

■ O COMÉRCIO ELECTRÓNICO EM PORTUGAL_O QUADRO LEGAL E O NEGÓCIO

Índice

Nota Introdutória	3
Prefácio	5
1. Perspectiva Económica	14
1.1. Internet e o Comércio Electrónico	14
1.1.1. Definição e âmbito	15
1.1.2. Breve evolução histórica	17
1.1.3. Principais tipos de Comércio Electrónico	20
1.1.4. Análise <i>Swot</i> do Comércio Electrónico	22
1.2. Análise do Mercado	26
1.2.1. Principais indicadores	26
1.2.1.1. Infraestruturas para o Comércio Electrónico	26
1.2.1.2. Estimativas e previsões do Comércio Electrónico	29
1.2.2. Ao nível empresarial	31
1.2.2.1. Uso do Comércio Electrónico para efectuar compras	31
1.2.2.2. Uso do Comércio Electrónico para efectuar vendas	37
1.2.2.3. Uso de <i>B2B Marketplaces</i>	44
1.2.2.4. Percepção das barreiras e benefícios do Comércio Electrónico	46
1.2.3. Ao nível dos consumidores	49
1.2.3.1. Utilização da Internet e do Comércio Electrónico	49
1.2.3.2. Atitude face à potencial realização de Comércio Electrónico	57
1.2.3.3. Comportamento das compras na Internet	61
1.3. <i>Case Studies</i>	70
1.3.1. Grupo Sonae*	70
1.3.1.1. Portal Miau.pt	70
1.3.1.2. Portal Exit.pt	76
1.3.2. Grupo PT: Tradecom*	83
1.3.3. Microsoft: MSMarket*	96

* Colaboração externa identificada no próprio capítulo.



2. Perspectiva jurídica	104
2.1. Introdução*	104
2.2. Enquadramento	117
2.2.1. Introdução	117
2.2.2. Internacional	118
2.2.3. Comunitário	122
2.2.4. Nacional	125
2.3. Regime jurídico	128
2.3.1. Prestadores de serviços da sociedade da informação	128
2.3.2. Responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação*	142
2.3.3. Contratação electrónica*	157
2.3.4. Comunicações publicitárias em rede	171
2.3.5. A solução provisória de litígios e o regime sancionatório*	191
3. Legislação	210
3.1. Comunitária	210
3.1.1 Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre o Comércio Electrónico)	210
3.1.2 Directiva 2002/58/CE (Directiva relativa à Privacidade nas Comunicações Electrónicas)	240
3.2. Nacional	265
3.2.1 Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro	265
3.3. Outra legislação relevante no âmbito do Comércio Electrónico	288
3.3.1 Factura electrónica	288
3.3.2 Assinatura electrónica	288
3.3.3 Protecção de dados	289
3.3.4 Pagamentos electrónicos	289
3.3.5 Moeda electrónica	290
3.4. Diplomas de transposição da Directiva 2000/31/CE de outros Estados-Membros da União Europeia	291
4. Sites de referência	294
5. Referências bibliográficas	300

* Colaboração externa identificada no próprio capítulo.

■ NOTA INTRODUTÓRIA

A disponibilização da tecnologia *World Wide Web*, durante os anos 90, permitiu à grande parte do tecido empresarial reequacionar as estratégias de actuação no mercado, provocando alterações profundas no ambiente negocial tradicional, designadamente no modo de relacionamento entre clientes e fornecedores. Esta alteração deu origem a uma nova forma de vender e comprar – o Comércio Electrónico – que se tem convertido num factor fundamental de competitividade e num fortíssimo indutor de produtividade para a generalidade das empresas.

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, diploma que efectuou a transposição para o ordenamento jurídico nacional da Directiva 2000/31/CE (“Directiva sobre o comércio electrónico”), veio cometer à ANACOM um papel de relevo enquanto entidade de supervisão central no seu âmbito, função que cumula com a de entidade de supervisão sectorial no domínio das comunicações electrónicas e dos serviços postais.

O acompanhamento dos trabalhos preparatórios de transposição da referida Directiva e a antecipação das tarefas que, neste domínio, viriam a recair sobre a ANACOM ditaram, desde cedo, a criação de um grupo de trabalho dedicado à análise das questões relativas ao comércio electrónico, ao qual veio a ser dada a designação de UMD-CE - Unidade de Missão e Desenvolvimento para o Comércio Electrónico. Esta unidade tem polarizado em si todas as questões que se prendem com o tema, designadamente ao nível da aplicação do diploma, desenvolvendo um trabalho que se tem revelado positivo e que se corporiza em várias actividades, com destaque para a elaboração desta publicação.

Investida no espírito de missão que sempre tem caracterizado a conduta desta Instituição, a ANACOM posiciona-se agora no sentido de contribuir para a divulgação do comércio electrónico em Portugal, ciente de que tal papel favorece a dinamização e agilização do tráfego mercantil, bem como, a criação de novas áreas de valor económico e, por conseguinte, a geração de riqueza.

Nesta oportunidade, não queríamos deixar de expressar um especial agradecimento ao Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, na pessoa da sua Directora, a Senhora Dra. Assunção Cristas, ao Senhor Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, ao Grupo Sonae, ao Grupo Portugal Telecom e à Microsoft, pelo valioso contributo prestado na elaboração desta obra.

Pretendeu-se, ainda, articular o projecto desta edição com a realização de uma conferência sobre o comércio electrónico, iniciativa que a ANACOM quis que fosse

um importante momento de discussão fundamentada sobre a temática, na sua envolvente jurídica e económica. Neste projecto tivemos o privilégio de contar com o envolvimento de um prestigiado conjunto de personalidades de referência nas matérias, com destaque para os Senhores Professores Doutores Ana Paula Costa e Silva, Luís de Menezes Leitão, José Amado da Silva, José Saldanha Sanches, António Nogueira Leite, para os Senhores Drs. Diogo de Vasconcelos, Jorge Moura Landau, Luís Carlos Franco e Henrique Carreiro e para o Senhor Eng.º Fernando Gonçalves, que tão empenhadamente têm servido o tema e que emprestaram à ANACOM o seu conhecimento. A ANACOM está-lhes, igualmente, muito grata.

Fazemos votos de que o presente Manual contribua para que os grandes agregados de actores do mercado – empresários, intermediários, consumidores, prestadores de serviços de apoio, provedores de soluções tecnológicas – chamem a si uma actuação mais eficiente, de par com uma atitude saudável de respeito pelo quadro legal enformador destas novas e tão importantes realidades.

Se assim for, a Anacom terá visto cabalmente reconhecido o empenho e o esforço postos na produção deste Manual.

Março de 2004

Álvaro Dâmaso

Presidente do Conselho de Administração da Anacom

■ PREFÁCIO

1. Mais do que um fruto da globalização, a Internet representa um dos principais instrumentos desta.

Foi insistentemente fomentada, no âmbito de uma política destinada a alcançar a circulação da informação em tempo real em todo o mundo.

Para isso, começou por se assegurar o veículo. Os meios de telecomunicações foram objecto, sobretudo na viragem dos anos 90, duma acelerada privatização, numa simultaneidade em quase todo o mundo que não pode deixar de impressionar. Ainda quando esta não se conseguisse, impôs-se a “rede aberta”, pela qual as empresas de comunicação deveriam deixar transitar todas as mensagens, qualquer que fosse a sua proveniência.

Sobre esta base, acompanhando o desenvolvimento tecnológico, se arquitecta a Internet, como rede das redes mundial.

Isto levou a que praticamente em todo o mundo passassem a estar disponíveis auto-estradas da comunicação que permitem conexão e interactividade permanentes. Através delas a comunicação ponto a ponto ou multiponto é sempre possível, e com isto pode-se difundir em tempo real a informação que se deseja.

Este é aliás uma motivação fundamental neste processo porque, para usar uma síntese politicamente incorrecta: quem domina a informação domina o mundo.

Mas outro objectivo se desenha desde cedo, agora no plano económico. A Internet pode representar mais que rede desinteressada de comunicação entre cientistas ou de diálogo entre internautas. Pode ser um poderoso veículo de negócios. Com isto vemos a Internet, nos anos mais recentes, transformar-se rapidamente numa rede comercial.

Esta rede comercial oferece vantagens muito grandes. Permite com um investimento mínimo que as empresas façam negócios em todo o mundo. Deixam de ter de abrir lojas físicas ou de fazer qualquer outro tipo de localização nos países de destino. Os sítios (*sites*) são lojas “virtuais” que disponibilizam produtos ou serviços por cima das regras económicas que pautam o comércio dos países de destino, ou mesmo das regras internacionais. As barreiras comerciais e aduaneiras, bem como os sistemas tributários nacionais, são com facilidade ultrapassados. A globalização económica consegue um progresso flagrante.

Há uma boa globalização e uma má globalização. A má globalização revela-se na posição de predomínio que a si mesmos se reservam aqueles que têm as rédeas do sistema. É muito elucidativo o que se passa com os nomes de domínio. São geridos

pelo ICANN, entidade privada norte-americana cujo controlo pelo Governo dos Estados Unidos é obvio. Nem mesmo na aparência a estrutura implantada é internacional. Aqui apenas há globalização no sentido que um só país detém as chaves de um sistema que constitui uma estrutura básica de todo o mundo de hoje.

2. O significado económico do comércio electrónico é revolucionário, e será analisado na primeira parte deste livro. Natural é porém que nos preocupemos mais com as suas repercussões a nível nacional e a nível comunitário.

A Comunidade Europeia defronta-se com o grande avanço alcançado pelos norte-americanos no domínio da informática e da Internet em geral, e no do comércio electrónico em particular. Mesmo assim, e no seguimento de deliberações do G-7, não adoptou uma atitude restritiva, muito pelo contrário, tomou como objectivo prioritário impulsionar o desenvolvimento do comércio electrónico e da Internet em geral.

As razões são várias. A que foi principalmente invocada foi a necessidade de conseguir competitividade em relação às empresas norte-americanas. Outras porém existem, de carácter mais localizado.

Uma das principais preocupações da Comunidade foi sempre a de assegurar uma comunicação fluida entre os países que a integram. Sirva de exemplo o que se passou com as vias de comunicação terrestre. Com isto ficava assegurada a comunicação e a coesão, que davam a base para a livre circulação de mercadorias e de serviços que se desejava. Foi por isso que a vantagem mais visível que Portugal retirou da sua adesão ao Mercado Comum foi a transformação radical das suas infra-estruturas de circulação terrestre.

As comunicações electrónicas em rede trouxeram por sua vez oportunidade de dar outro salto em frente no domínio das comunicações. Elas permitiam um intercâmbio constante de dados em tempo real entre os países comunitários e destes com o exterior. Com o que se alcançava uma igualdade de condições de todos os operadores, onde quer que se localizassem na Comunidade, porque se afastavam os obstáculos de espaço e de tempo à concorrência intracomunitária.

Com isto as empresas dos vários países comunitários estavam em condições de concorrer nos mercados dos outros sem necessidade de se localizarem. Por exemplo, uma empresa pode concorrer a uma empreitada de obras públicas em país longínquo sem que os seus agentes pisem sequer o país de destino. Basta que os termos do concurso constem da Internet e que as propostas possam ser enviadas

por via electrónica. O espaço real da concorrência intercomunitária alargou-se assim subitamente de modo considerável.

Com isto a “loja” ou empresa virtual passa a ser também um objectivo comunitário, por força do impulso de grandes empresas em condições de melhor dominarem esse meio de actuação. A política comunitária tem como um dos pilares fomentar a equiparação ao comércio real daquilo que passou a chamar-se o “virtual”.

A Directiva n.º 00/31/CE, de 8 de Junho, marca no plano jurídico o culminar desta política, e marca também simultaneamente o ponto de partida para novas etapas. O art. 9/1 estabelece o princípio da equiparação dos contratos celebrados por via electrónica aos contratos celebrados pelos meios comuns. É uma posição muito arrojada e mesmo, tendo em vista as condições existentes, prematura, mas exprime uma vontade e impõe uma política. Os problemas suscitados terão agora de ser resolvidos a esta luz. Mas a penetração nos vários países da Comunidade tem doravante uma base nova e indiscutível.

3. Há depois as repercussões nacionais do comércio electrónico. A situação não é a mesma nos vários países: os melhor equipados para este tipo de comércio ganham uma vantagem substancial sobre os restantes.

Ocupemo-nos da situação portuguesa. As empresas portuguesas não têm normalmente uma posição favorecida no comércio comunitário, quer pela dimensão, quer pela fragilidade financeira média, quer por outros factores. A técnica informática, sendo embora em Portugal apreciável no ponto de vista do conhecimento, fraqueja quando se trata do aproveitamento prático generalizado desse conhecimento. Não se expandiu ainda a muitas pequenas e médias empresas. O que significa que a concorrência em base informática traz para a empresa portuguesa comum uma nova desvantagem.

A medalha tem também o seu reverso. As empresas portuguesas que, pela sua pequena dimensão, não podiam aspirar a ter delegações no exterior têm agora a possibilidade de suprir essa falta pela actuação em rede. Poderão penetrar em mercados que lhes estavam na prática vedados, desde que consigam apetrechar-se ou reconverter-se de maneira a competir através do novo veículo. Os mais capazes poderão com isto sobressair.

Isso não impede que haja que reconhecer que, em conjunto, a situação para a empresa portuguesa é problemática. A vantagem que algumas empresas possam ganhar no exterior é ultrapassada pelo facto de a empresa estrangeira passar

a concorrer em Portugal através da rede, sem investimento local e em igualdade de condições com os concorrentes portugueses.

Já se anuncia que concursos ou adjudicações importantes passarão a fazer-se exclusivamente em rede. É sem dúvida muito vantajoso para empresas estrangeiras mas tem um custo pesado: a maioria das empresas portuguesas ficará impedida de concorrer, porque não tem a técnica que lhe permita dominar o veículo informático. Haverá assim, pelo menos de início, um recuo na possibilidade de intervenção da empresa nacional. Por mais fatal que seja viver e afrontar esta transição, é indispensável que não ignoremos as circunstâncias, nem se percam de vista os tempos necessários para que se complete.

4. A partir de agora, é um princípio fundamental da ordem jurídica portuguesa o da equiparação da negociação virtual à real. E isso abre simultaneamente um mundo de indagações.

Parece prudente começar por questionar a exactidão do próprio princípio. Verdadeiramente, há muito mais uma equiparação dos efeitos que a das realidades, que não podem deixar de ser diversas.

Uma substituição açodada dos veículos pode trazer más surpresas, pelo que haverá toda a vantagem em preveni-las ou antecipá-las.

Comecemos por um exemplo em sector conexo. Parece excelente substituir a papeleta que o médico preenche no hospital e deixa à cabeceira do doente por uma mensagem que fica disponível na rede informática do hospital.

Mas a informática é facilmente vulnerável, como o demonstram as infundáveis histórias dos *hackers* que desafiam os mais sofisticados sistemas de segurança na rede. E assim passa a ser possível o homicídio informático hospitalar: basta substituir a medicação prescrita pelo médico por uma dosagem mortal, o que não deve ser nada difícil dada a fragilidade das redes informáticas internas. A papeleta, tão primitiva, dava afinal maiores garantias.

Já directamente dentro do nosso tema estão a assinatura electrónica e a certificação. Afirma-se enfaticamente que a assinatura electrónica é o mesmo que a assinatura manual. Mas não é. A assinatura manual identifica como autor uma pessoa. A assinatura electrónica dá uma identificação electrónica: é uma expressão que vale por si, sem dependência de qualquer demonstração de quem foi o operador humano que em concreto a fez emitir. A assinatura manual falsificada é a que não provém da pessoa que é identificada como autor. A assinatura electrónica pode não provir da pessoa que seria identificada como autor e todavia estar (electronicamente)

perfeita. Não foi falsificada: é genuína. O facto de ter sido utilizada abusivamente por terceiro não tira nada à genuinidade da assinatura: esse facto já está fora do universo e da coerência virtuais.

E que dizer da contratação electrónica, e da sua equiparação à contratação real? Serão o mesmo? A experiência terá uma palavra muito importante a dizer neste domínio, que é aliás objecto de exame específico neste livro. Para já, o regime da conclusão dos contratos no mundo real e no virtual não é idêntico. O esquema simples da proposta-aceitação é substituído por um bem mais complexo, em que haverá nos casos-padrão que passar por uma disponibilização em linha, uma ordem de encomenda, um aviso de recepção e uma confirmação da ordem de encomenda. A análise dirá se tudo isto se reconduz aos quadros da contratação tal como prevista até agora¹.

São assim variados os aspectos, como resulta destes exemplos, sobre os quais se abre a necessidade da reflexão, após proclamado o princípio da equiparação do comércio virtual ao comércio real. Os casos que apresentámos são meras ilustrações. Este livro pretende abrir a reflexão, oferecendo uma primeira reacção sistemática ao diploma recém-aprovado.

5. O comércio electrónico implica também uma mudança de rumo por parte da Administração.

A Administração tem os seus hábitos. Tem de tomar posição perante as posições e pretensões dos particulares, para resolver ou prevenir litígios, mas fá-lo seguindo praxes que tendem por defesa a tornar-se rotineiras e reservando-se largos tempos para que os processos “corram”.

Mas tudo tem de mudar perante a emergência de um veículo de comunicação **que está disponível para todos permanentemente e em tempo real.**

E nomeadamente, a Administração terá de intervir quando surjam conteúdos em rede que sejam flagrantemente ilícitos; ou quando se levantem litígios cuja irresolução imediata lesaria gravemente a operacionalidade da rede.

Verificar-se-á que a Internet exige o funcionamento da Administração por 24 em cada 24 horas, sete dias por semana, de maneira a dar resposta atempada às demandas que ponham em causa o funcionamento da rede.

Isto começa a ser reconhecido. Assim, a Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa de 23.XI.01 prevê no seu art. 35 a “rede 24/7”: ou seja, que “cada parte designa uma entidade contactável 24 horas por dia nos sete dias da semana, para assegurar a assistência imediata a investigações relativas

¹ Não queremos deixar de acentuar que, sendo embora este ponto o de maior complexidade na transposição da directiva sobre comércio electrónico e tendo sido solicitadas observações, recebemo-las numerosas sobre muitos outros pontos; mas não recebemos uma única sobre a contratação electrónica!

a infracções penais ligadas a sistemas e dados informáticos, ou para recolher provas sob forma electrónica duma infracção penal”. Isso permitirá a cooperação na colecta em tempo real de dados relativos ao tráfego (art. 33), bem como em matéria de interceptação de dados relativos ao conteúdo (art. 34).

No que respeita aos litígios que tenham como causa os conteúdos disponibilizados na rede, o Dec.-Lei n.º 7/04, de transposição da directiva sobre comércio electrónico, trouxe uma solução pioneira.

Baseia-se na ponderação que um conteúdo ilícito disponibilizado na Internet pode, se não for rapidamente atalhado, ter consequências gravíssimas, pela velocidade de propagação de que é susceptível. Os provedores de armazenagem em servidor devem, a partir do momento em que tenham conhecimento da ilegalidade da mensagem, actuar com diligência no sentido de indisponibilizar o seu acesso; mas não podem ser sobrecarregados com uma função de peritos jurídicos, pois não é exigível que tenham preparação técnica para tal nem que se lhes imponha essa actuação.

Por isso, quer a directiva (art. 14/3) quer a lei portuguesa (art. 18) prevêm a possibilidade de intervenção de uma autoridade administrativa que pode ordenar a remoção ou impossibilitação de acesso a uma informação.

O sistema do art. 18 respeita à solução provisória de litígios. Um determinado conteúdo em rede pode ser contestado por terceiro, por violação de direitos intelectuais, por ofensas pessoais, por concorrência desleal e por tantas outras razões. O interessado pode pedir ao provedor intermediário de serviços a retirada daquele conteúdo. Mas o provedor intermediário de serviços, que não é juiz, não pode arriscar-se, dando satisfação, a ofender os direitos de quem colocou o conteúdo em rede e a ser em consequência responsabilizado por isso. Pelo que só é obrigado a satisfazer o pedido se a ilegalidade for **manifesta**.

O provedor de serviços pode errar: ou porque retirou quando não devia, ou porque não retirou e devia fazê-lo. É necessário, a bem da funcionalidade da rede, que haja um meio célere de resolver se aquele conteúdo se mantém sem se afrontarem as delongas dum processo judicial.

O Dec.-Lei n.º 7/04 abre então a possibilidade de recurso a um órgão administrativo para esse efeito. Escolhe, racionalmente, aquele a quem couber a supervisão do sector em causa. Se nalgum domínio não houver órgão especificamente designado, cabe à ANACOM a competência residual para intervir.

Este órgão determinará, em 48 horas, se aquele conteúdo deveria ter sido retirado ou não. Tal como se dispõe para o provedor intermediário de serviços, só o mandará

retirar se a ilicitude do conteúdo for manifesta. Se o não for, aquele conteúdo será mantido. Estabiliza-se assim uma situação de facto provisória, objecto de duas verificações concernentes à ilicitude manifesta, que subsistirá enquanto não sobrevier pronúncia judicial que a revogue ou absorva. Mas a entidade de supervisão não está inibida, no tempo intermédio, de alterar uma ou mais vezes a sua decisão, havendo razões para tanto.

