

A ARBITRABILIDADE DA PRETENSÃO ANULATÓRIA DE DECISÃO ARBITRAL: EXPENSÃO DA ARBITRAGEM A UM DOMÍNIO IMPROVÁVEL?

Pela Prof.^a Doutora Paula Costa e Silva

1. Em encontro promovido pela CIMA, em Março de 2015, foi-nos pedido que nos pronunciássemos sobre a segunda instância arbitral.

Numa síntese muito breve daquele que era o objeto da nossa intervenção, sustentámos, na sequência do que defendemos em 1989, que nenhuma razão de ordem legal se opõe à convenção das partes que defira o controlo de legalidade de uma decisão arbitral a nova instância arbitral. Saber se é conveniente, de um ponto de vista político, a previsão expressa desta instância como instância única de controlo de legalidade, é problema a que respondem razões de ordem distinta — serão razões de oportunidade — cabendo ao legislador proceder a uma opção.

Pronunciámo-nos, também, acerca daquela que pode ser a articulação entre o exercício da faculdade de impugnação por meio de recurso para segunda instância arbitral e o exercício da pretensão anulatória de decisão arbitral. Não obstante a aparente independência entre os fundamentos de anulação e o controlo geral de legalidade por meio de recurso, razões de ordem prática parecem

militar no sentido de uma precedência temporal de um meio face ao outro. Na verdade, a pendência simultânea dos dois meios perante instâncias diversas — não podem, no conjunto de casos que nos ocupava, chamar-se à colação os pontos do sistema que determinam uma adesão dos fundamentos de anulação ao recurso, sendo certo que, apesar do silêncio da LAV, talvez que tais pontos devam ser ponderados quando o recurso é interposto para tribunal judicial, gerando-se uma evidente dificuldade na destrição entre os poderes estritamente cassatórios do tribunal de recurso e a necessária remessa do processo para decisão arbitral perante o procedência de fundamentos de anulação — gera situações de conflito dificilmente resolúveis. Mas dizer que há uma precedência entre meios não significa ainda tomar posição quanto à ordem dessa precedência.

2. No exato momento em que proferimos esta observação, deparámo-nos com uma dúvida, que colocava uma hipótese que nos não ocorrera aquando da preparação da intervenção.

Mas haveria uma disjunção necessária entre a competência para o conhecimento da pretensão anulatória e para o julgamento do recurso quando este devesse, por convenção das partes ou por opção da lei, correr perante segunda instância arbitral? Não poderia considerar-se admissível o exercício da competência anulatória também por uma segunda instância arbitral, caso em que os pontos do sistema, que, para garantir a máxima racionalidade da impugnação, impõem uma adesão dos fundamentos de anulação ao recurso?

3. Até aqui, nunca havíamos configurado a hipótese de a competência para a anulação ser deferida a tribunal arbitral. Talvez por tradição ou por indução — todo o regime da ação de anulação apontava, na anterior LAV, assim como aponta, na atual LAV, para uma competência dos tribunais judiciais no domínio da anulação — não nos ocorrera perguntar se é admissível a convenção que defira o conhecimento da pretensão anulatória de decisão arbitral a tribunal arbitral.

E a resposta que então demos, apesar da sua aparente estranheza, foi positiva. Numa análise *prima facie*, a pretensão anulatória pode ser conhecida por tribunal arbitral.

4. Como é possível esta resposta quando todo o regime aponta para uma competência dos tribunais judiciais? Quando se toma por seguro, ainda que de modo implícito, que a jurisdição está, nestas hipóteses, reservada aos tribunais do Estado?(¹)

Porque o critério de arbitrabilidade dos litígios mudou com a nova LAV. Razão pela qual se, na vigência da anterior LAV, seria mais plausível que se afirmasse uma inadmissibilidade de convenções que atribuíssem a tribunal arbitral a decisão sobre pretensões anulatórias — só eram arbitráveis os *direitos disponíveis*, sendo o direito à anulação irrenunciável(²) —, perante a atual lei tais convenções são, num plano ainda perfunctório, admissíveis. Isto porque, em face da nova LAV, são arbitráveis todas as situações jurídicas patrimoniais.

5. Esta a resposta que demos na conferência da CIMA. Mas cabe agora aprofundar esta primeira intuição, decorrente de uma

(¹) Neste passo, recorde-se o modo como SCHWAB/WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*. Komm 6, Munique, 2000, se referem, na introdução geral ao capítulo dedicado aos fundamentos de anulação/*Aufhebung* (24.º), à competência para a dedução/conhecimento de tais fundamentos. Escrevem os Autores: “Sie [ZPO] zählt in § 1059 eine Reihe von Aufhebungsgründen auf, die beim staatlichen Gericht geltend zu machen sind, (...)” (A Ordenança processual civil enuncia, no § 1059, uma série de fundamentos de anulação que devem ser feitos valer perante os tribunais estaduais, (...)). Atendendo ao especial rigor e concisão com que tipicamente Schwab/Walter expõem o respetivo pensamento, não pode jamais supor-se que a oração intercalar tenha sido inscrita por mera distração ou convenção.

(²) O ponto a que chegámos durante a conferência da CIMA fez-nos, inclusivamente, concluir que, mesmo à face da anterior LAV, seriam suscetíveis de decisão arbitral as pretensões anulatórias já que a irrenunciabilidade apenas proibiria os acordos que determinassem uma supressão do direito à anulação mas não aqueles que deferissem a competência a tribunal arbitral. Isto porque a indisponibilidade disposta pela antiga LAV não devia, como sempre defendemos, ser verificada em abstrato mas de modo analítico e concreto. O que estaria sempre em discussão — como ainda agora estará, não obstante a alteração do critério de arbitrabilidade — seria a determinação da arbitrabilidade da concreta pretensão — no que cabia operar um corte analítico no direito compreensivamente considerado — bem como a aferição da relação entre o tipo de indisponibilidade disposta por lei e o conteúdo concreto da convenção.

articulação entre o que se dispõe no art. 1.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 63/2011 e a pretensão anulatória.

Na verdade, subsiste uma zona de desconforto nesta conclusão. As pretensões processuais são *estranhas* no seu conteúdo, resistindo aos critérios que o Direito comum dispõe para a classificação das situações jurídicas materiais. Tal como os negócios processuais, hostis a uma repartição entre títulos onerosos e gratuitos — circunstância que torna tão complexa a aplicação de regimes como aquele que se prevê no art. 237.º do Código Civil —, as situações jurídicas processuais parecem resistir a uma bipartição entre situações patrimoniais e situações não patrimoniais. Ora, prevendo a lei que são arbitráveis os interesses de natureza patrimonial e ainda aqueles que, não sendo patrimoniais, são suscetíveis de transação, cumpre perguntar como se comportam as situações jurídicas processuais face a estes critérios. Se pensarmos concretamente na pretensão anulatória, compreendemos que ela é insuscetível de transação, não passando, conseqüentemente, no crivo secundário, que visa alargar do domínio da arbitrabilidade. Mas serão patrimoniais?

6. Independentemente desta zona problemática, uma outra nos alertava para a necessidade de ponderação do resultado que, apoiado apenas na reflexão do momento, enunciámos no encontro da CIMA.

Costuma afirmar-se que a nova LAV introduziu, na ordem jurídica portuguesa, os critérios de arbitrabilidade comumente aceites no espaço de língua alemã. Sem nos determos agora nas diferenças profundas entre um e outro sistema — basta recordar que enquanto, v.g., o direito alemão define *convenção de arbitragem* (§ 1029, com a epígrafe *Schiedsvereinbarung*) em regra distinta daquela que ordena à regulação do objeto admissível dessa convenção (§ 1030, com a epígrafe *Schiedsfähigkeit*), recorrendo, no § 1030 ZPO, ao conceito técnico de pretensão, o direito português, integrando a matéria da arbitrabilidade e da validade na regra definitiva da convenção de arbitragem (art. 1.º, epigrafiado *convenção de arbitragem*), assenta a admissibilidade do objeto na circunstância de se tratar de “litígio respeitante a interesses de natu-

reza patrimonial” — recordemos o que já enunciamos em nota anterior: por que razão tem a doutrina alemã entendido que o *Aufhebungsantrag*⁽³⁾ é da competência dos tribunais estaduais e que os *Anfechtungsgründe* devem ser deduzidos perante estes tribunais? Em SCHWAB/WALTER encontramos uma espécie de meta-argumento que, prescindindo ou, pelo menos, não explicitando a relação entre o critério geral de arbitrabilidade, enunciado no § 1030 ZPO, e a pretensão anulatória, aponta para a existência de uma zona de jurisdição reservada aos tribunais estaduais: a estes cumpriria o exercício de uma espécie de competência de controlo das decisões arbitrais. A dedutibilidade dos fundamentos de anulação em oposição à execução aí estaria para tornar manifesto este poder de controlo.

Esta linha de argumentação intensifica, afinal, os desafios que o direito da arbitragem coloca ao seu aplicador. Na verdade, a admitir-se que há zonas de reserva de jurisdição estadual, assentes, não em critérios gerais ou especiais de arbitrabilidade explicitados na lei, mas na existência necessária de um poder de controlo da atividade de jurisdições concorrentes com a jurisdição estadual, está a admitir-se, ainda que implicitamente, a vigência de uma cláusula de salvaguarda do Estado quando este entra de algum modo em *contacto necessário* com uma decisão arbitral.

Mas quando é que assim sucede?

Supomos que em dois conjuntos de casos. Um primeiro, referente ao controlo de constitucionalidade das decisões arbitrais. Só o Estado pode, através dos seus órgãos, proferir uma decisão vinculante quanto à conformidade constitucional de uma decisão arbitral com a sua ordem constitucional. Neste conjunto de casos, e ainda que da previsão de competências especiais se não possa derivar uma inarbitrabilidade⁽⁴⁾, parece seguro afirmar que só o Tribunal ao qual o Estado confere poderes de decisão em matéria consti-

⁽³⁾ Sublinhando a repercussão que a alteração do texto legal (de *Aufhebungsklage* para *Aufhebungsantrag*) provocou na determinação da natureza do meio de impugnação, SCHWAB/WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*. Komm⁶, 25.II.

⁽⁴⁾ SCHWAB/WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*. Komm⁶, 4.II.2.Rd 6 e 4.II.4.Rd 11. Em sentido inverso, Zöller[GEIMER], *Zivilprozessordnung*^{26*}, §1030, Rd. 7.

tucional se possa pronunciar, em termos definitivos, sobre estas matérias.

