar que levou, em 2015, ao Relatório Final da Ação 1, que forneceu uma análise detalhada da economia digital, seus modelos de negócios e suas principais características. No âmbito desse relatório é reconhecido que as mudanças trazidas pela economia digital também levantam desafios no que diz respeito à capacidade de o atual quadro tributário internacional garantir que os lucros sejam tributados onde ocorrem as atividades económicas e onde é gerado o valor. Estes desafios relacionam-se, principalmente, com os elementos de conexão, com o papel dos dados na economia moderna e permeiam a tributação direta e indireta, tanto ao nível dos desafios como das soluções potenciais.

Nesse trabalho foram analisadas várias opções para lidar com os desafios mais exigentes colocados pela economia digital, incluindo um novo elemento de conexão baseado num teste de presença económica significativa, para superar as limitações do tradicional estabelecimento estável. De acordo com essa possível solução, uma empresa que gera receitas significativas de clientes num determinado país e tem recursos que indicam uma interação substancial com utilizadores nesse país pode ser considerada como tendo aí uma presença tributável. Isto é, uma presença económica substancial. O relatório não recomendou, contudo, a adoção de tal opção como uma norma internacional, deixando a cada país a liberdade para o fazer⁴.

Estes desenvolvimentos não pararam, quer no domínio da União Europeia que, na sequência das evoluções aludidas, propôs as suas soluções, quer no da OCDE, que continua, até aos dias de hoje, a trabalhar a questão.

4 Cfr. OECD/G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project*, 2013, pp. 5-7.

2. Desenvolvimentos na União Europeia

Igualmente no contexto da União Europeia, a problemática da tributação do digital granjeou atenção e uma detalhada reflexão. Mais uma vez, na linha do que temos vindo a referir, estes desenvolvimentos também aqui, não obstante o âmbito de aplicação mais alargado, se aplicam às plataformas digitais utilizadas pelos intermediários da economia colaborativa, sempre que tenham rendimentos elevados.

No âmbito da tentativa de resolução dos problemas da tributação do digital, a União reiterou algumas das conclusões já veiculadas no âmbito dos trabalhos conjuntos do G20/OCDE, reconhecendo que as regras tributárias internacionais não são adequadas para a realidade da economia global moderna e não se coadunam com os modelos de negócios que lucram com serviços digitais num determinado país, sem estarem aí presentes fisicamente.

Como consequência desta inadaptação das regras fiscais, saiu reforçada a conclusão de que existe uma desconexão entre o local onde o valor é criado e o local onde os impostos são pagos. Reforçando, assim, a constatação de que, na economia digital, o valor é frequentemente criado a partir de uma combinação de algoritmos, dados de utilizadores, funções de vendas e conhecimento, onde a presença física é pouco ou nada relevante. Isso acontece, claramente, nas plataformas de partilha, mas também nas redes sociais, onde os utilizadores contribuem para a criação de valor compartilhando as suas preferências. Ora, esses dados são frequentemente utilizados para publicidade direcionada, constatando-se, nesses casos, que os lucros não são necessariamente tributados no país do utilizador (e do visualizador do anúncio), mas sim no país onde os algoritmos de publicidade foram desenvolvidos. Isso significa que, quando a empresa é tributada, a contribuição do utilizador para os lucros não é considerada. Este é um de muitos exemplos possíveis, especialmente relevante no domínio da economia colaborativa.

Para resolver estes problemas, em 21 de março de 2018, de forma ousada, a Comissão Europeia propôs novas regras para a tributação da economia digital. Fê-lo no âmbito da apresentação de duas propostas legislativas: (i) a proposta de diretiva que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa⁵ e (ii) a proposta de diretiva relativa ao sistema comum de imposto sobre os serviços digitais aplicável

⁵ COM(2018) 147 final 2018/0072 (CNS).

às receitas da prestação de determinados serviços digitais⁶. Vejamos, em termos sucintos, em que consiste cada uma das propostas.

2.1. Proposta de diretiva que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa

A proposta de diretiva que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa visa reformar as regras tributárias das empresas para que os lucros sejam tributados onde as empresas têm interação significativa com os utilizadores por meio de canais digitais. Esta é a solução preferida da Comissão no longo prazo.

Esta proposta permitiria aos Estados-Membros tributarem os lucros gerados no seu território, mesmo que uma empresa não tivesse aí presença física. As novas regras garantiriam que as empresas *online* contribuíssem para as finanças públicas ao mesmo nível que as empresas tradicionais de “tijolo e argamassa”.

Neste âmbito, uma plataforma digital seria considerada como tendo uma ‘presença digital’ tributável, ou um estabelecimento estável virtual num Estado-Membro, se cumprisse um dos seguintes critérios:

- Exceder um limite de €7 milhões em receitas anuais num Estado-Membro;
- Ter mais de 100 000 utilizadores num Estado-Membro, no ano fiscal em causa;
- Serem celebrados mais de 3000 contratos comerciais para serviços digitais entre a empresa e os utilizadores comerciais, num ano fiscal em questão⁷.

As novas regras iriam também alterar o modo como os lucros são atribuídos aos Estados-Membros, no sentido de refletir melhor a forma como as empresas podem criar valor *online*. Far-se-ia, por exemplo, depender essa atribuição do local onde o utilizador se encontrasse no momento do consumo. Este novo sistema garantiria um vínculo real entre o local onde os lucros digitais fossem obtidos e o local onde seriam tributados.

⁶ COM(2018) 148 final 2018/0073 (CNS).

⁷ Cfr. art. 4.º da Proposta de Diretiva COM(2018) 147 final 2018/0072 (CNS).

A medida foi pensada para vir a ser integrada no âmbito da matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCIS) – iniciativa já proposta pela Comissão para repartir os lucros dos grandes grupos multinacionais, de forma a refletir melhor onde o valor é criado, mas que tarda em ser implementada.

2.2. Proposta de diretiva relativa ao sistema comum de imposto sobre os serviços digitais aplicável às receitas da prestação de determinados serviços digitais

A proposta de diretiva relativa ao sistema comum de imposto sobre os serviços digitais aplicável às receitas da prestação de determinados serviços digitais responde aos apelos de vários Estados-Membros para um imposto provisório que cubra as principais atividades digitais que atualmente não são tributadas na União Europeia.

Este imposto provisório garante que as atividades que atualmente não são efetivamente tributadas comecem a gerar receitas imediatas para os Estados-Membros. Também ajudaria a evitar medidas unilaterais de tributação das atividades digitais em determinados Estados-Membros. Ora, essa situação poderia conduzir (como já conduz) a uma indesejável descoordenação a nível das respostas dos vários Estados-Membros, prejudicial para o mercado único.

Este imposto indireto seria aplicável às receitas criadas a partir de certas atividades digitais que escapam totalmente ao atual quadro fiscal. Este sistema será aplicável, recorde-se, apenas como uma medida provisória.

O imposto incidirá sobre as receitas criadas a partir de atividades nas quais os utilizadores desempenham um papel importante na criação de valor e que são mais difíceis de “capturar” com as regras fiscais atuais, designadamente as receitas:

- Criadas a partir da venda de espaço publicitário *online*;
- Criadas a partir de atividades de intermediação digital que permitem aos utilizadores interagir com outros utilizadores e que podem facilitar a venda de bens e serviços entre eles;

- Criadas a partir da venda de dados gerados com base nas informações fornecidas pelo utilizador⁸.

As receitas fiscais seriam cobradas pelos Estados-Membros onde os utilizadores estivessem localizados e só se aplicariam a empresas com receitas totais anuais, a nível mundial, superiores a 750 milhões de euros e receitas na União Europeia superiores a 50 milhões de euros. Esta seletividade na tributação e consequente incidência nas maiores empresas tem em vista garantir que *start-ups* de pequena dimensão e negócios em expansão não sejam onerados. Estima-se que cerca de 5 mil milhões de euros, em receitas anuais, poderão ser gerados para os Estados-Membros, se o imposto for aplicado a uma taxa de 3%⁹.

3. Desenvolvimentos no âmbito da OCDE

Em 2017, na sequência do Relatório Final da Ação 1 de 2015, o G20 convocou o G20/OCDE *Inclusive Framework* (quadro institucional alargado)¹⁰ para prosseguir com o estudo da tributação do digital. Resultou desse esforço um relatório provisório, entregue em março de 2018, onde se prosseguiu com a descrição das características específicas e os desafios fiscais da digitalização da economia. Nesse documento, o G20/OCDE *Inclusive Framework* assumiu o compromisso de continuar a trabalhar para fornecer uma base de consenso até o final de 2020. Assim, logo em maio de 2019, aprovou um programa de trabalho, endossado pelos Ministros e Líderes das Finanças do G20, em junho de 2019, que girava em torno de dois pilares – *Pilar 1* e *Pilar 2* – que poderiam formar a base para um consenso alargado, como se pretendia.

O *Pilar 1* procura adaptar o sistema tributário internacional a novos modelos de negócio por meio de uma revisão coerente e simultânea das regras de alocação de lucros e determinação donexo ou conexão fiscalmente relevante. Pretende, nesse contexto, expandir a tributação de direitos de sistemas legais onde há uma atividade empresarial sustentada, ainda que desenvolvida de forma remota. Ao mesmo tempo, no âmbito deste pilar,

8 Cfr. art. 3.º da Proposta de Diretiva COM(2018) 148 final 2018/0073 (CNS).

9 Cfr. art. 4.º da Proposta de Diretiva COM(2018) 148 final 2018/0073 (CNS).

10 Em 2016, a OCDE e o G20 estabeleceram o *Inclusive Framework* no BEPS para permitir que os países e outras entidades interessadas trabalhassem com os membros da OCDE e do G20 para desenvolver algumas referências em questões relacionadas com o BEPS e rever e acompanhar a implementação de todo o Pacote BEPS. Mais de 100 países e entidades aderiram ao *Inclusive Framework*.

visa-se, também, melhorar significativamente a segurança fiscal, introduzindo mecanismos de prevenção e resolução de conflitos.

O *Pilar 2* pretende introduzir regras globais anti-erosão da base tributária para garantir um nível mínimo de eficácia na tributação, tendo em vista resolver as preocupações remanescentes do BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). Para este fim, o *Pilar 2* permitiria a possibilidade de haver tributação adicional em determinados sistemas sempre que outros sistemas fiscais não exercessem o seu direito de tributação ou este estivesse abaixo dos níveis mínimos, a definir, de tributação efetiva.

Depois de vários relatórios¹¹, em 9 de outubro de 2020, o G20/OCDE *Inclusive Framework* aprovou um pacote que compreende o Relatório sobre o *Pilar 1 (Blueprint – Projeto)* e o Relatório sobre o *Pilar 2 (Blueprint – Projeto)* que refletem opiniões convergentes sobre uma série de recursos-chave de política, princípios e parâmetros de ambos os pilares, identificando as questões e diferenças que devem ser resolvidas nas próximas etapas, de modo a concluir o processo durante 2021. Apresentando, com esse objetivo, um esboço de legislação, diretrizes, regras e processos internacionais, necessários para permitir que os Estados implementem, numa base consensual, as soluções decorrentes dos dois pilares, nos seus ordenamentos¹².

3.1. Pilar 1

O *Pilar 1* visa adaptar as regras internacionais sobre a tributação dos lucros das empresas à natureza mutável dos modelos empresariais, incluindo a capacidade de as empresas desenvolverem a sua atividade sem uma presença física. Procura, nesse enquadramento, dar aos sistemas onde existe mercado, o direito de tributar parte dos lucros de certas empresas não residentes, prevendo a reafecção de uma parcela desses lucros globais aos sistemas jurídicos onde o grupo tem clientes ou utilizadores, mediante uma

11 *Public Consultation – Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One*, November 2019; *Public Consultation – Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal under Pillar Two*, December 2019; *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, January, 2020.

12 Após o pacote de outubro de 2020, foi lançada uma consulta pública sobre o *Pilar 1* e o *Pilar 2*. Nesse âmbito, aproximadamente 3500 páginas de comentários foram entregues, de empresas, sociedade civil, academia e organizações não governamentais. Seguiu-se uma reunião pública, em 14 e 15 de janeiro de 2021, onde os autores dos comentários os puderam desenvolver. Cfr. *Public Consultation Meetings – Reports on the Pillar One and Pillar Two Blueprints*, January 2021.

fórmula de repartição acordada, e com base numa definição comum de matéria tributável¹³.

O *Pilar 1* tem, por conseguinte, em vista a questão a alocação dos lucros e da conexão com o ordenamento jurídico. A título de síntese, pode dizer-se que:

- Aborda a questão da existência de atividades comerciais sem presença física;
- Determina onde o imposto deve ser pago e em que base;
- Determina qual a parte dos lucros que pode ou deve ser tributada onde os clientes e/ou utilizadores estão localizados.

O *Projeto do Pilar 1* define o âmbito de aplicação da nova lei tributária a favor dos sistemas onde há mercado, com base em dois elementos: por um lado, um limiar quantitativo e, por outro, um teste de atividade.

Em relação ao limiar quantitativo, este tem uma natureza dupla. Combina-se um volume de receita bruta de um grupo que deverá exceder os 750 milhões de euros e um certo limite de receita obtido no estrangeiro pelo grupo multinacional, cujo valor não foi definido no *Projeto*. A ideia de consagrar um duplo limite quantitativo tem como objetivo limitar a aplicação das novas regras unicamente às multinacionais de maior dimensão. Há, porém, certos setores e indústrias que escapam a estas regras, mesmo quando é ultrapassado o limiar quantitativo de receitas (*carve-out*). Estão, assim, excluídos, pela sua especificidade (tributação sobretudo ao nível local) e grau de regulação a que estão sujeitos, os setores económicos e industriais que tenham que ver com: a) recursos naturais (atividades de mineração, florestais, agrícolas, de pesca) e energias renováveis; b) serviços financeiros (atividade bancária e de seguros, gestão de ativos); c) construção de infraestruturas, venda e arrendamento de bens imóveis e d) transporte internacional aéreo e marítimo¹⁴.

13 Prevê-se a esse propósito, para sistemas onde exista mercado, um novo direito de tributação sobre uma parcela do lucro residual calculado no âmbito do grupo, a que se chama *Valor A (Amount A)*. Está ainda previsto um retorno fixo para certas atividades de marketing e distribuição, determinado de acordo com o princípio da independência (*Arm's Length Principle*), a que se chama *Valor B (Amount B)*. Cfr. OECD/G20, *Tax Challenges Arising From Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, OECD, 2020, pp. 123 e ss.

14 Cfr. OECD/G20, *Tax Challenges Arising From Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, *op. cit.*, p. 22.

Quanto ao teste de atividade, ou seja, a existência ou não de um nexo relevante, a questão a resolver reveste grande complexidade, dado que cada país tem avançado com as suas ações, num contexto de descoordenação.

Identificam-se, a esse propósito, (i) diferentes aplicações do patamar a partir do qual se pode considerar que existe um estabelecimento estável, baseados: (i) numa presença económica significativa; (ii) presença digital (*estabelecimento estável serviço*); (iii) aplicação de retenções na fonte; e (iv) regimes especiais dirigidos a grandes multinacionais.

Nesse contexto, alguns países anunciaram a intenção de mudar o teste do estabelecimento estável (EE) para atender a elementos como a presença *online* ou digital, como é o caso de Israel, que o fez em abril de 2016, e da Índia, em 2019. Curiosamente, na Eslováquia, a medida foi dirigida a atividades levadas a cabo através de plataformas em linha (como, por exemplo, para intermediação de serviços de transporte e alojamento). De notar que todas estas medidas são aplicáveis a não residentes e permitem uma tributação, independentemente de uma presença física no país da fonte¹⁵.

No âmbito do *Projeto sobre o Pilar 1* é dado um passo em frente nessa reflexão, embora, naturalmente, sem que haja ainda uma uniformização. No contexto da análise feita, assinala-se que as regras sobre a conexão têm de ter uma aplicação diferente consoante se esteja perante serviços automáticos digitais (*Automated Digital Services – ADT*) ou atividades que têm como contraparte o consumidor (*Consumer Facing Business – CFB*). Para os ADT, o patamar da receita pode ser o único teste para estabelecer a relação. A própria natureza dos ADT permite que eles sejam fornecidos remotamente, tendo as empresas que os prestam, geralmente, um envolvimento significativo e sustentado com o mercado, mesmo que não haja uma presença física, que é um dos principais desafios para tributar a digitalização economia. Para os CFB, a capacidade de participar remotamente, num sistema onde exista mercado, é menos pronunciada, o que implica uma complexidade adicional.