Temos assim uma decisão puramente administrativa, tomada no exercício da atribuição que à Administração cabe de assegurar a funcionalidade da rede; mas que não invade a reserva de jurisdição, pois deixa sempre aberto o recurso a juízo. A Administração não julga nem sanciona, apenas determina qual o estado em que o sítio fica enquanto não surge uma decisão definitiva. Evita que permaneçam imagens ou mensagens manifestamente ilícitas (pedófilas, por exemplo) e que se prolonguem litígios sem que se faça uma primeira apreciação sobre haver ou não uma ilicitude *manifesta*.

Mais do que isso porém – o juízo definitivo sobre a eventual ilicitude só poderá ser emitido em juízo. E os interessados estão sempre livres de recorrer a tribunal, mesmo antes de ter havido pronúncia administrativa, se quiserem. Também qualquer sanção do eventual ilícito só por tribunal pode ser pronunciada.

Esta é a solução original da lei portuguesa. Como é natural, sendo uma solução pioneira assusta os que buscam a tranquilidade dos métodos de transposição por fotocópia. Cremos porém que tem flagrante adequação à problemática da Internet, respeitando ao mesmo tempo os princípios básicos da nossa ordem jurídica.

6. Este livro pretende trazer uma primeira reacção à emergência da disciplina do comércio electrónico, que tem, dissemos, por ponto central a equiparação da via virtual a via real.

Pretende fazê-lo quer no domínio económico quer no domínio jurídico. Pelo contrário, não se ocupa de desenvolvimentos tecnológicos, pois seria deslocado fazê-lo aqui.

No domínio económico estará em causa o fenómeno macro-económico, numa perspectiva global; mas estará igualmente o seu significado no nível empresarial, perguntando-se o que representa para as empresas.

Num e noutro plano, ter-se-ão particularmente em atenção as manifestações e processos em curso na Comunidade Europeia, que dão o enquadramento material para a disciplina contida na Directiva n.º 00/31.

Particularmente no nível empresarial, o realce será dado ao caso português, explorando-se as oportunidades, expectativas e riscos a que a empresa portuguesa está sujeita no novo enquadramento.

Ainda outra perspectiva não pode deixar de ser aprofundada: a do consumidor. Os países mais desenvolvidos procuram hoje contrabalançar, com a outorga duma protecção específica ao consumidor, a protecção muito avançada que atribuem às suas empresas. A situação de inferioridade deste, que se reconhece, seria combatida sobretudo por meio de informação. Isto é muito patente na própria directiva sobre comércio electrónico, pois numerosos preceitos desta estabelecem deveres de informação ao consumidor; deveres esses que ainda se sobrepõem a outros deveres de informação constantes já de diplomas comunitários, sobretudo da directiva sobre contratos a distância, que são expressamente mantidos pela nova directiva.

Parte-se do princípio que, se tiver informação completa, o consumidor deixa de padecer da sua secular vulnerabilidade em relação ao fornecedor. Isto justifica que se mantenham os princípios comuns do *pacta sunt servanda*.

Será assim tão simples? É mais uma questão a ponderar em particular no seio do comércio electrónico. Questão espinhosa, a somar a muitas outras, que contribuem para que fora do círculo dos iniciados a Internet continue a configurar-se como uma selva hostil.

7. A segunda parte deste livro será dedicada especificamente à perspectiva jurídica. Também aí, algumas considerações prévias são necessárias.

Mas abstenho-nos de o fazer agora, porque a segunda parte será encabeçada por uma introdução específica a essa problemática.

José de Oliveira Ascensão

PERSPECTIVA ECONÓMICA

■ 1. PERSPECTIVA ECONÓMICA

■ ■ 1.1. INTERNET E O COMÉRCIO ELECTRÓNICO

Nos dias de hoje, é cada vez mais comum ouvir falar de “comércio electrónico”, “dinheiro digital”, “transacções *on-line*”, “banca *on-line*”, *etc.* A cada uma destas expressões associam-se outros tantos factores de inovação tão característicos da sociedade actual, os quais, têm vindo a transformar a forma como orientamos as nossas vidas ou gerimos os nossos negócios.

Em particular, podemos afirmar que a realidade do comércio electrónico deve grande parte do seu sucesso à confluência única entre a tecnologia, a criatividade e o capital. A tecnologia tem disponibilizado novas funcionalidades e instrumentos às empresas, que lhes permite serem conduzidas de uma forma rápida, eficiente e segura; a criatividade tem permitido aos empresários romper com os paradigmas da “velha economia” – que se baseia na indústria tradicional e nos antigos modelos de produção industrial – para oferecer soluções através de estruturas de negócio novas, excitantes e, muitas vezes, radicalmente diferentes; e o capital, motor de qualquer economia, tem proporcionado o suporte financeiro necessário para colocar estas vertentes técnicas e humanas em movimento.

O desenvolvimento e expansão dos computadores e das redes de comunicação ao longo dos últimos anos levou a que certos observadores estabelecessem alguns paralelismos entre a Revolução Digital do século XXI e a Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX que, como é do conhecimento geral, alterou, de forma vincada a configuração económica e social da Inglaterra, e depois do mundo. Em resultado da disseminação das redes informáticas, foram alcançadas novas fontes de eficiência e desenvolvidos e adoptados novos métodos de organização da vida e do trabalho – mediante alterações de hábitos e processos que, em muitos casos, se revelaram tão radicais e transformadoras como aquelas a que se assistiu durante a Revolução Industrial.

Desde o surgir das primeiras redes informáticas até à criação do correio electrónico em 1971, da *web* em 1991, dos *browsers* em 1993 e dos populares serviços *on-line* em 1995, a Internet alterou a forma como milhares de pessoas passaram a lidar com as suas vidas pessoais e profissionais. No que diz respeito à esfera económica, a Internet tem vindo a alterar as tradicionais formas de relacionamento entre compradores e vendedores, oferecendo novos modelos de compra, de venda e de fornecimento de serviços aos clientes.

Apesar da adopção do comércio electrónico, por parte das empresas, remontar ao início dos anos 70, mediante a utilização de sistemas desenvolvidos com base na tecnologia EDI (*Electronic Data Interchange*), foi com a Internet, mais concretamente com a *web*, que o comércio electrónico conheceu a sua mais acentuada fase de desenvolvimento, tornando-se num dos principais domínios da revolução digital com que as economias e sociedades contemporâneas hoje se deparam.

■ ■ ■ 1.1.1. DEFINIÇÃO E ÂMBITO

O que é, afinal, o comércio electrónico? Uma definição preliminar poderia resumir-lo ao acto de realizar negócios por via electrónica. Contudo, esta seria uma forma muito simplista de caracterizar um fenómeno que tem vindo a provocar mudanças tão drásticas e rápidas nas estruturas de mercado, sociais e financeiras a nível mundial. De uma forma um pouco mais elaborada, poderia ser também definido como “qualquer tipo de transacção comercial, em que as partes envolvidas interajam electronicamente e não através de trocas ou contactos físicos”¹.

Contudo, para chegar a uma definição mais clara e exaustiva de comércio electrónico, parece-nos útil começar por precisar o que se entende por “comércio”.

Segundo o *American National Standards Institute* (ANSI), comércio é “o processo pelo qual uma encomenda é colocada ou aceite, representando, como consequência, um compromisso para uma futura transferência de fundos em troca de bens ou serviços”.

Tomando como base esta formulação, e adoptando uma definição na linha seguida pela *International Data Corporation* (IDC)², podemos então designar por comércio electrónico todo o processo pelo qual uma encomenda é colocada ou aceite através da Internet, ou de outro qualquer meio electrónico, representando, como consequência, um compromisso para uma futura transferência de fundos em troca de produtos ou serviços.

O Eurostat³, que adopta uma definição na linha adoptada pela OCDE, define o comércio electrónico como “a transacção de bens e serviços entre computadores mediados por redes informáticas, sendo que o pagamento ou entrega dos produtos transaccionados não terá que ser, necessariamente, feito através dessas redes”.

Desta forma, o que distingue este tipo de comércio do estilo tradicional de comércio é, principalmente, a forma como a informação é trocada e processada entre as partes intervenientes. No caso do comércio electrónico, em vez de existir um contacto pessoal directo entre ambas as partes, a informação é transmitida através de uma rede digital ou de outro qualquer canal electrónico.

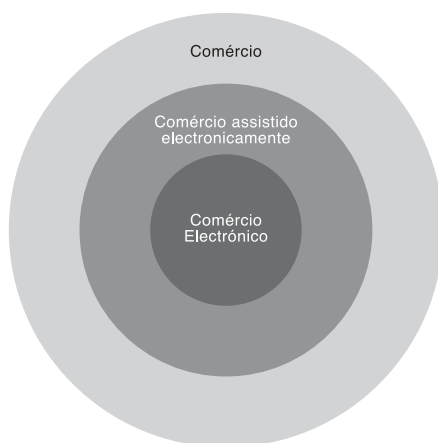
¹ Cfr. Jesus, Rui (1997), *O Net-Comércio em Portugal: a Actuação das Empresas na World Wide Web*, Universidade do Minho, Braga, 1997, p. 5.

² Cfr. IDC (2002a), *eBusiness: Análise do Mercado e Tendências de Investimento, 2001-2005*, IDC Portugal, Lisboa, Maio de 2002.

³ Cfr. Eurostat (2002), *E-Commerce in Europe: Results of the Pilots Surveys Carried Out in 2001*, European Commission, Eurostat, Luxembourg, July 2002.

Sendo um processo comercial constituído, basicamente, por seis etapas (desde a fase da recolha de informação até à fase da entrega dos produtos ou serviços adquiridos)⁴, sabemos que basta chegar à fase do processo em que se dá o compromisso de negócio para se estar perante a consumação de comércio. Daí que, tendo como base as definições acima apresentadas, possamos concluir que, uma vez o compromisso entre as partes seja estabelecido por via electrónica, também o valor envolvido na transacção poderá, por sua vez, ser considerado comércio electrónico.

Para mais facilmente se entender o enquadramento deste tipo de comércio, apresenta-se de seguida uma figura, onde se evidencia a relação que se estabelece entre as diferentes formas de comércio.



● Figura 1 - Tipos de Comércio
- Fonte: Adaptado de IDC (2002a).

Se em qualquer uma das três primeiras fases de um processo comercial – recolha de informação, contacto ou negociação – houver, em maior ou menor grau, recurso a meios electrónicos, então, tal como consta da figura 1, denominaremos esse tipo de comércio de **comércio assistido electronicamente**. Já se, além disso, o próprio compromisso de negócio for também assumido por via electrónica estaremos na presença de **comércio electrónico**.

O comércio electrónico incluirá, assim, o valor de todas as transacções resultantes de uma ordem explícita de compra realizada através de qualquer meio electrónico, tais como o telex, o telefone, o fax, o EFT (*Electronic Funds Transfer*), o EDI,

⁴ Quando observado na perspectiva do consumidor, o Processo Comercial consiste nas seis fases seguintes: *recolha de informação*, onde o potencial comprador procura e recolhe informação acerca de um determinado produto; *contacto*, onde o comprador se identifica ao potencial vendedor e inicia com este uma troca de informações acerca do produto em questão; *negociação*, onde o comprador e o vendedor discutem as características, funcionalidades e preço do produto; *compromisso*, onde o comprador se compromete, perante o vendedor, a adquirir o produto; *pagamento*; e *entrega* do produto adquirido.

o correio electrónico (*e-mail*), ou, mais recentemente, a *web* (*World Wide Web*)⁵. O seu traço distintivo reside no facto de o acto da encomenda ser feito por via electrónica e de, por essa via, se assumir um compromisso de transferência de fundos em troca de bens ou serviços.

Atendendo às definições avançadas, podemos ainda identificar dois tipos de actividades distintas dentro do comércio electrónico: uma directa, outra indirecta.

- O **comércio electrónico directo** consiste na encomenda, pagamento e entrega *on-line* de produtos (bens incorpóreos) ou serviços. Este tipo de comércio electrónico permite a existência de transacções electrónicas sem quaisquer interrupções ou barreiras geográficas, permitindo dessa forma explorar todo o potencial dos mercados electrónicos mundiais.

- O **comércio electrónico indirecto** consiste na encomenda electrónica de produtos que, pela sua natureza tangível (bens corpóreos), continuam a ter de ser entregues fisicamente, utilizando para esse efeito os tradicionais canais de distribuição. Ao contrário da actividade directa, o comércio electrónico indirecto não permite explorar todo o potencial dos mercados electrónicos mundiais, sendo que, para retirar um maior benefício das suas vantagens, será necessária a existência de canais internacionais de distribuição eficientes e em número suficiente para assegurar a entrega desses produtos.

■ ■ ■ 1.1.2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Até ao momento de criação da *web*, o comércio electrónico registava um crescimento discreto, sendo um fenómeno praticamente desconhecido para a generalidade da população. De facto, a maioria das pessoas apenas se apercebeu da sua existência através do uso dos cartões de crédito e de débito. No entanto, com o surgir da *web*/Internet, na primeira metade dos anos 90, os serviços electrónicos começaram a proliferar em todo o mundo.

Ainda assim, apesar de só a partir dessa data se ter assistido à emergência de um vasto conjunto de aplicações comerciais via Internet, não devemos negligenciar o mais longo historial do comércio electrónico na comunidade empresarial. Na verdade, já desde inícios dos anos 70 que as empresas começaram a adoptar o comércio electrónico.

Durante essa década, os mercados financeiros assistiram às primeiras mudanças resultantes da introdução de uma das mais elementares formas de comércio electrónico – o serviço EFT (*Electronic Funds Transfer*) – que consistia na realização de transferências electrónicas de fundos entre bancos, que funcionavam com

⁵ A *World Wide Web* (*web*) corresponde à parte gráfica da Internet. Dada a forte convergência dos utilizadores da Internet e da *web*, assim como o uso indiscriminado destes dois termos por parte da grande maioria dos agentes, passaremos a atribuir o mesmo significado a estas duas tecnologias.

a segurança das redes privadas. Com a utilização deste serviço, conseguiu-se otimizar os pagamentos electrónicos através da troca electrónica de informação entre as instituições financeiras.

Entre os anos 70 e inícios dos anos 80, o comércio electrónico difundiu-se pelas empresas na forma de mensagens electrónicas por meio do EDI e do correio electrónico, sendo a principal diferença entre ambos o facto do EDI se tratar da transferências de dados estruturados (transferência de informação “de aplicação para aplicação”), enquanto que o correio electrónico se relaciona com a transferência de dados não estruturados (transferência de informação “de pessoa para pessoa”).

Em meados da década de 80, um tipo completamente diferente de tecnologia de comércio electrónico começou a ser adoptado pelos consumidores, na forma de serviços *on-line*, que forneciam um novo estilo de interacção social (IRC – *Internet Relay Chat*) e partilha do conhecimento (novos grupos de discussão e o FTP – *File Transfer Protocol*). Nomeadamente, com o FTP passou a ser possível transferir ficheiros entre computadores, mesmo que tivessem sistemas operativos distintos.

Finalmente, em finais dos anos 80 e inícios da década de 90, as tecnologias de mensagem electrónica tornaram-se uma parte integral das transacções ou sistemas colaborativos em rede. Todavia, tal como já se referiu, é nos anos 90, com a chegada da *web*, que se assiste a uma grande mudança no comércio electrónico, através de uma mais fácil utilização de soluções tecnológicas cada vez mais sofisticadas, no que toca aos problemas da publicação e difusão de informação e da realização do comércio através das mais variadas formas.

Se as primeiras e mais elementares formas de comércio electrónico remontam mesmo à utilização de tecnologias como o telex e o telefone, abarcam, também, mais recentemente, as máquinas de fax, máquinas ATM (*Automatic Teller Machine*), pontos de venda POS (do inglês, *Point of Sale*) ligados aos bancos, ou a troca de *e-mails* entre computadores.

Contudo, entre as formas de comércio electrónico que antecederam o uso da *web*/Internet (também designadas de comércio electrónico tradicional)⁶, destaca-se, como modelo mais elaborado, os sistemas desenvolvidos com base na tecnologia EDI (*Electronic Data Interchange*). Como já foi exposto, esta tecnologia remonta aos anos 70 e surgiu por influência dos grandes grupos económicos que actuavam em sectores com elevados volumes de procura, tais como as indústrias automóvel e alimentar.

Funcionando como uma forma estruturada de trocar dados entre as empresas (dados associados a documentos, tais como notas de encomendas, facturas, guias

⁶ Cfr. Silva, M., Silva, A., Romão, A. e Conde, N. (2003), *Comércio Electrónico na Internet*, 2ª edição, Lidel, Lisboa, 2003.

de remessa, ordens de pagamento, *etc.*), o EDI permitiu às empresas automatizar os seus procedimentos de compra, por exemplo, ligando os grandes retalhistas aos seus fornecedores, limitando assim o recurso ao papel e permitindo automatizar a gestão dos *stocks*.

Apesar destas vantagens, o EDI tinha várias características que, geralmente, o confinavam às grandes empresas e grupos económicos. Entre elas, a mais significativa era a necessidade de instalar redes de comunicação privadas entre as partes intervenientes, tendencialmente bastante dispendiosas. Além disso, o EDI operava de uma forma relativamente rígida, não permitindo grandes oportunidades para discussão ou negociação entre as empresas envolvidas.

Outros tipos de comércio electrónico que antecederam a popularização da *web*/Internet foram os baseados em Redes Proprietárias. Exemplos de sucesso nesta classe de comércio electrónico são a *America Online*, a *Compuserve* ou a *Minitel*. Com as Redes Proprietárias, as transacções eram efectuadas tendo em conta um conjunto de pressupostos predefinidos pela gestão dessas redes e aceites por todos os membros utilizadores.

A grande diferença entre este modelo de comércio electrónico e o proporcionado pelo advento da *web*/Internet é que, no caso da Internet, não existe uma única entidade a gerir e explorar as redes e respectivas infra-estruturas, mas sim um número elevado e distinto de entidades. De uma forma geral, no comércio electrónico via Internet, as partes envolvidas numa transacção não se conhecem antecipadamente, não tendo igualmente de aceitar um conjunto de regras preestabelecidas, como no caso das Redes Proprietárias.

O advento da Internet nos anos 90 veio, então, dar origem a um novo paradigma para o mundo dos negócios. Para as empresas, a Internet traduziu-se em alterações muito mais profundas e fundamentais do que as alcançadas com o EDI (até então, o sistema de comércio electrónico mais elaborado e difundido no meio empresarial). Funcionando como uma rede global, a Internet associa à vantagem de ser universal, o facto de apresentar baixos custos de acesso e funcionamento, facilidade de uso, flexibilidade e interactividade.

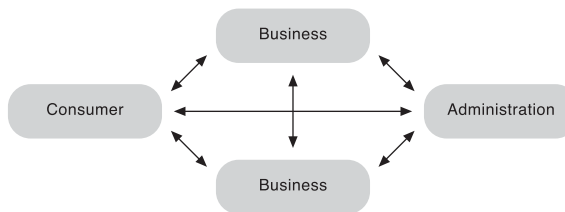
Na esmagadora maioria dos casos, a Internet veio possibilitar que as partes envolvidas nos processos comerciais passassem a poder encontrar-se e negociar de forma mais eficiente, criando novos mercados e oportunidades para a reorganização dos processos económicos. A Internet mudou também a forma como os produtos e serviços passaram a ser encomendados, distribuídos e transaccionados, e como as empresas e consumidores passaram a procurar e adquirir os seus produtos.

1.1.3. PRINCIPAIS TIPOS DE COMÉRCIO ELECTRÓNICO

De entre as inúmeras possibilidades existentes para a classificação do comércio electrónico (consoante, por exemplo, o tipo de produto ou serviço transaccionado, o sector de actividade a que correspondem, a tecnologia de suporte usada, os montantes envolvidos nas transacções ou o tipo de intervenientes no processo), a literatura tem recorrido, preferencialmente, à que se baseia no tipo de intervenientes envolvidos nas transacções.

De acordo com esta classificação, reconhecem-se quatro tipos principais de comércio electrónico:

- *Business-to-Business* (B2B);
- *Business-to-Consumer* (B2C);
- *Business-to-Administration* (B2A); e
- *Consumer-to-Administration* (C2A).



● Figura 2 - Tipos de Comércio Electrónico

1.1.3.1. BUSINESS-TO-BUSINESS (B2B)

O comércio *Business-to-Business* (B2B) engloba todas as transacções electrónicas efectuadas entre empresas. Correspondendo, actualmente, a cerca de 90% do comércio electrónico realizado em Portugal, o comércio B2B desenvolve-se, basicamente, em três grandes áreas: o *e-Marketplace*, o *e-Procurement* e o *e-Distribution*.

Os *e-Marketplaces* consistem em plataformas electrónicas onde as empresas, ora assumindo a posição de comprador, ora a de vendedor, se reúnem à volta de um mesmo objectivo: estabelecer laços comerciais entre si. Estes mercados digitais podem assumir uma forma vertical, quando apenas são frequentados por empresas de uma indústria específica, ou horizontal, caso em que é permitida a participação de empresas de várias indústrias ou ramos de actividade.

Os *e-Procurements* são plataformas electrónicas especificamente desenvolvidas para suportar o aprovisionamento das organizações, permitindo que estas optimizem

a cadeia de fornecimento em termos de tempo e de custos, através da automatização das interacções com as centrais de compras dos seus fornecedores.

Os **e-Distributions** consistem em plataformas electrónicas concebidas para integrar as empresas com os seus distribuidores, filiais e representantes, permitindo efectuar uma variedade de tarefas, desde uma simples consulta a um catálogo electrónico até à emissão de facturas e recepção de mercadorias.