Um segundo, quando o Estado coloca o seu *ius imperii* ao serviço do cumprimento de injunções providas de outras jurisdições.

Mas se este poder de controlo se pode ainda justificar quando há um contacto necessário entre a decisão arbitral e a esfera do Estado, dificilmente se pode encontrar uma razão última para a sua afirmação quando a decisão não requer semelhante intervenção. Se assim é, poderá sustentar-se que, se ainda se pode localizar um fundamento último que para uma reserva, em benefício do Estado, de um poder de controlo de decisões arbitrais quando estas são executadas através dos seus órgãos (e, mesmo neste conjunto de casos, talvez fosse necessário determinar se esse poder de controlo apenas se justifica quando haja responsabilidade do Estado por execução injusta), quando a decisão não é passível de execução — por não ter natureza condenatória, como sucede, *v.g.*, quando um tribunal arbitral anula um contrato ou o resolve — esse fundamento deixa de estar presente.

7. Voltamos ao nosso ponto de partida, com dados que, afinal, acabam por acentuar a dificuldade de encontrar o fundamento que leva a doutrina a considerar, como se se tratasse de conclusão inelutável ou decorrente da natureza das coisas, que a pretensão anulatória deve ser conhecida por tribunais estaduais. Por quanto conseguimos apurar, não encontramos registo de uma articulação entre os critérios de arbitrabilidade e as situações jurídicas processuais. E esta verificação causa-nos desconforto. Se é certo que, por regra, se têm em vista as pretensões materiais quando se discorre acerca dos critérios de arbitrabilidade, é também verdade que a generalidade das situações processuais pode ser exercida em contexto arbitral. Será a pretensão à anulação da decisão arbitral uma exceção?

8. A observação que antecede a interrogação põe-nos num trilho. Por que afirmamos que a maioria das situações processuais pode ser exercida em contexto arbitral?

Porque se trata de situações jurídicas inerentes à qualidade de parte processual formal, principal ou acessória. Supomos que nin-

guém defenderá que o direito de ação, o direito à prova, o direito ao contraditório, o direito ao recurso de decisão jurisdicional, não são situações jurídicas processuais compreensivas e funcionais e, por isso, verdadeiros direitos subjetivos. Ora, estas situações jurídicas são exercidas em contexto arbitral sempre que o conflito é submetido a tribunal arbitral, aderindo à qualidade — ou, para quem prefira uma visão institucional, integrando o estatuto — da parte. Quando um tribunal arbitral defere, *v.g.*, o exercício do contraditório *inter partes* ou na relação entre as partes e o tribunal, esse tribunal conhece da constituição de uma situação jurídica processual — o concreto direito ao contraditório ou, talvez em termos tecnicamente mais rigorosos porque todas as situações jurídicas são concretas, o direito ao contraditório — e decide sobre a respectiva exercibilidade.

Repete-se a pergunta: por que são todas estas situações suscetíveis de decisão arbitral, não o sendo o direito à anulação?

A resposta já começou a ser dada. Estas situações são e têm de ser exercidas em contexto arbitral quando o conflito é submetido a tribunal arbitral porque elas, enquanto emanações do direito de ação, se conectam com a posição de parte. Tais situações não poderiam ser exercidas em contexto não arbitral, tanto porque a sua constituição depende da concreta verificação de factos processuais, ocorridos no decurso de um concreto procedimento, como porque estão indissociavelmente ligadas ao exercício de influência decisiva ou de persuasão sobre o concreto decisor.

9. A ser verdade o que se afirmou, adquirimos um primeiro patamar de certeza: a generalidade das situações processuais é suscetível de ser conhecida por tribunal arbitral porquanto tais situações, sendo inerentes ao estatuto de parte, apenas emergem no contexto de um processo, na nossa hipótese, no contexto de um processo arbitral.

Este aspeto assume relevância na medida em que dele se infere que a generalidade das situações processuais é suscetível de ser arbitrada, não porque se trate de situações patrimoniais ou, recorrendo a outro critério típico e frequente, porque são suscetíveis de autorregulação, mas porque emergem e se exercem em

contexto processual. Elas são justificadas por factos processuais e não por títulos materiais.

Comportar-se-á o direito à anulação de modo diferente?

Esta é a questão crítica.

Mas, para ela, temos de partir de um pressuposto: a pretensão anulatória só se justifica e compreende se ligada à qualidade de parte processual. Neste aspeto, e porque se trata de situação jurídica processual, ela não revela qualquer ponto distintivo das demais situações com a mesma natureza. A pretensão anulatória pressupõe um título processual — a decisão arbitral —, estando ordenada à respetiva cassação.

Deverá esta situação jurídica processual passar pelo crivo dos critérios dispostos por lei para a arbitrabilidade de situações materiais? Ou deverá ela estar submetida a uma lógica diversa, como vimos suceder com as demais situações jurídicas processuais?

Como vimos acima, ao enunciarmos, no encontro da CIMA, uma posição favorável à arbitrabilidade da pretensão anulatória, fizemo-lo porque submetemos esta pretensão aos critérios previstos no art. 1.º da LAV. Mas agora compreendemos melhor a razão do desconforto que, logo naquele momento, sentimos: as situações jurídicas processuais adequam-se mal àqueles critérios. Percebemos que elas dependem de uma concreta posição num concreto procedimento, justificando-se a partir de uma grelha de princípios processuais fundamentais. A sua matriz não entronca na contraposição entre situações patrimoniais e situações pessoais. Quanto muito, elas são situações pessoais no sentido em que pressupõem genericamente a pessoa, com a sua qualidade de parte. Mas a interposição desta qualidade não é aquela que subjaz aos n.ºs 1 e 2 do art. 1.º da LAV quando aqui se distinguem situações patrimoniais e situações não patrimoniais. O que está em causa nesta regra, de tão complexa concretização na medida em que é difícil construir um critério seguro que nos permita recortar o campo da patrimonialidade perante a suscetibilidade — e a necessidade — de quantificação de certas situações pessoais —, é saber, quase que de um modo intuitivo e através da enunciação de exemplos ou de conjuntos de casos, se uma situação jurídica tange o estatuto da pessoa ou não.

10. Uma primeira linha de argumentação que deve ser afastada enquanto fundamento justificativo de uma peculiaridade da pretensão anulatória no conjunto das situações processuais prende-se com a atribuição de competência para a respetiva decisão aos tribunais estaduais, se nesta atribuição se quiser subentender a concessão de uma competência especial a esta instância de decisão.

Com efeito, não há cortes em razão da especialidade da matéria que determinem que, de entre as pretensões anulatórias, umas devam ser necessariamente decididas por tribunais estaduais e outras o possam ser por tribunais arbitrais. Consequentemente, a previsão de uma competência dos tribunais estaduais para o conhecimento da pretensão anulatória não é razão para se afastar a arbitrabilidade daquela pretensão com fundamento na existência de uma competência (estadual) especial, preclusiva de uma competência (arbitral) comum.

11. Mas será que deve ser este o plano de leitura do regime que foi gizado, afirmando uma competência dos tribunais estaduais?

A doutrina alemã — essencialmente os autores que, por um lado, afirmam que de uma competência especial se não pode retirar uma inarbitrabilidade das posições jurídicas, sendo, que por outro, sustentam a submissão da pretensão *anulatória* a jurisdição estadual — pôs-nos num novo trilho. Não será, que, afinal, a inarbitrabilidade da pretensão à anulação da decisão arbitral se inscreve no *Rechtsschutzmonopol* do Estado ali afirmado? É verdade que os critérios delimitadores deste monopólio de jurisdição estadual são difíceis de captar. Isto porque, na maioria das situações, são enunciados casos concretos de monopólio, decorrentes de regras de direito substantivo, mas não razões transversais que permitam a sua imediata extensão a outros conjuntos de casos. E, na sua maioria, os casos referidos são imputados a áreas do sistema em que o direito material visa tutelar uma parte que, por diferentes ordens de fatores, se encontra numa posição de fragilidade ou de uma desigualdade substancial. Aqui, e dando até relevância a uma causa de inarbitrabilidade que deixou de ter previsão expressa com a

reforma do direito da arbitragem — referimo-nos ao antigo § *** da ZPO —, a submissão a jurisdição estadual teria como fundamento a necessidade de garantir uma igualdade processual substancial. Saber porque não estarão os tribunais arbitrais em condições de a garantir, é aspeto para o qual não se encontra fundamento no direito positivo. Haveria que conhecer eventuais dados empíricos que demonstrassem a necessidade de, por razões de oportunidade, se prevenir, nestas hipóteses, a jurisdição arbitral.

Se nos reportarmos à pretensão anulatória, compreendemos, imediatamente, que não pode ser uma desigualdade entre as partes a explicar a necessária submissão deste contencioso aos tribunais estaduais.

Resta uma hipótese: ter o Estado querido reservar para si o controlo das decisões proferidas por outras jurisdições sempre que estas sofram de ilegalidades consideradas de tal modo graves que a lei para elas comina a anulabilidade. Seria o tipo de ilegalidade a justificar o monopólio estadual de jurisdição, não a natureza da pretensão em si, nem a posição relativa das partes entre elas. E este monopólio seria explicitado, não diretamente — não se afirma, em passo algum, que a pretensão anulatória não é suscetível de ser conhecida por tribunal arbitral —, mas de forma indireta: prevê-se um regime que, não só atribui o contencioso de anulação aos tribunais do Estado — neste sentido depõem as regras que atribuem a jurisdição ao Tribunal da Relação —, como pressupõe que esse contencioso não seja submetido a um tribunal arbitral. Este último argumento encontra razão na própria lei: quando esta impõe ao tribunal estadual o necessário reenvio do processo para nova decisão arbitral, se verificada uma causa de anulação, está implicitamente excluída a possibilidade de esse reenvio não ser necessário o que, supomos, sucederia caso a anulação/cassação fosse decretada por tribunal arbitral. Nesta hipótese, e porque se estaria perante uma instância arbitral, não seria violada a convenção que defere a competência para decidir o litígio a tribunal arbitral. Os poderes de substituição, não obstante o carácter estritamente cassatório da anulação, seriam justificados, não pelo tipo do meio de impugnação mas pela natureza do decisor. Ora, a não previsão desta hipótese, faz-nos pensar que a solução legal, porque ponderada e racional,

tem implícita uma opção: a da reserva dos poderes de anulação de decisões arbitrais aos tribunais estaduais.