Alguns dos membros do *Inclusive Framework*, procurando a simplicidade, preferem um elemento de conexão com base exclusivamente na receita. Outros membros, porém, consideram que um padrão mais elevado, em termos de conexão, é essencial para o CFB, propondo indicadores adicionais, que iriam além das vendas.

15 Cfr. OECD/G20, *Tax Challenges Arising From Digitalisation – Interim Report 2018*, OECD, 2018, pp. 134 e ss.

A fim de superar a clivagem entre os dois grupos, no *Projeto* sugere-se que fatores adicionais podem ser necessários para, no âmbito do CFB, demonstrar a existência de uma conexão relevante.

Nesse enquadramento, vários indicadores adicionais foram examinados, designadamente, (i) a existência de uma presença física sob a forma de um estabelecimento estável; (ii) ou na residência de entidade do grupo; (iii) uma presença física que fica aquém de um estabelecimento estável; (iv) as ações de publicidade direcionada e sustentada; e (v) atividades de promoção que apoiem as vendas no mercado de um determinado ordenamento.

Advoga-se, em nome da simplicidade, o teste da presença física. Considerando-se que o modo mais simples de estabelecer onexo (além da mera venda) é através da verificação da existência de uma afiliada ou de um estabelecimento estável, dado que, em ambas as situações, as multinacionais terão de cumprir obrigações declarativas no Estado onde atuam. Significa este teste que onexo aplicável a uma entidade do grupo (afiliada ou estabelecimento estável) se aplicará a todo o grupo. Entende-se, também, que, para estabelecer uma presença física ativa e sustentada, podem ser incluídas não apenas atividades de distribuição, mas também atividades de apoio direto às vendas no mercado. São exemplos dessas atividades a faturação e o pagamento na moeda local; a recolha de impostos diretos e indiretos; o transporte; a manutenção de *stocks* locais; a entrega transfronteiriça; o suporte pós-venda; a reparação e manutenção; a publicidade e promoção; e a adaptação dos produtos ou serviços ao mercado específico. As atividades locais devem, todavia, ter alguma conexão com as vendas. Não cumpre, portanto, esses requisitos, uma entidade que tenha sido criada com o objetivo de auxiliar a expansão futura do grupo, sem que tenha sequer instalações ou funcionários.

A questão de determinar se existe um estabelecimento estável do grupo não é, apesar do que foi sendo avançado, um problema fácil de resolver, dado que vários tratados com diferentes definições de estabelecimento estável podem estar em jogo (ou pode não haver tratado algum). Uma possibilidade, não isenta de riscos, seria adotar a definição de estabelecimento estável em qualquer tratado tributário que exista entre o Estado da residência de uma entidade do grupo e o Estado, ou sistema jurídico, onde existe um estabelecimento estável. Isto, naturalmente, desde que o

estabelecimento estável tenha uma ligação às receitas suscetíveis de ser reconduzidas ao âmbito de atividade do grupo¹⁶.

3.2. Pilar 2

O *Pilar 2* tem como objetivo limitar a concorrência fiscal excessiva, ao garantir que as empresas multinacionais estarão anualmente sujeitas a um determinado nível mínimo de imposto sobre todos os seus lucros. Neste sentido, permitirá que os sistemas aumentem o valor do imposto pago por grandes multinacionais para um nível mínimo efetivo, deixando aos países, individualmente, a liberdade de decidir as características dos seus próprios sistemas fiscais. Tal tributação mínima efetiva do lucro das empresas limitará, espera-se, as oportunidades de elisão fiscal.

O *Pilar 2* tem, portanto, sobretudo em vista evitar a erosão da base tributária. De um modo sucinto pode dizer-se que:

- Ajuda a impedir a transferência de lucros para sistemas com impostos baixos ou inexistentes, hoje facilitada por novas tecnologias;
- Assegura que um nível mínimo de imposto é pago pelas empresas multinacionais;
- Equipara as empresas tradicionais às digitais.

Este segundo pilar, ao assegurar que as empresas multinacionais pagam um valor mínimo de imposto, independentemente da localização da sociedade-mãe ou dos sistemas onde atua, ambiciona, ao fim e ao cabo, resolver os desafios que fiquem por solucionar no âmbito do *Pilar 1*. Um desses desafios é, por exemplo, a tributação dos intangíveis, nem sempre fluida. Ora, ao fazer do imposto mínimo global o elemento central, supostamente, lidará com os restantes problemas de erosão da base tributária e transferência do lucro (BEPS).

Esta tributação mínima aplica-se às empresas multinacionais, sempre que estas ultrapassem o limiar dos 750 milhões de euros de receitas brutas¹⁷ e a taxa de tributação efetiva for inferior a uma taxa a definir.

16 Cfr. OECD/G20, *Tax Challenges Arising From Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, op. cit., pp. 64 e ss.

17 Cfr. OECD/G20, *Tax Challenges Arising From Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint*, OECD, 2020, p. 15.

A *taxa de tributação efetiva* será determinada no âmbito de cada sistema onde atua a multinacional, com referência à base tributária e impostos aplicáveis, repartidos de acordo com uma fórmula.

Para efeitos de aplicação destes mecanismos, é igualmente considerada uma definição comum de imposto necessariamente ampla que reflita a prática de organizações como a OCDE, União Europeia, Fundo Monetário Internacional, Nações Unidas e Banco Mundial.

Sempre que a *taxa de tributação efetiva* estiver abaixo da taxa mínima, a multinacional, tal como já referimos, será sujeita a um incremento da tributação, de modo a assegurar o cumprimento do limiar mínimo da tributação. Isso será feito através da aplicação de mecanismos de compensação que permitem ao Estado da residência ou ao Estado da fonte aumentar a tributação, compensando, assim, o imposto que num outro sistema ficou aquém do limiar mínimo¹⁸.

Ficam de fora da incidência desta tributação mínima quer as pequenas e médias empresas – estando naturalmente incluídas as que operam plataformas digitais –, quer todas as outras entidades que, independentemente das receitas brutas e, por conseguinte, da taxa de tributação efetiva, sejam: fundos soberanos, fundos de pensões, entidades de fins não lucrativos e as entidades que não façam parte de um grupo sujeito a consolidação, podendo, neste último caso, o impacto, na nossa análise, ser mais provável. Acontecerá se a plataforma digital for operada por sociedade ou entidade que se enquadre no grupo das chamadas entidades órfãs, isto é, que não faça parte de um grupo multinacional, não estando por isso sujeita às regras deste *Pilar 2*, mesmo que tenha mais de 750 milhões de euros de receitas brutas.

Esta tributação mínima não implica necessariamente que os Estados fiquem impossibilitados de conceber os seus sistemas fiscais como muito bem entendam, no exercício da sua soberania fiscal, podendo decidir tributar, ou não, certos tipos de atividades e escolher a taxas que queiram

¹⁸ Para assegurar a tributação mínima, são sugeridos vários mecanismos que devem atuar de forma articulada. Destacamos, no âmbito desses mecanismos, a Regra de Inclusão de Rendimento – *Income Inclusion Rule* (IIR) – e a título subsidiário a Regra dos Pagamentos Subtributados – *Undertaxed payments rule* (UTPR). O primeiro mecanismo funciona como uma regra de imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado (*controlled foreign company rule*), desencadeando a imputação do rendimento ao nível do acionista quando o rendimento da afiliada é tributado abaixo de uma taxa mínima. O segundo funciona como um imposto adicional a aplicar no sistema onde têm origem os pagamentos. Para mais desenvolvimentos, ver OECD, *Tax Challenges Arising From Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint*, op. cit., pp. 123 e ss.

aplicar. O que reconhece a outros sistemas é a possibilidade de aplicar uma taxa de imposto adicional quando um determinado rendimento seja tributado abaixo do limiar fixado, desde que isso não implique uma tributação onde não se realizam lucros ou, até, uma dupla tributação; pelo que essas questões devem ser devidamente acauteladas.

4. Desenvolvimentos mais recentes e perspectivas futuras

A propósito dos desenvolvimentos e perspectivas futuras, referir-nos-emos aos promovidos pela Comissão Europeia, G7, OCDE e G20, por serem os mais relevantes até à data.

Na sequência do grande passo que foi dado, no sentido de fazer as duas propostas de diretiva ousadas a que aludimos no ponto 2, a Comissão europeia promoveu mais desenvolvimentos dignos de nota.

Em julho de 2020, adotou um plano de ação ambicioso¹⁹ para tornar a tributação mais justa, simples e adaptada às tecnologias modernas e produziu a Comunicação sobre a Boa Governação Fiscal dentro e fora da União Europeia²⁰, que visa reforçar ainda mais a promoção da transparência e da tributação justa na União, tanto a nível europeu como mundial.

Em 22 de março de 2021, e com interesse muito especial para o tema de que tratamos, foi aprovada a Diretiva (UE) 2021/514 do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que consagra, entre outras soluções, a troca automática obrigatória de informações comunicadas pelos operadores de plataformas digitais²¹ e, também, a comunicação de rendimentos relativos a *royalties*²².

Surpreendentemente, numa comunicação de 18 de maio de 2021, com o título: *uma tributação das empresas para o século XXI*²³, adere radicalmente às propostas da OCDE, materializadas nos *Pilares 1 e 2*, dizendo que a visão da Comissão para o futuro quadra com eles. Nesse contexto, compromete-se a agir no sentido de implementar aqueles planos, anunciando que o curso a

¹⁹ COM(2020) 312 final.

²⁰ COM(2020) 313 final.

²¹ Ver art. 8.º-AC da Diretiva (UE) 2021/514.

²² Ver art. 8.º, alínea f), da Diretiva (UE) 2021/514.

²³ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Business Taxation for the 21st Century*, COM(2021) 251 final.

seguir será diferente do estabelecido nas propostas de diretivas relativas ao imposto sobre os serviços digitais²⁴ e a presença digital significativa²⁵, pelo que aquelas propostas serão retiradas. Sugerindo, em sua substituição, duas propostas de diretivas, uma para implementar o *Pilar 1* e outra para implementar o *Pilar 2*²⁶.

Pouco tempo depois da tomada de posição da Comissão, a que acabámos de aludir, no domínio da reunião do G7, foram subscritas, em 5 de junho de 2021, muitas das ideias do *Pilar 1* e do *Pilar 2*, dando um ímpeto acrescido a este segundo pilar, tendo sido este aspeto, seguramente, o mais marcante. Fizeram-no ao acordar uma taxa mínima global que tem em vista assegurar que as multinacionais pagam pelo menos 15% de tributação em cada um dos Estados onde operem.

Neste contexto é igualmente reforçado o *Pilar 1* ao ser reafirmada a ideia de que as maiores multinacionais da área da tecnologia devem pagar imposto nos países onde operam, e não unicamente no local onde têm a sede do grupo (sociedade-mãe), sendo as regras que preveem a tributação das multinacionais, onde quer que elas atuem, aplicáveis às multinacionais que tenham pelo menos 10% de margem de lucro. Procurando-se que 20% do lucro acima daquela margem de 10% possa ser realocado e tributado nos países onde a multinacional atua²⁷.

Em julho de 2021, 131 países membros da G20/OCDE *Inclusive Framework*, representando mais de 90% do PIB global, aderiram à solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia. Esperando-se, agora, que na reunião dos ministros das finanças e governadores dos bancos centrais dos membros do G20, que teve lugar nos dias 9 e 10 de julho de 2021, essas soluções sejam também por eles subscritas²⁸.

24 COM(2018) 148 final.

25 COM(2018) 147 final.

26 Ver COM(2021) 251 final, p. 8.

27 Cfr. OECD, *Model Reporting Rules for Digital Platforms International Exchange Framework and Optional Module for Sale of Goods*, OECD, June 2021.

28 No relatório a submeter à apreciação pelo secretário-geral da OCDE constam algumas evoluções relativamente aos *blueprint*. No âmbito do *Pilar 1*, destacamos, por um lado, o facto de as empresas abrangidas serem as empresas multinacionais (MNE) com faturação global acima de 20 mil milhões de euros e margem acima de 10% (ou seja, lucro antes de impostos/receita) com o limite de volume de negócios a ser reduzido para 10 mil milhões de euros, no prazo de 7 anos, caso a implementação venha a ser bem-sucedida; e, por outro, uma nova regra relativa à conexão, permitindo que, quando uma multinacional obtiver pelo menos 1 milhão de euros em receita num determinado mercado, ou para Estados com PIB inferior a 40 mil milhões de euros, 250 mil euros, lhe possa ser alocada uma

Conclusão

Estas regras são por agora mero *soft law* e a sua implementação pressupõe, naturalmente, que prossigam as negociações. Adiantamos, contudo, que o poder de influência destas orientações da OCDE é considerável, até pelo facto de serem normalmente subscritas por grandes blocos económicos. O recente anúncio por parte dos Estados Unidos de que subscreveriam uma tributação mínima teve um efeito dinamizador em todos estes desenvolvimentos. Prova disso é o que constatámos no âmbito da comunicação da Comissão *uma tributação das empresas para o século XXI*, onde se adere completamente às orientações da OCDE, sobrepondo-as, inclusive, aos próprios desenvolvimentos que a própria Comissão consagrou anteriormente.

Na União Europeia, perante a demora em aprovar as propostas de diretivas, com destaque para a que consagrava a tributação do digital, pelo menos 10 Estados-Membros²⁹ avançaram com a tributação do digital numa base unilateral, gerando algumas represálias, em termos comerciais, por parte dos EUA que, entretanto, com a mudança de administração, colocam agora a tónica nas negociações a nível global, mais concretamente no contexto da OCDE. Ora, esta nova realidade vai, inevitavelmente, impor uma abordagem do topo para a base, deixando pouca manobra aos vários Estados ou até aos blocos económicos, como a União Europeia, para terem abordagens próprias. Com a agravante da pressão que se faz entre pares e o receio por parte dos Estados de serem marginalizados se não aderirem a esses impulsos internacionalistas, que têm por base documentos técnicos de débil base democrática. Os próprios países em desenvolvimento, ou os países que, por opção ideológica ou eficiência, cobrem impostos mais baixos, também serão condicionados nas abordagens por que podem optar. Admitimos que o facto de estas matérias contenderem com as regras da própria Organização Mundial do Comércio pressupõe que a discussão se faça num plano mais alargado. Contudo, parece-nos que é necessário considerar sempre o centenário princípio *taxation without representation* e as idiossincrasias de cada Estado.

parte do lucro. No âmbito do *Pilar 2*, a taxa de tributação mínima, tal como no âmbito do G7, também foi fixada em 15%. Ver, OECD, *OECD Secretary-General Tax Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, OECD, Paris, July 2021, disponível em www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-july-2021.pdf.

29 “FISC Workshop on Digital Taxation of the European Parliament”, 12 February 2021, Text of the speech by Prof. J. Owens.

A tributação dos detentores de plataformas digitais de intermediação da economia colaborativa será, portanto, cada vez mais determinada no plano global, e não tanto pelos Estados ou organizações regionais, como é o caso da União Europeia. Pelo que o modelo da tributação a que estarão sujeitas se deve aí procurar, concretamente nos *Pilares 1 e 2* (Globe) da OCDE.

Referências

European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Business Taxation for the 21st Century*, COM(2021) 251 final.

OECD, *Model Reporting Rules for Digital Platforms International Exchange Framework and Optional Module for Sale of Goods*, OECD, June 2021.

_____, *OECD Secretary-General Tax Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, OECD, Paris, July 2021, disponível em www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-july-2021.pdf.

OECD/G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project*, 2013.

_____, *Tax Challenges Arising From Digitalisation – Interim Report 2018*, OECD, 2018.

Public Consultation – Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One, November 2019;

_____, *Public Consultation – Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal under Pillar Two*, December 2019;

_____, *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, January, 2020.

_____, *Tax Challenges Arising From Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, OECD, 2020.

_____, *Tax Challenges Arising From Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint*, OECD, 2020.

_____, *Public Consultation Meetings – Reports on the Pillar One and Pillar Two Blueprints*, January 2021.

Oliveira, Piedade Costa de, “Digital Single Market: electronic commerce and collaborative economy”, in *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 5, No. 2, July 2019, pp 4-14.

Aspetos de direito processual: resolução de conflitos na economia colaborativa

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.29>

Marco Carvalho Gonçalves*

* Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigador do JusGov (JusLab).