Apesar do comércio B2B já se praticar há algumas décadas, nomeadamente com a utilização da tecnologia EDI, é com o recurso às mais recentes tecnologias disponíveis que o modelo B2B tem vindo a incentivar inovadoras formas de cooperação empresarial, tornando as empresas cada vez mais competitivas e ajudando-as a enfrentar, com sucesso, os novos desafios da globalização.

1.1.3.2. *BUSINESS-TO-CONSUMER* (B2C)

O segmento *Business-to-Consumer* corresponde à secção de retalho do comércio electrónico e caracteriza-se pelo estabelecimento de relações comerciais electrónicas entre as empresas e os consumidores finais. O estabelecimento deste tipo de relações pode ser mais dinâmico e mais fácil, mas também mais esporádico ou descontinuado.

Este tipo de comércio tem-se desenvolvido bastante devido ao advento da *web*, existindo já várias lojas virtuais e centros comerciais na Internet que comercializam todo o tipo de bens de consumo, tais como computadores, *software*, livros, CDs, automóveis, produtos alimentares, produtos financeiros, publicações digitais, *etc.*

Quando comparado com uma situação de compra a retalho no comércio tradicional, o consumidor tem mais informação ao seu alcance e passa por uma experiência de compra potencialmente muito mais agradável e confortável, sem prejuízo de obter, muitas vezes, um atendimento igualmente personalizado e de assegurar a rapidez na concretização do seu pedido.

1.1.3.3. *BUSINESS-TO-ADMINISTRATION* (B2A)

Esta categoria do comércio electrónico cobre todas as transacções *on-line* realizadas entre as empresas e a Administração Pública. Esta é uma área que envolve uma grande quantidade e diversidade de serviços, designadamente nas áreas fiscal, da segurança social, do emprego, dos registos e notariado, *etc.* Apesar de este segmento se encontrar ainda numa fase inicial de desenvolvimento, tende a aumentar rapidamente, nomeadamente com a promoção do comércio electrónico na Administração Pública e com os mais recentes investimentos no *e-government*.

1.1.3.4. CONSUMER-TO-ADMINISTRATION (C2A)

O modelo *Consumer-to-Administration* abrange todas as transacções electrónicas efectuadas entre os indivíduos e a Administração Pública. Entre as várias áreas de aplicação, salienta-se a segurança social (através da divulgação de informação, realização de pagamentos, *etc.*), a saúde (marcação de consultas, informação sobre doenças, pagamento de serviços de saúde, *etc.*), a educação (divulgação de informação, formação à distância, *etc.*) e os impostos (entrega das declarações, pagamentos, *etc.*).

Ambos os modelos que envolvem a Administração Pública (B2A e C2A) estão fortemente associados à ideia de modernização, agilização, transparência e qualidade do serviço público, aspectos cada vez mais realçados pela generalidade das entidades governamentais.

■ ■ ■ 1.1.4. ANÁLISE SWOT DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO

Para finalizar esta parte introdutória do manual – onde se tentou proceder à introdução e enquadramento do tema, dando ênfase ao conceito e âmbito do comércio electrónico, à sua evolução histórica e aos principais modelos avançados para este tipo de comércio – vamos proceder a uma análise *Swot* do comércio electrónico. Mais concretamente, vamos tentar enumerar e discutir as principais Forças, Fraquezas, Oportunidades e Ameaças (*SWOT – Strengths, Weakness, Opportunities and Threats*) suscitadas pelo comércio electrónico.

1.1.4.1. FORÇAS

Entre as forças associadas ao comércio electrónico, destacam-se o facto de se poder atingir um mercado à escala global (sem que isso implique, necessariamente, um grande esforço financeiro) e a possibilidade de se desenvolver serviços focados nos consumidores finais. Como consequência, na maior parte dos casos, pode-se aligeirar, ou até mesmo eliminar, a cadeia de distribuição dos produtos. Enumeremos, então, as principais forças associadas ao comércio electrónico:

- **Mercado global:** os limites deste tipo de comércio não são definidos geograficamente, mas antes pela cobertura das redes informáticas, o que permite aos consumidores proceder a uma escolha global (obter informação e comparar as ofertas de todos os potenciais fornecedores, independentemente das suas localizações);

- **Ênfase no consumidor final/personalização dos produtos e serviços:** com a interacção electrónica, os fornecedores conseguem recolher informação sobre os

gostos e necessidades dos potenciais clientes, permitindo dessa forma oferecer produtos e serviços que se adequem às preferências individuais do mercado-alvo;

- **Aumento da produtividade/competitividade/qualidade:** o comércio electrónico permite aos fornecedores colocarem-se “mais próximos” dos clientes, traduzindo-se em ganhos de produtividade e competitividade para as empresas; como consequência, o consumidor sai beneficiado com a melhoria na qualidade do serviço, resultante da maior proximidade e de um suporte pré e pós-venda mais eficiente;

- **Serviços permanentemente operacionais (*from anywhere, at anytime*):** com as novas formas de comércio electrónico, os consumidores passam a dispor de lojas virtuais abertas 24 horas por dia;

- **Aligeirar cadeias de distribuição:** o comércio electrónico pode permitir uma mais eficiente distribuição directa dos produtos pelos consumidores finais (evitando os tradicionais importadores, grossistas e retalhistas), tanto em termos de custos, como em termos de rapidez no serviço; esta característica será ainda mais vantajosa quando se tratar de artigos passíveis de entrega electrónica, caso em que a cadeia de distribuição poderá ser eliminada por completo; e

- **Redução de custos:** quanto mais rotineiro for um determinado processo comercial, maior será a probabilidade do seu desenvolvimento electrónico ser coroado de êxito, resultando numa significativa redução dos custos de transacção e, logicamente, dos preços praticados aos clientes.

Como consequência de todos estes aspectos (que, em maior ou menor grau, estão inter-relacionados), as empresas beneficiarão de um significativo aumento das oportunidades e de um reforço da sua competitividade, o que implicará, igualmente, ganhos ao nível dos consumidores, nomeadamente com a melhoria da qualidade e redução dos preços dos produtos e serviços disponibilizados.

1.1.4.2. FRAQUEZAS

Entre as possíveis fraquezas associadas ao comércio electrónico, podemos destacar:

- **Dependência das TIC:** maior dependência das organizações face às tecnologias da informação e da comunicação;

- **Infra-estruturas de comunicação deficientes ou mal dimensionadas:** possível existência de deficientes infra-estruturas de comunicação e processamento de dados, nomeadamente ao nível da largura de banda e capacidade computacional no acesso a determinados servidores;

- **Elevado custo das telecomunicações:** permanência de elevados custos das telecomunicações, nomeadamente nos países onde existem situações de monopólio (legal ou efectivo) dos operadores de telecomunicações; neste sentido, torna-se necessária a intervenção das entidades reguladoras por forma a permitir a existência de uma concorrência saudável; e

- **Quadro legislativo Insuficiente:** insuficiência de legislação que regule adequadamente as novas actividades do comércio electrónico, quer ao nível nacional, quer ao nível internacional⁷.

Se as anteriores são debilidades intrínsecas ao comércio electrónico, podem também ser enumeradas algumas das suas limitações e fraquezas relativas, quando comparado com as formas tradicionais de comércio:

- **Cultura de mercado avessa às formas electrónicas de comércio:** por exemplo, o facto de os potenciais clientes não poderem tocar ou experimentar os produtos, tal como acontece nas lojas convencionais, poderá ser um impedimento à sua aceitação; e

- **Desvantagem de uma excessiva interacção com os clientes:** quando levada ao extremo, a interacção com os clientes (vista como uma das grandes vantagens do comércio electrónico) pode revelar-se bastante negativa; por exemplo, lidar diariamente com três mil mensagens electrónicas exigirá uma reacção muito mais rápida por parte das empresas, pois um problema não resolvido levará a um cliente insatisfeito.

1.1.4.3. OPORTUNIDADES

São muitas as oportunidades que surgem com o comércio electrónico na Internet. De um modo geral, deverão surgir novas empresas, novos serviços (por exemplo, no fornecimento e suporte de redes informáticas, serviços de directoria e de contacto e todo o tipo de informação *on-line*), novos modelos de negócio (assim como a emergência de novos processos de negócio a partir de empresas tradicionais), novas organizações virtuais, redes de empresas distribuídas geograficamente, *etc.*

Estas oportunidades podem ainda ser apresentadas segundo os agentes e realidades a que dizem respeito:

- **Empresas:** possibilidade de se atingir, mais facilmente, novos e alargados mercados; exigência de novas aplicações, serviços e desafios tecnológicos; menor burocracia nas relações com a Administração Pública;

⁷ A este respeito, os membros da Comunidade Europeia estão a reforçar um conjunto de objectivos para regulamentar o sector, não se tratando contudo de tarefa fácil, já que alguns dos países têm em vigor legislação não só diferente como, por vezes, também contraditória.

- **Instituições Financeiras:** novos tipos de transacções comerciais e serviços centrados nos clientes;
- **Administração Pública:** maior agilidade, transparência e eficiência, assim como uma maior proximidade dos cidadãos e das empresas;
- **Ensino:** novas formas de ensino e aprendizagem, suportadas por plataformas de *e-learning*; e
- **Empregados/Empresas:** desenvolvimento do trabalho à distância e trabalho domiciliário.

1.1.4.4. AMEAÇAS

Um dos factores que pode ameaçar a emergência do comércio electrónico é a falta de consciencialização para o mesmo. Ou seja, existe o perigo de muitas empresas (nomeadamente as PME's) ficarem para trás e em situação de desvantagem, simplesmente por desconhecerem as possibilidades e oportunidades proporcionadas por este novo tipo de comércio. Torna-se, portanto, urgente consciencializar a sociedade em geral, e o mundo empresarial em particular, dos benefícios do comércio electrónico, divulgar exemplos da sua aplicação, bem como providenciar educação e formação adequada.

Outra grande ameaça consiste em deixar de fora uma percentagem significativa da população ou do tecido empresarial deste novo modelo sócio-económico, quer por falta de infra-estruturas de comunicação e computação adequadas e a baixo custo, quer por insuficiente formação e educação, quer, ainda, por falta de recursos financeiros para sustentar este movimento.

A outros níveis, podem também considerar-se ameaças à intensificação deste processo evolutivo, a perda de privacidade dos utilizadores, a perda de identidade cultural e económica das regiões e países, ou a insegurança na realização das transacções comerciais.

Para ultrapassar estas limitações⁸, o comércio electrónico requer mecanismos efectivos e de confiança para garantir a privacidade e a segurança das transacções. Estes mecanismos devem suportar a confidencialidade e a autenticação, ou seja, devem permitir que as partes envolvidas numa determinada transacção electrónica se certifiquem da identidade uma da outra.

Tal como os mecanismos de privacidade e segurança reconhecidos dependem da certificação, por parte de uma terceira entidade (por exemplo, governamental), também o comércio electrónico, para ser global, necessitará do estabelecimento de um sistema de certificação credível.

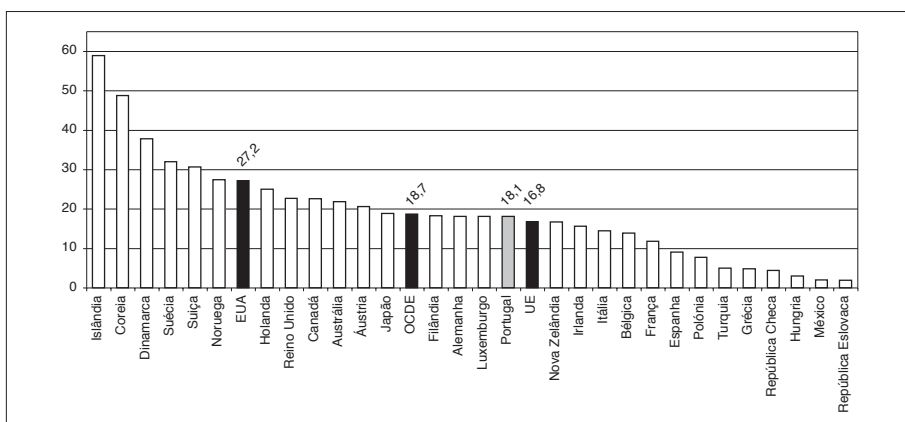
⁸ Questões que, como veremos no capítulo seguinte, são bastante ponderadas pelos utilizadores de Internet e referidas como correspondendo aos principais motivos para a não adopção do comércio electrónico.

■ ■ 1.2. ANÁLISE DO MERCADO

■ ■ ■ 1.2.1. PRINCIPAIS INDICADORES

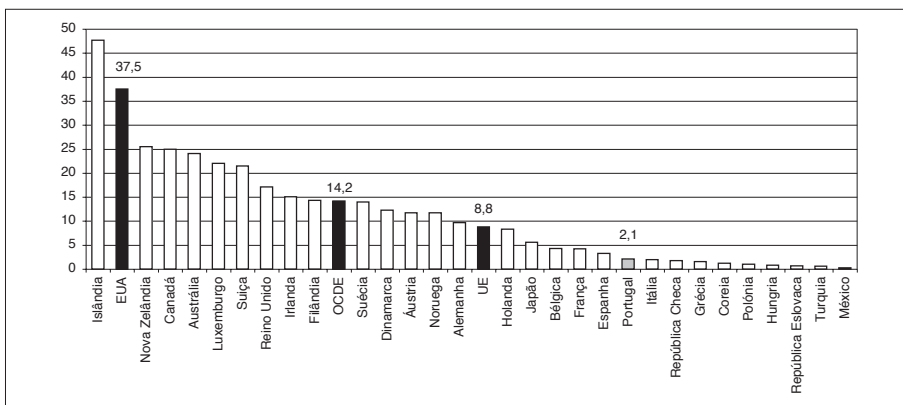
■ ■ ■ ■ 1.2.1.1. INFRAESTRUTURAS PARA O COMÉRCIO ELECTRÓNICO

Uma forma que nos parece correcta de iniciar uma análise sobre a evolução e estado actual do comércio electrónico será começar por avaliar a existência de condições e meios para o seu desenvolvimento. Dada a importância que a Internet tem vindo a ganhar nos últimos anos como meio para a realização de compras e vendas electrónicas, um bom indicador poderá ser o número de subscritores de Internet existentes em cada país.



● Figura 3 - Subscritores de Internet em redes fixas nos países da OCDE (por 100 habitantes)
- Fonte: OCDE (2003).

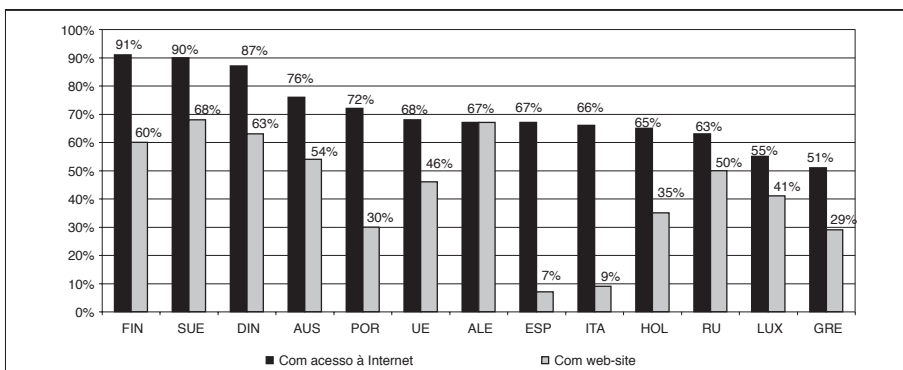
Segundo dados da OCDE publicados em 2003, Portugal apresentava em 2001 um número de subscritores de Internet em rede fixa correspondente a cerca de 18,1% da população portuguesa, valor muito próximo dos números apresentados pela média dos países da OCDE e superior à média da União Europeia (UE).



● Figura 4 - Servidores de Internet seguros nos países da OCDE (por 100.000 habitantes)
 - Fonte: OCDE (2003); Netcraft (www.netcraft.com).

O número de servidores seguros de Internet (*secure web servers*) também fornece um bom indicador das infra-estruturas de um país para o comércio electrónico. Este indicador mede o número de servidores dotados de *software* seguro, comumente usado para efectuar compras de bens e serviços ou transmitir informação privilegiada na Internet.

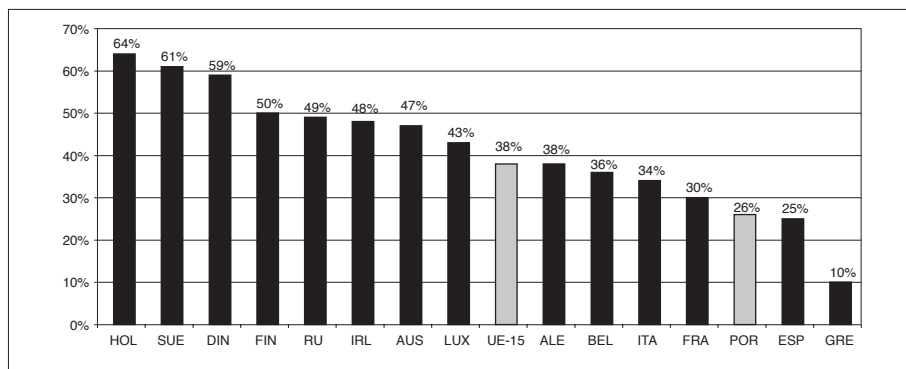
A situação de Portugal neste campo é claramente diferente, para pior, da anterior. Ainda segundo dados da OCDE (figura 4), em 2002 Portugal apenas dispunha de 2,1 servidores seguros por cada 100.000 habitantes, cifra que se compara muito negativamente com os 8,8 na UE, 14,2 para a média dos países da OCDE e 37,5 nos Estados Unidos (EUA).



● Figura 5 - Empresas com acesso e presença na Internet entre os Estados-Membros da UE (% empresas)
 - Fonte: Eurostat (2002); E-commerce database.

Centrando-nos agora na União Europeia e naquela que é a realidade das empresas quanto à adopção das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), verificamos que os computadores estão presentes em cerca de 92% das empresas europeias e 89% das empresas portuguesas⁹. De acordo com dados do Eurostat publicados em 2002, as empresas portuguesas apresentavam, em finais de 2000, uma percentagem de acesso à Internet superior à da média dos países da UE (72% e 68%, respectivamente), revelando contudo uma posição mais modesta ao nível da presença na Internet, onde apenas 30% das empresas portuguesas possuía *web-sites* próprios, comparado com os 46% na UE. As empresas nórdicas são claramente as que apresentam maiores níveis de adopção, com a Suécia, Finlândia e Dinamarca a encabeçarem a lista dos países com segmentos empresariais mais presentes na Internet.

Ao nível dos consumidores, e de acordo com dados recolhidos pelo Eurostat (figura 6), mais de um terço da população europeia (cerca de 38%) tinha acesso à Internet a partir de casa, em Novembro de 2001. Com uma percentagem de apenas 26% da população, Portugal fazia parte do grupo de países europeus com residentes menos conectados, juntamente com a França (30%), Espanha (25%) e Grécia (10%). Entre os melhor posicionados neste *ranking*, destaque para a Holanda (com 64%) seguida da Suécia, Dinamarca e Finlândia, países que apresentavam melhores níveis de acesso à Internet a partir de casa.

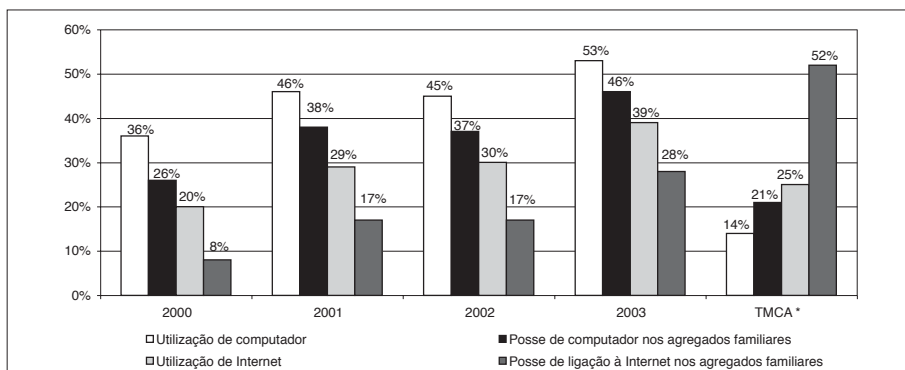


● Figura 6 - Acesso à Internet a partir de casa entre os Estados-Membros da UE (% população)
 - Fonte: Eurostat (2002); Flash Eurobarometer No. 112.

No que respeita ao mercado português e tendo como base os resultados de um inquérito recentemente levado a cabo pela Unidade de Missão Inovação e Conhecimento (UMIC), relativamente à utilização das TIC no nosso país, constatamos que Portugal tem vindo a assistir nos últimos anos a sucessivos

⁹ Cfr. Eurostat (2002), *E-Commerce in Europe: Results of the Pilots Surveys Carried Out in 2001*, European Commission, Eurostat, Luxembourg, July 2002.

aumentos na utilização de computador e Internet pela população. Destaque para o crescimento verificado na posse de ligações à Internet por parte dos agregados familiares, que apresenta um crescimento médio anual de 52%, entre 2000 e 2003. Segundo a UMIC, 53% da população portuguesa faz uso do computador, da qual cerca de 73,6% utiliza a Internet (39% da população total).