Neste sentido se pode, aliás, encontrar registo na doutrina. GEIMER sustenta, de modo inequívoco, que as partes não podem transferir, por meio de convenção, a competência para o conhecimento da pretensão anulatória dos tribunais estaduais para tribunais arbitrais. E as razões justificativas são aquelas que fundam a ineficácia de uma convenção que exclua o direito à anulação/*Aufhebung*: em parte, estão em jogo interesses imediatos do Estado. Assim, continua GEIMER, o Estado não quer nem pode deixar de tomar para si o controlo de uma jurisdição privada⁽⁵⁾.

12. Mas, pergunta-se: por que razão quer o Estado reservar para si o controlo das decisões arbitrais que são alegadamente atingidas por causas de anulação? Se apenas em parte estão em jogo interesses imediatos do Estado, que razão justifica que, na presença da outra parte, não possam as partes deferir a competência para o contencioso de anulação a tribunais arbitrais? Ou será que se pretende afirmar que, em todos os casos de anulação, se há interesses das partes em jogo, estão também sempre e igualmente interesses do Estado em causa?

Na verdade, justificar a existência de um poder geral de controlo do modo de exercício da jurisdição por uma instância privada (na ótica dos autores acima citados) com a alegação de que estão sempre em jogo interesses do Estado é posição que dificilmente se pode sustentar atendendo à enorme incidência da disponibilidade privada e do dispositivo, tanto em sede de anulação, quanto em

⁽⁵⁾ ZÖLLER[GEIMER], Zivilprozessordnung 26.^a, §1059, Rd. 79. Invoca em sentido idêntico ENGER HAUSMANN, *Die Aufhebung von Schiedssprüchen nach neuem deutschen Schiedsverfahrensrecht*, FS Stoll, Mohr, 2001, pp. 593-617 (594). Este Autor limita-se, porém, a afirmar, como comumente sucede, que a ação de anulação permite um controlo abrangente do procedimento arbitral pelos tribunais estaduais, não tomando posição expressa acerca da possibilidade de a pretensão anulatória ser conhecida por tribunal arbitral. Também GERHARD WAGNER, sustenta que há situações em que o Estado preserva para si um monopólio de jurisdição, entre elas se referindo a uma série de regras de direito material que inibem a arbitrabilidade de conflitos. O Autor não tem, porém, em vista situações jurídicas processuais. *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 1998, pp. 578 e ss.

sede de oposição à execução (não podemos perder do nosso horizonte que as causas de anulação podem ser deduzidas em oposição a execução). Se nas hipóteses de intervenção oficiosa — e já nem sequer ponderamos a posição extrema de um controlo difuso de legalidade de todo o contencioso arbitral pelos tribunais estaduais, uma vez que este está submetido ao princípio do impulso — ainda se pode vislumbrar um qualquer interesse do Estado — por ora, não discutiremos a proficuidade da razão última que permite recortar entre os fundamentos de anulação aqueles que podem ser conhecidos oficiosamente e aqueles que só serão conhecidos se alegados pela parte —, naquelas em que tem de ser a parte a invocar o fundamento para que este seja objeto de cognição mal se compreende a alegada existência de um interesse do Estado, justificativo de um monopólio no contencioso de anulação. E o mesmo se dirá quanto à execução. Se, sem agora entrarmos neste debate, esta se mantém um monopólio do Estado, na medida em que pressupõe o exercício de poderes de autoridade, é certo que somente parte dos fundamentos de oposição são de conhecimento oficioso. Poderá afirmar-se um interesse público quanto aos demais?

13. Mas talvez que a hipótese de trabalho mais plausível passe pela questão de se saber se, afinal, não estaremos perante uma hipótese — a da arbitrabilidade da pretensão anulatória — que escapou à previsão da lei. A não referência a esta situação e a construção de um regime que com ela não é diretamente compatível significa uma opção por uma de entre várias soluções possíveis? O legislador ponderou a hipótese da arbitrabilidade da pretensão anulatória e excluiu-a, reservando este contencioso para os tribunais estaduais? Terá a lei criado voluntariamente um monopólio estadual de jurisdição? Ou estaremos perante uma lacuna de previsão?

Percorrendo os diversos fundamentos de anulação enunciados na nossa lei, cremos que eles se reconduzem, *grosso modo*, à ultrapassagem de limites impostos à jurisdição arbitral por lei, por convenção ou por postulação, à violação da ordem pública internacional do Estado português, nestes se integrando tanto a violação de princípios substantivos, quanto a violação de princípios proces-

suais e, ainda, a circunstâncias patológicas na constituição do tribunal. Parte destes fundamentos são considerados absolutamente críticos na medida em que colidem com interesses de ordem pública, sendo de conhecimento oficioso.

Poderemos, então, operar um corte na exercibilidade, perante tribunais arbitrais, da pretensão anulatória, dependendo do tipo de interesses subjacentes à impugnação?

A resposta positiva a esta interrogação parece-nos a mais correta. Na verdade, o Estado apenas se terá reservado um monopólio de jurisdição quando a decisão colida com interesses seus, que não pode deixar de tutelar. Nos demais conjuntos de casos, e ainda que o regime esteja traçado para uma impugnação através de tribunais estaduais, não pode invocar-se este regime como conferindo uma zona de jurisdição necessariamente excludente de arbitrabilidade.

14. A posição que acabámos de enunciar pode acentuar o temor de quantos pretendem um incremento do controlo a exercer por tribunais estaduais sobre o exercício da jurisdição por tribunais arbitrais. Se agora até se admite uma arbitrabilidade da pretensão anulatória sempre que os fundamentos invocados não se inscrevam — porque são de conhecimento oficioso — na esfera de reserva do Estado, que controlo pode ser exercido? Ficam as partes processuais reféns de juízos arbitrais?

Sejam quais forem os fundamentos do temor, como dissemos, estes poderão justificar opções de política legislativa: o Estado legislador é o sujeito com competência para demarcar a sua esfera de intervenção e para, nesta, descortinar os casos em que quer exercer um controlo inderrogável quanto ao modo de produção de soluções heterovinculantes. E foi o Estado legislador quem, configurando um certo regime para os fundamentos de anulação, deixou margem ao intérprete para, em aplicação de princípios gerais, demarcar, a partir daquele regime, aquela zona de monopólio. Se o Estado fixou a irrenunciabilidade da pretensão anulatória, assim inviabilizando a não dedutibilidade de fundamentos de anulação em geral e abstratamente considerados (não pode, aqui, desconsiderar-se que a maioria da doutrina que se pronuncia no sentido da irrenunciabilidade ao exercício da pretensão anulatória, admite a

renúncia, ainda que antecipada, ao exercício dessa pretensão se estribada em certos fundamentos, entre eles, o da falta de fundamentação da decisão), foi esse mesmo Estado quem reservou para si apenas o conhecimento officioso de certos fundamentos de anulação. A renunciabilidade já não é critério de arbitrabilidade e, como vimos, serve mal à determinação da admissibilidade de sujeição a decisão arbitral de situações jurídicas processuais.

E duas notas mais poderão minimizar o desconforto que possa provocar a nossa posição.

Em primeiro lugar, não se pode esquecer que as partes optaram voluntariamente pela submissão da resolução de um conflito a tribunal arbitral. E serão essas mesmas partes que deverão pactuar a arbitrabilidade da pretensão anulatória. Aliás, e em rigor, a haver uma dúvida quanto à arbitrabilidade da pretensão anulatória, o princípio favor arbitratis deveria, inclusivamente, apontar no sentido da conclusão a que chegamos. Não iremos, porém, tão longe que invoquemos, para já, este princípio como índice crítico em benefício da arbitrabilidade da pretensão anulatória. Isto porque esta foi desde sempre associada ao exercício de um controlo a realizar por tribunais estaduais. O que significa que, no estado da arte, dificilmente se poderia, efetivamente, presumir, que as partes quiseram submeter a decisão arbitral a pretensão anulatória quando nada dispuseram sobre esta matéria. Poderá vir a ser assim se, por alguma razão, houver a criação de uma corrente que possa aceitar a posição que aqui deixamos enunciada. No entanto, por ora, seria prematura atribuir eficácia decisiva a este princípio.

Mas há, para além da necessidade de acordo das partes quanto à arbitrabilidade da pretensão anulatória, um outro aspeto que pode mitigar a estranheza ou a inconveniência que venham a encontrar-se na presente solução. Na verdade, não pode esquecer-se que a decisão arbitral que viesse a conhecer da pretensão anulatória, exatamente por ser uma decisão arbitral, não escaparia ao controlo estadual sempre que pudesse estar verificada uma causa de anulação. Em crítica dir-se-á que o procedimento não teria fim, que tudo se arrastaria. Mas, aqui, um argumento é decisivo: serão sempre as partes a optarem pelo regime que entendam mais adequado à tutela processual dos seus interesses. A anulação estadual de *segundo*

grau onera as partes, que vêm protelada a definitividade de uma resolução do conflito que as opõe. Mas foram elas quem pretendeu, sem violação, afinal, de regras injuntivas ou de princípios processuais fundamentais, que a anulação de *segundo grau* seria possível. O Estado apenas sobrecarrega o seu sistema de justiça com o controlo de uma decisão.

15. No final, temos uma conclusão: as situações processuais escapam ao critério geral de arbitrabilidade, disposto pelas diversas leis. Estas apenas se ocupam de situações materiais — ou de pretensões materiais —, operando cortes na jurisdição arbitral. Supomos não haver razão que nos leve a alterar a posição que desde sempre defendemos: seja este critério qual for, ele ligar-se-á, estritamente, a razões de oportunidade política. Quaisquer obstáculos pragmáticos referentes, por exemplo, à submissão de terceiros a uma jurisdição com base voluntária, à extensão do caso julgado, e por aí adiante, podem dificultar o exercício eficaz do direito de ação. Mas não são argumentos críticos que joguem contra a admissibilidade de uma equiparação da extensão da jurisdição arbitral face à jurisdição estadual.

As situações jurídicas processuais são suscetíveis de decisão arbitral por inerência: elas dependem da verificação de factos em contexto processual. Se o contexto processual for arbitral, as situações jurídicas processuais serão exercíveis nesse mesmo contexto.

A pretensão anulatória não difere, na sua natureza, das demais situações processuais. Fica aberta a via da sua dedutibilidade perante tribunal arbitral sempre que não sejam invocadas causas que colidem com interesses do próprio Estado. Nestes casos, mas provavelmente só neste conjunto de casos, reservou o Estado para si o controlo das decisões arbitrais, conferindo-se um monopólio de jurisdição.

