

Processo: 10578/20.7T8LSB.L1.S1
Nº Convencional: 1.ª SECCÃO
Relator: JORGE DIAS
Descritores: COMPETÊNCIA INTERNACIONAL
TRIBUNAIS PORTUGUESES
REGULAMENTO (CE) 44/2001
REGULAMENTO (UE) 1215/2012
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
AUTONOMIA PRIVADA
CONSUMIDOR
DIREITOS DO CONSUMIDOR
ATIVIDADE COMERCIAL
DANOS PATRIMONIAIS
DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Data do Acórdão: 08-11-2022
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: REVISTA
Decisão: NEGADA A REVISTA
Sumário :

I - Não existindo uma definição única de consumidor temos que integra o conceito,

a pessoa singular quando contratualmente atua com objetivos alheios à sua atividade, quer seja comercial, empresarial ou profissional.

II - Verificando-se resultar do contrato um misto de atividade comercial, empresarial ou profissional com atividade meramente pessoal, prevalecerá como determinante a que for mais relevante.

III - A atividade profissional não será determinante quando não se sobrepõe, quando for muito ténue ou marginal ou quando não revela «um papel despidendo no contexto da operação a propósito da qual o contrato foi celebrado, considerada globalmente».

IV - Não integra o conceito de consumidor, o utilizador de conta de Facebook e Instagram que, para além do uso meramente pessoal também utilizava a conta para divulgações da sua atividade profissional, resultando dos factos alegados na petição que o encerramento da conta pela ré, impedindo o autor de gerir a página de facebook do seu negócio, foi a principal causa dos danos que o autor reclama e peticiona.

Decisão Texto Integral:

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Secção Cível.

AA, residente em ..., instaurou ação declarativa, com processo comum, contra Meta Platforms Ireland Limited, com sede em Dublin, Ireland, pedindo a condenação desta a reativar a conta de Instagram do A -AA.portugal - recuperando este o acesso a todo o seu histórico (a), a reativar a conta de facebook do A (b) a pagar-lhe o valor de 40.000 € (quarenta mil euros), a título de indemnização por danos não patrimoniais c).

A ré excecionou a incompetência do tribunal em razão da nacionalidade

No saneador foi proferido o seguinte despacho:

«O Regulamento (CE)1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12.12.2012, relativo à incompetência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, manteve no essencial a disciplina do regulamento (CE) 44/2001, de 22.12.2000, que veio substituir, introduzindo porém disposições destinadas a facilitar o acesso à justiça, nomeadamente, para unificar as regras de conflito de jurisdição em matéria civil e comercial e a fim de garantir o reconhecimento e a execução rápidas e simples das decisões proferidas num dado Estado-membro, quando tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno.

Em termos gerais, o citado Regulamento estabelece no artigo 4º que: "sem prejuízo do disposto no presente regulamento, as pessoas domiciliadas num Estado-Membro devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade nos Tribunais desse Estado-Membro.

A presente acção tem indiscutivelmente natureza civil.

*No que "respeita a repartição da competência internacional, o regime instituído pelo Regulamento estrutura-se em torno de cinco princípios fundamentais: a protecção das pessoas domiciliadas nos Estados membros, a proximidade ou fórum conveniens, a protecção da parte mais fraca na relação jurídica, a soberania estadual e a autonomia da vontade" (Dário Moura Vicente, no estudo "Competência Judiciária e reconhecimento de Decisões Estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001", publicado na revista *Sciencia Jurídica*, n.º 293, pág. 360).*

Assim, o critério de conexão fundamental adotado pelo Regulamento em matéria de competência internacional é o domicílio do réu (artigo 2º do Reg. N.º 44/2001, que corresponde ao artigo 4º do Reg. 1215/2012), visando poupar ao réu as dificuldades inerentes à condução da sua defesa perante um tribunal estrangeiro (obra citada ,pág.360).

Cumulativamente, no Considerando (16) é estabelecido que "O foro do domicílio do requerido deve ser completado pelos foros alternativos permitidos em razão do vínculo estreito entre a jurisdição e o litígio com vista a facilitar uma boa administração da justiça. A existência de vínculo estreito deverá assegurar a certeza jurídica e evitar a possibilidade de o requerido ser demandado no tribunal de um estado -Membro que não seria razoavelmente previsível para ele. Este elemento é especialmente importante nos litígios relativos a obrigações extracontratuais decorrentes de

violações da privacidade e de direitos de personalidade, incluindo a difamação.