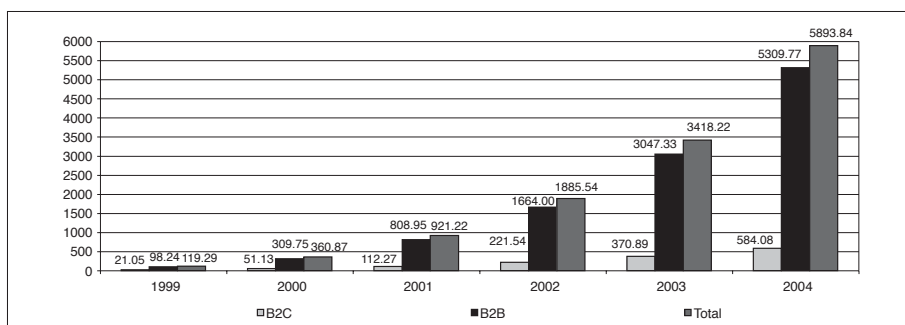
● Figura 7 - Utilização de computador e Internet em Portugal, entre 2000 e 2003 (% população)

- * Taxa Média de Crescimento Anual.

- Fonte: UMIC (2003).

1.2.1.2. ESTIMATIVAS E PREVISÕES DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO

Segundo estimativas da *International Data Corporation* (IDC), Portugal terá alcançado em 2001 um volume de negócios para o comércio electrónico de 921,22 milhões de euros, com os segmentos *Business-to-Business* (B2B) e *Business-to-Consumer* (B2C) a representarem, respectivamente, cerca de 87,8% e 12,2% do total. Segundo as previsões da IDC, o comércio electrónico deverá apresentar em 2004 um volume de negócios de 5893,84 milhões de euros, tendo assim implícita uma taxa de crescimento médio anual de 85,6%, entre 2001 e 2004.



● Figura 8 - Comércio Electrónico em Portugal por tipo de comércio (em milhões de euros)

- Fonte: IDC (2001b).

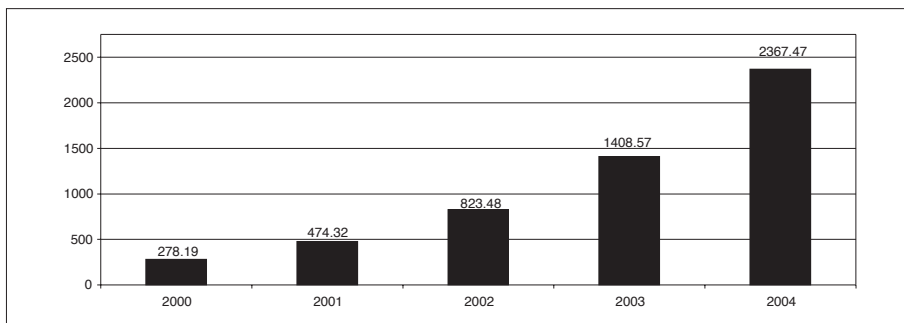
Segundo estas previsões, o comércio electrónico deverá apresentar em 2003 um volume de negócios de 3418,22 milhões de euros, ao qual, relativamente às estimativas para 2001, está associado um aumento no peso do segmento B2B para os 89,2%, passando o segmento B2C a representar apenas 10,8% do total do comércio electrónico em Portugal.

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	TMCA*
Total B2B	98,24	309,75	808,95	1664,00	3047,33	5347,33	122,1%
e-Distribution	95,23	285,69	669,61	957,30	1254,02	1412,40	71,5%
e-Procurement	1,00	9,02	49,12	323,78	834,01	1461,52	329,3%
e-Marketplace	2,01	15,04	90,22	382,92	959,31	2435,86	313,9%
Total B2C	21,05	51,04	12,27	221,54	370,89	584,08	94,4%
Total	119,29	360,87	921,22	1885,54	3418,22	5893,84	118,2%

- Tabela 1 - Comércio Electrónico em Portugal por tipo de movimento (em milhões de euros)
- * Taxa Média de Crescimento Anual.
- Fonte: IDC (2001b).

A divisão do comércio electrónico por tipo de movimentos permite-nos analisar as tendências em cada um dos segmentos, particularmente interessante no caso do B2B que, como vimos, representa a quase totalidade do comércio electrónico em Portugal.

De acordo com os dados da IDC, os *e-Procurement* e *e-Marketplace* correspondem às vertentes mais dinâmicas do comércio electrónico, tendo sido previstos para ambos crescimentos médios anuais superiores a 300%, entre 1999 e 2004. Segundo a IDC, o *e-Distribution* deverá representar em 2004 cerca de 26,6% do B2B em Portugal, o *e-Procurement* 27,5% e o *e-Marketplace* cerca de 45,9%.



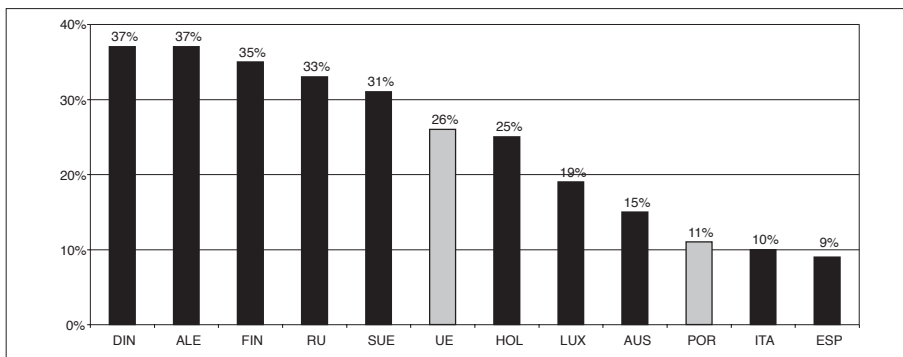
- Figura 9 - Comércio Electrónico B2B mundial, entre 2000 e 2004 (em milhares de milhões de dólares)
- Fonte: UNCTAD (2002); eMarketer, 2002.

Relativamente aos valores a nível mundial, estimativas publicadas pelas Nações Unidas (UNCTAD) apontam para que o volume de negócios do comércio electrónico mundial no segmento B2B tenha sido de 823,48 mil milhões de dólares em 2002, prevendo-se que o mesmo atinja os 2367,47 mil milhões de dólares já em 2004, quase que triplicando os valores de 2002. De acordo com estas previsões, o comércio electrónico B2B mundial deverá apresentar um crescimento médio anual de 71% entre 2000 e 2004, valores que se situam abaixo das previsões de crescimento para o B2B em Portugal, que apontam para uma taxa de crescimento médio anual de 103,5% para o mesmo período.

■ ■ ■ 1.2.2. AO NÍVEL EMPRESARIAL

1.2.2.1. USO DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO PARA EFECTUAR COMPRAS

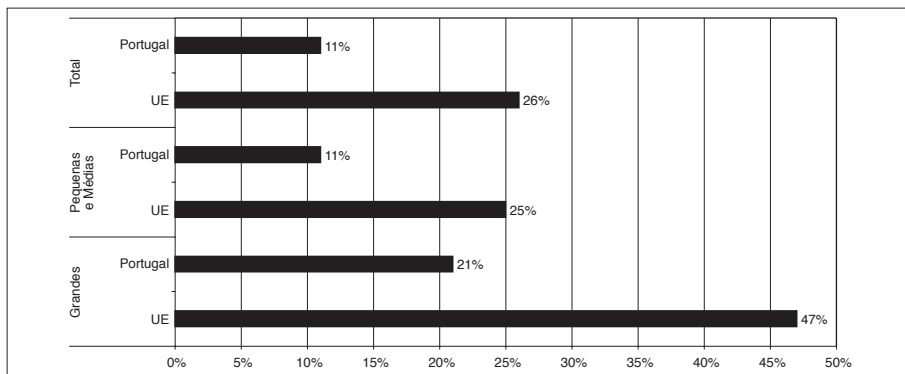
De acordo com dados publicados pelo Eurostat em 2002, cerca de um quarto das empresas na União Europeia (UE) fazem uso do comércio electrónico para realizar compras, seja através de EDI (*Electronic Data Interchange*), seja pela Internet. No caso português, este valor não vai além dos 11% das empresas, o que torna Portugal num dos países da UE com uma menor adesão das empresas às compras electrónicas, juntamente com a Itália (10%) e a Espanha (9%).



● Figura 10 - Empresas que realizam compras electrónicas (via EDI e Internet) entre os Estados-Membros da UE (em %) - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

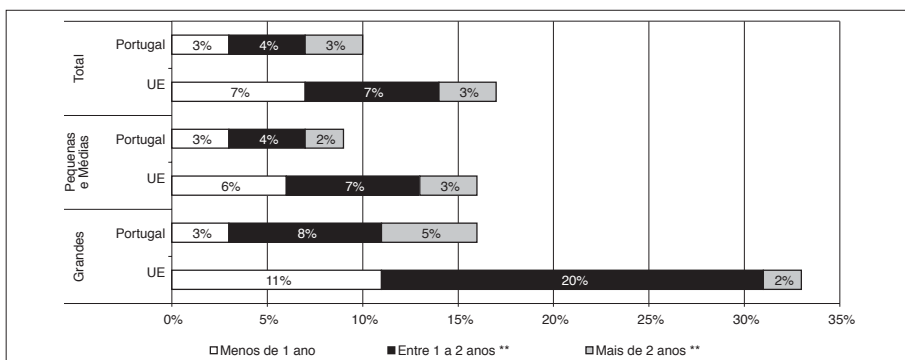
A análise dos dados segundo as dimensões de cada empresa permite-nos concluir que, tanto para Portugal como para a média dos países da UE, o recurso às compras electrónicas aparenta estar positivamente correlacionado com a dimensão

das empresas, sendo que, em qualquer um dos casos, a adesão quase que duplica quando se passa das pequenas e médias empresas (PMEs) para as grandes empresas. No caso de Portugal, cerca de 21% das grandes empresas realizam compras *on-line*, enquanto apenas 11% das PMEs o fazem.



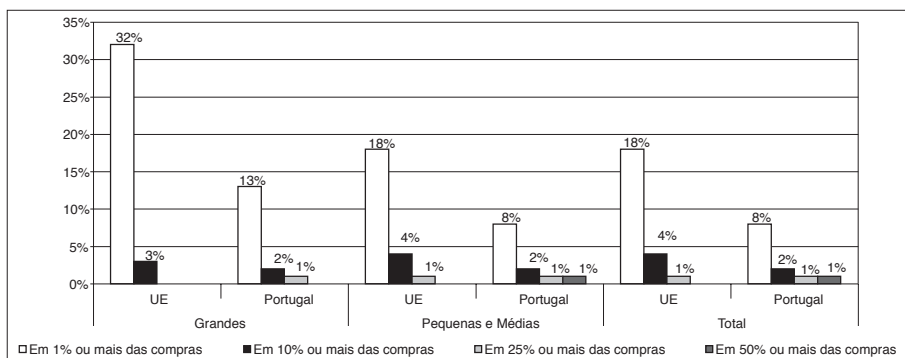
● Figura 11 - Empresas que realizam compras electrónicas (via EDI e Internet), por dimensão de empresa (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros participantes, excepto a HOL no caso das grandes empresas.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

Centrando-nos agora no comércio electrónico realizado exclusivamente via Internet, o estudo do Eurostat mostra-nos que são as empresas de maior dimensão as que apresentam uma maior experiência na realização de compras *on-line*, sendo contudo igualmente evidente o facto da Internet representar um desenvolvimento recente na estratégia de compras para grande parte das empresas. Tal como é visível na figura abaixo, a maioria das empresas usam a Internet com este propósito há menos de 2 anos. Em contraste, do total de empresas que realizam compras electrónicas via Internet, apenas 30% em Portugal e 18% na UE o fazem há mais tempo.



● Figura 12 - Empresas que realizam compras electrónicas via Internet, por dimensão de empresa (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a DIN, HOL, FIN e SUE.
 - ** Excluindo o RU.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

As compras electrónicas continuam, contudo, a representar uma pequena parcela do total das compras das empresas. Enquanto, por exemplo, 18% das empresas europeias e 8% das portuguesas apresentam um volume de compras electrónicas via Internet igual ou superior a 1% do total das suas compras, apenas 4% e 2%, respectivamente, fazem 10% ou mais das suas compras através do comércio electrónico.

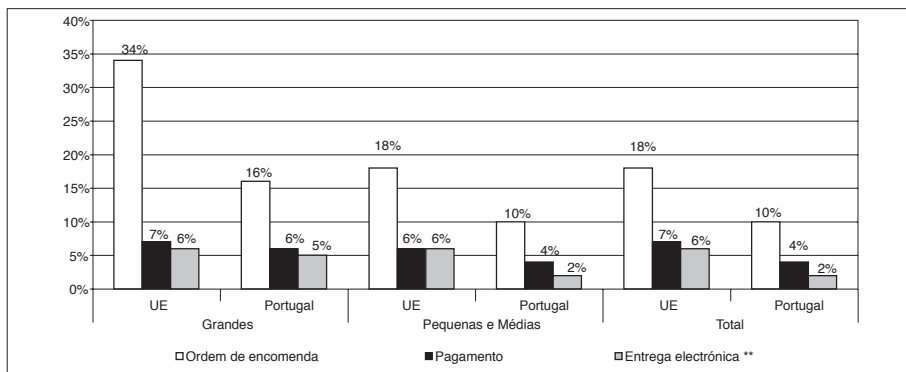


● Figura 13 - Extensão do uso das compras electrónicas através da Internet, por dimensão de empresa (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros participantes, excepto a HOL.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

Curiosamente, o mesmo estudo revela contudo que, ao contrário do que se observa nas empresas da UE, onde o número de empresas que efectuam 50% ou mais das suas compras através da Internet não chega a representar 1% do total, em

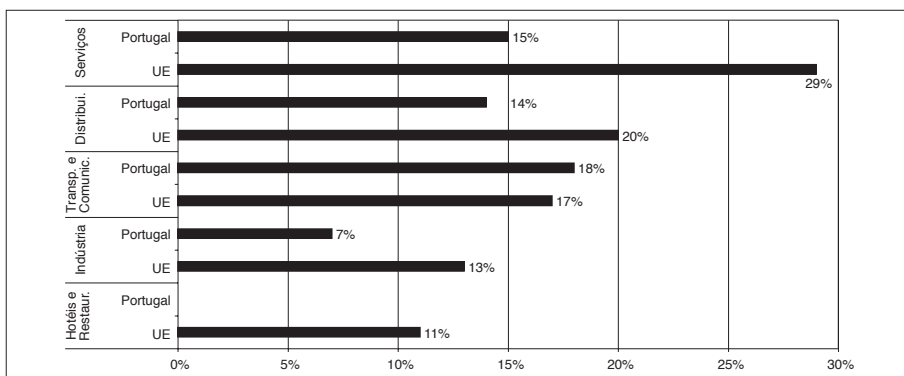
Portugal, 1% das empresas realizam 50% ou mais das suas compras recorrendo aos meios electrónicos.

Analisando agora os principais processos que poderão estar envolvidos no acto de realização de uma compra electrónica, verificamos que a Ordem de encomenda corresponde seguramente à função mais vezes realizada *on-line*, seguida do Pagamento e da Entrega electrónica. Enquanto 18% das empresas na UE e 10% das portuguesas declaram efectuar ordens de encomenda via Internet, apenas 6% e 2%, respectivamente, recebem electronicamente os produtos ou serviços adquiridos.



● Figura 14 - Uso das compras electrónicas através da Internet, por função, por dimensão de empresa (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros participantes, excepto o RU.
 - ** Dados indisponíveis para a HOL.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

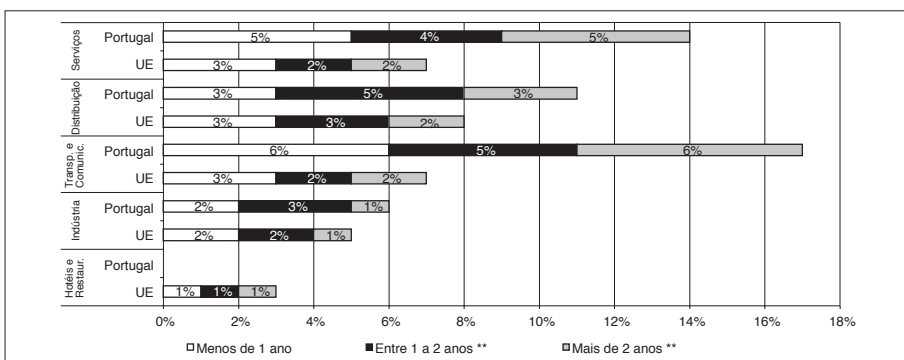
Passando à análise pelos diversos sectores de actividade, constatamos que certos sectores apresentam uma maior utilização do comércio electrónico face a outros. Por exemplo, no caso português, é o sector dos Transportes e Comunicações aquele que detém mais empresas a efectuarem compras por via electrónica (18% das empresas), cabendo aos Hotéis e Restauração a mais baixa participação. Segundo o Eurostat, é nula a percentagem de empresas portuguesas que realizam compras electrónicas neste sector.



● Figura 15 - Empresas que realizam compras electrónicas (via EDI e Internet), por actividade económica (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a ALE e SUE.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

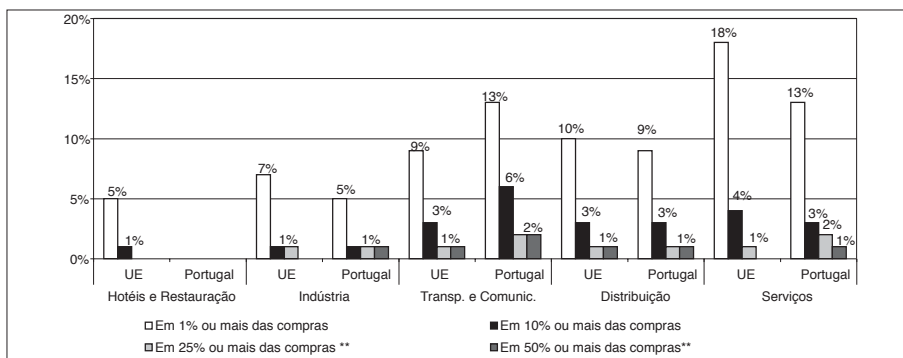
Quanto à realidade europeia, o sector dos Hotéis e Restauração continua a ser aquele que regista uma menor adesão (embora com 11% de empresas), enquanto que o sector dos Serviços é aquele que reúne mais empresas adeptas das compras electrónicas (cerca de 29%).

A figura abaixo tenta representar a aderência e experiência das empresas à realização de compras através da Internet, por sectores de actividade.



● Figura 16 - Empresas que realizam compras electrónicas via Internet, por actividade económica (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a DIN, ALE, HOL, FIN e SUE.
 - ** Excluindo o RU.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

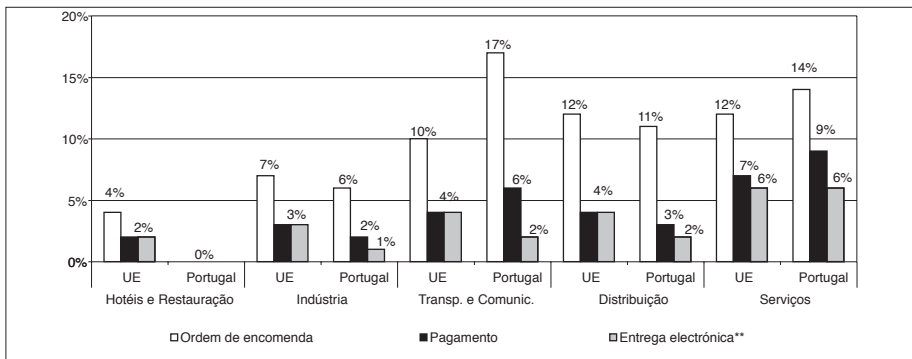
Podemos constatar que, no caso português, as empresas que revelam maior maturidade na utilização actuam nos sectores que apresentam níveis de adopção mais elevados, sendo que, em qualquer um dos casos, mais de um terço das empresas que realizam compras electrónicas via Internet fazem-no há mais de 2 anos (cerca de 35,7% das empresas no caso dos Serviços e 35,3% no caso dos Transportes e Comunicações) ¹⁰.



● Figura 17 - Extensão do uso das compras electrónicas através da Internet, por actividade económica (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a ALE, HOL e SUE.
 - ** Dados indisponíveis para Hotéis e Restauração e Transportes e Comunicações.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

Ao nível da extensão no uso, confirmam-se as ideias gerais avançadas aquando da análise por dimensão de empresa. Ou seja, as compras electrónicas representam uma pequena parcela do total das compras realizadas pelas empresas portuguesas e europeias e, a nível geral, existe uma maior percentagem de empresas em Portugal a apresentar proporções elevadas de compras realizadas via Internet (mais de 25% ou 50%) quando comparado com as empresas nos Estados-Membros da UE. Destaque novamente para os sectores dos Serviços e dos Transportes e Comunicações em Portugal, onde, apesar de tudo, se atingem percentagens de 2% e 1% de empresas que realizam mais de 25% ou 50% das suas compras através da Internet.

¹⁰ O facto de, neste caso concreto, não se incluírem na UE os dados relativos aos Estados-Membros que apresentam maiores níveis de adesão (ver figura 10) leva-nos a não tentar estabelecer qualquer tipo de relação entre a realidade das empresas portuguesas e a verificada nas empresas da UE.