Junho de 2015

TELEMEDICINA E FARMÁCIA *ONLINE*: ASPETOS JURÍDICOS DA *eHEALTH*(*)

*Pelo Prof. Doutor Alexandre Libório Dias Pereira(**)*

SUMÁRIO:

Introdução. § 1. O princípio do país de origem e a liberdade de prestação de serviços no mercado europeu. § 2. Informação e publicidade dos sítios de *eHealth*. § 3. Contratação pela via eletrónica. § 4. Reembolso. § 5. Farmácia na Internet. § 6. Tribunal competente e lei aplicável. § 7. Conclusão.

Introdução

A telemedicina é uma alternativa ou um complemento à prestação tradicional de cuidados médicos. Na União Europeia o documento estratégico «Uma agenda digital para a Europa» (COM (2010) 245 final) estabelece a utilização generalizada da telemedicina como meta em 2020. Existem projetos de telemedicina em vários países, nomeadamente a Noruega, que dispõe de um Centro especializado que colabora com a Organização Mundial de Saúde

(*) Este trabalho destina-se aos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira*.

(**) Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

desde 2002 enquanto unidade de pesquisa na área da telemedicina e da saúde eletrónica (*e-Health*)(¹).

A telemedicina consiste na prestação de serviços de saúde por meio de tecnologias da informação e da comunicação, em que o profissional de saúde e o paciente não estão presentes fisicamente no mesmo local. Envolve a transmissão de dados e informação de saúde através de textos, sons, imagens ou outros que sejam necessários para a prevenção, diagnóstico, tratamento e acompanhamento de pacientes(²), e está presente em diversas especialidades da medicina, desde a teleradiologia à telecirurgia passando pela teleconsulta. O conceito de *eHealth* é mais amplo, abrangendo outros serviços como os portais de informação de saúde, as farmácias *online*, as bases de dados eletrónicas e a prescrição e transmissão eletrónica de receitas médicas.

Na União Europeia, a generalidade dos Estados-Membros não dispõe de regulação específica da telemedicina. Em alguns países, nomeadamente Portugal, foram adotadas regras deontológicas sobre a utilização da telemedicina. Todavia, há países, como a Polónia, nos quais a licitude do ato médico exige a presença física simultânea do paciente e do profissional de saúde no mesmo local(³). De igual modo, o quadro jurídico da farmácia *online* não está harmonizado a nível da União Europeia.

Este trabalho procura respostas para diversas questões relativas à *eHealth*, incluindo a telemedicina e a farmácia *online*, tais como a que lei está sujeita a prestação de cuidados de saúde a distância por via eletrónica, se é necessária autorização especial para exercer a atividade pela Internet, se os profissionais podem dirigir a sua atividade a pacientes de outros Estados-Membros, se os seus sítios da Internet devem cumprir alguns requisitos especiais, se podem anunciar os seus serviços na Internet, incluindo o envio de comunicações promocionais não solicitadas, se os contratos

(¹) <http://www.ehealthservices.eu/project_partners/nst>.

(²) *Vide*, da Comissão Europeia, *Commission Communication on telemedicine for the benefit of patients, healthcare systems and society*, COM(2008) 689 final.

(³) Cf. *Commission Staff Working document on the applicability of the existing EU legal framework to telemedicine services*, SWD(2012) 414 final, Brussels, 6.12.2012.

celebrados por via eletrónica são válidos e eficazes, se as despesas de serviços de saúde prestados por profissionais estabelecidos em outros Estados-Membros são reembolsáveis, e se é lícita a promoção e a venda de medicamentos pela Internet e em que condições⁽⁴⁾.

§ 1. O princípio do país de origem e a liberdade de prestação de serviços no mercado europeu

A telemedicina e a farmácia *online*, na medida que em envolvam serviços prestados normalmente contra remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços, são considerados serviços da sociedade da informação (SSI)⁽⁵⁾. Este conceito não abrange a atividade presencial da medicina ou da farmácia, como seja prestação de serviços como o aconselhamento médico que exija o exame físico do doente, nem a entrega de medicamentos enquanto mercadorias⁽⁶⁾.

Na medida em que constituam serviços da sociedade da informação, a telemedicina e a farmácia *online* ficam sujeitas ao regime

(4) Para uma primeira abordagem sobre a aplicação do quadro jurídico da União Europeia à telemedicina, vide SWD(2012) 414 final, e o nosso ‘Patient safety in e-health and telemedicina’, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Medicina*, N.º Especial, 2014, pp. 95-106. Sobre o tema ver tb. PAULA M. F. DE LEMOS PEREIRA, ‘Patient safety in the digital age’, *Lex Medicinæ*, N.º Especial, 2014, pp. 171-186.

(5) Artigo 1.º/2 e Anexo V da Diretiva n.º 98/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho, relativa aos procedimentos de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e às regras relativas aos serviços da sociedade da informação, transposta pelo Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril (anexo I). Sobre a noção de serviços da sociedade da informação, vide o nosso *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*. Coimbra: Almedina, 1999.

(6) Nos termos do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 2 de dezembro de 2010 (C-108/09, *Ker-Optika*), “As regras nacionais relativas à comercialização de lentes de contacto estão abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva n.º 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [...] na medida em que respeitam ao ato de venda dessas lentes através da Internet. Em contrapartida, as regras nacionais relativas à entrega das referidas lentes não estão abrangidas pelo âmbito de aplicação desta diretiva”.

jurídico do comércio eletrónico⁽⁷⁾. Rege neste domínio o país de origem, consagrado pela Diretiva n.º 2000/31 com vista a assegurar a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno⁽⁸⁾. O princípio do país de origem significa que o acesso à, e o exercício da profissão se regem pela lei do Estado-Membro (EM), no qual o prestador de serviços está estabelecido, i.e. o local onde o prestador exerce efetivamente uma atividade económica através de um estabelecimento estável por tempo indeterminado, ficando os outros EM impedidos de exigir nova autorização prévia ou qualquer outro requisito com efeito equivalente.

Assim, o controlo é feito no país do estabelecimento, não podendo os EM, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro. O controlo na origem dos serviços da sociedade da informação sofre diversas *derrogações*. Não se aplica a diversos domínios, como sejam a liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato e as

(7) Diretiva n.º 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, transposta pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março, e pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto. Sobre o princípio do país de origem e a cláusula do mercado interno no domínio da proteção do consumidor no comércio eletrónico, cf. o nosso ‘A protecção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio electrónico’, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2 (2000), pp. 43-140.

(8) A Diretiva n.º 2011/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriço, contém duas referências expressas à telemedicina (arts. 3.º/d e 7.º/7), e estabelece que o EM de tratamento é o EM de estabelecimento do prestador de serviços (art. 4.º/1). Esta Diretiva consagra o direito ao reembolso de despesas de saúde efetuadas em outros EM (já antes reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nomeadamente no acórdão de 27 de outubro de 2011, processo C-255-09, *Commission v. Portugal*), incluindo por meio de *eHealth* e telemedicina. O seu âmbito de aplicação abrange a prestação de serviços de saúde a pacientes, independentemente do seu modo de organização, prestação ou financiamento (art. 1.º/2). A Diretiva n.º 2011/24 foi transposta pela Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto. A Portaria n.º 191/2014, de 25 de setembro, define os cuidados de saúde sujeitos a autorização prévia nos termos do art. 11.º/1 da Lei 52/2014, ou seja, os cuidados de saúde transfronteiriços cirúrgicos que exijam o internamento durante pelo menos uma noite e os cuidados de saúde transfronteiriços que exijam recursos a infraestruturas ou equipamentos médicos altamente onerosos e de elevada especialização.

obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores. Por outro lado, em certas condições, os outros EM podem adotar medidas restritivas (*controlo adicional*), se forem *necessárias*, nomeadamente por razões de *defesa dos consumidores* ou da *saúde pública* (a), dirigidas a determinado serviço de saúde *online* que lese ou possa séria e gravemente lesar tais objetivos (b), e *proporcionais* a esses objetivos (c).

A adoção destas medidas restritivas fica sujeita, exceto em casos de urgência, a um *procedimento especial de cooperação e notificação* entre os Estados-Membros. O EM de destino deverá primeiro solicitar ao EM de origem do serviço que tome medidas adequadas e, no caso de não o fazer, deverá notificar à Comissão e ao EM de origem a sua intenção de tomar tais medidas. Excecionalmente, em *caso de urgência*, os EM podem adotar logo medidas restritivas, embora devam notificá-las logo que possível à Comissão e ao EM de origem, justificando a urgência da situação⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Cf. Diretiva n.º 2000/31, arts. 3.º e 4.º; DL n.º 7/2004, arts. 3.º a 7.º. Cf. o nosso ‘Comércio electrónico e consumidor’, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6 (2004), pp. 341-400. Tais medidas restritivas ficam sujeitas a um *procedimento de vigilância* ou controlo por parte da Comissão, a quem compete analisar, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário. Se a Comissão concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, então deverá solicitar ao Estado-Membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas. O procedimento de controlo vale também para as medidas restritivas das liberdades do mercado interno adotadas a nível nacional por razões de proteção de saúde pública, por ex. no que respeita à venda de medicamentos pela Internet. O Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão de 11 de dezembro de 2003 (C-322/01, *DocMorris, Deutscher Apothekerverband eV*), sem por em causa a proibição de venda de medicamentos fora das farmácias, decidiu que a venda de medicamentos à distância não deve ser proibida relativamente a medicamentos que não carecem de receita médica, por força da liberdade de circulação de mercadorias no mercado interno. Sobre o tema, Éric Fouassier, ‘Le juge communautaire et la vente de médicaments sur Internet. Commentaire de l’arrêt CJCE «DocMorris» du 11 décembre 2003’, *Bull. Ordre phar.* N.º 382 (2004), pp. 109-123). V. tb. o nosso ‘Saúde pública e liberdade económica: aspectos jurídicos da regulação do mercado dos cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos’, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 2, 2004, pp. 47-48, nota 24. Mais recentemente, no acórdão de 2 de dezembro de 2010 (C-108/09, *Ker-Optika*), o TJUE decidiu que “Os arts. 34.º TFUE e 36.º TFUE, bem como a Diretiva n.º 2000/31, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional que apenas autoriza a comercialização de lentes de contacto em estabelecimentos especializados em dispositivos médicos”, sem prejuízo de reconhecer que “o Estado-Mem-

Em suma, os profissionais estabelecidos em Portugal devem estar devidamente autorizados pelas autoridades competentes para o exercício da atividade no nosso país e pautar a sua atuação segundo a lei portuguesa⁽¹⁰⁾. Nos termos do referido procedimento especial de cooperação e notificação a prestação *online* de serviços de saúde poderá ser objeto de medidas restritivas por parte de outros EM, ou mesmo valendo para os prestadores estabelecidos em outros EM que dirijam as suas atividades para pacientes situados em Portugal.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) afirmou, por diversas vezes, que os serviços de saúde são abrangidos pela liberdade de prestação de serviços no mercado interno (art. 56.º, TFUE), e além disso que, nem a sua natureza especial nem o modo como são organizados ou financiados os exclui do âmbito de aplicação desta liberdade fundamental⁽¹¹⁾. Ao abrigo desta liberdade reconhece-se aos cidadãos o direito de procurar e de receber serviços de saúde em qualquer EM, independentemente de como o serviço é prestado⁽¹²⁾. Os EM podem manter ou introduzir restrições à livre prestação de serviços apenas na medida em que sejam justificadas por razões imperativas de interesse público (e.g. saúde pública), que não excedam o que é objetivamente necessário para esse fim e que o mesmo resultado não possa ser alcançado por medidas

bro pode impor aos operadores económicos interessados a obrigação de disponibilizar ao cliente um óptico qualificado que lhe forneça, à distância, informações e aconselhamento individualizados em matéria de utilização e de manutenção das lentes de contacto. A prestação dessas informações e desse aconselhamento à distância pode, de resto, apresentar vantagens uma vez que permite ao utilizador de lentes de contacto formular as suas questões de modo refletido, preciso e sem ter de se deslocar para o efeito” (par. 73).