Assim, o Autor poder optar pelo tribunal que for mais favorável aos seus interesses, de acordo com o princípio da protecção da parte mais fraca (consagrado no já citado considerando 18), e desde que a acção directa seja possível, o que sucede na situação presente, pelo que julga-se improcedente a excepção de incompetência absoluta do tribunal em razão da nacionalidade».

*

Inconformada, interpôs a ré recurso de apelação sendo, após deliberação, decidido:

“Pelo exposto acordamos em julgar procedente a apelação e, conseqüentemente, em revogar a decisão recorrida que se substitui por outra que absolve a ré da instância.

Custas pelo recorrido”.

*

Agora, inconformado com o decidido pela Relação, **interpõe recurso de Revista** para este STJ o autor e formula as seguintes conclusões:

“1. Entende o ora Rte que o douto Acórdão aplica erradamente o conceito de consumidor.

2. O DL 67/2003, de 8 de Abril, que transpôs para o ordenamento jurídico interno a Directiva n.º 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, veio a ser alterado pelo DL 84/2008, de 21 de Maio (que deu também nova redacção aos art.ºs 4.º e 12.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho), definindo como consumidores, em termos aliás coincidentes com o art.º 2.º da referida Lei 24/96, como “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 art.º 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho” (cf. art.º 1.º-B, al. a).

3. Com efeito, “É ‘consumidor’, mesmo considerando o seu conceito restrito, aquele que destina o bem adquirido predominantemente ao seu “uso pessoal, familiar ou doméstico”, sendo meramente instrumental ou accidental o seu aproveitamento para uso profissional. “(Acórdão TR Coimbra de 15.12.2016).

4. *No caso vertente, entende o Rte que o serviço que utilizou o fez “predominantemente” para uso pessoal ou doméstico.*
5. *A página em causa era uma página pessoal.*
6. *Que o Rte utilizava intensamente para fazer publicações pessoais de acordo com os seus interesses.*
7. *Não era uma página de empresa ou de negócio.*
8. *Como praticamente toda a gente, o Rte acaba também por fazer alguma utilização pontual, acessória ou marginal relativa á sua atividade.*
9. *Não há dúvida que mesmo na interpretação restritiva do conceito de consumidor assumido pela legislação e pelos tribunais portugueses, as situações como as do Rte – que de forma marginal e acessória tem no serviço que utiliza como particular, “algumas” intervenções profissionais – são claramente incluídas no conceito de consumidor.*
10. *Pelo exposto os considerandos 16 e 18 e os arts. 17 a 19 do Regulamento 1215/2012 são aplicáveis porque o Rte é um consumidor.*
11. *Querer fazer uma aplicação ainda mais restrita do conceito, como é feita no douto Acórdão ora em crise, representará colocar os utilizadores particulares numa zona de total desproteção perante estes mega operadores que ficam protegidos pela dificuldade de acesso a um sistema judicial distante e caro.*
12. *O que representará verdadeira e até elementar violação do acesso ao direito garantido pela CRP no seu art. 20º.*

Termos em que, com o douto suprimento de V. Exas, deve o Acórdão ora recorrido ser alterado, mantendo-se a decisão da primeira instância.

Com o que se fará JUSTIÇA”.

Respondeu a ré, concluindo:

“A. O Acórdão recorrido considerou – e bem – que o Recorrente se registou e aceitou o Pacto de Jurisdição e que, com base no reconhecimento, pelo próprio Recorrente na Petição Inicial, de que utilizou as suas contas de Facebook e Instagram para fins profissionais, não pode o Recorrente ser classificado como “consumidor” para efeitos do Pacto de Jurisdição. Como tal, os Tribunais da República da Irlanda, e não os Tribunais portugueses, têm competência para decidir a causa.

B. Não pode o Recorrente, por um lado, alegar que utilizou as suas contas de Facebook e Instagram “predominantemente” para fins

personais a fim de ver a causa julgada pelos tribunais portugueses, e, por outro lado, procurar receber dezenas de milhares de Euros a título de indemnização por aquilo que ele agora alega ter sido uma apenas “incidental” ou “marginal” utilização profissional dessas contas.