Resumo: A economia colaborativa conduziu a uma nova abordagem sobre o modo como as empresas e os consumidores se relacionam entre si. Invariavelmente, o estabelecimento de relações comerciais e de consumo pode levar ao surgimento de disputas. Neste contexto, partindo de uma abordagem prévia sobre o conceito de “economia colaborativa”, este texto pretende analisar se os meios de resolução de conflitos disponibilizados pelo nosso ordenamento jurídico são adequados à solução das controvérsias decorrentes da economia colaborativa e se é necessário introduzir melhorias nos meios de resolução de litígios *online*. Por último, tentaremos identificar potenciais problemas e desafios processuais, nomeadamente no domínio da legitimidade, da jurisdição e do reconhecimento e execução de sentenças.

Palavras-chave: Economia colaborativa – resolução alternativa de litígios – resolução *online* de conflitos.

Sumário: 1. Introdução. 2. Natureza e tipologia do litígio. 3. Resolução de litígios. 3.1. Enquadramento. 3.2. Obstáculos e desafios. 4. Resolução *online* de conflitos. 5. Problemas e desafios processuais. 5.1. Legitimidade. 5.2. Competência. 5.3. Reconhecimento e execução de decisões. Referências.

Abstract: The collaborative economy has led to a new approach on how businesses and consumers relate themselves. Invariably, the establishment of commercial and consumer relations can lead to conflicts. In this context, starting from a previous approach about the concept of “collaborative economy”, this text intends to analyze if the means of conflict resolution provided by our legal system are adequate to the solution of controversies arising from the collaborative economy and if it is necessary to introduce improvements in the means of online dispute resolution. Finally, we’ll try to identify potential problems and procedural challenges, namely in the domain of legitimacy, jurisdiction, and recognition and enforcement of judgments.

Keywords: Collaborative economy – alternative dispute resolution – online conflict resolution.

Summary: **1.** Introduction. **2.** Nature and typology of litigation. **3.** Dispute Resolution. **3.1.** Framework. **3.2.** Obstacles and challenges. **4.** Online conflict resolution. **5.** Problems and procedural challenges. **5.1.** Legitimacy. **5.2.** Competence. **5.3.** Recognition and execution of decisions. References.

1. Introdução

O conceito de economia colaborativa tem, na sua base, um fenómeno há muito presente nas relações comunitárias, centrado na ideia de partilha de bens ou de serviços¹. É o que sucede, por exemplo, com o empréstimo de dinheiro, com a partilha de instrumentos ou de ferramentas ou com a cedência temporária do gozo de uma habitação para fins de lazer, designadamente entre familiares e amigos².

A verdade, porém, é que a revolução digital, potencializada, nos últimos anos, pela *internet* e pelas plataformas tecnológicas, veio exponenciar as potencialidades da economia colaborativa³, seja por tornar mais fácil o acesso aos bens e serviços, seja por permitir uma interação simultaneamente mais próxima e mais alargada quanto aos sujeitos que nela participam, ainda que se encontrem localizados em diferentes países⁴.

Neste particular, na sua comunicação, intitulada “Uma agenda europeia para a economia colaborativa”, a Comissão Europeia define economia colaborativa no sentido de se referir aos «modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares»^{5/6}. Fundamentalmente, aquilo que verdadeiramente caracteriza a economia colaborativa prende-se com

1 Cfr., a este respeito, Alfonso Sánchez, Rosalía/Burillo Sánchez, Francisco J., “La economía llamada colaborativa”, in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 53.

2 Vide, a este propósito, Hatzopoulos, Vassilis, *The Collaborative Economy and EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018, p. 1.

3 Vide, no mesmo sentido, Gyimóthy, Szilvia/Dredge, Dianne, “Definitions and mapping the landscape in the collaborative economy”, in *Collaborative Economy and Tourism: Perspectives, politics, policies and prospects*, Springer, Berlim, 2017, p. 15, Inglese, Marco, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Springer, Berlim, 2019, p. 1, bem como Kostakis, Vasilis/Bauwens, Michel, *Network Society and Future Scenarios for a Collaborative Economy*, Springer, Berlim, 2014, p. 8.

4 Cfr., a este respeito, Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, p. 2, o qual salienta a importância dos sítios da *internet* de compra e venda de bens, das aplicações de distribuição de bens e das próprias redes sociais.

5 Comissão Europeia, “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”, Bruxelas, 02/06/2016, COM(2016) 356 final, p. 3, in <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0356&from=PT> (consultado em 05/03/2021).

6 Quanto à distinção entre *sharing economy* e *collaborative economy*, sendo que o primeiro modelo económico é muito mais restritivo que o segundo, porquanto abrange apenas as situações em que se verifica uma partilha pura de bens e de serviços, vide Maurer, Julia, *Sharing Economy. Regulatory Approaches for Combating Airbnb's Controversy Regarding Taxation and Regulation*, GRIN Verlag, Munique, 2016, pp. 4 e 5.

a circunstância de a mesma assentar numa ideia de partilha de bens – *v.g.*, através de comodato, aluguer, arrendamento, *renting*, etc. –, por contraposição à conceção tradicional assente na propriedade privada e na utilização individual dos bens.

Do ponto de vista subjetivo, a economia colaborativa envolve, em regra, três categorias de intervenientes, concretamente os prestadores de serviços – os quais compreendem quer os prestadores particulares esporádicos ou ocasionais, quer os prestadores profissionais⁷ –, os utilizadores desses serviços (*v.g.*, consumidores), bem como os intermediários, os quais permitem a interação entre os prestadores de serviços e os utilizadores através de plataformas eletrónicas^{8/9}.

2. Natureza e tipologia do litígio

Conforme se referiu *supra*, o conceito de economia colaborativa contrapõe-se a um conceito de “economia tradicional”, considerando, por um lado, a circunstância de a economia colaborativa assentar numa ideia de “partilha” de bens e de recursos e, por outro lado, o facto de a economia colaborativa se desenvolver num contexto de plataformas digitais.

Neste particular, coloca-se o problema da caracterização e da natureza do litígio resultante do funcionamento da economia colaborativa.

⁷ Vide, a este propósito, a noção de “utilizador profissional” constante do art. 2.º do Regulamento (UE) 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20/06/2019, relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha, segundo a qual entende-se por utilizador profissional «um particular que aja enquanto comerciante ou profissional ou uma pessoa coletiva que proponha bens ou serviços aos consumidores por intermédio de serviços de intermediação em linha para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional».

⁸ A este respeito, como bem salienta Vassilis Hatzopoulos, a plataforma pode funcionar como uma verdadeira intermediária (ex., *Airbnb*) – caso em que pode verificar-se uma multiplicidade de contratos, nomeadamente entre a plataforma e o prestador de serviços, entre a plataforma e o utilizador e entre o prestador de serviços e o utilizador – ou, pelo contrário, como prestadora de um serviço ou como “loja eletrónica” do próprio prestador do serviço (ex., *Uber*). Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, p. 23. Vide, igualmente, Marco Inglese, o qual salienta que a plataforma *online* pode assumir uma feição passiva, limitando-se a permitir a interação entre o consumidor e o prestador, ou um âmbito mais ativo ou interventivo, em função da relação que é estabelecida entre a própria plataforma e o utilizador (Inglese, Marco, *op. cit.*, p. 12).

⁹ Na aceção do Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/05/2013, o “mercado em linha” é qualificado como um prestador de serviços, o qual permite aos consumidores e aos comerciantes celebrarem contratos de compra e venda de bens ou de prestação de serviços em linha, através do próprio serviço *web* do mercado em linha.

Em concreto, no que concerne à sua natureza, o litígio centrar-se-á, fundamentalmente, no domínio do direito dos contratos, com particular destaque para o direito do consumo. É o que sucede, por exemplo, com a desconformidade entre o bem que foi anunciado e o que foi efetivamente entregue, com a falta de entrega do bem ou com a entrega do bem para além do prazo anunciado. Saliente-se, neste particular, que a economia colaborativa é mais propensa a gerar o surgimento de litígios em matéria de prestação de serviços, atenta a multiplicidade de direitos e de obrigações das partes¹⁰.

De todo o modo, é possível considerar litígios em outros domínios do direito. É o que sucede, por exemplo, com o surgimento de litígios no domínio da responsabilidade civil contratual, da responsabilidade civil extracontratual ou do direito laboral, sendo que estes litígios tanto podem resultar da violação dos direitos do utilizador de uma determinada plataforma (na ótica, portanto, do consumidor), como da violação dos direitos do próprio vendedor de bens ou prestador de serviços¹¹.

Já no que diz respeito à sua tipologia, os litígios no âmbito da economia colaborativa surgem no contexto de relações jurídicas emergentes da utilização de plataformas tecnológicas, sendo que esses litígios podem envolver apenas duas entidades (ex., vendedor/prestador de serviços e consumidor) ou mais do que duas entidades (ex., vendedor/prestador de serviços, intermediário e consumidor). Acresce que, no âmbito da economia colaborativa, a conceção tradicional de “consumidor”¹² – por contraposição a uma empresa que lhe vende um determinado bem ou lhe presta um concreto serviço – tende a esbater-se, já que a economia colaborativa facilita as transações diretas de bens e/ou de serviços entre as pessoas singulares, sem a necessidade, portanto, de intermediação de terceiros. Com efeito, o consumidor pode tornar-se, ele próprio, num vendedor de bens ou num prestador de

10 Cfr., a este respeito, Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, p. 171.

11 *Vide*, a este propósito, Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, p. 171, o qual exemplifica a possibilidade de haver lugar a responsabilidade civil emergente de um comentário falso a respeito das qualidades de condução de um condutor da *Uber* ou da publicação, por parte de um utilizador da plataforma *Airbnb*, de conteúdos pessoais e privados relativamente à pessoa que lhe proporcionou o gozo de um determinado bem imóvel.

12 Observe-se que, nos termos do art. 2.º da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25/10/2011, relativa aos direitos dos consumidores, entende-se por *consumidor* «qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional».

serviços ocasional, o que, a verificar-se, é suscetível de colocar em crise a adequação da legislação de defesa do consumidor¹³.

3. Resolução de litígios

3.1. Enquadramento

O estabelecimento de relações comerciais e/ou jurídicas no domínio da economia colaborativa é suscetível de conduzir ao surgimento de litígios, colocando-se, por conseguinte, o problema de saber quais os meios mais adequados à resolução desses litígios.

Com efeito, estes litígios caracterizam-se, fundamentalmente, por três aspetos de particular importância:

- a) o valor do litígio pode ser substancialmente diminuto – designadamente, nos casos em que a economia colaborativa compreende, apenas, um comodato ou uma permuta de bens – pelo que, considerando os custos de acesso aos tribunais judiciais (*v.g.*, taxas de justiça, honorários e demais encargos), tal poderá redundar numa violação do direito à tutela jurisdicional efetiva;
- b) o litígio poderá envolver sujeitos de diferentes ordenamentos jurídicos, revestindo, por conseguinte, natureza plurilocalizada, sendo que o desconhecimento da legislação específica de cada ordenamento – seja no que concerne ao direito substantivo, seja no que diz respeito ao direito processual –, associado aos elevados custos inerentes à litigância transfronteiriça e às eventuais barreiras linguísticas, poderá traduzir-se numa impossibilidade efetiva de acesso ao Direito e aos Tribunais;
- c) a confiança e o bom funcionamento da economia colaborativa reclamam que os litígios sejam dirimidos numa lógica de pacificação social – a qual dificilmente poderá ser alcançada através de uma heterocomposição do litígio –, bem como de forma célere e pouco onerosa¹⁴.

¹³ Com efeito, como bem observa Vassilis Hatzopoulos, as regras tradicionais de proteção dos consumidores assentam numa lógica de defesa do consumidor face a um profissional que se dedica, com intuito lucrativo, à venda de bens ou à prestação de serviços, o que pode não suceder no âmbito da economia colaborativa (Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, p. 44).

¹⁴ *Vide*, no mesmo sentido, Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, p. 171, o qual salienta que a economia colaborativa assenta numa base de confiança.

Acresce, por outro lado, que a própria execução da decisão judicial poderá ser manifestamente difícil ou mesmo impossível nos casos em que as partes se encontrem localizadas em diferentes Estados, atenta a necessidade de a ação executiva ser proposta no tribunal do lugar onde os bens se encontram localizados, podendo suceder que a parte interessada desconheça, em absoluto, a localização dos bens ou que o devedor os dissipe, oculte e/ou deslocalize, inviabilizando, dessa forma, a possibilidade de execução coerciva do seu património¹⁵.

Assim, apesar de, tradicionalmente, a resolução de litígios se encontrar direcionada para uma heterocomposição judicial, a verdade é que a resolução de conflitos emergentes da economia colaborativa – particularmente, de litígios de consumo – reclama, pelas suas especificidades e particularidades, o recurso a meios alternativos de composição de conflitos, com particular destaque para a negociação, a mediação¹⁶ e a arbitragem¹⁷, sem prejuízo, naturalmente, da possibilidade de a parte interessada optar por recorrer à via judicial¹⁸.

Na verdade, os meios alternativos de resolução de litígios são, por regra, flexíveis e informais, permitindo, por essa via, ultrapassar eventuais dificuldades atinentes ao desconhecimento e/ou à complexidade dos diferentes ordenamentos jurídicos com os quais o litígio se encontre relacionado.

Acresce, por outro lado, que a resolução alternativa de litígios assenta na voluntariedade do procedimento, já que as partes devem prestar o seu consentimento, livre e esclarecido, para que o procedimento se inicie e podem,

15 Cfr., a este respeito, Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, p. 177.

16 A mediação traduz-se numa forma de resolução alternativa de litígios, por via da qual as partes, com o auxílio de um terceiro independente e imparcial (mediador), procuram chegar a um acordo [cfr., a este respeito, o art. 2.º, alínea a), da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril]. Com efeito, o mediador limita-se a auxiliar e/ou a assistir as partes ao longo da mediação, não lhe sendo lícito, em qualquer circunstância, propor ou impor às partes algum acordo. Acresce que o processo de mediação assenta na voluntariedade, já que as partes são livres de iniciar o processo e/ou de desistir do mesmo a todo o tempo, sendo igualmente responsáveis pelas decisões tomadas no decurso do processo.

17 A arbitragem consiste num meio de heterocomposição do litígio, por via do qual as partes conferem a um terceiro (árbitro) o poder de resolver o litígio, sendo que essa resolução pode basear-se em critérios de legalidade ou, se as partes assim o desejarem, de equidade. Acresce que, salvo nos casos em que a arbitragem reveste natureza obrigatória, o recurso à arbitragem depende da livre vontade das partes, mediante a celebração de uma convenção de arbitragem ou de um compromisso arbitral.

18 Assinale-se, a este propósito, que a eventual complexidade do litígio ou a postura, de uma das partes, de recusa intransigente de acesso a meios alternativos de resolução dos litígios – os quais, por norma, assentam numa premissa de voluntariedade – pode determinar a necessidade de propositura de uma ação judicial, como última *ratio* para a tutela adequada dos interesses em litígio.

a todo o momento, desistir do mesmo, sem que tal possa ser qualificado como uma eventual violação dos princípios da cooperação e da boa-fé.

Importa, igualmente, salientar o facto de os meios alternativos de resolução de litígios assentarem, por norma, numa ideia de confidencialidade, pelo que as informações obtidas no decurso do procedimento não podem, posteriormente, ser divulgadas, ainda que em sede de processo judicial. Ora, a confidencialidade da resolução alternativa de litígios assume uma enorme relevância, porquanto permite que as partes se sintam mais predispostas a apresentar, de forma absolutamente livre e despreocupada, as suas posições em relação ao conflito.

Por outro lado, urge salientar que, nos procedimentos de resolução alternativa de litígios, as partes são colocadas no centro do procedimento, razão pela qual as mesmas são absolutamente responsáveis pela solução a que se chegue para a resolução do seu litígio (*empowerment*). Nessa exata medida, mesmo que o legislador reconheça força executiva ao acordo obtido no âmbito de um procedimento de resolução alternativa de litígios, o certo é que o facto de a solução para o litígio ser o resultado da vontade livre e esclarecida das partes conduz, por via de regra, ao cumprimento voluntário do acordo, com a conseqüente desnecessidade de execução coerciva do mesmo. Ademais, dado que a solução do litígio assenta, única e exclusivamente, na vontade das partes, a mesma não está sujeita a eventuais critérios de legalidade, podendo, outrossim, ajustar-se aos interesses das partes em litígio e às particularidades do caso em concreto.

Por último, mas não menos importante, assume especial relevância o facto de os procedimentos de resolução alternativa de litígios serem céleres e, tendencialmente, pouco onerosos ou mesmo gratuitos, o que, no contexto da economia colaborativa, é fundamental para garantir a confiança no seu funcionamento.