⁽¹⁰⁾ Tendo em conta que, no caso da telemedicina, os serviços são prestados sem a deslocação territorial do prestador de serviços de saúde, a Diretiva 2005/36 sobre o reconhecimento das qualificações profissionais não abrangerá os prestadores de telemedicina transfronteiriça, uma vez que o seu âmbito de aplicação é limitado aos casos em que o prestador do serviço se desloca para o território do EM de destino para aí exercer a sua profissão regulamentada.

⁽¹¹⁾ Acórdãos do TJUE de 31 de janeiro de 1984 (C-286/82 e 26/83, *Luisi and Carbone*), de 28 de abril de 1998 (C-158/96, *Kohll*), de 12 de julho de 2001 (C-368/98, *Vanbraekel*; C-157/99, *Smits and Peerbooms*), de 13 de maio de 2003 (C-385/99, *Müller-Fauré and Van Riet*), e de 16 de maio de 2006 (C-372/04, *Watts*) — vide <curia.europa.eu>.

⁽¹²⁾ Acórdão do TJUE de 10 de maio de 1995 (C-384/93 *Alpine Investments*).

menos restritivas (princípio da proporcionalidade)⁽¹³⁾. A prestação à distância de cuidados de saúde por via eletrónica, enquanto serviço, está sujeita às regras do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), pelo que os EM só podem manter ou adotar restrições a essa atividade se respeitarem os termos da cláusula do mercado interno, incorporada pela Diretiva sobre comércio eletrónico. Em especial, parece-nos que, em princípio, os EM não podem pura e simplesmente proibir a prestação de serviços de saúde pela Internet.

Em Portugal, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁽¹⁴⁾ contém um capítulo sobre telemedicina. De um modo geral, a telemedicina não é proibida, mas deve respeitar a relação médico-paciente. Em especial, quando o paciente solicita uma consulta de acompanhamento por via de telemedicina, tal não deve substituir a relação médico-paciente e pode apenas ser prestada na condição de o médico ter uma ideia clara e justificada da situação clínica do paciente (art. 94.º/2). Os médicos são livres de utilizarem a telemedicina (art. 95.º/1) e não têm qualquer obrigação de emitir opinião à distância no caso de não terem conhecimento ou informação suficiente do paciente (art. 95.º/3). No caso de praticarem a telemedicina têm que se assegurar de que a equipa de trabalho tem as competências necessárias e de que os sistemas de apoio, os controlos de qualidade e os procedimentos de avaliação são adequados para controlar a qualidade e a confidencialidade da informação recebida e transmitida (arts. 96.º e 97.º).

Em suma, o Código Deontológico permite a utilização da telemedicina, na medida em que o seu modo de prestação respeite a relação médico-paciente, e a segurança e confidencialidade do paciente. A telemedicina não é proibida enquanto tal, mas os seus requisitos justificam um possível efeito restritivo à liberdade de prestação de serviços de saúde no Mercado interno. Estes requisitos aplicam-se aos prestadores de telemedicina estabelecidos em

⁽¹³⁾ Acórdãos do TJUE de 2 de março de 2011 (C-108/91 *Ker-Optika*), de 4 de dezembro de 1986 (C-205/84, *Commission v Germany*), de 26 de fevereiro de 1991 (C-180/89, *Commission v Italy*), e de 20 de maio de 1992 (C-106/91, *Ramrath*).

⁽¹⁴⁾ Regulamento n.º 14/2009 de 13 de janeiro de 2009.

Portugal na medida em que o princípio do país de origem também se aplica às regras e orientações sobre qualidade e segurança estabelecidas pelo Estado-Membro de origem de acordo com o art. 4.º da Diretiva n.º 2011/24.

No que respeita aos serviços farmacêuticos *online*, o novo regime jurídico das farmácias⁽¹⁵⁾ consagrou a possibilidade de as farmácias e os locais de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica dispensarem medicamentos não só através da tradicional forma presencial mas também ao domicílio e de aceitarem pedidos feitos através da Internet.

§ 2. Informação e publicidade dos sítios de *eHealth*

A telemedicina e a farmácia *online*, enquanto serviços da sociedade da informação, devem cumprir os certos requisitos⁽¹⁶⁾. Para começar, os prestadores de serviços devem disponibilizar permanentemente em linha, em condições que permitam um acesso fácil e direto, elementos completos de identificação que incluam, nomeadamente, nome ou denominação social (*a*), endereço geográfico em que se encontra estabelecido e endereço eletrónico que permita uma comunicação direta (*b*); inscrições do prestador em registos públicos e respetivos números de registo (*c*); número de identificação fiscal (*d*); informação relativa à entidade que concedeu a autorização para exercer a atividade (*e*); o título profissional e o EM em que foi concedido, a entidade profissional em que se encontra inscrito, bem como as regras profissionais que disciplinam o acesso e o exercício dessa profissão (*f*). Por outro lado, os profissionais de saúde devem prestar informação clara e prévia à utilização dos serviços sobre eventuais custos para os destinatários além dos custos dos serviços de telecomunicações, incluindo ónus

⁽¹⁵⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, alterado pela Lei n.º 26/2011, de 16 de Junho, e pelo Decreto-Lei n.º 171/2012, de 1 de agosto.

⁽¹⁶⁾ Diretiva n.º 2000/31, art. 5.º; DL n.º 7/2004, art. 10.º.

fiscais ou despesas de entrega, implicados pela prestação dos seus serviços de saúde (DL n.º 7/2004, art. 10.º/4).

Por outro lado, enquanto membros de profissão regulamentada, os prestadores de telemedicina só podem efetuar publicidade *online* em conformidade com as regras deontológicas da profissão⁽¹⁷⁾. Determinadas informações são excluídas, nos termos da diretiva e da lei sobre comércio eletrónico, do conceito de comunicações comerciais⁽¹⁸⁾, a saber: as informações que permitam o acesso direto à atividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio eletrónico (1), e as comunicações relativas às mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras (2). Assim, não constituem publicidade os *sítios meramente passivos*, que não contêm mensagens de natureza promocional, i.e. que não incitam à aquisição de medicamentos pela Internet. Um sítio passivo de um médico ou de uma farmácia não é considerado publicidade, antes se equiparando às indicações inerentes ao exercício profissional, nomeadamente letreiros, impressos e outros documentos.

A publicidade *online* dos prestadores de serviços deve ser clara e inequivocamente identificada enquanto tal. É permitida a publicidade de profissões regulamentadas na Internet mediante sujeição ao cumprimento das regras profissionais em matéria de independência, dignidade e honra da profissão, bem como do sigilo profissional e da lealdade para com clientes e outros membros da profissão, devendo as associações e organizações profissionais ser incentivadas a elaborar códigos de conduta a nível comunitário, que permitam determinar os tipos de informações que podem ser prestadas para efeitos de comunicação comercial. Em

(17) São permitidas restrições a este princípio geral, mas uma proibição total das comunicações comerciais por parte destes profissionais é afastada não apenas pela Diretiva n.º 2000/31 mas também pela Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno (art. 24.º/1), transposta pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho.

(18) Diretiva n.º 2000/31, arts. 6.º a 8.º; DL n.º 7/2004, arts. 20.º, 21.º, 23.º.

vista disto, e tendo em conta o diploma do comércio eletrónico, os sítios de serviços de saúde *online* poderão incluir mensagens de natureza promocional segundo os parâmetros a definir por códigos de conduta.

A proteção dos dados pessoais e da privacidade é uma matéria sensível na saúde *online*. Pela sua natureza, a telemedicina envolve o tratamento de dados pessoais através da criação e/ou da transmissão de dados pessoais de saúde⁽¹⁹⁾. Em especial, suscita-se o pro-

(19) A proteção dos dados pessoais é prevista como direito fundamental no art. 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da UE e desenvolvida pela Diretiva n.º 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. O tratamento de dados pessoais relacionados com a saúde é proibido a menos que certas condições estejam satisfeitas. De acordo com o TJUE, a noção de dados de saúde deve ser interpretada em termos amplos de modo a abranger informação sobre todos os aspetos, tanto físicos como psíquicos, da saúde de uma pessoa (acórdão de 6 de novembro de 2003, C-101/01, *Bodil Lindqvist*). O grupo de trabalho sobre proteção de dados, previsto no art. 29.º, desenvolveu a interpretação deste conceito recomendando que os dados de saúde deveriam abranger: quaisquer dados pessoais estritamente relacionados com o estado de saúde da pessoa, tais como dados genéticos ou dados sobre o consumo de medicamentos, álcool e drogas e quaisquer outros dados contidos nos ficheiros clínicos sobre o tratamento de um paciente, incluindo dados administrativos (número de segurança social, data de admissão no hospital, etc.), de modo a que qualquer dado que não seja relevante para o tratamento do paciente não seja inserido nos ficheiros médicos. Sobre as questões suscitadas pelo processo clínico eletrónico, regulado nos EUA pela *Health Insurance Portability and Accountability Act* de 1996 (Public Law 104-191), vide Article 29 Working Party Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR), 2007; Vera Lúcia Raposo, ‘O Fim da “Letra De Médico”’: Problemas Suscitados pelo Processo Clínico Eletrónico em Sede de Responsabilidade Médica’, *Lex Medicinæ*, n.º 19 (2013), pp. 51-78. Sobre a proteção de dados pessoais, vide e.g. GARCIA MARQUES, LOURENÇO MARTINS, *Direito da Informática*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, pp. 129-313, 422-442, 330-391; MARIA EDUARDA GONÇALVES, *Direito da Informação — Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 82-111, 173-183; CATARINA SARMENTO E CASTRO, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais — A propósito da legalização de tratamento de dados pessoais (incluindo tele vigilância, telecomunicações e Internet por entidades públicas e por entidades privadas, e da sua comunicação e acesso)*, Almedina, Coimbra, 2005. Para uma crítica à “bicefalia de regimes”, consoante a natureza pública ou privada do prestador de serviços, na nossa legislação (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, Lei n.º 12/2005 de 26 de janeiro, e Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto), vide CARLA BARBOSA, ‘Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico’. *Lex Medicinæ*, n.º 7 (2010), pp. 107-140. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, ‘Dever de documentação, acesso ao processo clínico e sua propriedade: uma perspectiva europeia’, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 16 (2006), e, do mesmo

blema da utilização de dados pessoais, como o correio eletrônico, para fins de marketing direto. O envio de comunicações comerciais