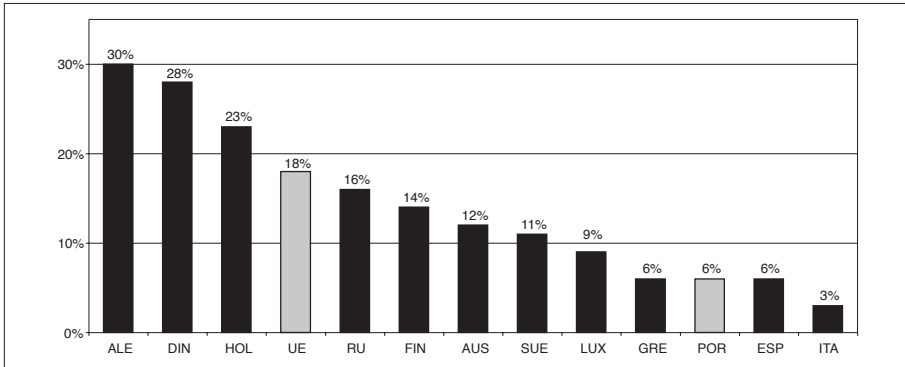


● Figura 18 - Uso das compras electrónicas através da Internet, por função, por actividade económica (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros participantes, excepto a ALE, SUE e RU.
 - ** Dados indisponíveis para a HOL.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

Analisando as diversas fases que poderão estar envolvidas no acto de realização de uma compra electrónica, mas agora na óptica dos vários sectores de actividade, verificamos que, enquanto em Portugal é no sector dos Transportes e Comunicações onde se efectuam mais ordens de encomenda via Internet (17% das empresas), na média dos países da UE é nos sectores dos Serviços e Distribuição (12% das empresas). Da mesma forma, relativamente à função menos frequente para a generalidade das empresas – entrega electrónica – é no sector dos Serviços que se registam mais adeptos, com cerca de 6% das empresas portuguesas e europeias a declararem receber electronicamente os produtos e serviços adquiridos.

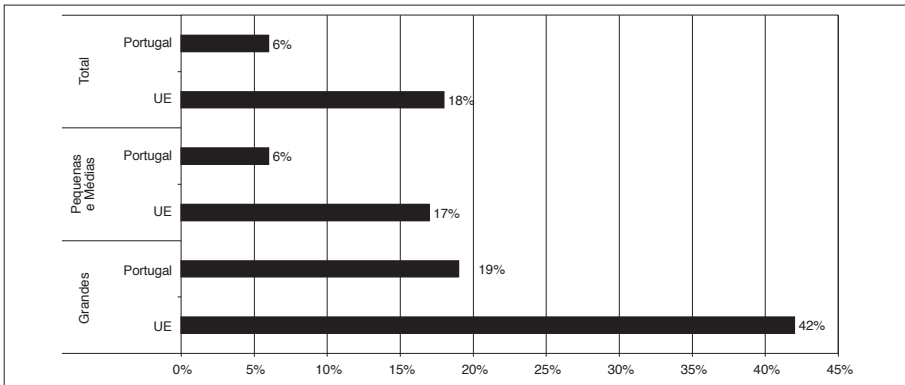
1.2.2.2. USO DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO PARA EFECTUAR VENDAS

No que respeita às vendas electrónicas na União Europeia (UE), os dados publicados pelo Eurostat em 2002 mostram que as empresas europeias são geralmente menos activas a realizá-las, quando comparado com as compras. De facto, tal como se pode observar na figura abaixo, apenas 18% das empresas na UE fazem uso do comércio electrónico para realizar vendas, seja através de EDI ou da Internet. No caso de Portugal, este valor não vai além dos 6%, tornando assim as empresas portuguesas, juntamente com as gregas e espanholas (ambas com 6%) e as italianas (com 3%), as que menos recorrem ao comércio electrónico com vista à realização de vendas.



● Figura 19 - Empresas que realizam vendas electrónicas (via EDI e Internet) entre os Estados-Membros da UE (em %) - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

Em termos relativos, a posição das empresas portuguesas face à média das empresas na UE é bem pior no caso das vendas electrónicas. Enquanto que, relativamente às compras electrónicas, Portugal representava cerca de 42,3% daquilo que era a média na UE, no caso das vendas este valor passa para apenas 33,3%.

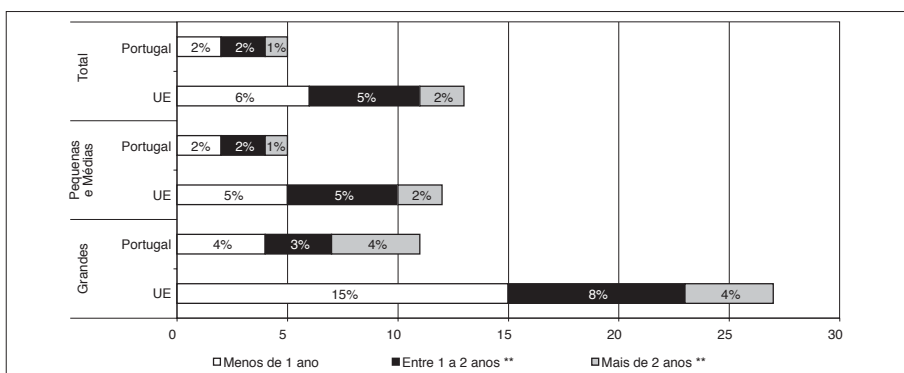


● Figura 20 - Empresas que realizam vendas electrónicas (via EDI e Internet), por dimensão de empresa (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros participantes, excepto a HOL no caso das grandes empresas.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

Tal como se verifica nas compras electrónicas, as grandes empresas estão muito mais dispostas a realizar vendas electrónicas, quando comparadas com as pequenas empresas.

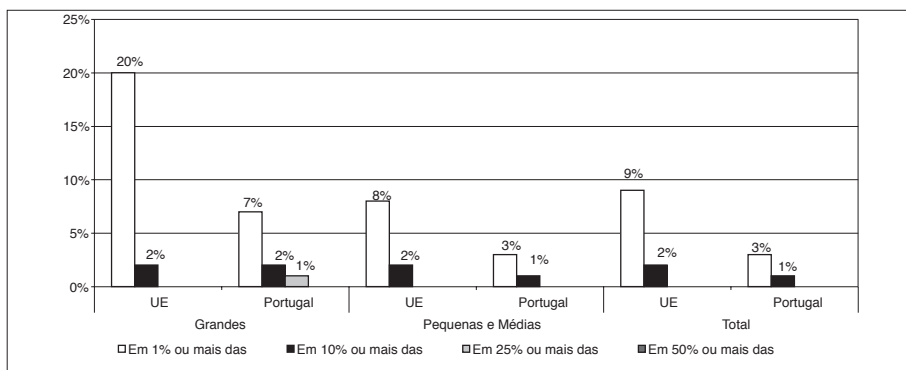
No caso de Portugal, cerca de 19% das grandes empresas efectuam vendas *on-line*, enquanto apenas 6% das PME's o fazem. Já quanto aos Estados-Membros da UE, a percentagem de empresas que realizam vendas *on-line* passa de 17% para os 42%, consoante nos estejamos a referir às PME's ou às grandes empresas.

Centrando-nos agora somente na Internet como meio para a realização de comércio electrónico, verificamos que, segundo dados do Eurostat, apenas 5% das empresas portuguesas efectuam vendas electrónicas. Em termos de dimensão das empresas, estes valores correspondem a 11% para as grandes empresas e 5% para as PME's. No caso da média dos países da UE, os dados apontam para cerca de 13% das empresas a recorrerem à Internet para efectuar vendas *on-line*.



● Figura 21 - Empresas que realizam vendas electrónicas via Internet, por dimensão de empresa (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a DIN, HOL, FIN e SUE.
 - ** Excluindo o RU.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

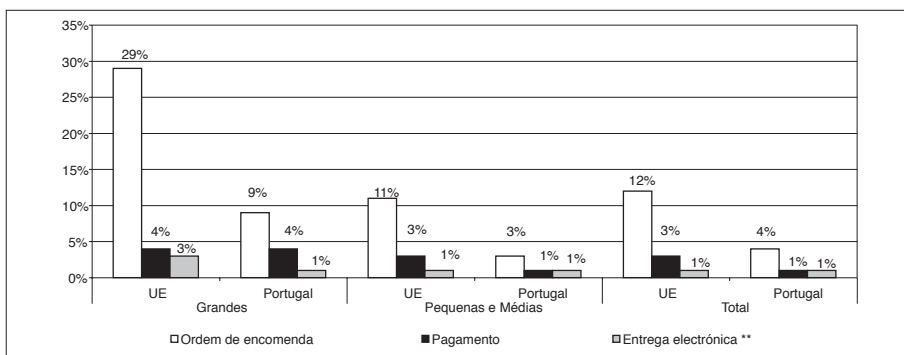
A figura acima permite-nos igualmente constatar o facto da Internet representar um desenvolvimento recente na estratégia de vendas para grande parte das empresas. De acordo com estes dados, apenas 20% das empresas portuguesas que vendem via Internet, o fazem há mais de 2 anos. Este número é ainda inferior para a realidade empresarial na UE, onde apenas 15,4% das empresas que realizam vendas electrónicas através da Internet (cerca de 2% do total) o fazem há mais de 2 anos.



● Figura 22 - Extensão do uso das vendas electrónicas através da Internet, por dimensão de empresa (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros participantes, excepto a HOL.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

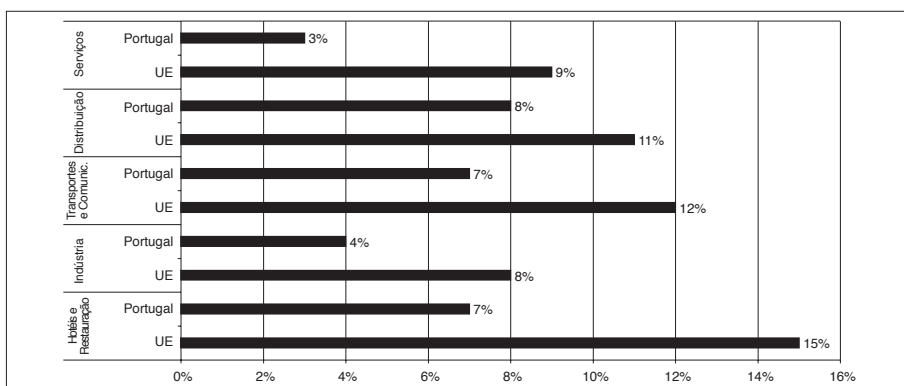
Tal como no caso das compras, as vendas electrónicas representam uma parcela muito pequena do total das vendas das empresas. Apenas 2% das empresas na UE e 1% das empresas portuguesas apresentam um volume de vendas electrónicas igual, ou superior, a 10% do total das vendas. Em termos globais, não se detectam empresas entre os Estados-Membros da UE a realizarem 25%, ou mais, das suas vendas através da Internet.

Ao nível dos diferentes processos que poderão estar envolvidos aquando da realização de vendas electrónicas, constatamos que a recepção de ordens de encomenda corresponde seguramente à função mais vezes realizada *on-line*, quer pelas empresas portuguesas, quer pela generalidade das empresas no espaço da UE. Enquanto 4% das empresas portuguesas e 12% das europeias declaram receber ordens de encomenda através da Internet, apenas 1% e 3%, respectivamente, recebem pagamentos de forma electrónica, sendo que apenas 1% das empresas portuguesas e europeias procedem à entrega electrónica dos produtos ou serviços vendidos.



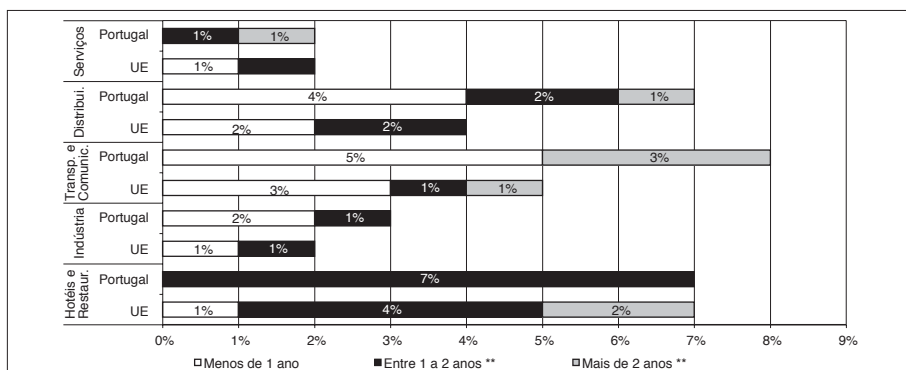
● Figura 23 - Uso das vendas electrónicas através da Internet, por função, por dimensão de empresa (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros participantes, excepto o RU.
 - ** Dados indisponíveis para a HOL e FIN.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

Analisando os dados segundo os diversos sectores de actividade, são novamente visíveis algumas diferenças entre as empresas que actuam em Portugal e a generalidade das empresas a actuar no espaço da UE.



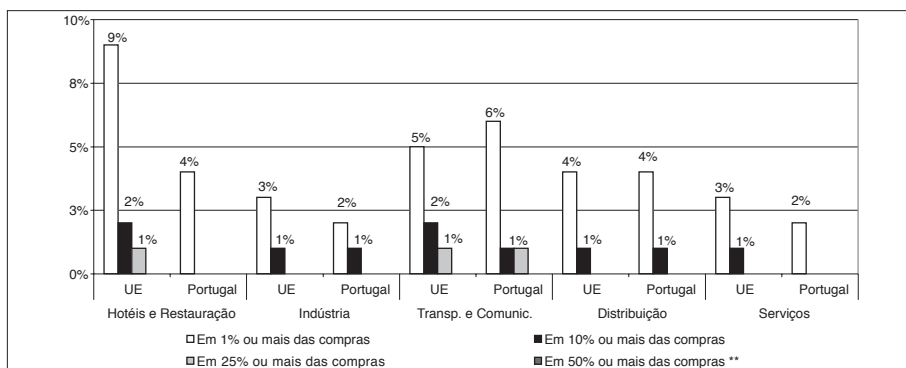
● Figura 24 - Empresas que realizam vendas electrónicas (via EDI e Internet), por actividade económica (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a ALE e SUE.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

Enquanto que, por exemplo, no caso português, é no sector da Distribuição onde se regista uma maior percentagem de empresas a efectuarem vendas electrónicas (cerca de 8%), na UE essa posição é ocupada pelo sector dos Hotéis e Restauração (15% das empresas).



● Figura 25 - Empresas que realizam vendas electrónicas via Internet, por actividade económica (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a DIN, ALE, HOL, FIN e SUE.
 - ** Excluindo o RU.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

Do ponto de vista da adopção e maturidade das empresas quanto à realização de vendas através da Internet, e apesar dos dados publicados pelo Eurostat não incluírem na UE um conjunto relevante de países (países da UE que registam os maiores níveis de adesão às vendas *on-line*), podemos constatar que, no caso europeu, são as empresas que actuam no sector que apresenta maiores níveis de adopção (Hotéis e Restauração) que revelam uma maior maturidade de utilização, com cerca de 28,6% dessas empresas a realizarem vendas através da Internet há mais de 2 anos. O mesmo não se verifica no caso português, onde apenas 14,3% das empresas que actuam no sector da Distribuição recorrendo a vendas na Internet, o fazem há mais de 2 anos.

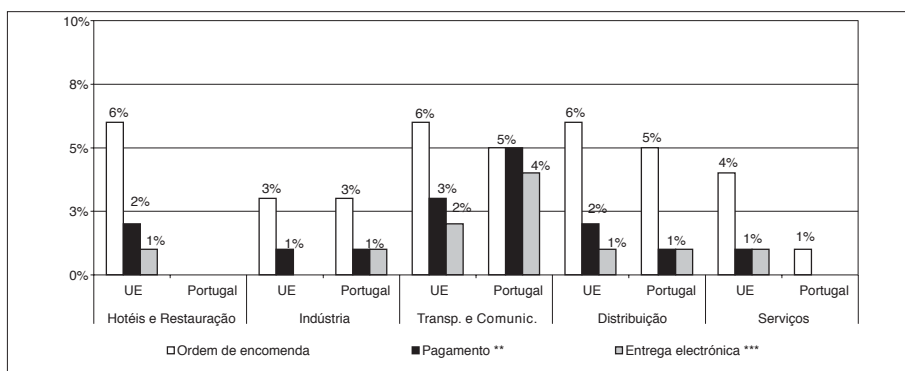


● Figura 26 - Extensão do uso das vendas electrónicas através da Internet, por actividade económica (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a ALE, HOL e SUE.
 - ** Dados indisponíveis para Hotéis e Restauração e Transportes e Comunicações.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

De entre os vários sectores de actividade analisados, é no sector dos Transportes e Comunicações que o segmento empresarial em Portugal apresenta uma maior proporção de vendas electrónicas face às vendas totais. Segundo dados do Eurostat, cerca de 1% das empresas neste sector realizam 25%, ou mais, das suas vendas recorrendo à Internet.

A nível europeu, destacam-se o sector dos Hotéis e Restauração e o dos Transportes e Comunicações, ambos com 2% das empresas a realizarem 10%, ou mais, das suas vendas através da Internet, metade destas realizando 25%, ou mais, do total das suas vendas.

Em termos gerais, é no sector dos Transportes e Comunicações que as empresas fazem mais uso das diversas fases associadas aos processos de venda electrónica. Em Portugal, cerca de 5% das empresas deste sector declaram receber ordens de encomenda e pagamentos através da Internet, enquanto 4% referem proceder à entrega electrónica dos produtos e serviços vendidos.



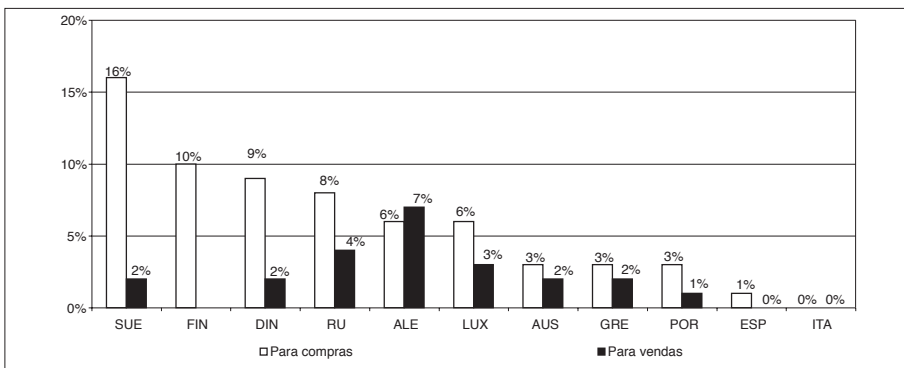
● Figura 27 - Uso das vendas electrónicas através da Internet, por função, por actividade económica (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros participantes, excepto a ALE, SUE e RU.
 - ** Dados indisponíveis para a FIN.
 - *** Dados indisponíveis para a HOL e FIN.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

No caso dos Estados-Membros da UE, cerca de 6% das empresas que actuam no sector dos Transportes e Comunicações referem trabalhar com ordens de encomenda electrónica, 3% afirmam receber pagamentos electrónicos e 2% declaram proceder à entrega dos produtos e serviços vendidos através da Internet.

1.2.2.3. USO DE B2B MARKETPLACES

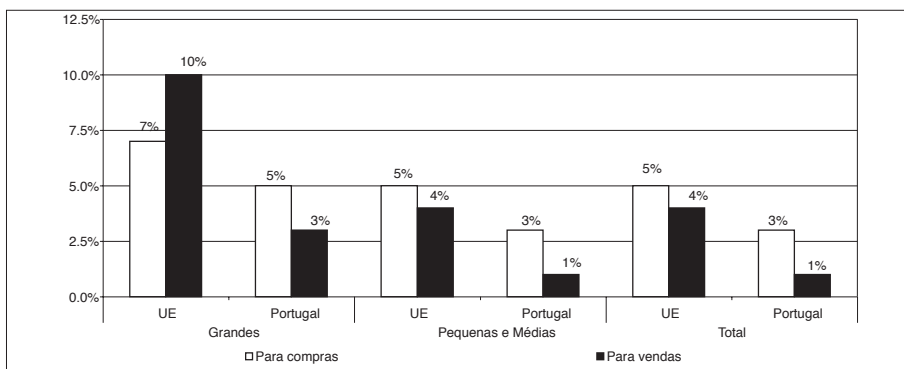
Correspondendo a um dos mais notáveis desenvolvimentos do comércio electrónico nos últimos anos, os B2B *Marketplaces* surgiram com o objectivo de facilitar as transacções entre as empresas. Consistem estes em *sites* especializados que permitem às empresas encontrar-se virtualmente e, assumindo posições de compradores ou vendedores, estabelecer entre si relações comerciais.

De acordo com dados do Eurostat, 5% das empresas na União Europeia (UE) recorrem a este tipo de mercados para realizar compras, enquanto 4% utiliza este tipo de plataforma para vender os seus produtos e serviços. Relativamente às empresas que usam comércio electrónico, estes valores representam cerca de 19,2% nas compras e 22,2% nas vendas. Ou seja, a proporção de empresas na UE que usa os *e-Marketplaces* representa, aproximadamente, um quinto da proporção de empresas que usa o comércio electrónico.