3.2. Obstáculos e desafios

A União Europeia tem estado atenta à importância e às potencialidades da resolução alternativa de litígios, particularmente em matéria de litígios de consumo.

A este respeito, importa destacar o art. 17.º da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 08/06/2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio

eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre o comércio eletrónico”), o qual preconiza que os Estados-Membros da União Europeia «devem assegurar que, em caso de desacordo entre o prestador de um serviço da sociedade da informação e o destinatário desse serviço, a sua legislação não impeça a utilização de mecanismos de resolução extrajudicial disponíveis nos termos da legislação nacional para a resolução de litígios, inclusive através de meios electrónicos adequados» e, bem assim, incentivar «os organismos responsáveis pela resolução extrajudicial, designadamente dos litígios de consumidores, a que funcionem de forma a proporcionar adequadas garantias de procedimento às partes interessadas.».

Paralelamente, importa chamar à colação a Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/05/2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, a qual visou, fundamentalmente, «contribuir, através da realização de um elevado nível de defesa do consumidor, para o bom funcionamento do mercado interno, assegurando que os consumidores possam apresentar, voluntariamente, queixas contra os comerciantes a entidades que facultem procedimentos independentes, imparciais, transparentes, eficazes, céleres e equitativos de resolução de litígios.» (art. 1.º). No que concerne ao respetivo âmbito de aplicação, a referida diretiva só se aplica aos procedimentos de resolução extrajudicial de litígios nacionais e transfronteiriços relativos a obrigações contratuais resultantes de contratos de venda ou de serviços entre comerciantes estabelecidos na União e consumidores residentes na União através da intervenção de uma entidade de resolução alternativa de litígios de consumo (RAL) que proponha ou imponha uma solução, ou que reúna as partes para facilitar uma solução amigável.

Apesar dos avanços alcançados no domínio da resolução alternativa de conflitos de consumo na União Europeia, a verdade, no entanto, é que o alcance subjetivo desta regulamentação é, ainda, bastante limitado.

Com efeito, à luz do art. 2.º da Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/05/2013, ficam excluídos dessa diretiva, nomeadamente, os procedimentos apresentados a serviços de queixas dos consumidores geridos pelo comerciante, os litígios envolvendo apenas comerciantes, a negociação direta entre o consumidor e o comerciante, bem como os procedimentos iniciados por um comerciante contra um consumidor.

Concomitantemente, ficam excluídos da regulamentação europeia, em matéria de resolução de litígios emergentes de relações de consumo, os litígios resultantes de contratos celebrados apenas entre consumidores –

isto é, entre pessoas singulares que atuem com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, na aceção do art. 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/05/2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Diretiva RAL) –, os litígios que envolvam apenas comerciantes, bem como os litígios desencadeados por comerciantes contra consumidores.

Seria, por isso, importante que, no que em particular se refere à resolução alternativa de litígios em matéria de consumo, o legislador europeu ampliasse o âmbito subjetivo da resolução alternativa de litígios, tanto mais que, no domínio da economia colaborativa, são múltiplas as relações estabelecidas apenas entre consumidores ou apenas entre comerciantes. Na ausência dessa regulamentação transversal e uniforme a todo o espaço europeu, tal poderá redundar em eventuais desequilíbrios legislativos em matéria de resolução alternativa de litígios emergentes da economia colaborativa¹⁹.

4. Resolução *online* de conflitos

A circunstância de as relações comerciais e/ou de consumo desenvolvidas no âmbito da economia colaborativa serem estabelecidas por via de plataformas tecnológicas reclama igualmente que os litígios emergentes dessas relações sejam dirimidos por via eletrónica e/ou tecnológica.

Na verdade, a resolução destes litígios por via eletrónica permite, desde logo, obviar ao distanciamento físico dos litigantes, bem como à necessidade de deslocação das partes, dos seus mandatários e/ou dos demais sujeitos processuais, assegurando, por essa via, que o procedimento de resolução do conflito seja mais célere e expedito.

De resto, particularmente nos casos em que o valor económico do litígio seja diminuto, a resolução alternativa de litígios em contexto presencial poderá revelar-se manifestamente inviável em função dos custos de deslocação que as partes teriam de suportar a fim de estarem presentes no procedimento de resolução alternativa do litígio.

Acresce, por outro lado, que a possibilidade de o utilizador apresentar diretamente uma reclamação junto do prestador de bens ou do fornecedor de

¹⁹ Cfr., no mesmo sentido, Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, p. 179.

serviços²⁰, ainda que essa reclamação possa ser instrumentalizada através de uma plataforma eletrónica, é essencial para a proteção da confiança, porquanto o utilizador sentir-se-á muito mais propenso e confiante a participar e/ou a interagir com as plataformas de economia colaborativa se, de antemão, tiver à sua disposição meios eletrónicos que lhe permitam, de forma célere e eficaz, apresentar uma eventual reclamação.

Sobre esta concreta problemática, importa trazer à colação o Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/05/2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha.

Com efeito, este diploma visou, fundamentalmente, proteger a confiança dos consumidores no mercado interno e, bem assim, desenvolver as potencialidades das tecnologias de informação, mediante a possibilidade de acesso a meios simples, céleres, eficientes e tendencialmente gratuitos que lhes permitam resolver litígios emergentes da celebração, em linha, de contratos de compra e venda de bens ou de prestação de serviços, sendo que esses meios são particularmente relevantes no âmbito das relações jurídicas transfronteiriças.

De facto, conforme resulta do considerando (6) do referido diploma, «Os comerciantes e os consumidores deverão poder realizar transações em linha com toda a confiança, pelo que é essencial dismantelar as barreiras existentes e aumentar a confiança dos consumidores. A disponibilidade de um sistema de resolução de litígios em linha (RLL) fiável e eficaz pode contribuir em grande medida para atingir esse objetivo.».

No prosseguimento desse desiderato, o Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/05/2013, veio proceder à criação de uma plataforma eletrónica de resolução de litígios em linha, a qual se aplica, em regra, às reclamações apresentadas por um consumidor contra um vendedor de bens ou um prestador de serviços, desde que ambos se encontrem estabelecidos na União Europeia, sem prejuízo, naturalmente, da possibilidade de o consumidor e/ou o comerciante recorrerem aos tribunais, tendo em vista a resolução do seu litígio por via judicial.

O acesso a essa plataforma é realizado através de um sítio *web* interativo, o qual permite ao consumidor, de forma simples e gratuita, apresentar uma

²⁰ *Vide*, a este propósito, o art. 27.º da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12/12/2006, relativa aos serviços no mercado interno.

reclamação contra um vendedor de bens ou um prestador de serviços mediante o preenchimento de um formulário eletrónico.

Uma vez apresentada a reclamação, a plataforma procede à transmissão da reclamação, podendo as partes, a partir desse momento, procurar chegar a uma solução consensual para o litígio, através de negociação direta ou, se tal não for possível, mediante o encaminhamento do processo para uma entidade de resolução alternativa de litígios.

A este respeito, importa salientar que a plataforma funciona, fundamentalmente, como um ponto de entrada ou de contacto inicial, já que, sem prejuízo da possibilidade de as partes chegarem a uma solução consensual através da plataforma, por via de uma negociação direta entre ambas, a entidade de resolução alternativa de litígios não é obrigada a tramitar o processo através da plataforma de resolução de litígios em linha.

Significa isto que esta plataforma, apesar de contribuir para o incremento dos procedimentos de resolução alternativa de litígios em linha, não deixa de ser muito insuficiente, porquanto, ao limitar-se a permitir a negociação direta entre as partes ou o encaminhamento do litígio para entidades de resolução alternativa de conflitos, não permite que o litígio seja integralmente dirimido na própria plataforma.

Acresce, por outro lado, que o Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/05/2013, só se aplica, em regra, aos litígios desencadeados por um consumidor contra um comerciante²¹, o que implica, portanto, que o seu âmbito subjetivo seja muito residual²².

Será, por isso, importante que a plataforma de resolução *online* de conflitos seja reformulada, quer no sentido de se permitir um alargamento do seu âmbito subjetivo – mediante a possibilidade de apresentação de reclamações por alguém que não se limite a atuar na veste de consumidor –, quer

21 *Vide*, a este propósito, Pereira, Fernando Silva, “Online dispute resolution”, in *The Sharing Economy: Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2019, p. 465.

22 Excepcionalmente, alguns Estados-Membros da União Europeia, concretamente a Alemanha, a Bélgica, o Luxemburgo e a Polónia, permitem que a plataforma seja utilizada para a resolução extrajudicial de um conflito requerida por um comerciante contra um consumidor.

através da possibilidade de o litígio ser integralmente dirimido por meio da própria plataforma²³.

Paralelamente, será importante o desenvolvimento de instrumentos de prevenção de litígios, que permitam aos utilizadores conhecer, de antemão, eventuais reclamações apresentadas anteriormente por utilizadores e, bem assim, o nível de satisfação dos utilizadores em relação às plataformas e/ou aos fornecedores, ficando essa informação facilmente acessível e disponível na *internet*, designadamente na própria plataforma de resolução de litígios em linha.

5. Problemas e desafios processuais

A resolução de litígios emergentes de negócios jurídicos celebrados no contexto da economia colaborativa poderá deparar-se com diversos problemas de cariz processual, *maxime* nos casos em que a resolução do litígio seja submetida à via judicial, atenta a natureza mais formal, do ponto de vista técnico-jurídico, do procedimento.

De entre esses diversos problemas de cariz processual, permitimo-nos destacar as eventuais dificuldades em matéria de legitimidade, de competência e de reconhecimento e execução de decisões.

5.1. Legitimidade

Desde logo, um dos possíveis problemas prende-se com a questão da legitimidade processual, isto é, da correta identificação das partes em litígio, *maxime* no que diz respeito à necessidade de se assegurar ao consumidor/utilizador que este tenha conhecimento, de forma direta e imediata, da identidade da parte com a qual está a contratar a aquisição de um determinado bem ou a prestação de um determinado serviço e, bem assim,

²³ Esta proposta de ampliação do âmbito da plataforma não obsta, no entanto, à possibilidade de as próprias plataformas de economia colaborativa disporem de mecanismos internos de resolução de conflitos. Veja-se, a título meramente exemplificativo, o regime constante do art. 11.º do Regulamento (UE) n.º 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20/06/2019, relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha, o qual estatui que os prestadores de serviços de intermediação em linha devem dispor de um procedimento interno de tratamento das reclamações apresentadas pelos utilizadores profissionais, o qual deve ser grátis, de fácil acesso e assegurar o tratamento da reclamação apresentada num prazo razoável.

se a plataforma colaborativa tem ou não alguma intervenção, como parte principal ou acessória, nessa relação contratual^{24/25}.

Na verdade, como bem observa Vassilis Hatzopoulos, a natureza complexa das relações jurídicas emergentes da economia colaborativa pode dar origem a uma multiplicidade de litígios, *maxime* a litígios entre os contraentes, relacionados com a natureza ou com a qualidade dos bens vendidos ou dos serviços prestados, a litígios entre os contraentes emergentes da sua própria participação na plataforma, a litígios entre os contraentes e a plataforma, referentes aos próprios termos e condições de funcionamento da plataforma, bem como a litígios desencadeados pela intervenção de terceiros, que se considerem prejudicados pelo funcionamento da economia colaborativa (ex., um condomínio contesta a utilização de uma das frações autónomas para alojamento local e temporário no âmbito da plataforma *Airbnb* ou uma associação de taxistas contesta a utilização da plataforma *Uber* numa determinada cidade ou país)²⁶.

5.2. Competência

A circunstância de as plataformas de economia colaborativa potenciarem, de forma fácil e rápida, o estabelecimento de relações jurídicas entre pessoas domiciliadas em diferentes Estados conduz ao surgimento de relações jurídicas plurilocalizadas, no âmbito das quais se coloca o problema da determinação do tribunal competente para a resolução do litígio.

Ora, se, no âmbito dos litígios que envolvam duas ou mais pessoas domiciliadas em diferentes Estados-Membros da União Europeia, a determinação das regras de competência internacional se encontra relativamente facilitada por via do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12/12/2012, a verdade é que, nos casos em que algum ou alguns dos litigantes se encontrem domiciliados fora da União Europeia, a determinação das regras

24 Cfr., nesse sentido, Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, p. 57, o qual salienta que a plataforma deve permitir ao consumidor que este compreenda, de forma clara e inequívoca, quem é a parte com a qual está a contratar.

25 Veja-se, a título meramente exemplificativo, a cláusula 16. dos termos e condições da plataforma *Airbnb*, da qual resulta que «Oferecemos uma plataforma que permite aos Membros publicar, oferecer, pesquisar e reservar Serviços de Anfitrião. Ao efetuarem ou aceitarem uma reserva, os Membros estão a celebrar um contrato diretamente entre eles. A *Airbnb* não é e não se torna uma parte ou outro participante em qualquer relação contratual entre Membros. A *Airbnb* não está a agir como agente de nenhum Membro, exceto quando a *Airbnb Payments* atua como agente de cobrança conforme previsto nos Termos de Pagamentos.».

26 Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, pp. 171 e 172.

de competência poderá ser mais difícil e complexa, reclamando, em última instância, a aplicação da lei de processo civil interna, a fim de se aferir quais os tribunais internacionalmente competentes para a resolução de um litígio plurilocalizado.

Ora, esta dificuldade, atinente à correta identificação das normas de competência internacional, pode, desde logo, constituir um forte entrave à resolução, por via judicial, de litígios emergentes de relações jurídicas resultantes da economia colaborativa.

Por outro lado, em matéria de competência, é fundamental perceber se o litígio envolve ou não um consumidor e um comerciante, já que apenas nos casos em que o demandante se apresente como consumidor e o demandado revista a natureza de comerciante se poderão aplicar as regras processuais, em matéria de competência, destinadas a proteger o consumidor. Assim, por exemplo, no âmbito dos litígios transfronteiriços, os arts. 17.º a 19.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12/12/2012, referente à competência internacional e ao reconhecimento e à execução de decisões, somente serão aplicáveis nos casos em que o autor seja um consumidor e o réu não o seja, porquanto, conforme se extrai do considerando (14) do referido regulamento, essas normas visam proteger o consumidor perante o comerciante, atento o facto de o consumidor, pela sua menor capacidade económica, ser considerado como a “parte mais fraca” no domínio da relação de consumo. Consequentemente, se o demandante for um consumidor e o demandado for um comerciante, a ação poderá ser proposta nos tribunais do Estado-Membro onde o demandado se encontre domiciliado ou no tribunal do lugar do domicílio do consumidor, independentemente do domicílio da outra parte (art. 18.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12/12/2012). Já se o demandante for o comerciante, este só poderá intentar uma ação contra o consumidor nos tribunais do Estado-Membro onde este se encontre domiciliado (art. 18.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12/12/2012).

Outrossim, se o litígio envolver apenas comerciantes ou, pelo contrário, apenas consumidores, e na ausência de um pacto de jurisdição por via do qual se determinem quais os tribunais internacionalmente competentes para a resolução do litígio, aplicar-se-ão, dentro dos respetivos âmbitos objetivo, subjetivo e temporal, as disposições do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12/12/2012, referentes aos litígios em matéria contratual, *maxime* o disposto no art. 7.º, n.º 1, sem prejuízo, naturalmente,

da possibilidade de o demandante propor a ação junto dos tribunais do domicílio do réu²⁷.

De todo o modo, ainda que, num determinado litígio plurilocalizado, se conclua pela aplicação do art. 7.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12/12/2012, a verdade é que este preceito legal pode não ser suficiente para se chegar a uma conclusão imediata sobre o tribunal competente para a resolução do litígio, atenta a eventual dificuldade de identificação quanto ao lugar onde os bens foram ou deviam ser entregues ou em que os serviços foram ou deviam ser prestados²⁸.

Sob uma outra perspetiva, mas ainda no domínio da competência, é possível equacionar o surgimento de litígios em matéria de eleição (positiva ou negativa) do foro competente para resolução de um litígio emergente da utilização de uma plataforma eletrónica de economia colaborativa. Na verdade, particularmente no seio de litígios entre o utilizador e a plataforma, pode suceder que o utilizador seja obrigado a aceitar os termos e as condições da plataforma como condição prévia de acesso à mesma e, bem assim, que esses termos e condições prevejam uma cláusula contratual geral atinente à determinação do tribunal internacional ou internamente competente para a resolução de um litígio emergente da utilização da plataforma, sem que o utilizador tenha qualquer possibilidade de negociar o conteúdo e/ou o alcance dessa cláusula^{29/30}.