Autor, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2015 (caps. 3 e 4 da parte III, sobre o direito à documentação e ao acesso à informação pessoal de saúde e sobre o direito à reserva da intimidade da vida privada (os dados de saúde), com referência à problemática do processo clínico eletrônico). Com efeito, a lei dos dados pessoais qualifica os dados de saúde como dados sensíveis (art. 7.º/1) e permite o seu tratamento, incluindo os relativos à vida sexual e os dados genéticos, mesmo sem autorização do titular, quando for necessário para efeitos de *medicina preventiva, diagnóstico médico, prestação de cuidados ou tratamentos médicos*, ou *gestão de serviços de saúde*, desde que o tratamento desses dados seja efetuado por um *profissional de saúde* obrigado a *sigilo* ou por outra pessoa sujeita igualmente a *segredo profissional*, seja *notificado* à CNPD, nos termos do art. 27.º, e sejam garantidas *medidas adequadas de segurança da informação* (art. 7.º/4). O direito de acesso à informação relativa a dados da saúde, incluindo os dados genéticos, é exercido por *intermédio de médico* escolhido pelo titular dos dados (art. 11.º/5). Em França a hospedagem de dados de saúde só pode ser efetuada por prestadores devidamente acreditados por um organismo do Ministério da Saúde. A lei da informação pessoal de saúde (Lei n.º 12/2005) estabelece igualmente que o acesso à informação de saúde por parte do seu titular, ou de terceiros com o seu consentimento, é feito através de médico, com habilitação própria, escolhido pelo titular da informação (art. 3.º/3). Esta lei determina que a informação de saúde pertence à pessoa a que diz respeito, sendo as unidades do sistema de saúde seus depositários, e só pode ser utilizada *para fins de prestação de cuidados* e investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei (art. 3.º/1). Quando aos fins de investigação, o acesso à informação de saúde pode ser facultado se for anonimizada (art. 4.º/3). O titular da informação tem direito ao conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excecionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado (art. 3.º/2). O processo clínico abrange qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde sobre doentes ou seus familiares, devendo conter toda a informação médica disponível que diga respeito à pessoa (art. 5.º/2-3). Sendo que a consulta e a edição do processo clínico cabem apenas ao médico ou sob sua supervisão a outro profissional igualmente sujeito ao dever de sigilo (art. 5.º/4-5). O responsável da unidade de saúde pelo tratamento da informação de saúde está sujeito a determinados deveres, no que respeita à confidencialidade, à segurança das instalações e dos equipamentos, ao controlo do acesso à informação, tem ainda um dever reforçado de sigilo e de educação deontológica dos profissionais (art. 4.º/1). É proibido o acesso indevido de terceiros aos processos clínicos e aos sistemas informáticos que contenham informação de saúde, e são exigidos níveis de segurança que evitem nomeadamente a sua destruição, acidental ou ilícita, a alteração, difusão ou acesso não autorizado ou qualquer outra forma de tratamento ilícito da informação (art. 4.º/2). Além disso, a gestão dos sistemas de informação deve assegurar a realização regular e frequente de cópias de segurança da informação de saúde (art. 4.º/6; o Regulamento (UE) 611/2013 da Comissão de 24 de junho de 2013 impõe um dever de notificação em caso de violação de dados pessoais). Por seu turno, a Lei do Acesso aos Documentos da Administração (Lei n.º 46/2007) estabelece que o acesso a documentos nominativos que incluam dados de saúde pode ser efetuado

não solicitadas está agora regulado na Lei da proteção da privacidade nas comunicações eletrónicas⁽²⁰⁾, que exige consentimento prévio e expresso do assinante ou utilizador de serviços de comunicações eletrónicas, que seja pessoa singular (art. 13.º-A/1). Abrange a utilização de correio eletrónico, incluindo SMS, EMS, MMS e similares. De todo o modo, o envio já é lícito se o prestador já tiver obtido as coordenadas eletrónicas de contato do paciente no âmbito de um fornecimento de produtos ou serviços, nos termos da Lei dos Dados Pessoais⁽²¹⁾, desde que garanta aos clientes em causa, clara e explicitamente, a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização de tais coordenadas, tanto no momento da respetiva recolha, como por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha recusado inicialmente essa utilização (art. 13.º-A/3). Em qualquer caso, a identidade da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação não pode ser ocultada ou dissimulada, por força do princípio da identificabilidade das comunicações comerciais estabelecido no art. 21.º do DL n.º 7/2004 e já antes no Código da Publicidade⁽²²⁾. Às pessoas coletivas é reconhecido o direito de recusarem o envio dessas mensagens, devendo para o efeito inscrever-se numa lista (art. 13.º-A/2).

pelo titular da informação ou por terceiro *autorizado por escrito* pelo titular ou por quem demonstre um *interesse direto, pessoal e legítimo*, suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade (arts. 2.º/3 e 6.º/5). Ao contrário da lei dos dados pessoais e da lei da informação pessoal de saúde, que exigem a mediação do médico no acesso aos dados, no âmbito da LADAR a comunicação de dados de saúde é feita por intermédio de médico apenas se o requerente o solicitar (art. 7.º). Em suma, ao abrigo desta lei, o acesso pode ser facultado a terceiro que pode dispensar a mediação do médico. Em todo o caso, o acesso não abrange notas pessoais, esboços, apontamentos e outros registos de natureza semelhante, que são excluídos da noção de documento administrativo (art. 3.º/2-a).

(20) Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto (transpõe a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas), alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto (transpõe a Diretiva n.º 2009/136/CE, na parte que altera a Diretiva n.º 2002/58/CE).

(21) Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (transpõe a Diretiva n.º 95/46/CE).

(22) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, com a última alteração pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril.

§ 3. Contratação pela via eletrónica

O diploma do comércio eletrónico estabelece a idoneidade da via eletrónica como meio de declaração negocial, equipara o documento eletrónico ao documento escrito, e proíbe cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via eletrónica dos contratos com consumidores⁽²³⁾.

A proteção do consumidor justifica, aliás, um regime especial de formação do contrato, por via de deveres específicos dos prestadores de SSI, nomeadamente a obrigação de disponibilizarem determinadas informações, mecanismos de identificação e correção de erros e deveres de aviso de receção e de confirmação da encomenda⁽²⁴⁾. Antes de ser dada a ordem de encomenda, o fornecedor deve disponibilizar ao consumidor dispositivos de identificação e correção de erros e disponibilizar-lhe certas informações prévias (que acrescem às previstas no art. 10.º) sobre o contrato, o seu processo de celebração, arquivamento, línguas de celebração, meios técnicos de identificação e correção de erros, termos contratuais e cláusulas contratuais gerais, e códigos de conduta de que o fornecedor seja subscritor. Uma vez recebida uma ordem de encomenda, o prestador deve enviar aviso de receção para o endereço eletrónico do consumidor contendo a informação fundamental do respetivo contrato, sendo que na sequência do aviso de receção o consumidor terá que confirmar a encomenda para ela se tornar definitiva (art. 29.º/5), parecendo assim que sem a confirmação o contrato não produz efeitos. De todo o modo, tanto o dever de aviso de receção como o de confirmação não são obrigatórios se houver imediata prestação em linha do serviço em cumprimento da encomenda ou se a negociação se efetuar por correio eletrónico ou meio equivalente⁽²⁵⁾.

De notar que o regime dos direitos dos consumidores nos contratos à distância⁽²⁶⁾ não se aplica a serviços de cuidados de saúde,

⁽²³⁾ DL n.º 7/2004, arts. 25.º e 26.º.

⁽²⁴⁾ DL n.º 7/2004, arts. 27.º a 29.º.

⁽²⁵⁾ Para desenvolvimentos, vide o nosso ‘A via electrónica da negociação (alguns aspectos)’, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 8 (2006/2007), pp. 275-290.

⁽²⁶⁾ Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (transpõe para a ordem jurídica

nem ao fornecimento de géneros alimentícios, bebidas ou outros bens destinados ao consumo corrente do agregado familiar, entregues fisicamente pelo fornecedor de bens em deslocações frequentes e regulares ao domicílio, residência ou local de trabalho do consumidor.

§ 4. Reembolso

A Diretiva n.º 2011/24 estabelece, no art. 7.º, as regras gerais de reembolso de despesas de saúde realizadas em outro EM, que correm em princípio por conta do EM do paciente.

Em princípio os pacientes não precisam de autorização prévia para receber serviços de saúde em outros EM. Frequentemente o paciente paga o serviço ao prestador e depois tem que pedir o reembolso no seu EM da quantia que receberiam se o tratamento aí tivesse lugar (art. 7.º/4 da Diretiva n.º 2011/24). Todavia, de modo a aliviar os encargos financeiros, os EM podem estabelecer um mecanismo de notificação prévia, de modo a que os pacientes possam saber antecipadamente e por escrito a quantia de reembolso a que terão direito (art. 9.º/5 Diretiva n.º 2011/24).