C. No seu recurso, o Recorrente apoia-se numa definição de “consumidor” decorrente do Decreto-Lei nº 67/2003 - um diploma que não tem aplicação no caso em apreço, dado que se aplica a contratos de compra e venda de “bens de consumo”, a “bem de consumo” fornecido no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, ou a locação de “bens de consumo”, no qual “bens de consumo” são definidos como “qualquer bem imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão” – cfr. artigos 1º, 1º-A e 1º-B, al. b). Acresce que o Decreto-Lei nº 67/2003 foi revogado pelo Decreto-Lei nº 84/2021, de 18 de outubro, que, como é notório olhando aos artigos 3º e 53º, também não tem aplicação ao caso em apreço.

D. Ademais, o presente caso envolve a interpretação de um Pacto de Jurisdição entre nacionais de diferentes Estados-Membros, pelo que a definição de “consumidor” decorrente do Direito nacional deve ser interpretada por referência ao Direito da União Europeia.

E. Mesmo que o Recorrente tenha feito uma utilização “mista” do Serviço do Facebook e do Serviço do Instagram (i.e., tanto para fins pessoais como profissionais), ele não pode ser classificado como “consumidor”, porquanto, de acordo com as alegações do próprio Recorrente na sua Petição Inicial, este fez substancial (e não meramente marginal) utilização destes serviços para fins profissionais, e é somente com base nessa utilização profissional que ele procura obter uma indemnização neste processo.

F. O Acórdão recorrido não merece qualquer censura, devendo o recurso ser julgado improcedente, uma vez que se verifica a exceção dilatória de incompetência absoluta dos tribunais portugueses, de acordo com o disposto nos artigos 25.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 e nos artigos 94.º, n.º 1, 96.º, al. a) e 99.º do CPC.

Nestes termos, e nos melhores de Direito, requer-se a V. Exas, Excelentíssimos Juizes Conselheiros, que se dignem julgar o recurso interposto pelo Recorrente totalmente improcedente, por não provado, assim se fazendo a costumada JUSTIÇA!”

*

O recurso foi admitido – art. 629º, nº 2 al. a), do CPC.

Cumpré apreciar e decidir.

*

Foram tidos em conta os seguintes factos:

“É de considerar assente que o autor alegou na petição inicial a seguinte matéria (tem-se entendido que a competência absoluta se afere a partir do exame da petição inicial):

1. A presente acção é proposta em Portugal e ao abrigo da lei Portuguesa, em virtude do previsto nos Termos de Utilização do Serviço Instagram que abaixo se transcreve:

2. "Se fores um consumidor com residência habitual num Estado-Membro da União Europeia, as leis desse Estado-Membro serão aplicadas a qualquer reclamação, ação ou litígio que tenhas contra nós e que surja de ou esteja relacionado com estes Termos ("reclamação"). Assim, poderás resolver a tua reclamação em qualquer tribunal competente nesse Estado-Membro que tenha jurisdição sobre a reclamação."

3. O Serviço do Instagram é um dos Produtos do Facebook, que é fornecido pela Facebook Ireland Limited.

4. Por sua vez em altura que não consegue precisar, mas seguramente há mais de 2 anos, o A, acordou com a R. a subscrição do serviço, ao aceitar os termos e condições prevista no sitio da internet <https://help.instagram.com/581066165581870>, Cfr. Doc. n° 1 que se junta e dá integralmente por reproduzido.

5. Só o fez por saber que cumpria os requisitos pedidos pelo serviço Instagram, nomeadamente:

a. "Tens de ter, pelo menos, 13 anos de idade.

b. Não podes estar proibido de receber qualquer aspeto do nosso Serviço nos termos da legislação aplicável nem envolver-te em Serviços relacionados com pagamentos se estiveres numa lista de pessoas recusadas aplicável.

c. Não podemos ter desativado anteriormente a tua conta por infrações à lei ou a qualquer uma das nossas políticas.

d. Não podes ser um agressor sexual condenado." Cfr. Termos de Utilização do Serviço Instagram

6. Assim sendo inscreveu-se o A. com o nome "AA.portugal";

8. O A. era um utilizador frequente, usando intensamente o serviço e com normalidade fazia publicações de conteúdos pessoais, relacionados com os seus interesses;

9. Além disso o A. não fazia uso só pessoal da sua conta, também

utilizava a mesma para algumas divulgações da sua actividade profissional;

10. E para comunicar, com familiares, amigos, além disso também fazia pela plataforma alguns contactos profissionais.

12. Assim e sem nada que o fizesse prever, no dia 1 de março de 2020 ao tentar aceder ao Serviço através da aplicação no seu telefone,

13. Foi com grande surpresa que constatou que a sua conta "AA.portugal" havia sido desactivada com a seguinte justificação "A tua conta foi desactivada por não seguir os nossos termos..." Cfr. Doc. 2 que se junta e dá integralmente por reproduzido.