27 Cfr., no mesmo sentido, Cebrián Salvat, María Asunción, "Responsabilidad de las empresas de economía colaborativa: competencia judicial internacional y ley aplicable en la Unión Europea", in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 638.

28 Vide, a este respeito, Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, p. 174, o qual, a propósito dos serviços que são prestados *online*, problematiza se o lugar da prestação será aquele onde se verificou o *upload*, aquele onde se realizou o *download* ou aquele que apresenta uma conexão mais relevante.

29 Vejam-se, a título meramente identificativo, os termos e condições da *Uber*, os quais estatuem no seu ponto 18 o seguinte: «Poderá propor ações judiciais relacionadas com os Serviços perante um tribunal holandês competente. Sendo residente na UE, também poderá propor ações judiciais relacionadas com os Serviços perante um tribunal competente no seu país de residência. Sendo residente na UE, apenas poderemos propor contra si ações judiciais no seu país de residência, salvo se não atuar na qualidade de consumidor, sendo que, nesse caso, concorda em se submeter à jurisdição exclusiva dos tribunais holandeses, dentro dos limites estabelecidos pela lei aplicável no seu país de residência.».

30 A este respeito, Vassilis Hatzopoulos assinala ainda outras dificuldades, *maxime* o facto de essas cláusulas excluírem, de forma unilateral, o direito de o utilizador recorrer aos tribunais, bem como a circunstância de as mesmas se acharem incluídas em termos e condições muitos extensos, redigidos num tipo de letra muito reduzido e numa linguagem de difícil compreensão por não juristas. Acresce que a possibilidade concedida pela plataforma de o utilizador "avançar" na leitura dos termos e condições pode conduzir à falsa ideia de que o utilizador leu integralmente e aceitou os termos e condições que lhe foram apresentados (Hatzopoulos, Vassilis, *op. cit.*, pp. 180 e 181).

Sobre este concreto problema, importa atentar no regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), particularmente no disposto nos seus arts. 12.º e 19.º, alínea g), os quais sancionam com a pena da nulidade, por serem proibidas, as cláusulas contratuais gerais que estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem^{31/32}.

Por outro lado, ainda que o pacto de jurisdição não seja estabelecido por via de uma cláusula contratual geral, o certo é que, à luz do art. 94.º, n.º 3, alínea c), do Código de Processo Civil, a eleição do foro, por via da celebração de um pacto de jurisdição, só é válida se for justificada por um interesse sério de ambas as partes ou de uma delas, desde que não envolva inconveniente grave para a outra.

Paralelamente, no contexto da União Europeia, importa ter em atenção que, muito embora o art. 25.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12/12/2012, preveja a possibilidade de as partes, independentemente do seu domicílio, convencionarem a competência de um tribunal ou dos tribunais de um Estado-Membro para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica – sendo que, ao invés do que se prevê no ordenamento jurídico português, o legislador europeu não impõe, como requisito de validade do pacto de jurisdição, que o mesmo seja justificado por um interesse sério de ambas as partes –, a verdade é que, nos termos do n.º 4 do citado preceito legal, o pacto atributivo de jurisdição não produz efeitos se for contrário ao disposto no art. 19.º, o qual visa, precisamente, proteger o consumidor no âmbito de litígios emergentes de relações de consumo.

5.3. Reconhecimento e execução de decisões

Também no domínio do reconhecimento e da execução de decisões, poderão colocar-se problemas complexos no âmbito da economia colaborativa.

31 Cfr., a este propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10/04/2014, proc. 877/127TVLSB.L1-1, in *www.dgsi.pt*.

32 Veja-se, a este respeito, a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 05/04/1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, cujo art. 3.º, n.º 1, estatui que «Uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato».

Com efeito, se a resolução do litígio, *maxime* por via judicial, envolver diferentes Estados-Membros da União Europeia, o reconhecimento e/ou a execução de sentença judicial estará devidamente acautelado por via do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12/12/2012, o qual assegura o reconhecimento e a força executiva automática, sem quaisquer formalidades, em todos os Estados-Membros da União Europeia, das decisões proferidas num desses Estados (cfr. os arts. 36.º e 39.º).

Contudo, relativamente às decisões proferidas num Estado-Membro, que careçam de ser reconhecidas e/ou executadas fora da União Europeia, ou, pelo contrário, relativamente às decisões proferidas fora da União Europeia, mas que careçam de ser executadas num dos seus Estados-Membros, as mesmas, salvo o disposto em tratados e convenções internacionais, não gozam de reconhecimento e/ou de força executiva automáticas, o que poderá constituir um entrave à tutela jurisdicional efetiva, face à necessidade de desencadeamento de procedimentos de reconhecimento e/ou de execução das decisões.

Será, por isso, importante que, no âmbito das relações jurídicas transfronteiriças, em que uma das partes não se encontre domiciliada na União Europeia, as partes previnam o problema do reconhecimento e/ou da execução da decisão, seja pelo estabelecimento de pactos de jurisdição, por via dos quais se atribua aos tribunais de um Estado-Membro da União Europeia competência para a resolução do conflito, seja por via da submissão do litígio a mecanismos de resolução alternativa de litígios, que garantam a composição amigável do litígio e/ou o reconhecimento e a força executiva automática da decisão.

Referências

Alfonso Sánchez, Rosalía/Burillo Sánchez, Francisco J., “La economía llamada colaborativa”, in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 49-72.

Cebrián Salvat, María Asunción, “Responsabilidad de las empresas de economía colaborativa: competencia judicial internacional y ley aplicable en la Unión Europea”, in *Retos Jurídicos de la Economía Colaborativa en el Contexto Digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 633-675.

Comissão Europeia, “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”, Bruxelas, 02/06/2016, COM(2016) 356 final, p. 3, in <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016 DC0356&from=PT> (consultado em 05/03/2021).

Gyimóthy, Szilvia/Dredge, Dianne, “Definitions and mapping the landscape in the collaborative economy”, in *Collaborative Economy and Tourism: Perspectives, politics, policies and prospects*, Springer, Berlim, 2017.

Hatzopoulos, Vassilis, *The Collaborative Economy and EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018.

Inglese, Marco, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Springer, Berlim, 2019.

Kostakis, Vasilis/Bauwens, Michel, *Network Society and Future Scenarios for a Collaborative Economy*, Springer, Berlim, 2014.

Maurer, Julia, *Sharing Economy. Regulatory Approaches for Combating Airbnb's Controversy Regarding Taxation and Regulation*, GRIN Verlag, Munique, 2016.

Pereira, Fernando Silva, “Online dispute resolution”, in *The Sharing Economy: Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2019.

Habitação na economia colaborativa: análise, desafios e regulação*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.30>

André Francisco Soares Carvalho Alves Teixeira**

* Atualizado a 1 de dezembro de 2021.

**Estudante de Direito da Universidade do Minho.

Resumo: A área da habitação na economia colaborativa surge como um dos desenvolvimentos da democratização do acesso às novas tecnologias de informação e comunicação. Todavia, muito está por compreender e regular adequadamente. Surge, assim, a necessidade de realizar uma análise aprofundada, identificando atores, desafios, normas aplicáveis, no plano nacional e internacional, e soluções possíveis para aplicar nesta área económica em crescimento, analisando os documentos existentes.

Palavras-chave: Habitação – economia colaborativa – plataformas digitais.

Sumário: **1.** Introdução à economia colaborativa na habitação. **2.** Realidade portuguesa e soluções jurídicas. **3.** Análise do estado do regime jurídico. **4.** Possíveis complementos à legislação nacional. **5.** Conclusões. **6.** Referências.

Abstract: The collaborative economy in the area of accommodation was one of the developments of the democratization of access of the new technologies of information and communication. However, in relation to several aspects still lacks understanding and regulation. As such, emerges the necessity of a thoughtful analysis, identifying actors, challenges, applicable norms, at national and international level, and possible solutions to apply in this growing area of the economy, examining existing documents.

Keywords: Housing – collaborative economy – digital platforms.

Summary: **1.** Introduction to the collaborative economy in housing. **2.** Portuguese reality and juridical solutions. **3.** Analysis of the state of the current regulation. **4.** Possible complements to national legislation. **5.** Conclusions. **6.** Sources.

1. Introdução à economia colaborativa na habitação

A democratização de acesso às tecnologias de informação e comunicação, aliadas à normalização da posse de equipamentos informáticos pessoais, abriu caminho para a revolução digital da economia global. A informatização de informação em massa, a disponibilização dessa informação com barreiras negligenciáveis para uma grande maioria da população e o desenvolvimento da capacidade técnica para a processar criaram, portanto, uma nova janela para o desenvolvimento de produtos e serviços que dessem uso à versatilidade quase infinita da tecnologia agora difundida. Com grandes revoluções tecnológicas vem sempre a necessidade de adaptação à tecnologia que criou a disrupção, adaptação essa que apenas pode ocorrer após a adoção em massa dessa mesma tecnologia. A resposta estará na criação de infraestruturas legais e sociais que nos permitam enfrentar a mudança sem sacrificar as bases que nos têm permitido evoluir, enquanto sociedades modernas.

Com a absoluta liberalização de meios, o mercado viu-se inundado de ofertas, o que permitia ao consumidor escolher, mas colocou sérias dúvidas em relação ao quadro legal aplicável a certas atividades. O papel de intermediário surge com a especial característica de ausência de responsabilidade, no sentido de que uma empresa forneceria a plataforma e o serviço de manutenção para o negócio de cada um. No setor da acomodação, o típico modelo de negócio permite que indivíduos sejam empreendedores através da disponibilização de parte ou totalidade do seu espaço vital ou infraestrutura detida, enquanto acomodação de curto ou médio prazo, aos seus pares, tipicamente através de um qualquer tipo de plataforma organizada ou especificamente construída para o efeito. Utilizadores que não desejem utilizar serviços de hotelaria tradicionais poderão, portanto, procurar este tipo de oferta, tipicamente mais barata e menos burocrática, permitindo uma maior flexibilidade turística e muitas vezes uma experiência menos impessoal do que num hotel. A ideia é, portanto, que qualquer um com espaço o possa locar a um desconhecido, com mais ou menos profissionalismo, com mais ou menos garantias, quer para o consumidor final quer para o fornecedor do espaço.

A partir do momento em que pessoas proprietárias de espaços foram capazes de fornecer os serviços mínimos, como limpeza e pequeno-almoço, e de reorganizar o seu património imobiliário para enfrentar quer os desejos dos utilizadores quer as normas locais estabelecidas, uma grande quantidade de turistas parece ter, de facto, transitado para este modelo com uma

velocidade e habilidade inéditas. A questão principal que se mantém é a da responsabilidade das plataformas que servem como intermediários, algo que depende de legislação nacional e que ainda se mantém por resolver a nível europeu ou internacional. O controlo fiscal e jurisdicional está restrito ao país onde se localiza a propriedade em questão, estando daí dependentes as particularidades da proteção de consumidores. No que toca a relações laborais, este é ainda um campo cinzento no qual os fornecedores destas plataformas se encontram na posição de trabalhadores individuais que estão a utilizar um serviço de intermediação para eles próprios fornecerem um serviço a outrem, o que pode dar origem a várias complicações de direito do trabalho. O risco de que zonas cinzentas de regulação possam existir através de tentativas de contornar normas de proteção do interesse público é reconhecido, sendo que a Comissão Europeia¹ se apresentou com intenção de orientar legal e politicamente autoridades públicas, operadores de mercado e cidadãos interessados em fazer parte deste setor em crescimento.

Das principais razões válidas para implementar restrições², a Comissão identificou as seguintes: proteger o ambiente urbano e desenvolvimento cidadão, assegurar a segurança pública, proteger o consumidor e recetor de serviços, assegurar o cumprimento de obrigações fiscais e a supervisão fiscal adequada, e finalmente cumprir políticas de habitação social baseadas, por exemplo, na manutenção de preços acessíveis para cidadãos locais. Determinou ainda que razões puramente económicas, como proteção da concorrência por parte de um outro grupo de atores de mercado, não seriam aceitáveis para a restrição da ação dos atores da habitação colaborativa. Verificamos que, apesar de um grande número de soluções serem sugeridas, a legislação europeia existente é ainda insuficiente para regular a área e está maioritariamente dependente de interpretações e aplicações nacionais por parte dos seus Estados-Membros. Coadunado com o voluntarismo com que a Comissão parece basear grande parte das suas sugestões, concluímos que, a nível europeu, a situação da economia colaborativa na habitação é ainda razoavelmente débil e dependente da boa vontade das plataformas, que não parecem possuir incentivos suficientes para assumir um papel mais ativo na sua autorregulação.

1 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52016DC0356>, acesso em: 13 set. 2021.

2 European Commission, *Study on the assessment of the regulatory aspects affecting the collaborative economy in the tourism accommodation sector in the 28 Member States (580/PP/GRO/IMA/15/15111)*, Brussels, 2018.

2. Realidade portuguesa e soluções jurídicas

Após uma visão europeia da questão, resta-nos analisar a realidade portuguesa, através da identificação dos diplomas e textos legislativos ou normativos relevantes e dos seus impactos, procurando em jeito de conclusão sugerir algumas soluções jurídicas para melhor complementar o enquadramento já existente.

No que toca à economia colaborativa no ramo da habitação, Portugal procurou adotar uma figura de alojamento local³ desde cedo, criada pelo Decreto-Lei n.º 39/2008, de 7 de março, posteriormente alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 228/2009, de 14 de setembro, e 15/2014, de 23 de janeiro, para facultar a prestação de serviços de alojamento temporário em locais que não reunissem as características dos estabelecimentos turísticos tradicionais.

Após várias mudanças legislativas, a transposição da Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, veio consagrar a possibilidade de inscrição dos estabelecimentos de alojamento local através do Balcão Único Eletrónico. Com isto vemos que, desde já, Portugal revelou estar adiantado quando comparado com outros Estados-Membros da União Europeia, visto integrar já no seu quadro legal medidas como as sugeridas pelo relatório encomendado pela Comissão Europeia em 2018. Mesmo assim, foi apenas com o Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, que aprovou o Regime Jurídico da Exploração dos Estabelecimentos de Alojamento Local, que a figura do alojamento local surgiu como categoria independente, distanciada de outros empreendimentos turísticos com a sua própria regulação, que passaremos a analisar de seguida. O diploma em vigor é, no entanto, uma versão alterada pela Lei n.º 62/2018, de 22 de agosto, que modificou o regime de autorização de exploração dos estabelecimentos de alojamento local, procedendo à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto. Esta lei entrou em vigor a 21 de outubro de 2018, sem prejuízo das disposições transitórias nela previstas. Iremos abordar as principais características do documento, assim como as alterações sofridas com a mais recente atualização, procurando avaliar o estado regulatório do setor no país.

³ Todas as informações quanto ao estabelecimento de alojamentos locais, assim como mecanismos de registos dos mesmos, podem ser consultadas facilmente por cidadãos em <https://eportugal.gov.pt/fichas-de-enquadramento/alojamento-local>.

Uma das partes mais importantes de todo o documento é o seu art. 2.º, onde é estabelecida a noção de alojamento local. Inicialmente direcionado a turistas, mas agora generalizado com a revisão, o conceito de estabelecimento de alojamento local passou a ser mais abrangente, na medida em que engloba qualquer estabelecimento que preste serviços de alojamento temporário, mediante remuneração, fazendo a referência a turistas, a título meramente exemplificativo. O artigo proíbe a exploração enquanto alojamento local de espaços que possam ser considerados empreendimentos turísticos comuns, procurando estabelecer limites entre as duas condições.

O art. 3.º especifica as diferentes modalidades de alojamento local, inicialmente “moradias”, “apartamentos” e “estabelecimentos de hospedagem”, ao qual se adicionaram “quartos”, frutos da revisão, sendo que antes estavam incluídos nos estabelecimentos de hospedagem. Deste modo, a “moradia” é considerada um edifício autónomo, o “apartamento” uma fração autónoma ou parte de prédio urbano, tornando-se o “estabelecimento de hospedagem” aquele cujas unidades de alojamento são constituídas por quartos, integrados numa fração autónoma de edifício, num prédio urbano ou numa parte de prédio urbano suscetível de utilização independente. Foi ainda criada uma modalidade “hostel” dentro destes estabelecimentos, consistindo numa unidade de alojamento onde o dormitório seja predominante, e que inicialmente se encontrava no art. 14.º, agora revogado. Quanto aos “quartos”, esta nova modalidade só é possível na residência habitual do fornecedor, sendo a unidade de alojamento o quarto e só sendo possível ter um máximo de três unidades.