Contudo, estas soluções podem ser limitadas em certas circunstâncias legalmente definidas. Por exemplo, a Diretiva estabelece uma isenção exceção geral fundada em razões extraordinárias de interesse geral (art. 7.º/9 Dir. n.º 2011/24). Outra exceção está prevista no art. 8.º, permitindo um requerimento de autorização prévia para o reembolso de despesas médicas nomeadamente no caso de existirem sérias razões relativas à segurança e à qualidade dos serviços de saúde prestados, e que pode tornar-se uma situação habitual na telemedicina derivado aos riscos associados com este modo de prática médica. Para ultrapassar este obstáculo equaciona-se a adoção de um conjunto básico de regras comuns para a telemedicina, uma vez que a referida restrição se aplica a serviços de saúde que não foram objeto de harmonização.

nacional a Diretiva n.º 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores).

O reembolso pode ser recusado se o EM de origem do paciente considerar que o tratamento em causa podia ter sido adequadamente prestado internamente, com fundamento na exceção de interesse geral, ou ainda pela falta de autorização prévia, quando exigida. Todavia, as referidas restrições ao direito de reembolso devem ser necessárias e proporcionais e nunca podem funcionar como mecanismo de discriminação ou como obstáculo às liberdades fundamentais do Mercado interno.

§ 5. Farmácia na Internet

O antigo regime jurídico da farmácia não previa a possibilidade de as farmácias oferecerem os seus produtos e aceitarem encomendas pela Internet. O conceito normativo de farmácia era limitado a instalações físicas com determinadas dimensões e características, vinculadas a determinada área geográfica⁽²⁷⁾. O novo regime jurídico das farmácias⁽²⁸⁾ permite a oferta e encomenda de medicamentos pela Internet. O art. 9.º/1 prevê a possibilidade de apresentação do pedido de medicamento por qualquer meio de comunicação, incluindo a página eletrónica na Internet de cada farmácia (oferta e encomenda *online*). Todavia, a dispensa e entrega de medicamentos ao público só pode ser efetuada pelo pessoal da farmácia nas instalações desta ou no domicílio do utente (dispensa e entrega presencial). O pessoal da farmácia compreende o diretor técnico e outro farmacêutico, e eventualmente técnico de farmácia ou outro pessoal devidamente habilitado — arts. 23.º e 24.º)⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Lei n.º 2125, de 20 de março de 1965, e Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de agosto de 1968. Cf. o nosso ‘Farmácia electrónica: sobre a comercialização de medicamentos na Internet’. *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 1, 2004, pp. 33-42.

⁽²⁸⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, e alterado pela Lei n.º 26/2011, de 16 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 171/2012, de 1 de agosto.

⁽²⁹⁾ Os deveres de assistência na dispensa e entrega de medicamentos poderão ser válidos relativamente a outros produtos que podem ser vendidos nas farmácias, como sejam produtos homeopáticos e naturais, dispositivos médicos, suplementos alimentares e

A utilização de página eletrónica, bem como a atividade de entrega de medicamentos ao domicílio nos referidos termos, não depende de autorização, mas está sujeita a *comunicação prévia* ao INFARMED (art. 9.º/3). Sendo que “As condições e os requisitos da dispensa de medicamentos ao domicílio e através da Internet” são regulamentadas por portaria do membro do Governo responsável pela área da saúde (art. 57.º/-b; art. 9.º/6)⁽³⁰⁾. De todo o modo, a lei das farmácias estabelece algumas regras, como sejam a responsabilidade do diretor técnico da farmácia pela prestação da informação necessária à adequada utilização do medicamento, bem como o registo de cada pedido de entrega ao domicílio (art. 9.º/5); e a obrigação de as farmácias disporem nas suas instalações, nomeadamente, da Farmacopeia Portuguesa, em edição de papel, em formato eletrónico ou *online*, a partir de sítio da Internet reconhecido pelo INFARMED (art. 37.º). Esta norma integra o sítio da Internet reconhecido pelo INFARMED como parte das instalações da farmácia⁽³¹⁾.

A Portaria n.º 1427/2007 consagra a possibilidade aberta pela lei de o pedido de dispensa de medicamentos para entrega ao domicílio ser feito não apenas presencialmente (nas farmácias ou nos locais de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica) mas também à distância através do sítio eletrónico da farmácia, de correio eletrónico, telefone ou telefax (art. 2.º/1).

A dispensa de medicamentos não está sujeita a autorização especial mas depende de comunicação prévia do sítio eletrónico ao INFARMED (art. 5.º/1), ao qual cabe disponibilizar em local adequado do seu sítio na Internet a lista dos endereços dos sítios da Internet que lhe forem comunicados (art. 6.º).

produtos de alimentação especial, produtos fitofarmacêuticos, cosméticos e de higiene corporal, artigos de puericultura e produtos de conforto (DL n.º 307/2007, art. 33.º). De todo o modo, a exigência de prestação presencial dessa informação será contrária à jurisprudência do TJUE firmada no acórdão *Ker-Optika* (C-108/09, 2/12/2010).

⁽³⁰⁾ Trata-se da Portaria n.º 1427/2007, de 2 de novembro.

⁽³¹⁾ Sobre o sítio eletrónico como valor empresarial, *vide* o nosso ‘Empresa, comércio eletrónico e propriedade intelectual’, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, coord. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Volume I — Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, 2007, pp. 439-478.

São estabelecidas algumas condições para a dispensa de medicamentos ao domicílio e através da Internet. Para começar, a entrega ao domicílio deve ser feita sob a supervisão de um farmacêutico, no caso de farmácia, ou de um farmacêutico ou técnico de farmácia, no caso de local de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica, cabendo-lhes a responsabilidade pela informação necessária à adequada utilização do medicamento (art. 2.º/2-3). A entrega ao domicílio de medicamentos está limitada ao município onde se encontra instalada a farmácia e aos municípios limítrofe, só pode ser assegurada pela farmácia ou, no caso de medicamento não sujeito a receita médica pelo local autorizado à respetiva venda, onde o medicamento é solicitado⁽³²⁾, e, no que toca aos medicamentos sujeitos a receita médica, deve cumprir as regras de apresentação obrigatória de receita médica (art. 3.º). Quanto ao transporte, devem, ser observadas as regras de transporte previstas nas boas práticas de distribuição de medicamentos.

Por outro lado, a Portaria n.º 1427/2007 estabelece requisitos específicos dos sítios eletrónicos das farmácias. Dispõe o art. 4.º/1 que “As farmácias devem dispor de um sítio eletrónico, individualizado, propriedade da farmácia ou do local de venda de MNSRM, disponibilizando as seguintes informações: a) Preço dos serviços prestados relacionados com a dispensa de medicamentos e respetiva entrega ao domicílio; b) Formas aceites de pagamento; c) Área geográfica em que a farmácia assegura a dispensa ao domicílio; d) Tempo provável para a entrega dos medicamentos solicitados; e) Nome do director técnico da farmácia ou do responsável técnico do local de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica.”

Os pedidos de dispensa de medicamentos para entrega ao domicílio efetuados nomeadamente pela Internet devem ser registados com referência à identificação do medicamento, à quantidade dispensada e ao município de entrega, devendo a referida informação ser disponibilizada ao INFARMED sempre que solicitado (art. 7.º).

⁽³²⁾ Todavia, a Portaria possibilita que as farmácias ou os locais de venda de MNSRM partilhem conjuntamente o referido sítio eletrónico detidas, geridas ou exploradas pela mesma pessoa singular ou sociedade comercial (art. 4.º/2).

Quanto a saber se os sítios das farmácias podem difundir informações relativas a medicamentos sujeitos a receita médica, a publicidade aos medicamentos de uso humano está sujeita ao regime jurídico previsto no Estatuto do Medicamento⁽³³⁾, e, subsidiariamente, no Código da Publicidade. Os titulares de Autorização de Introdução no Mercado devem remeter a publicidade ao INFARMED, competindo-lhe fiscalizá-la com vista à promoção do uso racional do medicamento e dos produtos de saúde. Em especial, é proibida a publicidade a medicamentos que não sejam objeto de uma autorização ou registo válidos para o mercado nacional e a publicidade junto do público em geral dos medicamentos sujeitos a receita médica (a) ou que contenham substâncias definidas como estupefacientes ou psicotrópicos, ao abrigo de convenções internacionais que vinculem o Estado português (b) ou sejam comparticipados pelo SNS (c), salvo campanhas de vacinação efetuadas pela indústria ou campanhas de promoção de medicamentos genéricos efetuadas pela indústria desde que aprovadas pelo INFARMED. Em qualquer caso, no patrocínio de iniciativas dirigidas ao público, é proibida a menção ao nome de um medicamento, salvo se realizada nos termos do Estatuto do Medicamento (art. 152.º/5).

Ora, a propósito da difusão em sítios das farmácias de informações relativas a medicamentos sujeitos a receita médica, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, no acórdão de 5 de maio de 2011⁽³⁴⁾, que o art. 88.º/1-a) da Diretiva n.º 2001/83

“não proíbe a difusão num sítio da Internet, por uma empresa farmacêutica, de informações relativas a medicamentos sujeitos a receita médica, quando estas informações se encontram acessíveis neste sítio apenas a quem as procura obter e quando essa difusão consista exclusivamente na reprodução fiel da embalagem do medicamento, nos ter-

⁽³³⁾ Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 128/2013, de 5 de setembro, alterado pela Lei n.º 51/2014, de 25 de agosto. Por seu turno, a publicidade de dispositivos médicos regula-se pelo Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, e, subsidiariamente, pelo Código da Publicidade. A publicidade de produtos cosméticos é regulada pelo Regulamento (CE) N.º 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30/11/2009, pelo Regulamento (UE) N.º 655/2013 da Comissão, de 10/07/2013 e pelo Decreto-Lei n.º 189/2008, de 24 de setembro.

⁽³⁴⁾ Proc. C-316/09, *MSD Sharp & Dohme GmbH c. Merckle GmbH*.

mos do artigo 62.º da Diretiva n.º 2001/83, (...), bem como na reprodução literal e integral da bula ou do resumo das características do produto aprovados pela autoridade competente em matéria de medicamentos. É, pelo contrário, proibida a difusão nesse sítio de informações sobre um medicamento que tenham sido objeto, por parte do fabricante, de uma seleção ou de uma alteração que só se possam explicar em virtude de uma finalidade publicitária.”

§ 6. Tribunal competente e lei aplicável

6.1. Nos termos do Regulamento n.º 1215/2012⁽³⁵⁾, as partes são livres de designar, por acordo escrito, o tribunal competente para dirimir possíveis litígios entre si. Todavia, por razões de proteção do consumidor, a liberdade das partes é limitada quando estão em causa relações entre profissionais e consumidores. Se as partes não escolherem o foro competente, a regra geral é a da competência dos tribunais do EM de domicílio do réu. Todavia, em certas circunstâncias, um réu pode ser processado perante os tribunais de outro Estado-membro.