● Figura 28 - Uso de B2B *Marketplaces* entre os Estados-Membros da UE (em %)*
- * Dados indisponíveis para a HOL e FIN (nas vendas).
- Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

No caso de Portugal, o Eurostat aponta para que cerca de 3% das empresas recorram aos B2B *Marketplaces* para efectuar compras, contra apenas 1% para realizar vendas. Ou seja, das empresas que utilizam o comércio electrónico em Portugal, os *e-Marketplaces* atraem mais de um quarto dos compradores (27,3%) e cerca de um sexto dos vendedores (16,7%).

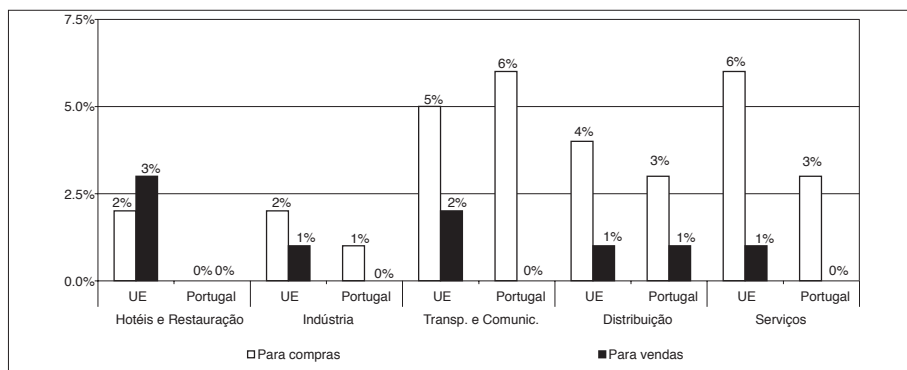


● Figura 29 - Uso de B2B *Marketplaces* em Portugal e na UE por dimensão de empresa (em %)*
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a HOL e FIL (nas vendas).
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

Analisando agora os dados segundo a dimensão de cada empresa, torna-se evidente a existência de algumas diferenças entre as PME e as grandes empresas, no que concerne ao uso de B2B *Marketplaces*.

Na Europa, enquanto as PME recorrem mais a este tipo de plataformas electrónicas para comprar (5%) do que para vender (4%), as grandes empresas assumem mais frequentemente posições de vendedoras (10%) face às de compradoras (7%).

Apesar de no caso português ser mais frequente o uso destes mercados para efectuar compras em qualquer um destes tipos de empresa, continuam a ser visíveis algumas diferenças associadas à dimensão das empresas. Enquanto apenas 3% das PME recorrem aos *Marketplaces* para comprar produtos ou serviços e 1% para vender, nas empresas de maior dimensão, passa para 5% a percentagem de empresas a realizar compras e para 3% as que usam estes mercados para efectuar vendas.



● Figura 30 - Uso de B2B *Marketplaces* em Portugal e na UE, por actividade económica (em %) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a ALE, HOL, SUE e FIN (vendas).
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

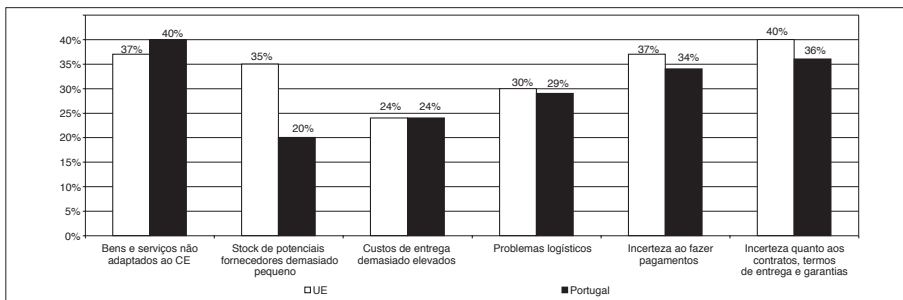
Na Europa, e na linha do que vimos ser a tendência para o uso do comércio electrónico, é no sector dos Serviços que as empresas mais usam os *Marketplaces* para assumirem posições de compra (6%), cabendo às empresas do sector dos Hotéis e Restauração a dominância nas posições de venda (3%). Contudo, em termos relativos, a proporção de empresas da UE que usa os *e-Marketplaces* para compras é bastante elevada no sector dos Transportes e Comunicações, onde cerca de 29,4% das empresas que realizam compras electrónicas usam estes *Marketplaces*.

Também em Portugal a utilização dos B2B *Marketplaces* acompanha a distribuição sectorial dos compradores e vendedores electrónicos. Enquanto 6% das empresas portuguesas que actuam no sector dos Transportes e Comunicações usam estes mercados para efectuar compras (cerca de um terço das empresas deste sector que compram *on-line*), 1% das empresas do sector da Distribuição utilizamos para assumir posições de venda (cerca de 12,5% das empresas do sector que vendem *on-line*).

1.2.2.4. PERCEPÇÃO DAS BARREIRAS E BENEFÍCIOS DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO

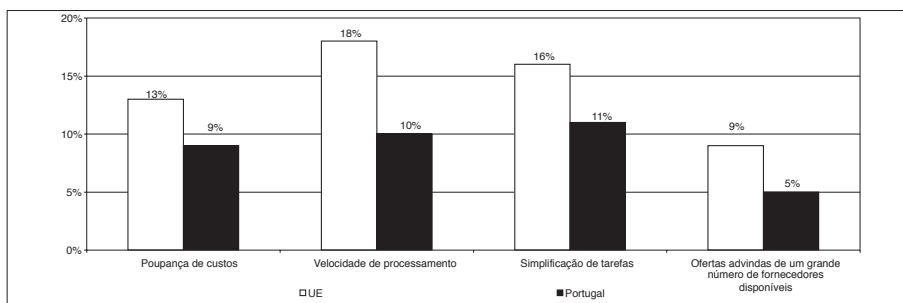
Os dados do Eurostat acerca dos problemas e barreiras do comércio electrónico confirmam a falta de confiança depositada nos mercados electrónicos pela generalidade das empresas europeias. De acordo com os resultados do inquérito levado a cabo pelo Eurostat, as empresas dos Estados-Membros da UE citam as incertezas nas condições mediante as quais as transacções têm lugar como as principais barreiras ao uso das compras electrónicas. Assim, cerca de 40% das

empresas europeias referem a incerteza quanto aos contratos, termos de entrega e garantias como sendo factores de grande importância, seguidos da incerteza na realização dos pagamentos (37%). Os custos de entrega são apontados como a barreira menos importante, citada apenas por 24% das empresas.



● Figura 31 - Percepção das barreiras às compras electrónicas em Portugal e na UE (% de empresas) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a DIN, HOL, FIN e SUE.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

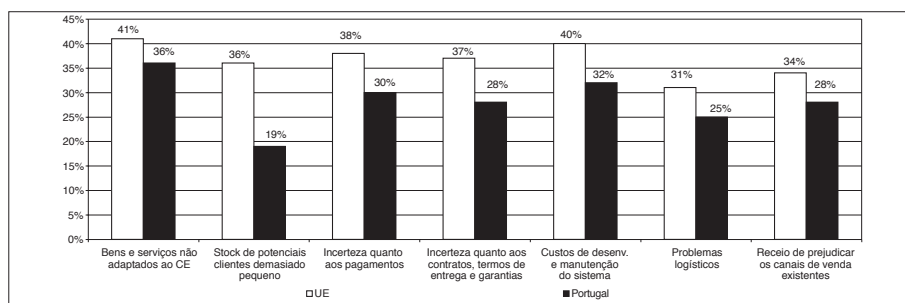
No que respeita às empresas portuguesas, estas tendem a dar bastante importância ao facto de certos bens e serviços pretendidos não poderem ser adquiridos *on-line* (40% das empresas), em linha com as preocupações de 37% das empresas europeias inquiridas. Contudo, a diferença mais notória entre as empresas portuguesas e europeias está nas referências ao facto do *stock* de fornecedores ser demasiado pequeno. Enquanto cerca de 35% das empresas europeias citam este aspecto como constituindo uma importante barreira à realização de compras *on-line*, as empresas portuguesas revelam estar menos preocupadas com o encontrar, ou não, suficientes fornecedores, sendo citado por apenas 20% das empresas.



● Figura 32 - Percepção dos benefícios das compras electrónicas em Portugal e na UE (% de empresas) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros, excepto a DIN, HOL, FIN e SUE.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

Do lado dos benefícios, tanto as empresas portuguesas como as europeias referem a velocidade de processamento e a simplificação de tarefas como correspondendo às maiores vantagens da realização de compras electrónicas¹¹. O benefício da simplificação de tarefas recolhe a referência de 11% das empresas portuguesas e de 16% das empresas da UE, enquanto que a maior velocidade de processamento foi referida por cerca de 10% das empresas portuguesas e por 18% das europeias.

De notar, ainda, o facto da poupança de custos também ser dos aspectos mais citados pelas empresas europeias (13%) e portuguesas (9%) reconhecendo-se que, embora de forma indirecta, também pode haver lugar à poupança de custos através dos outros benefícios citados.



● Figura 33 - Percepção das barreiras às vendas electrónicas em Portugal e na UE (% de empresas) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros participantes, excepto a HOL.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

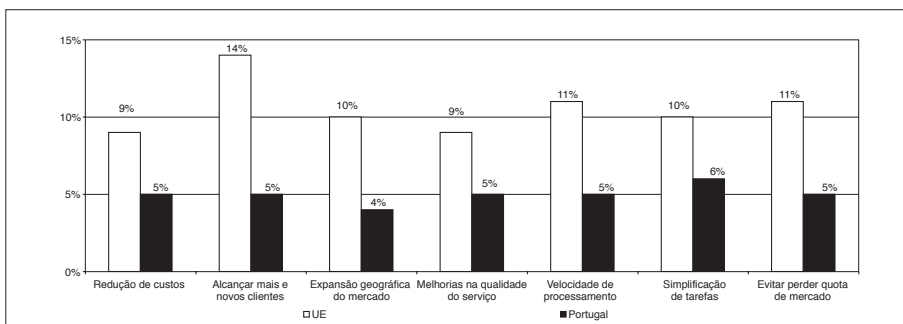
Em contraste com as barreiras e problemas atribuídos às compras *on-line*, e para além da referência à inadequação dos produtos ao meio electrónico (citado por 41% das empresas europeias e por 36% das portuguesas), a questão dos custos surge como uma das principais preocupações das empresas no que se refere às vendas electrónicas. Cerca de 40% das empresas europeias, e 32% das portuguesas, consideram que os custos de desenvolvimento e manutenção dos sistemas de comércio electrónico representam uma grande barreira para que possam vender *on-line*. As incertezas quanto às formas de pagamento e quanto aos contratos, termos de entrega e garantias também são das barreiras às vendas electrónicas mais citadas pela generalidade das empresas.

A principal diferença entre as empresas em Portugal e nos Estados-Membros da UE continua a ser relativamente ao *stock* de potenciais partes interessadas no negócio. Enquanto na Europa é atribuída muita importância a este aspecto, com

¹¹ De notar o facto das diferenças existentes na ordem relativa da magnitude das respostas às barreiras e benefícios do Comércio Electrónico serem influenciadas pela metodologia seguida pelo Eurostat neste estudo. Enquanto as questões acerca dos benefícios da realização de compras ou vendas por via electrónica foram apenas dirigidas às empresas que efectuem compras ou vendas electrónicas, mas as respostas expressas em percentagem do total de empresas, as questões relativas às barreiras foram dirigidas a todas as empresas.

cerca de 36% das empresas a referirem o facto do número de potenciais clientes poder ser demasiado pequeno, em Portugal este só é citado por 19% das empresas.

No que se refere aos benefícios associados às vendas electrónicas, destaque para a importância atribuída pelas empresas europeias às questões relacionadas com as quotas de mercado, onde cerca de 14% das empresas citam o facto das vendas *on-line* servirem para alcançar novos clientes e 11% aludirem ao facto de esta estratégia também servir para evitar perder quota de mercado. No caso português não existem grandes discrepâncias entre os benefícios citados, sendo contudo a simplificação de tarefas novamente o benefício mais referido, com cerca de 6% das empresas.



● Figura 34 - Percepção dos benefícios das vendas electrónicas em Portugal e na UE (% de empresas) *
 - * Na UE estão incluídos todos os Estados-Membros participantes, excepto a DIN e HOL.
 - Fonte: Eurostat (2002), E-commerce database.

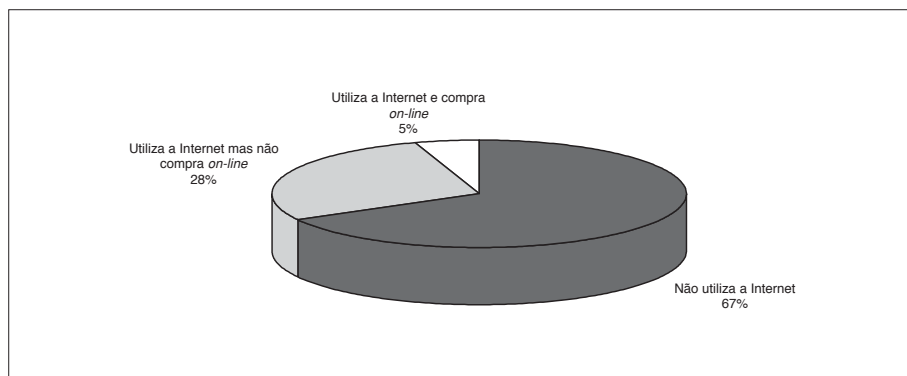
■ ■ ■ 1.2.3. AO NÍVEL DOS CONSUMIDORES

Adoptando agora uma abordagem ao nível dos consumidores, iremos neste ponto começar por caracterizar a utilização da Internet e do comércio electrónico em Portugal. De seguida procuraremos caracterizar os utilizadores de Internet (internautas) que não fazem uso do comércio electrónico, nomeadamente quanto à atitude face à potencial realização de compras na Internet. Terminaremos este ponto com uma análise sobre o comportamento da compra via Internet em Portugal.

1.2.3.1. UTILIZAÇÃO DA INTERNET E DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO

De acordo com dados publicados pela *International Data Corporation* (IDC) em 2002, cerca de 67% da população portuguesa não utiliza Internet, 28% utiliza a Internet mas não realiza compras electrónicas, sendo apenas de 5% a percentagem de portugueses que utiliza a Internet e efectua compras *on-line*.

Segundo estes dados, apenas um em cada sete internautas portugueses adquirem produtos ou serviços através da Internet.



● Figura 35 - Uso da Internet e adoção do Comércio Electrónico (em %)
- Fonte: IDC (2002c).

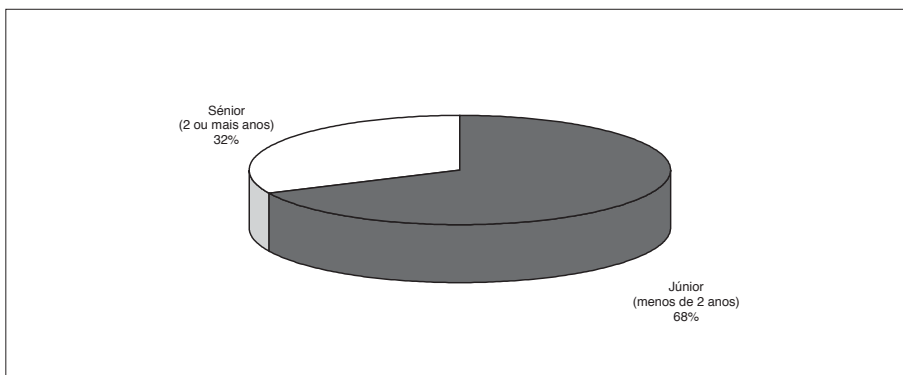
Num estudo recentemente publicado pela Unidade de Missão Inovação e Conhecimento (UMIC)¹², são apresentados valores ligeiramente diferentes no que se refere à utilização da Internet. Segundo a UMIC, cerca de 39% da população portuguesa é utilizadora de Internet (a IDC aponta para os 33%), existindo contudo consenso quanto aos níveis de adoção do comércio eletrónico – 5% da população portuguesa residente no Continente realiza compras eletrónicas.

A) PERFIL DOS UTILIZADORES DA INTERNET

De acordo com dados da IDC, apesar de o advento dos serviços de acesso à Internet em Portugal remontar a meados dos anos 90, apenas 32% dos internautas portugueses utilizam Internet há um período igual ou superior a 2 anos. Seguindo a terminologia adoptada pela IDC em alguns dos seus estudos, designaremos de utilizador “Júnior” o internauta com menos de 2 anos de utilização de Internet e “Sénior” o internauta com 2 ou mais anos de utilização.

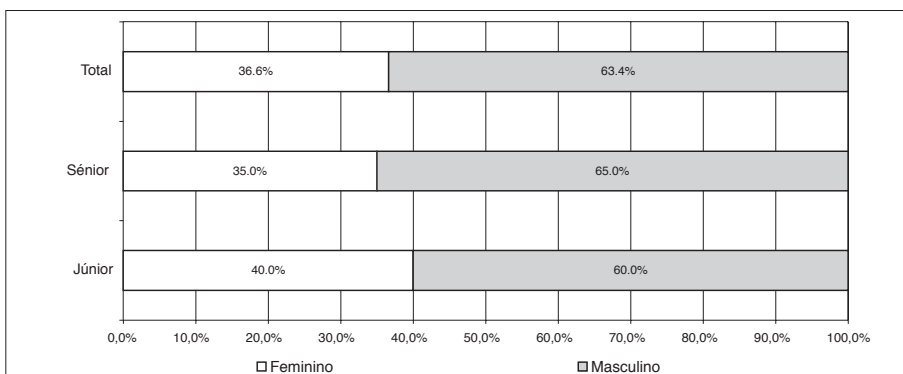
Estes dados revelam os fracos níveis de maturidade e confiança da maioria dos internautas portugueses nos meios e ambientes eletrónicos, tornando assim uma possível adesão ao comércio eletrónico num processo mais complicado e demorado.

¹² Cfr. UMIC (2003), *Inquérito à Utilização das Tecnologias da Informação e da Comunicação pela População Portuguesa*, UMIC, Lisboa, Setembro de 2003, acessível em www.umic.gov.pt.



● Figura 36 - Distribuição dos utilizadores de Internet por tempo de utilização (em %) - Fonte: IDC (2002c).

Do ponto de vista da adopção da Internet pelos diferentes géneros, são ainda evidentes certas desigualdades, com o público masculino a apresentar níveis de adopção claramente superiores aos do público feminino, em especial no caso dos utilizadores do tipo Sénior. A IDC estima que apenas 36,6% dos utilizadores de Internet em Portugal pertençam ao público feminino, valores que se revelam ainda menores no caso dos utilizadores de longa data (cerca de 35%).

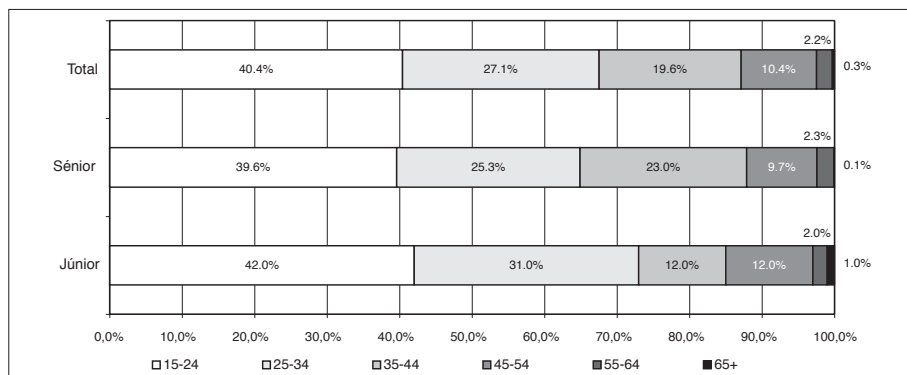


● Figura 37 - Distribuição dos utilizadores de Internet por género (em %) - Fonte: IDC (2002c).

Evidente é, também, a tendência para concentração dos internautas portugueses nos escalões etários mais baixos, com grande parte dos utilizadores (cerca de 67,5%) a apresentarem idades compreendidas entre os 15 e os 34 anos.

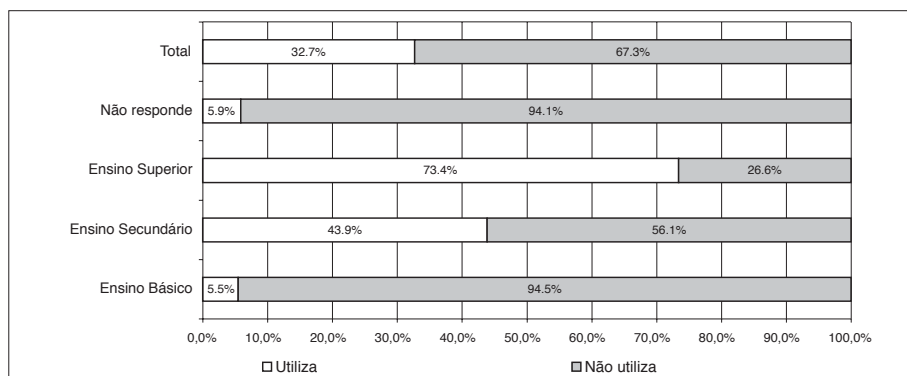
A figura abaixo permite-nos constatar, não só a dominância das faixas etárias mais baixas, como, também, o facto de esta ser superior entre os internautas com menos

de 2 anos de utilização. Enquanto no caso dos utilizadores do tipo Júnior, 42% apresentam idades compreendidas entre os 15-24 anos e 12% entre os 35-44 anos, no caso dos internautas com 2 ou mais anos de utilização, apenas 39,6% pertence à primeira faixa etária, sendo bastante superior a percentagem de inquiridos com idades compreendidas entre os 35-44 anos (cerca de 23%).