O art. 4.º determina as condições para prestação de serviço, indicando opções e restrições, com a adição posterior de uma proibição de exploração de “hostels” em edifícios em propriedade horizontal sem autorização dos restantes condóminos. Os arts. 5.º e 6.º determinam, agora com alterações, os mecanismos de registo e comunicação prévia destes estabelecimentos, estabelecendo requisitos, prazos e documentos essenciais. Os arts. 7.º, 8.º, 9.º e 10.º são relativos a questões de vistoria, cancelamento de registos e informação para o público e para efeitos legais, colocando grande responsabilidade no Turismo de Portugal, I.P.⁴ e na Câmara Municipal local. O art. 11.º estabelece requisitos de capacidade, especificando números de quartos e camas e procurando controlar a proliferação descontrolada sem

4 O Registo Nacional de Turismo (RNT) reúne informação obrigatória preenchida e atualizada pelas entidades exploradoras dos empreendimentos e empresas do turismo, agentes de animação turística e agências de viagens e turismo, e pode ser consultado em <https://registos.turismodeportugal.pt/>.

vistoria. Já os arts. 12.º e 13.º estabelecem requisitos gerais e de segurança, respetivamente, sendo alterações ao documento inicial orientadas a facultar informações aos hóspedes e tentar controlar impactos negativos no tecido urbano do estabelecimento. O art. 15.º regula a prestação de serviços no estabelecimento, e o art. 16.º especifica a necessidade de um titular de exploração do estabelecimento. Já os arts. 17.º e 18.º tratam da identificação e publicidade do alojamento, incluindo a placa identificativa obrigatória que permite ao consumidor reconhecer facilmente o tipo de estabelecimento. O art. 19.º estabelece o período de funcionamento, posteriormente melhorado, e o art. 20.º a necessidade de disposição de livro de reclamações e o seu funcionamento.

A totalidade do capítulo quinto é relativo a fiscalizações e sanções, dos seus arts. 21.º a 28.º, sendo mudanças relevantes face ao anterior regime o facto de a ASAE (Autoridade de Segurança Alimentar e Económica) e a Câmara Municipal territorialmente competente poderem ambos fiscalizar o cumprimento do regime jurídico⁵ aplicável aos estabelecimentos de alojamento local e também determinar a interdição temporária da exploração dos estabelecimentos de alojamento local, podendo a ASAE ainda solicitar ao Turismo de Portugal, I.P. a realização de vistorias a qualquer momento para verificação das plataformas e registo.

Os restantes artigos são disposições finais, sendo aditados alguns artigos de relevância após a mais recente revisão, que incluem um regime de solidariedade e seguro de responsabilidade civil. A nova revisão «consagra um regime de solidariedade entre o titular da exploração e os hóspedes, no que respeita aos danos por estes causados no edifício em que se encontra instalado o estabelecimento» e «determina que o titular da exploração deve celebrar e manter válido um seguro multirrisco de responsabilidade civil, que o proteja dos seus ativos e reclamações no âmbito da sua atividade turística e que cubra riscos de incêndios e danos patrimoniais e não patrimoniais a hóspedes e a terceiros, decorrentes da atividade de prestação de serviços de alojamento»⁶. São finalmente criadas as figuras de áreas de contenção, onde as Câmaras competentes podem aprovar limites à instalação de estabelecimentos local para efeitos de preservação da realidade social dos bairros e dos lugares, assim como estabelecidas avaliações anuais do

5 Disponível em: http://business.turismodeportugal.pt/pt/Planear_Iniciar/Como_comecar/Alojamento_Local/Paginas/alteracao-regime-juridico-alojamento-local.aspx, acesso em: 18 set. 2021.

6 Disponível em: <https://abreudadvogados.com/conhecimento/publicacoes/artigos/novas-regras-para-os-estabelecimentos-de-alojamento-local/>, acesso em: 18 set. 2021.

impacto do alojamento local, a ser realizadas pelo Governo em colaboração com as autarquias locais e apresentadas à Assembleia da República. Terminado este resumo das principais características e constituição da legislação em vigor, iremos proceder com a análise do seu estado.

3. Análise do estado do regime jurídico⁷

Como indicado inicialmente, a regulamentação do alojamento local em Portugal sofreu ao longo dos tempos várias alterações. As únicas exigências formuladas para os estabelecimentos passavam pelo cumprimento de requisitos mínimos de segurança e higiene aprovadas por portarias ou instrumentos semelhantes, sendo ainda obrigatório o registo destes equipamentos nas Câmaras Municipais competentes, de modo a centralizar essa informação no Turismo de Portugal, I.P. As competências referentes ao fenómeno estavam dispersas por vários documentos, muitas vezes focados em turismo tradicional e, portanto, abordando o alojamento local como uma categoria menor facilmente explicável. Foi, no entanto, a consciencialização da importância que o alojamento local começou a apresentar, coadunada com as noções de que não seria um fenómeno passageiro e que poderia chegar a rivalizar com empreendimentos turísticos tradicionais, que permitiu que toda a legislação fosse focada no presente Regime. Foram várias as preocupações apresentadas nos projetos-lei de 2008, caracterizadas pela rápida e inesperada ascensão de todo o fenómeno de economia colaborativa, mas as principais, cuja natureza se refletiu na legislação aprovada, são as seguintes: em primeiro lugar, a relação entre condóminos quando em causa esteja o uso de um fração para finalidades de alojamento local e, em segundo, a possibilidade de regulamentação municipal das condições de instalação de alojamento local, de modo a existir um controlo local que permitisse preservar todas as funções urbanas, especialmente a função habitacional.

Num estudo⁸ encomendado pela Associação de Hotelaria de Portugal em 2016, verificou-se um efetivo e constante crescimento exponencial dos registos de estabelecimento local desde 2014, sendo que, segundo este estudo, o número de ofertas listadas no *AirBnb* localizadas em cidades como Porto e Lisboa é superior ao número de propriedades reportadas no Registo

7 Lei n.º 62/2018 de 22 de agosto – Altera o regime de autorização de exploração dos estabelecimentos de alojamento local, procedendo à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto.

8 “O Alojamento Local em Portugal – qual o fenómeno?” – Estudo Desenvolvido pela *Nova School of Business and Economics* e pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa para a Associação de Hotelaria de Portugal, novembro de 2016.

Nacional de Alojamento Local, o que nos leva a pensar que os mecanismos de controlo são efetivamente insuficientes. O estudo afirma ainda ser expectável a subida de preços de rendas em zonas de alojamento local, um padrão que se tem observado em especial nos centros das cidades e não aparenta tendência para diminuição, o que releva as preocupações com a função habitacional dos focos urbanos.

Observando a formulação do art. 2.º do Regime, que especifica algumas noções básicas, concluímos que o alojamento local pode ter como clientes ou beneficiários turistas nacionais ou internacionais, mas também quaisquer outras pessoas que se desloquem por uma miríade de finalidade, quer ocupacionais quer familiares. O essencial é, portanto, a ideia de transitoriedade⁹. O que caracteriza verdadeiramente o alojamento local não será, portanto, a qualidade do beneficiário do serviço, mas o tipo de utilização, que deverá ser transitória e limitada. Apesar de tal fator diferenciador não tomar em conta a base do princípio de economia colaborativa, aparenta ser necessário para distinguir entre um empreendimento turístico e alojamento local. O legislador deixa claro, desde os primórdios da definição, que as duas realidades são distintas, quer estrutural quer conceptualmente. Podendo esta dicotomia apresentar insuficiências, como é costume numa formalização binária de opções, o relevante é a identificação dos pontos que o Regime parece ter em conta para a distinção, nomeadamente os requisitos apresentados para ambos. Parece-nos que foi estabelecida uma hierarquização de qualidade entre as opções, em que um empreendimento turístico é obrigado a fornecer mais serviços e a cumprir mais requisitos, podendo ser identificado como algo de maior valor do que o alojamento local, que tendencialmente seria mais fraco e menos desejado enquanto opção *premium*.

O sucesso inicial do alojamento local¹⁰, aliado à falta de regulação no que toca a limites, causaram uma nova alteração no sentido de assegurar que, se um serviço ou estabelecimento tem características suficientes para ser considerado turístico, teria de o ser obrigatoriamente, podendo apenas ser considerado alojamento local aquele que não cumprisse todas as verificações listadas para um empreendimento turístico. Isto demonstra uma nova priorização do campo turístico tradicional, especialmente tendo em conta o poder fiscalizador espontâneo do Turismo de Portugal no que toca a alojamento local, algo que é compreensível tendo em conta a situação. De notar

9 Oliveira, Fernanda Paula e Lopes, Dulce, *Alojamento Local: Regime Jurídico Comentado e Guião Prático*, Almedina, 2019, p. 21.

10 Disponível em: <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/27500/1/documento.pdf>, acesso em: 23 out. 2021.

que se começam a verificar tentativas de corromper esta definição e os seus limites para utilização não turística de alojamento local, nomeadamente como alojamento rotativo de trabalhadores precários¹¹. Esta tentação de alojar trabalhadores em equipamentos que cumpram os requisitos mínimos do alojamento local¹², saltando as necessidades de segurança e normas de direito laboral em vigor, para facilitar a utilização de mão de obra rotativa e pouco qualificada em áreas como a agricultura, é algo que obviamente não pode ser tolerado e como tal necessita de maior fiscalização ativa, validando até certo ponto a discriminação e hierarquização presentes. O alojamento local não poderá nunca ser um mecanismo de propagação de práticas laborais abusivas, mesmo que o fornecedor possa não se importar com o problema, sendo, portanto, crítica a verificação constante dos estabelecimentos.

As modalidades do art. 3.º assentam no tipo de unidade, mas também nas características físicas ou arquitetónicas dos espaços. Esta avaliação é assim relativamente subjetiva, sendo compreensível que tenha sofrido bastantes alterações com cada sucessiva atualização do diploma. As várias modalidades de alojamento estão relativamente bem estabelecidas, tendo sido revistas pelo legislador, que aparenta pensar hoje nos alojamentos de hospedagem como estruturas vocacionadas para uma exploração profissional¹³. Dito isto, é importante chamar a atenção para a configuração de “hostel”, prevista no n.º 6 do presente artigo, que em essência exige que a unidade de alojamento prevalente seja o dormitório. Ora, acontece que o art. 14.º e as portarias de alojamento local que definiam o que se entendia como dormitório foram revogadas, estando, portanto, dificultado o estabelecimento de tal modalidade. Aqui, sentimo-nos inclinados a concordar com o comentário de Fernanda Paula Oliveira e Dulce Lopes, quando afirmam não perceber «(.) se esta solução legislativa foi intencional e acompanha uma tendência para limitar a instalação de *hostel* em situações de propriedade horizontal, ao exigir-se uma autorização dos condóminos para o efeito, ou se corresponde apenas a má técnica legislativa, ao remeter para Portaria a regulamentação de questões que, para as demais modalidades de alojamento local, já se encontram no regime jurídico próprio»¹⁴.

11 Oliveira, Fernanda Paula e Lopes, Dulce, *op. cit.*, p. 24.

12 Leitão, Adelaide Menezes, “A proteção dos consumidores no regime do alojamento local”, in Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (coord.), *I Congresso do Alojamento Local*, Almedina, 2020, p. 36.

13 Patrício, Miguel, “A «Nova» Economia de Partilha e o Alojamento Local”, in Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (coord.), *I Congresso do Alojamento Local*, Almedina, 2020, p. 13.

14 Oliveira, Fernanda Paula e Lopes, Dulce, *op. cit.*, p. 31.

Já o art. 4.º aborda diretamente um dos principais diferenciadores entre o alojamento local e os estabelecimentos turísticos tradicionais, nomeadamente a prestação de serviços de alojamento. De notar que o principal objetivo é o de diferenciar o alojamento local do arrendamento urbano para habitação. No que toca ao alojamento local, está em questão um contrato oneroso de disponibilização temporária de alojamento e de serviços menores associados. Apesar de poderem ser disponibilizados vários tipos de serviços complementares, como limpeza, *internet*, pequeno-almoço, entre outros, estes não são necessários, sendo esta a diferença com o turismo tradicional, onde existem efetivamente serviços obrigatórios, como pode ser confirmado no art. 43.º do Regime Jurídico dos Empreendimentos Turísticos. A única prestação de serviços típica do alojamento local, que, aliás, poderá auxiliar na distinção com o arrendamento urbano, é a limpeza regular, natural de espaços partilhados ou de ocupantes em constante fluxo e mudança. A segunda parte do artigo estabelece necessidades de publicitação e de utilização contratual, sendo estas últimas uma das principais dificuldades do Regime, ainda sem solução. O vulgarmente denominado «contrato de alojamento local» não corresponde a uma figura contratual nova. Trata-se de uma designação imprópria. Nas palavras de Maria Olinda Garcia, «[a] diversidade de configurações das prestações do locador (ou hospedeiro), identificável no domínio do alojamento particular de turistas (em apartamentos ou moradias), pode corresponder a diferentes figuras contratuais. Assim, para além de contratos de arrendamento, existem (maioritariamente) contratos mistos de cedência do gozo de imóveis mobilados, acompanhada de uma diversidade (maior ou menor) de prestações de serviços. Estes serviços podem ser executados no local, com ligação instrumental (em maior ou menor medida) ao gozo do imóvel (como limpeza diária ou fornecimento de refeições esse local), às quais podem acrescer prestações que, não tendo ligação direta com o gozo do imóvel, permitem a satisfação de interesses que determinaram a opção pelo alojamento nesse imóvel (por exemplo, serviço de transporte ou de acompanhamento como intérprete ou guia prestados pelo hospedeiro)»¹⁵. A realidade da ausência de tipos de contratos adaptados à realidade de curta duração e de uso do imóvel, face aos habituais contratos de arrendamento urbano que permitem ao arrendatário o gozo pleno do imóvel, revelam a necessidade de perceber quais as características destes últimos que podem ser transpostas para contratos de alojamento local. Algum tipo de regulação específica poderia, portanto,

15 Garcia, Maria Olinda, "Arrendamento de curta duração a turistas: um (impropriamente) denominado contrato de alojamento local", in *Revista Electrónica de Direito*, n.º 3, Centro de Investigação Jurídico-Económico da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, p. 7.

beneficiar todos os envolvidos, facilitando a fixação de contratos e impedindo a apropriação de características de arrendamento urbano por parte de relações contratuais cujo fim não é, claramente, a habitação regular, mesmo que com curta duração. Esta questão depende acima de tudo da visão do propósito do contrato, tendo em conta a variedade de utilidades que pode servir. Quanto a este aspeto, e após a sua reflexão, Garcia conclui que «é de questionar se seria aconselhável criar um regime legal específico para os contratos pelos quais se proporciona alojamento a turistas. No plano exclusivamente contratual, parece-nos que, no tempo presente (e ressalvada melhor reflexão), é possível encontrar respostas para os problemas normativos destes contratos dentro do sistema vigente, pelo que, a nosso ver, tal intervenção legislativa não se justificaria. Já a outros níveis, como o fiscal, o administrativo e o do desenvolvimento de uma atividade de alojamento em imóveis de habitação coletiva nos pareceria aconselhável (no plano da política legislativa) distinguir a atividade permanente e organizada (próxima da indústria hoteleira) da contratação residual praticada por locadores que dão de arrendamento parte da casa onde vivem, ou que esporádica ou sazonalmente arrendam essa casa a turistas (por exemplo, quando se ausentam por razões de trabalho ou de férias)»¹⁶.

Não querendo focar na matéria fiscal, há mesmo assim que apontar as dificuldades inerentes à taxação deste tipo de vínculos. A realidade da evolução do alojamento local, cuja regulação adveio de uma evolução orgânica do mercado, não encoraja o registo de transações ou de reservas. De facto, sendo a maior parte das reservas efetuadas em plataformas intermediárias de cariz internacional, e carecendo a maior parte dos estabelecimentos locais da vontade de emitir faturas, a ausência de documentação fiscal exacerbada pela utilização turística internacional das plataformas dificultou bastante a coleta de receitas fiscais, papel onde a Autoridade Tributária e Aduaneira tem feito um trabalho reativo de mais elevada importância. O legislador está, portanto, consciente do risco premente de evasão fiscal, razão pela qual dotou o Turismo de Portugal, e através deste a Autoridade Tributária, de capacidade de fiscalização ativa. Citando novamente o comentário ao Regime, «(...) o ponto que nos parece fulcral é a intenção manifesta do legislador de dotar a AT das ferramentas necessárias para fiscalizar os estabelecimentos que operam à margem da lei fiscal»¹⁷. Iremos explorar esta questão um pouco mais à frente, sendo que, de momento, releva-se apontar a obrigatoriedade de apresentar a autorização dos condóminos

16 *Idem*, p. 22.