14. Ora o A. entendeu que tal teria sido um erro por parte do serviço e ao abrigo da possibilidade que lhe é dada na aplicação o R. utilizou a funcionalidade disponibilizada no sítio da internet "Se acreditas que a tua conta foi desativada por engano, podes recorrer desta decisão ao abrires a app, introduzires o teu nome de utilizador e palavra-passe e seguires as instruções no ecrã."

15. Da mesma forma, no dia 12 de março, o A apresentou reclamação num site dedicado a estas questões, o portaldaqueixa.com, que até agora não mereceu resposta da R (Doc. 3).

16. Portanto, ambas as reclamações apresentadas não surtiram qualquer efeito até à presente data,

24. Com este comportamento a R. lesou efectivamente o A. que perdeu com isto não só os contactos com familiares e amigos, deixando-o mais isolado,

25. Bem como perdeu também contactos profissionais onde estavam envolvidos valores e termos dos serviços acordados, e o registo de conversas das quais não tinha qualquer cópia.

26. Além de que dada a seriedade dos factos genericamente alegados pela R. para a desactivação da conta, o A. ficou preocupado e receoso do seu nome ser associado a lista negra dos serviços do Facebook Ireland Limited.

32. Acresce que com o cancelamento da conta no Instagram, a R cancelou igualmente ao A o acesso à sua conta de facebook (doc. 4).

33. Esta situação também é relevante e grave, não só porque o A utilizava também muito a sua conta de facebook, como era administrador da página de facebook da sua empresa - C....

34. Ora, desde que lhe foi retirado o acesso à conta, o A ficou impedido de ter acesso e de gerir a página do seu negócio.

35. Conforme o comprova a página de facebook da empresa, que tem

a última publicação precisamente a final de fevereiro. (Doc. 4)

39. Ficou impedido de gerir a página de facebook do seu negócio.

40. Tem receio de estar a ser incluído em listas negras.

47. É inegável que o A. sofreu danos, a tristeza e a angústia e a preocupação que todo este problema lhe trouxe, não só pessoalmente como profissionalmente, não podem ser deixados ao acaso.

48. O desgosto, o medo de consequências por poder estar em listas negras, a incapacidade de retomar contactos e assuntos que estavam na conta, acrescido da impossibilidade de gerir a página de facebook do seu negócio têm provocado ao A insónias, mal-estar físico e angústia.

49. Assim pelos danos não patrimoniais que o A. deseja ver ressarcidos, e por tudo acima exposto vem o A. requerer a sua fixação num valor nunca abaixo dos 40.000 € (quarenta mil euros).

Tendo em consideração que tal matéria é objecto de acordo, importa ainda dar como assente em aditamento ao n.º 2 acima referido que:

50. A Secção 4.4 dos Termos do Facebook e os Termos do Instagram ("Como Lidaremos Com Litígios") estipula:

"Se fores um consumidor com residência habitual num Estado-Membro da União Europeia, as leis desse Estado-Membro serão aplicadas a qualquer reclamação, ação ou litígio que tenhas contra nós e que surja de ou esteja relacionado com estes Termos ("reclamação"). Assim, poderás resolver a tua reclamação em qualquer tribunal competente nesse Estado-Membro que tenha jurisdição sobre a reclamação. Em todos os outros casos, concordas que a reclamação tem de ser resolvida num tribunal competente na República da Irlanda e que a lei irlandesa vai reger estes Termos e qualquer reclamação, independentemente das disposições referentes ao conflito de leis»".

*

Conhecendo:

São as questões suscitadas pelo recorrente e constantes das respetivas conclusões que o tribunal de recurso tem de apreciar – artigos 608º, 635º, nº 3 a 5 e 639º, nº 1, do C.P.C.