● Figura 38 - Distribuição dos utilizadores de Internet por faixa etária (em %)
- Fonte: IDC (2002c).

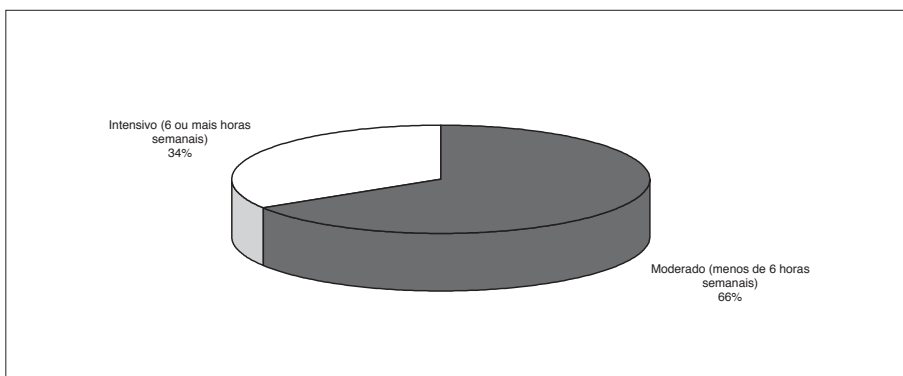
O facto de a Internet possibilitar a aquisição de produtos e serviços de forma mais cómoda e conveniente irá, sem dúvida, contribuir para o aumento do número de utilizadores junto das classes etárias mais avançadas, até porque é nestas camadas que mais facilmente se encontrarão utilizadores dispostos e com melhores possibilidades de aderir a estas novas formas de comércio.



● Figura 39 - Distribuição dos utilizadores e não utilizadores de Internet por habilitações literárias (em %)
- Fonte: IDC (2002c).

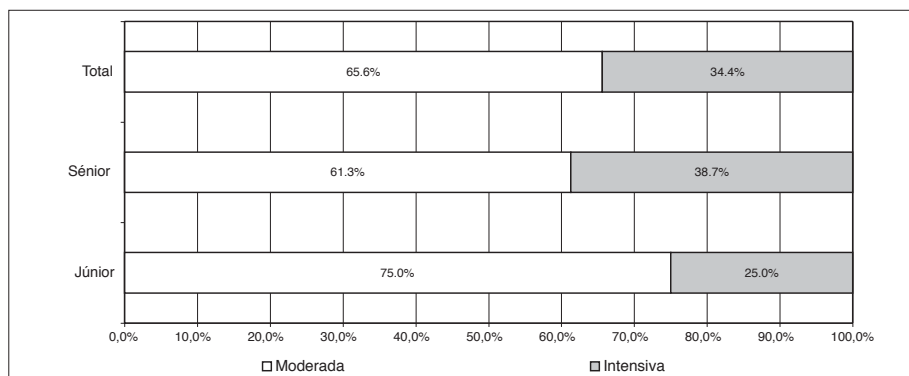
A distribuição dos utilizadores e não utilizadores da Internet por habilitações literárias permite-nos constatar que, em Portugal, a evolução dos níveis de penetração depende em grande medida da adopção da Internet por parte da população com maiores habilitações.

Apenas 5,5% da população portuguesa com ensino básico utiliza a Internet, o que contrasta com a percentagem de internautas existente entre a população com habilitações ao nível do ensino superior (cerca de 73,4%).



● Figura 40 - Distribuição dos utilizadores de Internet por intensidade de utilização (%)
- Fonte: IDC (2002c).

Segundo dados da IDC, grande parte dos internautas portugueses apresentam hábitos de utilização da Internet bastante moderados, com consumos inferiores a 6 horas semanais. Apenas 34% dos utilizadores inquiridos gastam mais de 6 horas semanais em actividades *on-line*, o que, de certa forma, pode revelar a falta de condições gerais no acesso a este tipo de meio, como sendo custos de comunicação mais baixos e uma melhor qualidade das ligações. O aparecimento de serviços de acesso à Internet de banda larga ou de pacotes de acesso mais vantajosos (por exemplo, os tarifários planos), irá, sem dúvida, contribuir para o aumento do número de utilizadores, assim como para a intensificação do uso da Internet por cada internauta.

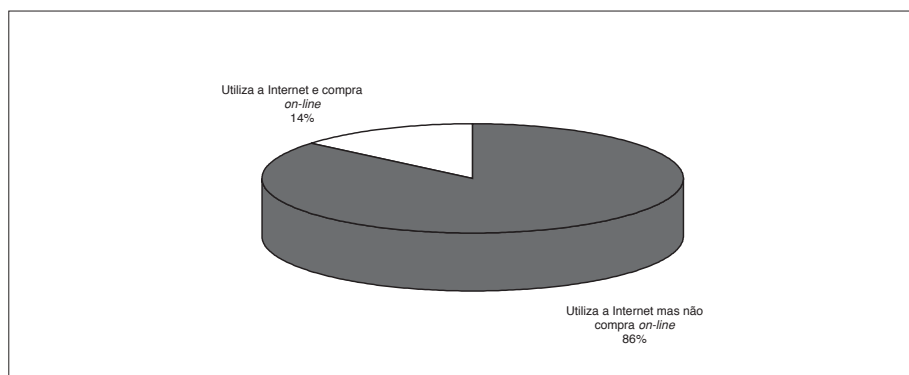


● Figura 41 - Intensidade de utilização da Internet por tipo de utilizador (em %)
- Fonte: IDC (2002c).

Tal como seria de esperar, é entre os utilizadores de longa duração que se verifica um uso mais intensivo da Internet, com cerca 38,7% desses internautas a gastarem mais de 6 horas semanais em actividades *on-line*, que contrasta com os 25% nos utilizadores do tipo Júnior.

B) PERFIL DOS UTILIZADORES DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO

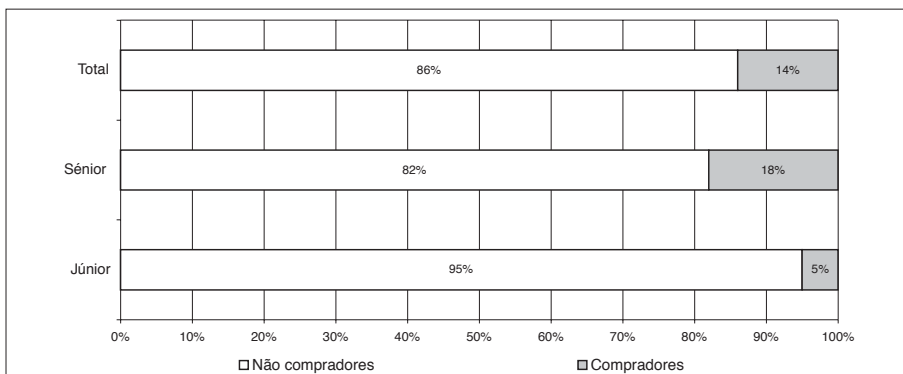
Segundo os dados apresentados acima, apenas 5% da população portuguesa é utilizadora do comércio electrónico. Em termos proporcionais, este valor corresponde a cerca de 14% dos internautas portugueses, o que, segundo dados da IDC¹³, corresponde a uma percentagem ligeiramente inferior à verificada na média dos países da UE (cerca de 17%).



● Figura 42 - Adopção do Comércio Electrónico (em %)
- Fonte: IDC (2002c).

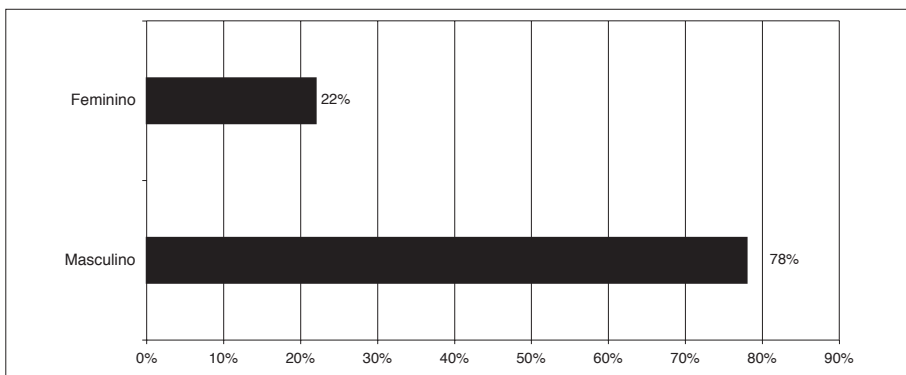
¹³ Cfr. IDC (2000a), *Internet Home: Mercado e Tendências em Portugal, 1997-2003*, IDC Portugal, Lisboa, Março de 2000.

Quando analisada segundo o tipo de utilizador, podemos constatar que a adopção do comércio electrónico apresenta níveis superiores entre os internautas com 2 ou mais anos de utilização regular da Internet. Segundo a IDC, cerca de 18% dos utilizadores de Internet do tipo Sénior realizam compras electrónicas via Internet, cifrando-se em apenas 5% a percentagem de internautas que, utilizando a Internet há menos de 2 anos, recorrem ao comércio electrónico.



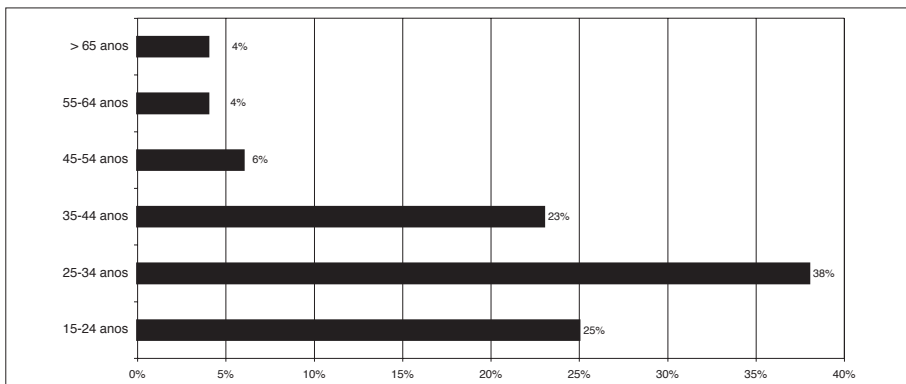
● Figura 43 - Adoptantes do Comércio Electrónico por tipo de utilizador da Internet (%)
 - Fonte: IDC (2002c).

Estes resultados podem-nos então levar a concluir que o aumento do número de utilizadores do tipo Sénior será um importante passo com vista a um mais rápido desenvolvimento do comércio electrónico. É que só um razoável nível de experiência na utilização da Internet permitirá aos internautas explorar todas as funcionalidades dos mercados electrónicos, assim como ganhar um grau de confiança tal que lhes permita ultrapassar os receios que normalmente estão associados à aquisição de produtos e serviços via Internet, como sendo a falta de segurança e privacidade nas transacções.



● Figura 44 - Distribuição dos compradores na Internet por género (em %)
 - Fonte: IDC (2000b).

A figura acima torna claro o fosso existente entre o público feminino e masculino no que se refere à utilização da Internet com fins comerciais. Se já são evidentes desigualdades no que se refere à utilização da Internet por parte dos portugueses (com cerca de 63,4% dos internautas pertencendo ao público masculino), estas agravam-se quando passamos a referir-nos à adopção do comércio electrónico. De acordo com a IDC, apenas 22% dos compradores na Internet em Portugal pertencem ao público feminino.



● Figura 45 - Distribuição dos compradores na Internet por faixa etária (em %)
 - Fonte: IDC (2000b).

Quando comparado com o padrão demográfico dos utilizadores de Internet em Portugal, verificamos que, embora se continue a assistir à dominância das faixas etárias mais baixas, existe uma tendência para a existência de uma maior maturidade

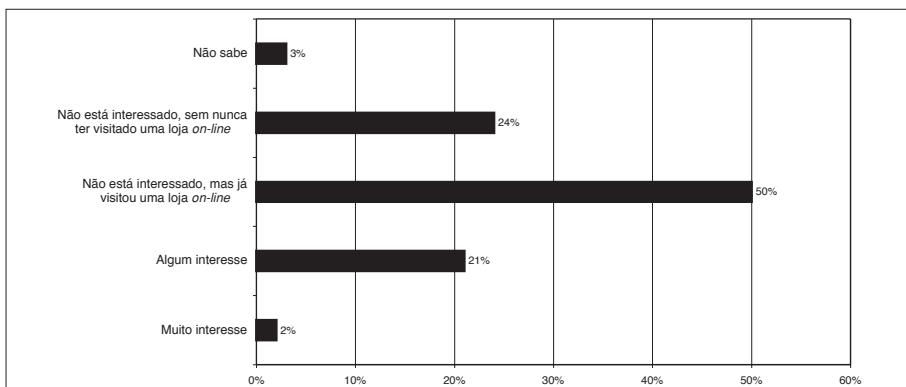
dos internautas que realizam compras electrónicas. Este resultado vem na linha do que se disse atrás relativamente à necessidade de uma maior confiança e, portanto, maturidade na utilização dos meios electrónicos, tendo em vista a adopção do comércio electrónico.

Segundo a IDC, cerca de sete em cada oito compradores na Internet têm menos de 45 anos, o que, de resto, corresponde aproximadamente à situação verificada para a totalidade dos internautas. A diferença está no facto da maior concentração de utilizadores do comércio electrónico verificar-se na faixa dos 25-34 anos (com 38% dos compradores), ao passo que, no caso dos utilizadores de Internet, verifica-se na faixa etária dos 15-24 anos (com 40,4% dos utilizadores).

1.2.3.2. ATITUDE FACE À POTENCIAL REALIZAÇÃO DE COMÉRCIO ELECTRÓNICO

Um aspecto também interessante de analisar diz respeito à sensibilidade dos internautas que ainda não adoptaram o comércio electrónico, face à potencial realização de compras de produtos ou serviços na Internet. Tal como vimos, este universo (utilizadores de Internet que não compram *on-line*) corresponde a cerca de 28% da população portuguesa.

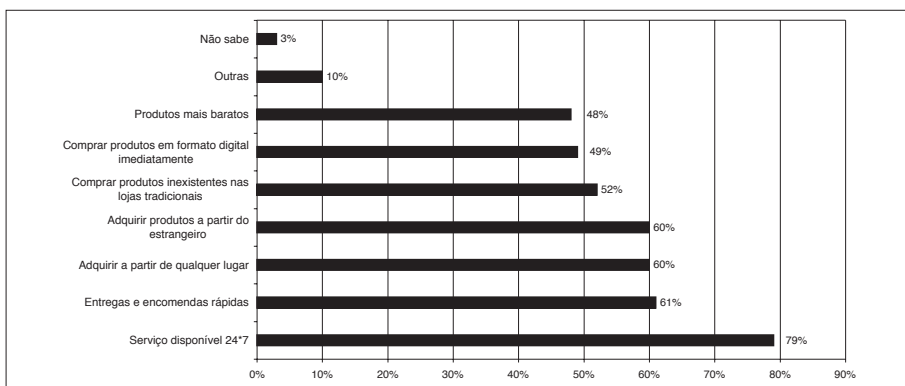
Segundo resultados publicados pela IDC em finais de 2002, entre os utilizadores de Internet que manifestam interesse perante a potencial realização de compras electrónicas (cerca de 23% dos internautas), apenas 2% demonstra estar bastante interessado em adoptar o comércio electrónico. Além disso, apesar de 32,4% dos internautas portugueses que não manifestam interesse em realizar compras electrónicas nunca terem visitado uma loja virtual, grande parte desses internautas (cerca de 67,6%) manifesta o seu desinteresse tendo já passado pela experiência de visitar uma, ou mais, plataformas de comércio electrónico.



● Figura 46 - Interesse perante a potencial realização de compras na Internet (em %)
- Fonte: IDC (2002c).

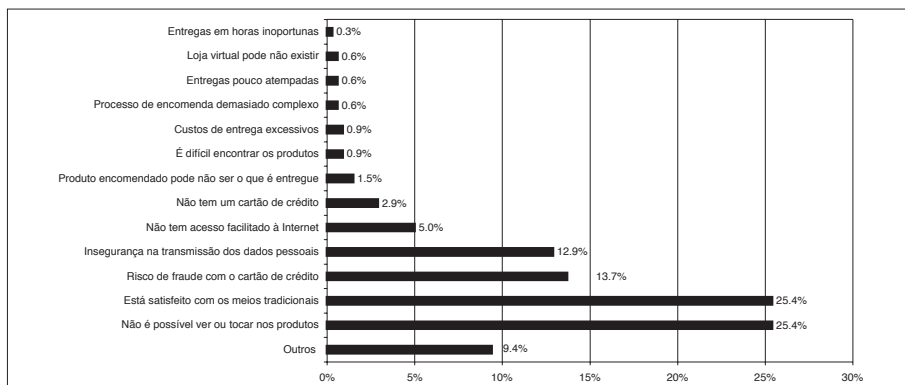
Estes resultados mostram-nos que, apesar do crescente número de utilizadores de Internet que têm vindo a adoptar o comércio electrónico, e da existência de cada vez mais iniciativas, nacionais e internacionais, tendo em vista o seu desenvolvimento e melhoria ao nível da segurança e privacidade, ainda não estão, aparentemente, reunidas as melhores condições para uma adopção em massa do comércio electrónico.

Entre as principais vantagens do comércio electrónico citadas pelos internautas que manifestam interesse em vir a realizar compras electrónicas, assumem maior destaque os exemplos de comodidade associados à realização de compras *on-line*, como sendo a disponibilidade dos serviços por 24 horas nos 7 dias da semana (citada por 79% dos internautas interessados), a rapidez nos processos de encomenda e entrega (referida por 61%), e a possibilidade de adquirir produtos nacionais, ou estrangeiros, a partir de qualquer local (vantagem citada por 60% dos utilizadores de Internet).



● Figura 47 - Principais vantagens do Comércio Electrónico (em %) *
 - * Respostas de escolha múltipla.
 - Fonte: IDC (2001a).

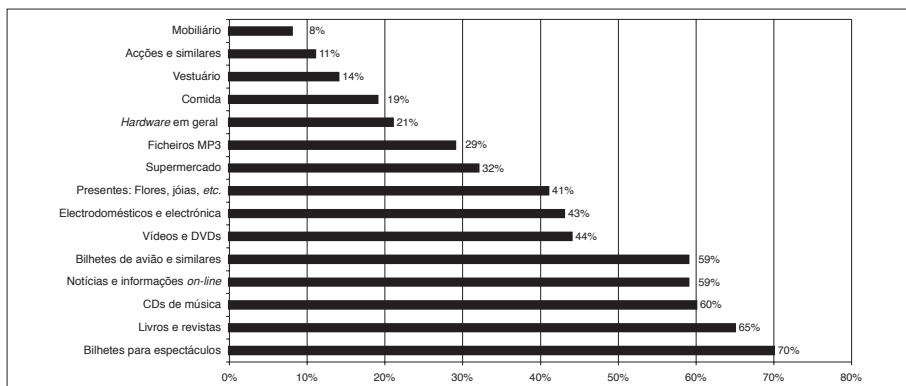
Já quanto aos factores inibidores à sua adopção, os utilizadores de Internet que não realizam compras *on-line* referem questões mais práticas, como o facto de não ser possível ver ou tocar nos produtos, ou o facto de estarem satisfeitos com as formas tradicionais de comércio (ambos os factores citados por cerca de um quarto dos internautas), como sendo as principais razões para não adoptarem o hábito de adquirir produtos e serviços via Internet.



● Figura 48 - Principais inibidores do Comércio Electrónico (em %)
 - Fonte: IDC (2002b).

Aspecto interessante de analisar é o facto de, segundo estes resultados, e ao contrário do que parece ser a ideia geral relativamente aos problemas do comércio electrónico, onde normalmente são avançadas questões relacionadas com a falta de

segurança e privacidade nas transacções *on-line*, os internautas tendem a referir aspectos mais tangíveis para minimizarem a utilidade do comércio electrónico. De facto, apenas 13% dos utilizadores que não compram *on-line*, apontam aspectos relacionados com a insegurança na transmissão de dados pessoais e com o risco de fraude, como os principais inibidores à realização de compras através da Internet.



● Figura 49 - Produtos e serviços que apresentam maior interesse de compra através da internet (em %) *
 - * Respostas de escolha múltipla.
 - Fonte: IDC (2002c).

Entre os produtos identificados com maior potencial de compra por parte dos internautas portugueses não adoptantes do comércio electrónico, destaque para os bilhetes de espectáculos (citados por cerca de 70% dos internautas), para os livros e revistas (65%), os CDs de música (60%), e para as notícias *on-line* e bilhetes de avião e similares (ambos citados por 59% dos internautas).