17 Oliveira, Fernanda Paula e Lopes, Dulce, *op. cit.*, p. 38.

para o estabelecimento de “hostels”, continuando a tendência para inviabilizar esta modalidade. Apesar de nos encontrarmos em concordância relativamente à necessidade de colocar barreiras contra a criação excessivamente facilitada de estabelecimentos de alojamento local em locais de habitação regular e urbana, é francamente incompreensível que esta necessidade de aprovação seja restrita aos “hostels” e que não seja especificado o método e forma de concordância necessária. De acordo com as normas europeias, é essencial facilitar informação a todos os que desejarem desenvolver este tipo de negócio, sendo que «(...) a exigir-se uma autorização dos condóminos, esta deve ser o menos restritiva possível para o exercício da livre iniciativa económica do proprietário da fração»¹⁸, apresentando-se assim como necessário assegurar um compromisso entre liberdade de usufruto de mercado e os direitos dos habitantes do edifício.

Relativamente às observações relativas a registo do art. 5.º, há que reconhecer o seguinte: a autorização, que neste caso é permissiva, é o ato de remoção de uma proibição legal e, portanto, um ato de controlo de uma atividade com possibilidade de causar lesões ao público. No caso em concreto, a autorização é a resposta a um processo colocado por um particular que tem interesse no exercício da atividade do alojamento local, nomeadamente a comunicação prévia para efeitos de registo. De seguida, o art. 6.º especifica o processo e os requisitos formais e materiais de comunicação prévia ao órgão competente, neste caso, ao Presidente da Câmara local. Em termos gerais, consiste em informação relativa ao titular de exploração do estabelecimento, ao estabelecimento que se pretende instalar e ao edifício onde se pretende realizar a instalação. Tendo em conta a necessidade de facultar toda esta informação nos termos legais instituídos, respondemos assim à preocupação da possibilidade de criação de alojamento local com base em contratos de arrendamento para habitação quando o contrato assim não o proíbe, já que se exige uma autorização expressa, no contrato ou fora dele, sendo o titular proprietário ou arrendatário, para que a atividade de alojamento local possa ser desenvolvida. De notar que muitas vezes é necessária uma autorização para utilização do edifício, o que coadunado com a definição do alojamento local como «prestação de serviços» (termo aliás utilizado de forma calculada e determinante ao longo do diploma, mais especificamente nos arts. 2.º, 4.º e 16.º), poderá dificultar o acesso. Ora a exigência de «autorização de utilização ou título de utilização válido de imóvel», tendo este de ser «idóneo para a prestação de serviços de alojamento e respeit[ar] as normas legais e regulamentares aplicáveis»

18 Oliveira, Fernanda Paula e Lopes, Dulce, *op. cit.*, p. 43.

implica que a autoridade competente se oponha ao registo do alojamento se o edifício não dispuser de autorização adequada e, nos termos do art. 8.º, verificar se estão cumpridos os restantes requisitos.

As dificuldades jurídicas de troca de permissões e de autorizações são óbvias, pelo que resulta que não há, nem deverá existir, uma associação unilateral entre habitação e alojamento local, no sentido de que uma autorização para fornecimento de serviços deveria ser suficiente. Exclui-se desta questão a modalidade de “quartos”, pela sua qualidade de pertencerem a uma habitação regular e não comporem uma parte significativa da fração. Esta questão surge no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27/04/2017, onde se recorre de um pedido de um morador de proibição de utilização para alojamento local da fração de um outro. Segundo a argumentação, «(...) a questão a resolver consiste em saber se o alojamento local se pode considerar integrado no conceito de habitação quando no título constitutivo da propriedade horizontal se estabelece que determinada fração se destina à habitação». Aqui está em questão o conceito base de habitação, impactando todo o sistema de autorização em volta do alojamento local. Ora, segundo Ana Lucinda Cabral, e como conclusão quanto ao problema colocado, «[t]odo o conjunto das circunstâncias de facto – quer anteriores, quer simultâneas à declaração feita no título de constituição da propriedade horizontal de que a fração se destina a habitação leva a considerar que a intenção que presidiu à declaração foi a de considerar que o conceito de habitação se reporta ao sítio onde o condómino ou arrendatário têm um centro de vida doméstica, pequeno ou grande, temporário ou permanente mas, ainda assim, algo que não esteja totalmente desligado desse centro de vida. Em suma, quando uma fração se destina a habitação, quer dizer que se trata de uma residência, de um domicílio, lar, ou seja, de um espaço de vida doméstica com a inerente necessidade de tranquilidade e sossego, não cabendo nela o alojamento local»¹⁹. Fica assim independentizada a noção de habitação da de alojamento local, com efetiva base jurisprudencial.

Já o art. 7.º estabelece uma relação direta com o Balcão Único Digital, através de uma identificação específica que é atribuída ao equipamento, algo que está de acordo com as recomendações europeias. São também indicadas situações de caducidade e de intransmissibilidade, como casos em que se altere o titular do registo ou titular da exploração, questões que têm de ser previstas de modo a conter possíveis vícios.

¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27/04/2017.

Importa verificar a evolução das competências de fiscalização presentes no art. 8.º Na sua primeira redação, e em conjunção com os artigos referentes a Fiscalização e Sanções, parecia existir uma sobreposição de competências partilhadas entre o Turismo de Portugal, a Autoridade Tributária, a Câmara Municipal e a ASAE. As alterações introduzidas com a Lei n.º 62/2018 esclarecem a questão e vêm em essência reforçar os poderes do município, cabendo-lhe agora a verificação das exigências do art. 6.º, autorizando a utilização explícita do poder de cancelamento de registo e reconhecendo-lhe de forma direta poderes de fiscalização do cumprimento do disposto do Regime²⁰, incluindo o de instruir os respetivos poderes de contraordenação, a par com a ASAE.

Apesar das limitações com prazos e com pedidos ao Turismo de Portugal, o poder de vistoria das Câmaras Municipais reveste-se assim de altíssima importância para o cumprimento de todo o Regime, caindo sobre as autarquias locais esta importante faceta de responsabilização dos titulares. A falta de meios pode impedir que o número de vistorias seja elevado, sendo este um dos poucos problemas que compreensivelmente levam a uma não utilização destes poderes, que em qualquer outro caso deverão ser utilizados com diligência e proatividade. Há que responsabilizar, portanto, as Câmaras Municipais que não cumprem o seu papel de acordo com o regime, sendo este um dos campos onde a descentralização de competências pode, efetivamente, ter efeitos positivos e concretos, se realizada com seriedade pelos autarcas locais.

O poder de cancelamento de registo é discutido com mais profundidade no art. 9.º, de onde consideramos importante relevar e comentar os motivos para tal ocorrência. Poderá ser cancelado quando se detete qualquer desconformidade relativa à informação ou formato do registo, no caso de instalação de novo alojamento local numa das áreas de contenção mencionadas anteriormente e quando ocorra a violação dos requisitos estabelecidos nos arts. 11.º a 17.º. Considerando os motivos contemplados, é importante ter em conta que a decisão de cancelar em qualquer um destes casos assume natureza de sanção, sendo que apenas poderá ser proferida após a completa tramitação do processo, de modo a salvaguardar o direito de audiência e contraditório do visado. Uma questão relativa ao cancelamento que nos parece problemática é a possibilidade de os condóminos tomarem a decisão de não autorizar o estabelecimento devido a práticas e atos que perturbem

20 Sardinha, José Miguel, "Poderes da Autoridade Municipal no Alojamento Local", in Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (coord.), *I Congresso do Alojamento Local*, Almedina, 2020, p. 155.

a normal utilização do prédio. Implicando isto o cancelamento do registo, acaba por ser uma decisão que irá contra uma anterior da Câmara Municipal, sendo que apenas a própria poderá decidir o caso, assumindo responsabilidades de órgão judicial que não pertencem a um órgão da Administração²¹.

Dito isto, consideramos necessário este tipo de envolvimento por parte dos moradores, sendo este um caso de democracia direta e local que permite aos principais afetados apresentarem-se contra algo que consideram injusto ou inadequado, tendo o pedido de cancelamento de ser adequadamente fundamentado (este é, de facto, o principal problema, não sendo, no entanto, um sob o qual nos debruçaremos neste artigo). No contexto desta questão, temos o Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 20/10/2016, relativo a uma decisão de uma assembleia de condóminos que considerou que uma moradora, ao praticar uma atividade comercial na sua fração, se encontrava a violar o consagrado no título constitutivo. A requerente veio a tribunal pedir a revogação da proibição pela assembleia da utilização da fração para efeitos de alojamento local. Ora, segundo a argumentação do acórdão, «[s]e um condómino dá à sua fração um uso diverso do fim a que, segundo o título constitutivo da propriedade horizontal, ela é destinada, ou seja, se ele infringe a proibição contida no artigo 1422.º n.º 2 alª c) do Código Civil, o único remédio para essa afetação é a reconstituição natural (...) Destinando-se a fração autónoma, segundo o título constitutivo, a habitação, não lhe pode ser dado outro destino (alojamento mobilado para turistas) sendo para tanto irrelevante o licenciamento do local para a atividade comercial acima referida por aquelas entidades»²². Neste caso, o tribunal decide, portanto, que não é possível fazer uso de uma fração para um propósito diferente para o qual se tem efetiva permissão, o que vai de acordo com a natural depreensão jurídica do Regime, demonstrando ainda o papel de destaque dos condóminos enquanto parte interessada e ativa no estabelecimento de alojamento local numa fração. O acórdão afirma ainda que «[a]s autorizações de entidades administrativas, segundo as quais, determinada fração autónoma de prédio constituído em regime de propriedade horizontal pode ser destinada a comércio, não tem a virtualidade de alterar o estatuto da propriedade horizontal constante do respetivo título constitutivo, segundo o qual essa fração se destina a habitação». Temos assim reforço através da jurisprudência do conteúdo destes artigos.

21 Passinhas, Sandra, "O alojamento local e o uso das frações autónomas", in Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (coord.), *I Congresso do Alojamento Local*, Almedina, 2020, p. 133.

22 Proc. n.º 12579-16.0T8LSB.L1-8, Conclusões.

Os arts. 10.º a 13.º apresentam-se como essencialmente utilitários, cumprindo as suas funções de forma adequada. Saltando o revogado art. 14.º, deparamo-nos de seguida com o art. 15.º-A, relativo às áreas de contenção introduzidas na última alteração. No que toca aos motivos para a implementação destas zonas de instalação proibida, parece-nos suficiente a justificação do Regime Jurídico Comentado, que indica que, «[a] pesar de não se conhecerem as estatísticas oficiais, a informação vinculada em várias fontes, designadamente nos meios de comunicação social, permite afirmar que nas cidades de Lisboa e Porto (com eventual extensão em outras cidades portuguesas, mas não em todas) tem havido um crescimento contínuo da oferta de imóveis para alojamento a turistas que não é acompanhado de idêntico nível de oferta de imóveis para habitação tradicional, o que estará a provocar um aumento do valor das rendas para os novos contratos habitacionais, provocando fenómenos de gentrificação»²³. A economia portuguesa, demasiadamente dependente do turismo internacional, tende a direcionar a sua oferta interna para as necessidades deste setor, acima das necessidades dos seus próprios cidadãos locais. O que isto significa é que, sem um qualquer mecanismo de controlo, os centros das nossas cidades, especialmente as que representam a maior quantidade de população e acumulação de serviços e empregos, iriam transformar-se em montras para turistas sem habitantes reais. Até certo ponto este fenómeno já aconteceu em locais como a baixa lisboeta ou o centro histórico da cidade de Guimarães, onde apenas os muito ricos ou os muito velhos têm propriedade habitacional, sendo os restantes imóveis orientados para alojamento local ou turístico. Surge então a necessidade de controlar esta desertificação, que, além dos óbvios efeitos culturais e sociais, também faz aumentar drasticamente as rendas, contribuindo para o exacerbar das desigualdades económicas, chegando até a ter influência na capacidade de o Estado cumprir o Direito à Habitação instituído na Constituição da República Portuguesa.

A questão aqui não é, portanto, a necessidade de medidas como as áreas de contenção, que é óbvia e comprovada para além de qualquer dúvida razoável, mas se cumpre o seu objetivo de política habitacional e urbanística de forma adequada. Acontece que este artigo apresenta uma forte restrição ao direito da livre iniciativa económica, que, apesar de ser justificada, pode ter muito menos efeito do que uma via fiscal adequada que beneficiasse os imóveis destinados à habitação, os arrendamentos de longa duração e as rendas acessíveis em detrimento do alojamento local. Dito isto, e se a medida pode não ser absolutamente eficiente no que toca ao controlo de

23 Oliveira, Fernanda Paula e Lopes, Dulce, *op. cit.*, p. 123.

preços e à manipulação do mercado no sentido de beneficiar a habitação tradicional, serve, no entanto, perfeitamente para dar resposta a problemas urbanísticos típicos, no que toca a evitar a criação de zonas onde apenas existe alojamento local. Assim, esta via vem cumprir os princípios de descentralização administrativa e da subsidiariedade²⁴, sendo que cabe a cada município instituir ou não estas áreas, forçando as autarquias a estabelecer políticas urbanísticas e de habitação que possam beneficiar os cidadãos locais sem limitar em demasia e de forma descontrolada o acesso ao mercado de prestação de serviços de alojamento local.

O art. 16.º encerra questões fiscais que aparentam ser demasiado opacas e densas para o titular comum, sendo mais do que suficientes em si próprias para os seus próprios artigos de grande extensão. Não sendo nossa pretensão explorar esta questão, é mesmo assim essencial destacar que o exercício da atividade de exploração de alojamento local, à semelhança de qualquer outra atividade económica ou prestação de serviços semelhante, encerra diversas obrigações fiscais que diferem quando o titular é uma pessoa individual ou quando é coletiva. Sendo realidades distintas, as obrigações em sede de IRS e IVA são diferentes, caindo sempre no titular da exploração a obrigação de emitir as faturas da prestação de serviços diretamente aos hóspedes, tendo em conta as dificuldades de controlo das plataformas internacionais. Não nos alongando mais sobre esta matéria, assiste que as obrigações fiscais sejam facilmente acessíveis a todos os titulares de exploração, e adequadamente fiscalizadas para evitar evasão fiscal.

Os arts. 17.º e 18.º visam reforçar, do ponto de vista do utilizador, a diferença entre serviços de alojamento. De modo a evitar a confusão entre um empreendimento turístico e um estabelecimento de alojamento local, o legislador obriga este último a utilizar uma placa identificadora e a estabelecer uma série de requisitos de imagem e informação, proibindo em paralelo a utilização de qualquer tipologia de empreendimento turístico, incluindo o próprio nome ou sistemas de avaliação tradicionais como estrelas. O incumprimento destas diretivas leva naturalmente a uma reação contraordenacional, podendo chegar até ao cancelamento do registo. Isto demonstra a importância destas exigências, quer para a pacificação do mercado interno, quer para o consumidor que terá de distinguir entre tipos de alojamento. Os arts. 19.º e 20.º estabelecem outras obrigações, com

²⁴ Sousa, Pedro Sacchetti Teixeira de, *Restrições de Direito Público e de Direito Privado à Exploração de Estabelecimentos de Alojamento Local: O Regime Jurídico Português e a Experiência de Direito Comparado*, Almedina, 2020, p. 132.

especial destaque para a obrigatoriedade de existência do livro de reclamações, físico ou digital, que permite o estabelecimento de políticas de qualidade a que o cliente pode recorrer em casos de insatisfação, sendo para isso essencial o cumprimento de requisitos como a indicação do organismo onde submeter a reclamação. Já os arts. 21.º a 28.º compõem o capítulo de fiscalização e sanções, sendo importante relevar o papel de cooperação entre agências do Estado no que toca à fiscalização. Não devemos confundir esta com o controlo da atividade pós-instalação regulado no art. 8.º, mesmo que ambos verifiquem o cumprimento de requisitos da lei. Segundo o comentário examinado, «(...) a diferença entre aquela vistoria e esta fiscalização é que enquanto aquela, que deve ser o mais precoce possível, serve para confirmar a existência no estabelecimento de alojamento local das devidas condições de funcionamento, esta serve para verificar a manutenção destas condições»²⁵. É também importante denotar que existem ainda outras entidades públicas, não mencionadas neste documento, que podem exercer as suas competências de fiscalização em âmbitos específicos, uma vez que o alojamento local pode facilmente ser utilizado para atividades ilícitas. Dos restantes artigos, apenas o art. 31.º relativo ao sistema informático carece de comentário, no sentido da importância da disponibilização a qualquer prestador ou destinatário de serviços de um acesso por via eletrónica às autoridades administrativas competentes. O Balcão Único Eletrónico²⁶ permite a completa tramitação eletrónica de todos os processos, documentos e formalidade previstas na lei, o que permite facilitar enormemente a tarefa de fiscalização, assim como assegurar ao consumidor algum tipo de controlo de qualidade. Não sendo perfeita, a plataforma apresenta-se como funcional e cumpridora de todos os requisitos funcionais adequados, o que nos coloca francamente melhor do que muitos outros países europeus.