No caso em análise a questão a decidir respeita a saber se os tribunais portugueses, têm, ou não, competência para apreciar e decidir esta ação.

A Ré invocou a exceção absoluta da incompetência do tribunal em

razão da nacionalidade.

A 1ª Instância concluiu que “o Autor pode(r) optar pelo tribunal que for mais favorável aos seus interesses, de acordo com o princípio da protecção da parte mais fraca (consagrado no já citado considerando 18), e desde que a acção directa seja possível, o que sucede na situação presente, pelo que julga-se improcedente a excepção de incompetência absoluta do tribunal em razão da nacionalidade”.

O acórdão recorrido entendeu: “A competência do foro português para conhecer de qualquer «reclamação» que o autor pretendesse formular contra os serviços da ré ficou dependente de o recorrido poder invocar a sua qualidade de consumidor.

O autor não pode ser considerado consumidor.

O TJUE tem entendido que o conceito de consumidor é definido por oposição ao de «operador económico», só podendo o utilizador invocar a primeira qualidade se a utilização de determinado serviço, mesmo que inicialmente não prevista no contrato, não tiver adquirido depois carácter profissional (Acórdão TJUE de 25.1.2018, Schrems c. Facebook Ireland Ltd).

E que face aos factos provados, o autor: “Está manifestamente a invocar uma qualidade profissional conexas, diferente da de um mero consumidor e a colocar-se fora da aplicação do artigo 19.º do REG.

Aplica-se então a última parte do pacto, sendo competentes as justiças da Irlanda”.

Assim, a questão essencial a resolver é a de saber se o autor é/pode ser considerado “consumidor” e, consoante a conclusão a que se chegar se determinará qual o tribunal competente, se o português ou se o irlandês, tendo em conta que se for um consumidor é aplicável a lei da residência habitual do autor (lei e tribunais de Portugal), sendo que nas demais situações será competente um tribunal da República da Irlanda e aplicável a lei irlandesa.

Salienta Alexandre Libório Dias Pereira in “OS PACTOS ATRIBUTIVOS DE JURISDIÇÃO NOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS DE CONSUMO”, in “Estudos de Direito do Consumidor”, n.º 3, CDC/FDUC, Coimbra, 2001, 281-300 que, “o comércio electrónico é, por definição, um comércio internacional, suscitando a natureza ubiqüitária da internet dificuldades ao nível da determinação prática dos critérios de conexão em matéria de competência internacional dos tribunais. Tal natureza ubiqüitária projecta-se na chamada natureza «multi-jurisdicional» da internet, à qual está associada uma ideia de «forumshopping». Em ordem a reduzir este risco, é frequente a aposição de cláusulas atributivas de jurisdição nos contratos celebrados com consumidores, bem como

cláusulas relativas à lei aplicável.”

O que iria de encontro ao estabelecido pelo princípio da liberdade contratual que decorre da autonomia da vontade das partes. No entanto, o direito contratual europeu acolhe o princípio da proteção da parte mais fraca, referindo Moura Ramos que *“os princípios da autonomia das partes e da protecção da parte mais fraca ocupam um lugar de destaque”* considerando-os *“as peças essenciais de um direito internacional privado da Comunidade Europeia”* (in *Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado, in O Direito Comunitário e a Construção Europeia, AA.VV., STVDIA IVRIDICA 38, COLLOQUIA – 1, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 93 ss, esp. 104 ss).*”

Já a Convenção de Roma de 16-06-1980, a que Portugal aderiu pela Convenção do Funchal de 18-05-1992, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, referia que era aplicável a lei do domicílio do consumidor, estabelecendo uma limitação à liberdade contratual, na perspetiva de proteger a parte mais fraca por meio de regras de competência mais favoráveis aos seus interesses.

E o Regulamento CE nº 44/2001 do Conselho dando relevo ao princípio da autonomia das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição, entendia que sofria determinados limites impostos pelo princípio da proteção da parte mais fraca, nomeadamente o consumidor.