Em matérias de responsabilidade civil extracontratual, é competente o tribunal do local onde ocorreu ou possa ocorrer o facto danoso. Na telemedicina transfronteiriça, o local onde ocorre o facto danoso corresponde ao Estado-Membro no qual o prestador está situado quando presta o serviço (*a*) e o local onde o dano ocorre corresponde ao EM onde o paciente se encontra quando recebe a consulta médica ou o tratamento (*b*).

No domínio da responsabilidade contratual, distingue-se entre contratos apenas entre profissionais (B2B) e contratos entre profissionais e consumidores (B2C). Nos primeiros, são competentes os tribunais do EM onde, nos termos do contrato, os serviços foram prestados ou deviam ter sido prestados (art. 7.º/1). Nos segundos,

⁽³⁵⁾ Regulamento n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, regula a competência judiciária, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial. Revogou e substituiu o Regulamento n.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000.

só pode ser intentada uma ação contra o consumidor nos tribunais do EM do seu domicílio quando a atividade do profissional seja dirigida a esse EM ou a vários EM incluindo esse (arts. 17.º/1-c e 18.º). Nos acórdãos *Alpenhof e Pammer*⁽³⁶⁾, o TJUE clarificou a noção de atividades dirigidas no contexto da Internet, no sentido de que para determinar se um sítio profissional dirige a sua atividade ao EM do domicílio do consumidor deve ter-se em conta se, antes da celebração de qualquer contrato, resultava desse sítio e da sua atividade em geral que procurava oportunidades de negócio nesse EM. O Tribunal de Justiça apresenta, para o efeito, uma lista não exaustiva de tópicos, tais como a natureza internacional da atividade, a referência a itinerários a partir de outros EM para ir ao local de estabelecimento do profissional, a utilização de línguas ou de moedas para além das que são geralmente aceites no seu EM de estabelecimento, a menção a números de telefone com código internacional, recurso a serviços pagos de indexação de resultados de pesquisa para facilitar acesso ao seu sítio por parte de consumidores domiciliados em outros EM, etc. Para o Tribunal de Justiça, a mera acessibilidade do profissional no EM de domicílio do consumidor é insuficiente para estabelecer a conexão, por ex. quando um consumidor português solicita serviços de telemedicina de um prestador sueco apenas disponíveis em sueco.

Se a atividade não é dirigida ao EM de domicílio do consumidor, são competentes os tribunais do EM onde, nos termos do contrato, os serviços foram prestados ou deviam ter sido prestados. Segundo a Diretiva n.º 2011/24, no caso da telemedicina, considera-se que os cuidados de saúde são prestados no EM de estabelecimento do prestador (art. 3.º/d).

6.2. Quanto à lei aplicável, o Regulamento Roma I⁽³⁷⁾ regula a lei aplicável a contratos civis e comerciais. Relativamente

⁽³⁶⁾ Proc. C-144/09 e C-585/08, de 7 de dezembro de 2010. Sobre o tema *vide*, com indicações, o nosso ‘Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo’, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3 (2001), pp. 281-300.

⁽³⁷⁾ Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

a contratos entre profissionais (B2B), a regra geral é a da liberdade de escolha, no sentido de que a lei aplicável ao contrato será a que as partes expressamente escolherem. Na falta de escolha, vale a regra supletiva para os serviços, i.e. a lei do EM da residência habitual ou país de origem do prestador de serviços (art. 4.º/1-*b*).

Quanto a contratos entre profissionais e consumidores (B2C), as partes também são livres de escolher a lei aplicável mas o consumidor não pode ser privado da proteção que lhe é conferida pelas normas imperativas da lei do seu EM de domicílio. Na falta de escolha, a lei aplicável é ou a lei do país da residência habitual do consumidor no caso de o profissional dirigir as suas atividades para esse EM ou para vários EM incluindo esse, ou, caso contrário, a lei do EM onde o prestador tem a sua residência habitual (art. 6.º).

Em matéria de responsabilidade extracontratual, o Regulamento Roma II⁽³⁸⁾ estabelece a regra geral da aplicação da lei do país onde ocorre o facto danoso, i.e. a lei do EM onde o paciente recebe o tratamento. Esta lei aplica-se independentemente do país no qual o facto danoso ocorreu (i.e. o EM onde o profissional de saúde se encontrava no momento da consulta ou do tratamento) e do país ou países onde ocorram as consequências indiretas desse facto (art. 4.º/1). Todavia, em certas condições, as partes podem escolher outra lei por acordo após o facto danoso ter ocorrido (art. 14.º).

No que respeita à relação entre a lei aplicável e o princípio do país de origem, o artigo 4 da Diretiva n.º 2011/24 estabelece que a prestação de cuidados de saúde transfronteiriça deve respeitar a legislação do EM do tratamento e as normas e diretrizes sobre qualidade e segurança estabelecidas por esse Estado-Membro (art. 4.º), i.e. o tratamento deve ser realizado em conformidade com a lei do país de origem do prestador. Esta solução não contraria as regras estabelecidas nos Regulamentos Roma I e II sobre a lei aplicável (art. 2.º/*q* da Diretiva n.º 2011/24) uma vez que a lei aplicável à responsabilidade civil pode ser de um EM diferente da do prestador de serviços. O âmbito do art. 4.º da Diretiva n.º 2011/24 é limi-

⁽³⁸⁾ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»).

tado a questões de direito público, e conjuga-se com o art. 17.º do Regulamento Roma II nos termos do qual na determinação da conduta da pessoa considerada responsável devem ter-se em conta as regras de segurança em vigor no local do facto danoso, i.e. o facto gerador de responsabilidade. Por exemplo, se o EM do tratamento é Portugal por ser o país de origem do prestador de telemedicina, mas as partes escolheram o direito espanhol, este só se aplica à questão da responsabilidade civil entre as partes, embora os padrões impostos pelo direito português sejam relevantes para determinar se o cirurgião cumpre os requisitos de qualidade e segurança aplicáveis à telemedicina.

§ 7. Conclusão

A utilização generalizada das tecnologias da informação e da comunicação em rede é uma realidade também no setor da saúde. A lei acompanha o desenvolvimento tecnológico e permite, dentro de certos limites, tanto a telemedicina como a farmácia *online*, em vista dos benefícios proporcionados pelas novas tecnologias.

Todavia, a migração para o ambiente digital, se por um lado é uma oportunidade com inegáveis vantagens, por outro é igualmente uma fonte de riscos acrescidos para direitos fundamentais dos pacientes, em especial no que respeita a matérias tão sensíveis como a proteção dos dados pessoais e da privacidade. Se o futuro da saúde passa também, em boa medida, pela Nuvem⁽³⁹⁾, a proteção dos

(39) Nos termos da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Explorar plenamente o potencial da computação em nuvem na Europa*, COM(2012) 529 final, Bruxelas, 27.9.2012, “A «computação em nuvem» em termos simples pode ser entendida como o armazenamento, tratamento e utilização de dados em computadores remotos a que se acede através da Internet. Isto significa que os utilizadores podem controlar, mediante pedido, uma capacidade computacional quase ilimitada, que não têm de realizar grandes investimentos de capital para satisfazer as suas necessidades e que podem ter acesso aos seus dados em qualquer local através de ligação à Internet. A computação em nuvem permite reduzir substancialmente as despesas informáticas dos utilizadores e desenvolver uma grande quantidade de novos serviços. Recorrendo à computação em nuvem, as empresas, mesmo as de menor dimensão, podem penetrar

dados pessoais e da privacidade não deverá ser remetida para o estatuto de mero custo de transação do desenvolvimento da economia digital. Antes pelo contrário é fundamental assegurar o respeito por estes direitos fundamentais, tanto ao nível do controlo de acesso, da autenticidade e integridade, como da confidencialidade, da interoperabilidade e da segurança dos dados e das comunicações⁽⁴⁰⁾.

Tarefa que não se afigura fácil, num mundo sem fronteiras, marcado pelo avanço tecnológico sobre a legislação e em que se assiste à utilização em massa de dispositivos eletrónicos e aplicações de saúde, que permitem acompanhar em ‘tempo real’ o estado de saúde de cada um. Mas tarefa nem por isso impossível, para quem, como nós defende um ciberespaço subordinado à lei⁽⁴¹⁾.

em mercados cada vez maiores e as administrações públicas podem tornar os seus serviços mais atraentes e eficientes, contendo ao mesmo tempo as despesas.”

⁽⁴⁰⁾ Em ordem a responder aos desafios da Nuvem em matéria de tratamento de dados pessoais e de invasões à vida privada das pessoas nos domínios dos cuidados de saúde foram elaboradas determinadas recomendações. *Vide*, por ex., Article 29 Working Party Opinion 05/2012 on Cloud Computing, 2012; Cloud Standards Consumer Council, *Impact of Cloud Computing on Healthcare*, 2012. Entre os principais riscos da Nuvem apontam-se: as falhas de segurança de informação, como quebras de confidencialidade, integridade ou disponibilidade de dados pessoais, não detetadas pelo responsável pelo tratamento (a); a transferência de dados para países sem proteção adequada de dados pessoais (b); termos de serviços que permitem ao operador da nuvem tratar os dados em desconformidade com as instruções do responsável (c); a utilização dos dados por parte dos servidores de nuvem ou terceiros associados para os seus próprios fins sem o conhecimento ou a autorização do responsável (d); a responsabilidade evanescente dos subcontratados (e); perda de controlo dos dados e do seu tratamento e incapacidade de controlar as atividades do provedor de Nuvem (f); impossibilidade de fiscalização por parte das autoridades de proteção de dados relativamente ao tratamento dos dados pelo responsável ou pelo provedor de nuvem (g) — Berlin International Working Group on Data Protection in Telecommunications, *Working Paper on Cloud Computing — Privacy and data protection issues* (“Sopot Memorandum”), 2014. Alguns destes problemas encontram já resposta na lei interna (*vide supra* nota 19), pese embora o tratamento destas questões ser ainda algo embrionário entre nós, quando comparado com outros países, nomeadamente o sistema Kanta finlandês — *vide* Carolina Lindqvist, *Access management and control in eHealth systems*, University of Helsinki, 2013 — <<http://www.cs.helsinki.fi/u/carolili/ehealth/ehealth.pdf>>.

⁽⁴¹⁾ *Vide*, com referências, o nosso ‘Direito ciberespacial: «soft law» ou «hard law»?», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume III — *Direitos e Interconstitucionalidade: Entre Dignidade e Cosmopolitismo*, org. FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO, JOÃO CARLOS LOUREIRO, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 685-710.