No fundo, e sendo claro para o legislador que a exploração do alojamento local é uma atividade privada, está presente no seu Regime o reconhecimento de que a área deverá ser objeto de regulação pública devido aos importantes interesses públicos que envolve, sendo para tal essencial que sejam definidos com exatidão os termos e condições em que a mesma pode funcionar. O reconhecimento do alojamento local como categoria autónoma tem como objetivo, com este regime jurídico, proteger estes interesses públicos anteriormente identificados, manter a integridade do uso turístico

25 Oliveira, Fernanda Paula e Lopes, Dulce, *op. cit.*, p. 172.

26 As funcionalidades descritas estão acessíveis a todos através da utilização do seguinte link: <https://eportugal.gov.pt/fichas-de-enquadramento/alojamento-local>.

dos estabelecimentos profissionais e controlar o desvio do uso adequado. A exigência de que os estabelecimentos em apreço não podem reunir os requisitos exigidos para os empreendimentos turísticos está obviamente direcionada a proteger estes últimos de concorrência desleal por parte de indivíduos ou coletivos que pretendem utilizar o rótulo de alojamento local para evitar regulação turística direta, motivo pelo qual se prevê que o Turismo de Portugal possua fortes poderes de fiscalização e possa, a qualquer momento, impor a utilização turística sempre que um estabelecimento preencha os requisitos.

4. Possíveis complementos à legislação nacional

Deste modo, e após a análise da legislação portuguesa, podemos verificar que o tratamento dos fornecedores locais de serviços, profissionalizados ou individuais, se encontra razoavelmente de acordo com as recomendações europeias, vindo esta mais recente atualização ao Regime do Alojamento Local estabelecer uma série de medidas com vista à melhoria do controlo dos estabelecimentos, ao estudo dos possíveis impactos negativos que possam ter e, acima de tudo, à contenção desses possíveis impactos²⁷. A natureza do registo, da identificação, das plataformas disponíveis e de todos os requisitos expressos de forma simples e clara permitem que tanto o fornecedor como o consumidor percebam bem a situação em que se encontram, sendo, portanto, essencial assegurar que estão bem definidas as modalidades e procedimentos para criação e exploração de estabelecimentos. Se há crítica a fazer a este regime tal como se encontra atualmente, é a ainda leve ausência de controlo sobre a proliferação dos alojamentos, apesar da figura de áreas restritivas impostas recentemente, tendo em conta que estas dependem da vontade das autarquias locais e da sua vontade de restringir o acesso a equipamentos que podem ser considerados por muitos autarcas como altamente valiosos do ponto de vista de atração turística para os seus territórios. No entanto, o que verificamos é que existe muito pouca, se não nenhuma, legislação aplicável às plataformas no plano nacional, estando todos os instrumentos jurídicos existentes orientados para o controlo dos fornecedores dos serviços de habitação, não dos serviços digitais que permitem a sua divulgação.

Como tal, chegamos à conclusão de que legislação nacional que fosse ao encontro das principais dificuldades levantadas pelas plataformas de

27 Disponível em: <https://abreuadvogados.com/conhecimento/publicacoes/artigos/novas-regras-para-os-estabelecimentos-de-alojamento-local/>, acesso em: 18 set. 2021.

economia colaborativa seria a forma mais adequada de ação para as autoridades locais. O cumprimento efetivo das recomendações europeias apenas poderá ser atingido quando da aproximação das exigências locais às grandes plataformas, tendo em conta que estas tendem a refugiar-se na sua natureza transfronteiriça para evitar restrições. A existência de diretivas e recomendações europeias que encorajem a ação local permitem, no entanto, que sejam encontradas soluções que consigam substituir no contexto das normas alargadas da União, por menos exigentes que estas sejam com as plataformas de intermediação digital.

Como base para esta experiência legislativa, sugerimos a utilização do conjunto de ações adotadas pelo *Airbnb* após negociação com a Comissão, em 2019²⁸, no sentido de melhorar a forma como apresenta ofertas e assegura proteção do consumidor. Deste modo, consideramos que iniciativas legislativas relativas a plataformas deverão ter os seguintes pontos em conta.

Em primeiro lugar, a obrigação de fornecimento de informação de preços adequada, que inclua todas as taxas e impostos que os utilizadores terão de pagar através da utilização da plataforma, e assegure que a fuga às obrigações fiscais não pode ser realizada através da utilização do serviço digital. Em segundo, a obrigação da distinção entre fornecedores profissionais e fornecedores individuais, no sentido de assegurar que o consumidor tem elementos para fazer escolhas informadas e de permitir que diferentes normas sejam aplicadas aos dois grupos diferentes de atores, de acordo com a sua dimensão. Em terceiro, a obrigação de estabelecer uma ligação direta à *European Online Dispute Resolution (ODR)*²⁹ ou plataformas de resolução de disputas nacionais, de modo a facultar ao consumidor formas relativamente simples de obter ajuda quanto às suas disputas comerciais com plataforma ou consumidores. Em quarto, a obrigação de indicar a jurisdição e lei aplicável em todos os termos e condições, permitindo esclarecimentos simples quanto a procedimentos a seguir e especificando que qualquer consumidor pode recorrer aos tribunais do Estado-Membro onde residir. Em quinto, a obrigação de assegurar a responsabilidade do fornecedor em caso de danos físicos ou pessoais ao consumidor, explicitando isto em todos os seus contratos e assegurando que nenhum ator possa ser isento de responsabilidade por ações ou omissões que resultem em danos para os consumidores.

28 Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_3990, acesso em: 22 set. 2021.

29 Informações relativas à ODR estão disponíveis para todos os consumidores ou fornecedores de serviços em: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks>.

Em sexto, a obrigação de manter os termos fixos após contratualização, de modo que as plataformas não possam mudar preços, condições ou outras questões unilateralmente, tendo no mínimo de notificar as partes no caso de alteração desejada de algum termo. Em sétimo, a obrigação de remoção de conteúdos prejudiciais, cujas particularidades devem ser indicadas nos termos e condições, assim como notificadas aos utilizadores, tal como as ferramentas de apelo para que utilizadores possam recorrer a remoção dos seus conteúdos pela plataforma. Em oitavo, a obrigação de estabelecimento de políticas de reembolso obrigatórias, que possam ser utilizadas quer por fornecedores quer por consumidores finais para proteger os seus direitos em casos de incumprimento do contrato. Em último lugar, a obrigação de cumprimento da legislação nacional aplicável no que toca à prova, obtenção de prova, ónus da prova e adequada compensação por danos no contexto de um vínculo contratual, impedindo que tais normas sejam implementadas unilateralmente pelas plataformas de imediação.

Apesar de estas sugestões ainda não solucionarem os problemas da prova, ónus da prova e responsabilidade (ou ausência dela) das respetivas plataformas digitais, poderiam servir de estrutura para que a legislação nacional conseguisse coadunar as necessidades de respeito pelas normas europeias e de assegurar que as plataformas digitais se responsabilizem pelos serviços que distribuem, ao invés da situação atual na qual são ativamente encorajadas a assumir um papel de desresponsabilização ou então de autorregulação vazia de substância.

5. Conclusões

A economia colaborativa e os novos modelos de negócio baseados em plataformas digitais de acesso fácil democratizaram dramaticamente as oportunidades de criação e dinamização de negócios de alojamento, mudando o panorama da habitação no nosso país de várias formas, não sempre para melhor. O atual Regime Jurídico da Exploração dos Estabelecimentos de Alojamento Local conseguiu, através das suas sucessivas revisões ao longo dos últimos anos, proporcionar um ambiente normativo suficientemente detalhado para assegurar alguma estabilidade no setor. O equilíbrio entre as preocupações urbanísticas e habitacionais nas cidades e a facilidade de acesso e utilização de um setor que se baseia em grande parte no facto de ser simples e acessível para clientes e fornecedores é difícil de manter, sendo necessária uma constante adaptação que permita proteger o setor sem deixar que ele caia em experimentalismo comercial desregado.

Concluimos assim que, apesar das benesses da economia colaborativa como um todo e dos avanços realizados a nível nacional e europeu para a sua regulação enquanto um setor controlado que beneficie as nossas economias, ainda há muito por fazer para assegurar que as grandes plataformas não operam num cinzento legal em nome do seu lucro próprio, sacrificando responsabilidade, interesse público e segurança do consumidor. Se existe uma via por onde resolver este problema, e formas como começar a fazê-lo, basta que a vontade política se reflita em vontade legislativa, de modo que consigamos colocar a economia colaborativa a funcionar a favor dos cidadãos e das nações, e não apenas do mercado livre e da competição desenfreada entre gigantes tecnológicos que exploram sonhos individuais de empreendedorismo.

6. Referências

Cauffman, Caroline, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service provider friendly?*, Faculty of Law, Maastricht University, 2016.

Davidson, Nestor M./Finck, Michèle/Infranca, John J., *The Cambridge handbook of the law of the sharing economy*, Cambridge University Press, 2018.

Devolver, Bram, *The platform economy unravelling the legal status of online intermediaries*, Cambridge, Abtwerp, Chicago Intersentia, 2019.

Garcia, Maria Olinda, "Arrendamento de curta duração a turistas: um (impropriamente) denominado contrato de alojamento local", in *Revista Electrónica de Direito*, n.º 3, Centro de Investigação Jurídico-Económico da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017.

Hatzopoulos, Vassilis, *Collaborative economy and EU law*, Hart Publishing, 2018.

Laurell, Christofer e Sandstrom, Christian, "The sharing economy in social media: Analyzing tensions between market and non-market logics", in *Technological Forecasting and Social Change*, Volume 125, pages 58-65, 2017.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (coord.), *I Congresso do Alojamento Local*, Almedina, 2020.

Munkoe, Malthe Mikkel, "Regulating the European Sharing Economy: State of Play and Challenges", in *Intereconomics*, 52, 38-44, 2017.

Nadal, Apollònia Martínez, *Plataformas Digitales: Aspectos Jurídicos*, Editorial Arandazi, 2021.

Oliveira, Fernanda Paula e Lopes, Dulce, *Alojamento Local: Regime Jurídico Comentado e Guia Prático*, Almedina, 2019.

Sousa, Pedro Sacchetti Teixeira de, *Restrições de Direito Público e de Direito Privado à Exploração de Estabelecimentos de Alojamento Local: O Regime Jurídico Português e a Experiência de Direito Comparado*, Almedina, 2020.

Zuboff, Shoshana, *A Era do Capitalismo da Vigilância: A Disputa por Um Futuro Humano na Nova Fronteira do Poder*, Relógio d'Água, 2020.

– Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').

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.

Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006 – Relativa aos serviços no mercado interno.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A European agenda for the collaborative economy.

Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto – Regime jurídico da exploração dos estabelecimentos de alojamento local.

Lei n.º 62/2018, de 22 de agosto – Altera o regime de autorização de exploração dos estabelecimentos de alojamento local, procedendo à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto.

Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 20/10/2016.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27/04/2017.

“O Alojamento Local em Portugal – qual o fenómeno?” – Estudo Desenvolvido pela *Nova School of Business and Economics* e pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa para a Associação de Hotelaria de Portugal, novembro de 2016, disponível em: <https://www.hoteis-portugal.pt/docs/content/twgQoT7vP6TAxRGMJSCG3w7BLEOyRVd5.pdf>, acesso em: 22 out. 2021.

“Bretton Woods Agreement Explained”, disponível em: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/bretton-woods-agreement/#:~:text=The%20Bretton%20Woods%20System%20is,for%20currencies%20around%20the%20world>, acesso em: 28 ago. 2021.

“Novas Regras para os estabelecimentos de alojamento local”, disponível em: <https://abreu-advogados.com/conhecimento/publicacoes/artigos/novas-regras-para-os-estabelecimentos-de-alojamento-local/>, acesso em: 20 ago. 2021.

“The Long and Short of The Digital Revolution”, disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/06/impact-of-digital-technology-on-economic-growth/muhleisen.htm>, acesso em: 20 ago. 2021.

“2021 State of the Union Address by President von der Leyen”, disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_21_4701, acesso em: 20 set. 2021.

“A European agenda for the collaborative economy”, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52016DC0356>, acesso em: 20 set. 2021.

“The sharing economy in Social Media”, disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0040162517307527>, acesso em: 20 ago. 2021.

“Most popular social networks worldwide as of July 2021, ranked by number of active users”, disponível em: <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>, acesso em: 4 ago. 2021.

“Short-stay accommodation offered via online collaborative economy platforms”, disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Short-stay_accommodation_offered_via_online_collaborative_economy_platforms, acesso em: 20 junho 2021.

"Airbnb Troubles", disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/11/17/technology/airbnb-troubles.html>, acesso em: 13 set. 2021.

"The dark side of the sharing economy", disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2018/01/the-dark-side-of-the-sharing-economy/>, acesso em: 2 ago. 2021.

"Unlocking the Sharing Economy: Independent Review", disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/378291/bis-14-1227-unlocking-the-sharing-economy-an-independent-review.pdf, acesso em: 24 ago. 2021.

"Regulating the European Sharing Economy: State of Play", disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/196569/1/038-044-Munkoe.pdf>, acesso em: ago. 2021.

"E-Commerce Directive", disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/e-commerce-directive>, acesso em: 14 set. 2021.

"Novas Regras para os Estabelecimentos de Alojamento Local", disponível em: <https://abreu-advogados.com/conhecimento/publicacoes/artigos/novas-regras-para-os-estabelecimentos-de-alojamento-local/>, acesso em: 18 set. 2021.

"Alteração ao regime jurídico da exploração dos estabelecimentos de alojamento local", disponível em: http://business.turismodeportugal.pt/pt/Planear_Iniciar/Como_comecar/Alojamento_Local/Paginas/alteracao-regime-juridico-alojamento-local.aspx, acesso em: 18 set. 2021.

"EU consumer rules: Airbnb cooperates with European Commission and EU consumer authorities improving the way it presents offers", disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_3990, acesso em: 22 set. 2021.

"Nights spent in tourist accommodation", disponível em: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Nights_spent_in_tourist_accommodation_April_2019_to_March_2020_and_April_2020_to_March_2021_\(thousand_nights\).png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Nights_spent_in_tourist_accommodation_April_2019_to_March_2020_and_April_2020_to_March_2021_(thousand_nights).png), acesso em: 4 set. 2021.

"A European agenda for the collaborative economy", disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52016DC0356>, acesso em: 13 set. 2021.

"Alojamento local: Fatores que influenciam a escolha deste tipo de alojamento", disponível em: <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/27500/1/documento.pdf>, acesso em: 23 out. 2021.



UMinho Editora



Universidade do Minho



JusGov

CENTRO DE INVESTIGAÇÃO EM JUSTIÇA E GOVERNAÇÃO

A importância de se proceder à análise dos principais desafios jurídicos que a economia colaborativa coloca – pelas implicações que as mudanças de paradigma dos modelos de negócios e dos sujeitos envolvidos suscitam – é indiscutível, correspondendo à necessidade de se fomentar a segurança jurídica destas práticas, potenciadoras de crescimento económico e bem-estar social.

O Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) constituiu uma equipa multidisciplinar que, além de juristas, integra investigadores de outras áreas, como a economia e a gestão, dos vários grupos do JusGov – embora com especial participação dos investigadores que integram o grupo E-TEC (Estado, Empresa e Tecnologia) – e de outras prestigiadas instituições nacionais e internacionais, para desenvolver um projeto neste domínio, com o objetivo de identificar os problemas jurídicos que a economia colaborativa suscita e avaliar se já existem soluções para aqueles, refletindo igualmente sobre a conveniência de serem introduzidas alterações ou se será mesmo necessário criar nova regulamentação.

O resultado desta investigação é apresentado nesta obra, com o que se pretende fomentar a continuação do debate sobre este tema.

ISBN 978-989-8974-89-1



9 789898 974891 >