Refere Elsa Dias Oliveira em *“Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia”*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, número temático: Vulnerabilidade(s) e Direito, Ano LXII, 2021, nº I, tomo 1, pág. 209 e segs.:* *“uma das características dos consumidores prende-se com a sua vulnerabilidade, sendo esta especialmente manifesta nas relações contratuais que desenvolvem com profissionais. Os consumidores têm um poder negocial mais fraco relativamente aos profissionais, são detentores de menos informações quer no que respeita aos bens ou serviços a adquirir, quer com respeito aos seus próprios direitos”* e acrescenta, *“pressuposto da aplicação destes regimes é estar-se perante um consumidor e é sabido que a noção que deste seja dada varia consoante o ordenamento jurídico e mesmo o diploma que esteja em causa.”*

Referindo Alexandre Libório Dias Pereira, in ob. e loc. citado que, *“A regra é a de que o consumidor pode intentar uma acção contra a outra parte, quer perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território esteja domiciliada essa parte, quer perante o tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio; por seu turno, a outra parte só pode intentar uma acção contra o consumidor perante os tribunais*

do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliado o consumidor.”

Sendo aquele Regulamento n.º 44/2001 substituído pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, determina:

Artigo 18.º

1. O consumidor pode intentar uma ação contra a outra parte no contrato, quer nos tribunais do Estado-Membro onde estiver domiciliada essa parte, quer no tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio, independentemente do domicílio da outra parte.

2.(...)

3.(...)

Artigo 19.º

As partes só podem derrogar ao disposto na presente secção por acordos que:

1. Sejam posteriores ao surgimento do litígio;

2. Permitam ao consumidor recorrer a tribunais que não sejam os indicados na presente secção; ou

3. Sejam celebrados entre o consumidor e o seu cocontratante, ambos com domicílio ou residência habitual, no momento da celebração do contrato, num mesmo Estado-Membro, e atribuam competência aos tribunais desse Estado-Membro, salvo se a lei desse Estado-Membro não permitir tais acordos.

Também a 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, nos considerandos refere:

2 - “...O artigo 169.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), do TFUE [Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia] estabelece que a União contribui para assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores através de medidas adotadas nos termos do artigo 114.o do TFUE no âmbito da realização do mercado interno. A presente diretiva tem por objetivo estabelecer o justo equilíbrio entre a consecução de um elevado nível de defesa do consumidor e a promoção da competitividade das empresas, assegurando ao mesmo tempo o respeito do princípio da subsidiariedade.

3 - “Convirá harmonizar certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais, tendo como base um nível elevado de proteção do consumidor, a fim de alcançar um

verdadeiro mercado único digital, reforçar a segurança jurídica e reduzir os custos de transação, designadamente para as pequenas e médias empresas (PME).

17- “A definição de consumidor deverá abranger as pessoas singulares que atuem fora do âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. No entanto, no caso de contratos com dupla finalidade, em que o contrato é celebrado para fins tanto parcialmente abrangidos pela atividade comercial da pessoa como parcialmente exteriores a esse âmbito e em que a finalidade comercial é de tal modo limitada que não é predominante no contexto global do contrato, os Estados-Membros deverão igualmente continuar a ser livres de determinar se, e em que condições, essa pessoa deverá ser igualmente considerada um consumidor.” (sublinhado nosso).

E a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, contem no art. 2º a definição de consumidor, nos seguintes termos: “1 - Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.

2 - Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.”

Não existe, como já dito, uma definição única de consumidor, referindo-se Alexandre Libório Dias Pereira a noção “caleidoscópica” de consumidor no direito comunitário.

Elsa Dias Oliveira refere que “os aspetos comuns à maioria destas definições é o facto de se tratar de uma pessoa singular e o elemento teleológico: a pessoa singular atuará com objetivos alheios às suas atividades comerciais, empresariais ou profissionais.”

No caso temos como mais adequado definir consumidor como a pessoa singular que atue fora do âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem tomado algumas decisões relevantes no que respeita à caracterização do consumidor que atua no mercado digital, como refere Elsa Dias Oliveira in ob. e loc. citado, pág. 217, aí apreciando alguns exemplos.

Cita o exemplo do Proc. C-498/16, ECLI :EU:C:2018:37, disponível

em <https://curia.europa.eu>.

E refere Elsa Dias Oliveira que relativamente a esse Acórdão: “a jurisprudência que tem vindo a ser desenvolvida pelo TJUE a este respeito tende a ser consistente, desde logo no que respeita a questões relativas a competência internacional, no sentido de que deve ser feita uma interpretação restritiva do conceito de consumidor e salientando que se deve atender à «(...) posição de uma pessoa num contrato determinado, em conjugação com a natureza e finalidade deste, e não à situação subjetiva dessa mesma pessoa, pois uma única e mesma pessoa pode ser considerada consumidor no âmbito de determinadas operações e operador económico no âmbito de outras».

Concretizando-se que apenas os contratos celebrados fora da atividade ou de qualquer finalidade profissional e com vista à satisfação das próprias necessidades de consumo privado de um indivíduo ficarão abrangidas pela proteção prevista na referida disposição relativa à competência internacional, pois só assim se justifica a aplicação de um regime que é mais favorável ao consumidor, exatamente por este ser a parte mais fraca. Em conformidade com esta orientação, vem sustentar-se que, nos casos em que uma pessoa celebra um contrato parcialmente relacionado com a sua atividade profissional e noutra parte com fins estranhos a esta atividade, apenas beneficiará do regime aplicável aos consumidores se o nexó do contrato com a atividade profissional do interessado for muito ténue, marginal, revelando «um papel despidendo no contexto da operação a propósito da qual o contrato foi celebrado, considerada globalmente»”.

Num outro acórdão citado por Elsa Dias Oliveira vem o TJUE veio decidir que “[o] artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, deve ser interpretado no sentido de que uma pessoa singular domiciliada num Estado-Membro que, por um lado, celebrou com uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro um contrato para jogar póquer na Internet, que contém condições gerais determinadas por esta última, e, por outro, não declarou oficialmente essa atividade nem ofereceu essa atividade a terceiros enquanto serviço remunerado não perde a qualidade de «consumidor» na aceção desta disposição, mesmo que essa pessoa jogue esse jogo durante um grande número de horas por dia, possua conhecimentos alargados e obtenha ganhos significativos provenientes desse jogo” [art. 15º, nº 1 a que corresponde o art. 17º, nº 1, do Regulamento(UE) n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro].

E salienta Elsa Dias Oliveira, in ob. e loc. citados que “*Quer o acórdão Schrems, quer o acórdão Personal Exchange International Limited, que respeitam a consumidores que atuam no mercado digital, permitem delinear um perfil de consumidor que se afasta do*

estereotipo mais tradicional - o consumidor, no geral, pouco informado — e reflete um consumidor esclarecido, que conhece e defende os seus direitos e interesses.

Este perfil de consumidor, mais informado quanto aos seus direitos, mais esclarecido quanto ao modo de atuação dos profissionais, mais ativo na defesa dos seus direitos e dos seus interesses, não depende do facto de o consumidor atuar ou não no mercado digital, apesar de o recurso aos meios digitais colocar, por natureza, desafios técnicos muito específicos ao consumidor”.

No caso concreto temos factos alegados na petição e relevantes para a determinação da competência:

“8. O A. era um utilizador frequente, usando intensamente o serviço e com normalidade fazia publicações de conteúdos pessoais, relacionados com os seus interesses;

9. Além disso o A. não fazia uso só pessoal da sua conta, também utilizava a mesma para algumas divulgações da sua actividade profissional;

10. E para comunicar, com familiares, amigos, além disso também fazia pela plataforma alguns contactos profissionais.

24. Com este comportamento a R. lesou efectivamente o A. que perdeu com isto não só os contactos com familiares e amigos, deixando-o mais isolado,

25. Bem como perdeu também contactos profissionais onde estavam envolvidos valores e termos dos serviços acordados, e o registo de conversas das quais não tinha qualquer cópia.

33. Esta situação também é relevante e grave, não só porque o A utilizava também muito a sua conta de facebook, como era administrador da página de facebook da sua empresa - C....

34. Ora, desde que lhe foi retirado o acesso à conta, o A ficou impedido de ter acesso e de gerir a página do seu negócio.

35. Conforme o comprova a página de facebook da empresa, que tem a última publicação precisamente a final de fevereiro. (Doc. 4)

39. Ficou impedido de gerir a página de facebook do seu negócio.

47. É inegável que o A. sofreu danos, a tristeza e a angústia e a preocupação que todo este problema lhe trouxe, não só pessoalmente como profissionalmente, não podem ser deixados ao acaso.

48. O desgosto, o medo de consequências por poder estar em listas negras, a incapacidade de retomar contactos e assuntos que estavam na conta, acrescido da impossibilidade de gerir a página de facebook do seu negócio têm provocado ao A insónias, mal-estar físico e

angústia.

49. Assim pelos danos não patrimoniais que o A. deseja ver ressarcidos, e por tudo acima exposto vem o A. requerer a sua fixação num valor nunca abaixo dos 40.000 € (quarenta mil euros).

50. A Secção 4.4 dos Termos do Facebook e os Termos do Instagram ("Como Lidaremos Com Litígios") estipula:

"Se fores um consumidor com residência habitual num Estado-Membro da União Europeia, as leis desse Estado-Membro serão aplicadas a qualquer reclamação, ação ou litígio que tenhas contra nós e que surja de ou esteja relacionado com estes Termos ("reclamação"). Assim, poderás resolver a tua reclamação em qualquer tribunal competente nesse Estado-Membro que tenha jurisdição sobre a reclamação. Em todos os outros casos, concordas que a reclamação tem de ser resolvida num tribunal competente na República da Irlanda e que a lei irlandesa vai reger estes Termos e qualquer reclamação, independentemente das disposições referentes ao conflito de leis»".

Perante estes factos temos que o nexa do contrato entre o autor e a ré em que aquele ao aceder à plataforma do Facebook ou do Instagram mistura a sua atividade pessoal e profissional, resulta que esta atividade profissional se sobrepõe à atividade pessoal como consumidor, não sendo esta muito ténue ou marginal, nem revela «um papel desprecioso no contexto da operação a propósito da qual o contrato foi celebrado, considerada globalmente».

Basta atentar como refere a ré nas contra-alegações, ao montante do pedido.

A impossibilidade de gerir a página de facebook do seu negócio é que tem provocado ao recorrente insónias, mal-estar físico e angústia.

Assim como a perda dos contactos profissionais onde estavam envolvidos valores e termos dos serviços acordados.

Assim que concluímos que o autor não se enquadra no conceito de consumidor, no sentido de parte mais fraca e que a lei quis proteger dando competência aos Tribunais do Estado-Membro onde o consumidor esteja domiciliado.

Temos que, não integra o conceito de consumidor, o utilizador de conta de Facebook e Instagram que, para além do uso meramente pessoal também utilizava a conta para divulgações da sua atividade profissional, resultando dos factos alegados na petição que o encerramento da conta pela ré, impedindo o autor de gerir a página de facebook do seu negócio, foi a principal causa dos danos que o autor reclama e peticiona.

Pelo que, no caso vertente e para determinar a competência dos

tribunais em função da nacionalidade, deve vigorar o critério regra resultante da autonomia da vontade das partes e liberdade contratual, e como resulta apurado, “em todos os outros casos, concorda-se que a reclamação tem de ser resolvida num tribunal competente na República da Irlanda”.

Assim que, por acertada, se mantém a decisão do acórdão recorrido.

*

Sumário elaborado nos termos do art. 663 n.º 7 do CPC:

I - Não existindo uma definição única de consumidor temos que integra o conceito,

a pessoa singular quando contratualmente atua com objetivos alheios à sua atividade, quer seja comercial, empresarial ou profissional.

II - Verificando-se resultar do contrato um misto de atividade comercial, empresarial ou profissional com atividade meramente pessoal, prevalecerá como determinante a que for mais relevante.

III - A atividade profissional não será determinante quando não se sobrepõe, quando for muito ténue ou marginal ou quando não revela «um papel despidendo no contexto da operação a propósito da qual o contrato foi celebrado, considerada globalmente».

IV - Não integra o conceito de consumidor, o utilizador de conta de Facebook e Instagram que, para além do uso meramente pessoal também utilizava a conta para divulgações da sua atividade profissional, resultando dos factos alegados na petição que o encerramento da conta pela ré, impedindo o autor de gerir a página de facebook do seu negócio, foi a principal causa dos danos que o autor reclama e peticiona.

*

Decisão:

Em face do exposto acorda-se em julgar o recurso improcedente, nega-se a revista, e mantém-se o acórdão recorrido.

Custas pelo recorrente.

Lisboa, 08-11-2022

Fernando Jorge Dias – Juiz Conselheiro relator

Jorge Arcanjo – Juiz Conselheiro 1.º adjunto

Isaías Pádua – Juiz Conselheiro 2º adjunto