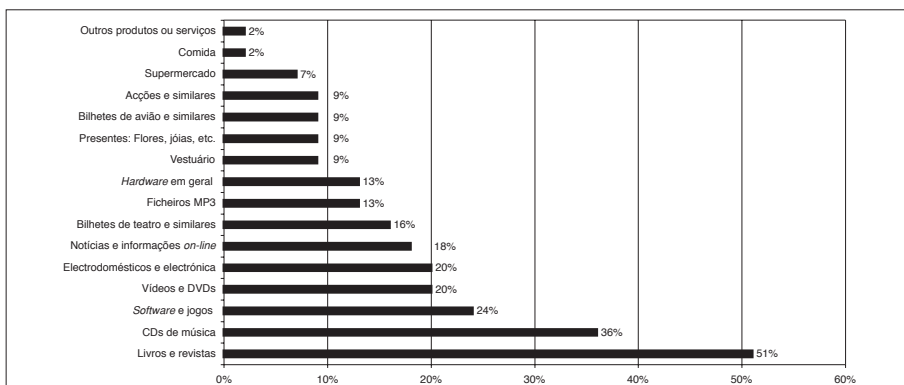
Tentando proceder à caracterização destas preferências, são produtos que pertencem, sobretudo, a categorias de compra rotineira, de baixo valor de aquisição e, conseqüentemente, com um elevado nível de padronização. Quando relacionadas com os factores inibidores acima analisados, facilmente se verifica que estas preferências recaem essencialmente sobre produtos e serviços que, de um modo geral, conseguem contornar esses problemas, ou torná-los insignificantes face ao valor envolvido nas suas transacções.

1.2.3.3. COMPORTAMENTO DAS COMPRAS NA INTERNET

A) INTENSIDADE E HÁBITOS DE CONSUMO

Entre os produtos e serviços mais adquiridos por parte dos internautas portugueses, merecem especial destaque os livros e revistas, os CDs de música e o *software* (incluindo jogos). De acordo com dados da IDC, cerca de 51% dos adoptantes do comércio electrónico revelam ser para adquirir livros e revistas que mais recorrem às compras electrónicas, seguindo-se 36% para os CDs de música e 24% para *software* e jogos.

Estes dados vão de encontro aos resultados recentemente publicados pela UMIC¹⁴, onde são apontados como tipos de produtos mais adquiridos via Internet em Portugal, os livros, revistas e jornais (citados por cerca de 36% dos utilizadores do comércio electrónico), seguidos da música e vídeos (35%) e do *software* para PCs (22%).

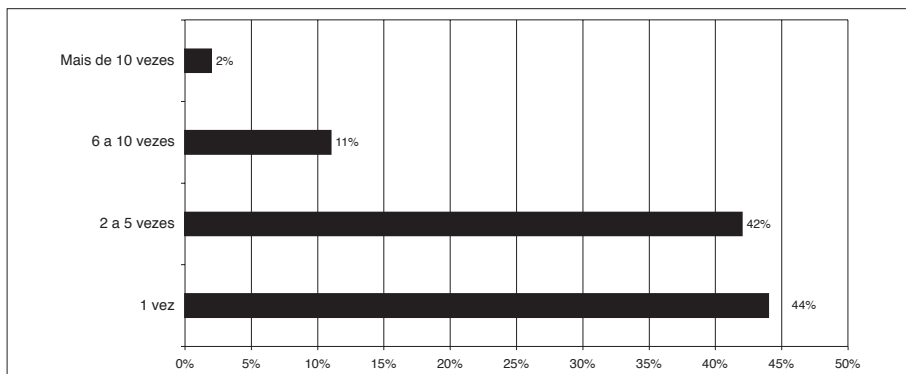


● Figura 50 - Produtos e serviços mais adquiridos (em %) *
- * Respostas de escolha múltipla.
- Fonte: IDC (2002c).

Além da baixa taxa de penetração apresentada, onde, tal como tivemos oportunidade de verificar, apenas 5% da população portuguesa (cerca de 14% dos internautas) adoptou até a este momento o comércio electrónico, também a regularidade com que são realizadas as compras electrónicas apresenta níveis aquém do desejado. De acordo com a figura abaixo, onde a intensidade das compras electrónicas é medida pelo número de transacções electrónicas efectuadas trimestralmente, constatamos que cerca de 44% dos compradores portugueses apresentam um volume de compras de apenas uma transacção por trimestre, sendo

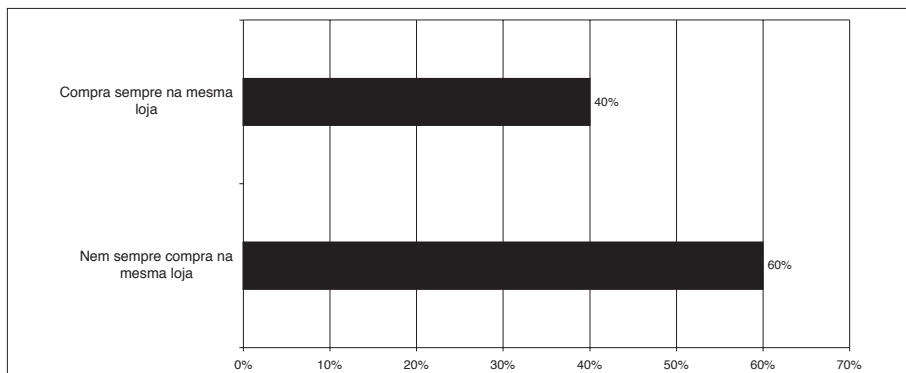
¹⁴ Cfr. UMIC (2003).

de 86% a percentagem de compradores que realizam entre uma a cinco transacções trimestrais.



● Figura 51 - Intensidade de compra de produtos e serviços *on-line* (em %)
- Fonte: IDC (2002c).

Com base nestes dados, e considerando que a realização de um a cinco processos de compra *on-line* em três meses corresponde a um acto esporádico, podemos concluir que a grande maioria dos adoptantes do comércio electrónico em Portugal apresentam hábitos de compra *on-line* muito moderados e pouco consistentes.



● Figura 52 - Hábitos de compra do mesmo tipo de produto ou serviço (em %)
- Fonte: IDC (2002c).

Aspecto interessante de analisar é o facto de se vir assistindo a uma alteração nos hábitos de aquisição do mesmo tipo de produto ou serviço. Enquanto que, segundo os resultados alcançados por um estudo da IDC realizado no início de 2002¹⁵, mais

¹⁵ Cfr. IDC (2002b), *Internet e o Comércio Electrónico: Representatividade do Sector Doméstico, 2001-2005 (1ª edição)*, IDC Portugal, Lisboa, Abril de 2002.

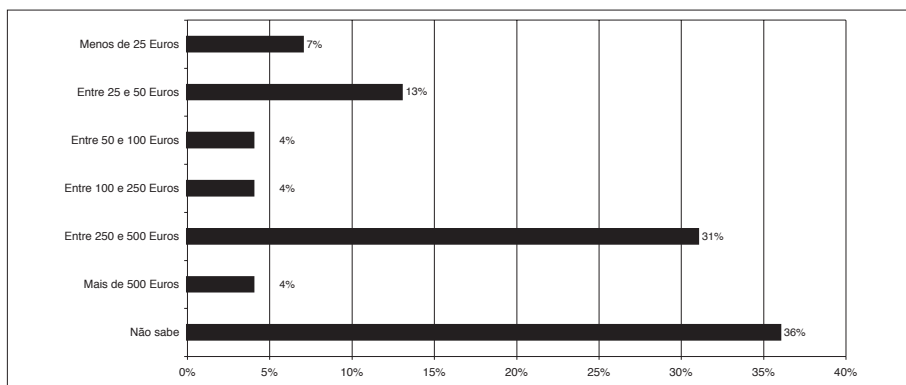
de metade dos adoptantes das compras electrónicas (cerca de 52%) compravam sempre na mesma loja virtual, apresentando assim índices de fidelidade dos clientes bastante elevados (onde, certamente, a confiança adquirida ao longo de experiências anteriores de compras bem sucedidas acabou por ter um papel importante), actualmente, e segundo dados da IDC de finais de 2002 (ver figura acima), a grande maioria dos internautas adoptantes do comércio electrónico (cerca de 60%) não realiza as suas compras sempre na mesma loja.

B) GASTOS E MEIOS DE PAGAMENTO UTILIZADOS

Relativamente aos gastos médios mensais dos portugueses com as compras electrónicas, dados da IDC, relativamente ao 2º trimestre de 2002, apontam para resultados bastante dispersos. Se, por um lado, as experiências comerciais bem sucedidas por parte de alguns adoptantes, e o ganho de confiança nas lojas virtuais que daí advém, tem permitido um aumento dos gastos mensais em categorias superiores, nomeadamente entre os 250 e os 500 euros, por outro, ainda existem muitos internautas portugueses que apenas esporadicamente compram *on-line*, optando por categorias de produtos e serviços de baixo valor que, quando somados, não resultam em gastos médios mensais superiores a 50 euros.

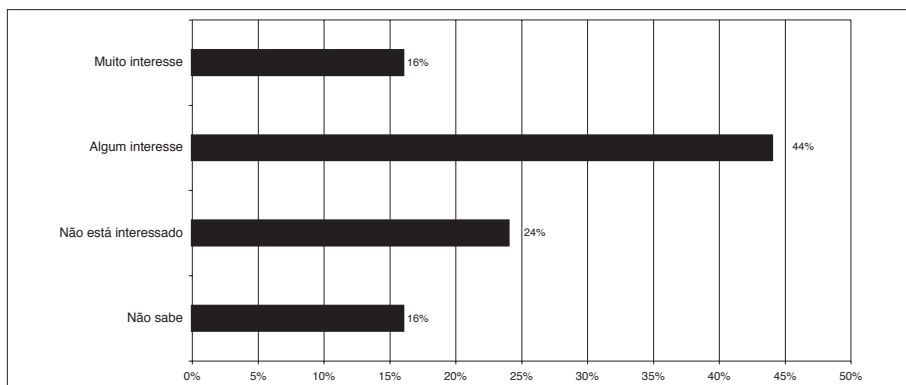
Segundo a IDC, cerca de 31% dos internautas portugueses apresentam gastos médios mensais entre os 250 e os 500 euros, cifrando-se em 20% os que realizam compras electrónicas iguais ou inferiores a 50 euros mensais. Apenas uma pequena percentagem de compradores (4%) declara gastar mais de 500 euros mensais em compras electrónicas.

Outro dado interessante é o facto de uma parte significativa dos adoptantes do comércio electrónico (cerca de 36%) não fazerem ideia do quanto gastam mensalmente em compras *on-line*, o que, mais uma vez, parece reforçar o carácter casual com que a maioria dos internautas recorre a este tipo de comércio.



● Figura 53 - Gastos médios mensais em compras *on-line* (em %) - Fonte: IDC (2002c).

Apesar da actual situação do mercado, existem contudo algumas indicações positivas para o futuro. De acordo com a IDC, cerca de 60% dos adoptantes do comércio electrónico demonstram predisposição para aumentar os valores gastos em compras na Internet, sendo que 26,7% desses compradores manifestam mesmo muito interesse em aumentar os seus gastos num futuro próximo.

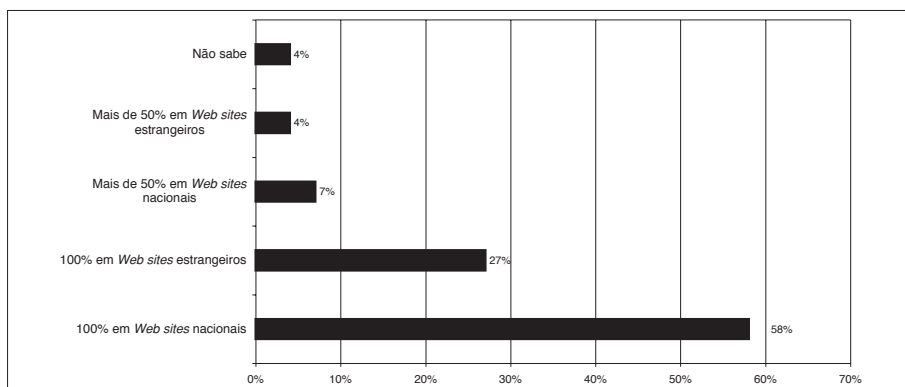


● Figura 54 - Interesse em aumentar os gastos em compras *on-line* (em %) - Fonte: IDC (2002c).

Quando comparados os dados do primeiro e do segundo trimestres de 2002, verificamos que o número de adoptantes que efectuam compras exclusivamente em lojas virtuais portuguesas tem vindo a aumentar, invertendo aquela que parecia ser a tendência em inícios de 2002. Contribuindo para esta evolução estará, certamente, a melhoria da oferta e dos serviços prestados pelas lojas nacionais e, sobretudo,

os menores receios com a segurança na transmissão de dados pessoais e nos pagamentos.

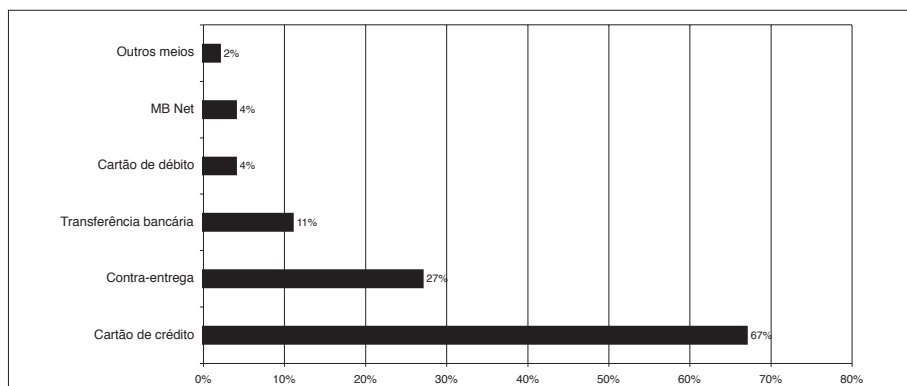
Enquanto que, em inícios de 2002, cerca de 37% dos compradores portugueses realizavam a totalidade das suas compras electrónicas em lojas virtuais nacionais e 29% optavam por comprar exclusivamente em lojas estrangeiras, em meados de 2002 essas percentagens passaram para 58% e 27%, respectivamente.



● Figura 55 - Distribuição dos gastos em Comércio Electrónico a nível nacional e estrangeiro (em %)
- Fonte: IDC (2000c).

Não obstante a aparente melhoria qualitativa das lojas portuguesas, existe ainda um número significativo de compradores que continuam a preferir as plataformas comerciais estrangeiras, muito provavelmente devido a uma variedade e celeridade superiores relativamente a tipos de produtos e serviços mais específicos.

Quanto às formas de pagamento utilizadas nas compras via Internet, dados recentes apontam para uma esmagadora maioria da utilização do cartão de crédito. Segundo dados da IDC (ver figura abaixo), 67% dos adoptantes do comércio electrónico realizam as suas compras *on-line* através dos cartões de crédito, recorrendo em menor expressão a formas alternativas, como cheques ou dinheiro no acto de entrega (27%), transferência bancária (11%), cartão de débito/multibanco (4%) e MB Net (4%).



● Figura 56 - Meios de pagamento utilizados nas compras *on-line* (em %) *

- * Respostas de escolha múltipla.

- Fonte: IDC (2002c).

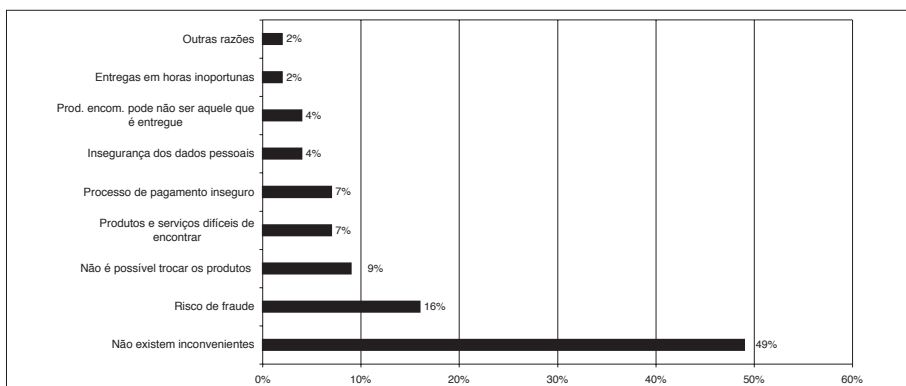
De um modo geral, estes dados vão de encontro aos resultados alcançados e recentemente publicados pela UMIC ¹⁶, onde cerca de 44% das encomendas electrónicas efectuadas em 2002 foram pagas *on-line* através do cartão de crédito, 22% por meio de reembolso postal, 18% através de multibanco, 12% pagas no acto de entrega (com dinheiro ou cheque) e 4% através do *e-Banking* (outra designação para o MB Net).

Apesar das melhores garantias de segurança oferecidas pelo MB Net/*e-Banking*, esta nova opção de pagamento, exclusiva para a Internet, ainda não atingiu um nível de utilização muito expressivo, provavelmente em resultado de algum desconhecimento mas também de algumas lacunas em termos da sua funcionalidade.

C) VANTAGENS E INCONVENIENTES DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO

Segundo a IDC, cerca de metade dos adoptantes do comércio electrónico em Portugal consideram não existir qualquer inconveniente nos processos de compra via Internet, o que, de certa forma, revela a satisfação com que grande parte dos compradores encara as suas experiências de compra e de relacionamento com as lojas virtuais.

¹⁶ Cfr. UMIC (2003).

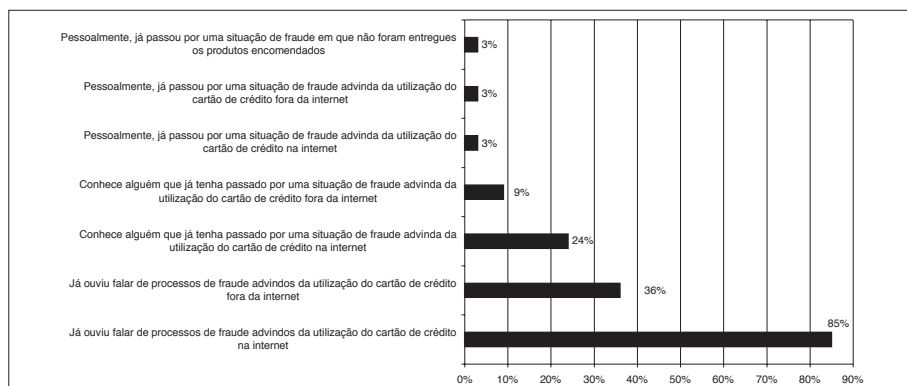


● Figura 57 - Principal inconveniente das compras *on-line* (em %)
 - Fonte: IDC (2002c).

Um dado interessante é o facto de não ser atribuída assim tanta importância a questões como a impossibilidade de tocar nos produtos, ou a insegurança nos processos de pagamento e transmissão de dados pessoais, factores apontados como principais inibidores à adopção do comércio electrónico, por parte dos internautas que não realizam compras electrónicas.

Apesar de 16% dos adoptantes referirem o risco de fraude como um dos principais inconvenientes associados às compras *on-line*, dados da IDC (ver figura 58) revelam ser muito reduzida a percentagem de compradores que afirmam já ter passado por experiências fraudulentas na Internet. Dos actuais compradores, cerca de 85% refere já ter ouvido falar de processos de fraude resultantes da utilização do cartão de crédito na Internet, 24% refere conhecer alguém que já tenha passado por esse tipo de situação, sendo que apenas 3% desses compradores afirmam ter estado pessoalmente envolvidos em situações de fraude na Internet.

Esta elevada proporção de adoptantes com indicações de ocorrência de fraudes deve-se, muito provavelmente, a uma excessiva mediatização de alguns acontecimentos, assim como a alguma falta de maturidade e confiança na utilização deste meio de pagamento, já que, como verificamos, são insignificantes as experiências pessoais de fraude detectadas.

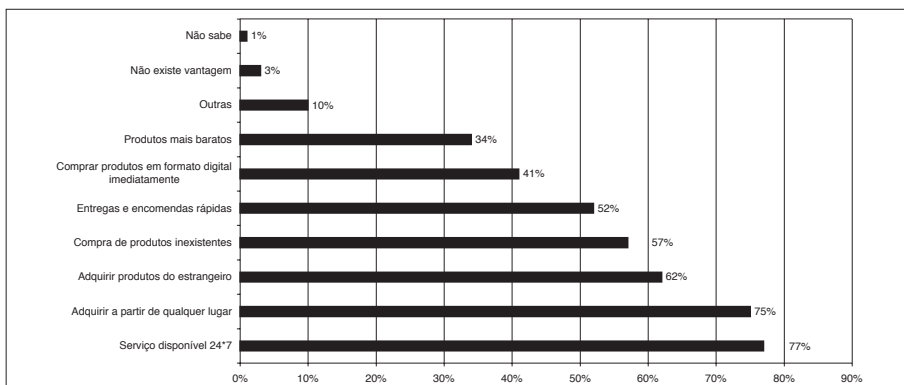


● Figura 58 - Existência de fraude nas compras *on-line* (em %) *
 - * Respostas de escolha múltipla.
 - Fonte: IDC (2002c).

Segundo os resultados alcançados pelo inquérito levado a cabo pela UMIC¹⁷, não foram identificadas quaisquer situações de fraude na utilização do cartão de crédito na Internet. De acordo com esses dados, cerca de 95% do adoptantes refere nunca ter passado por uma experiência negativa desde que começou a realizar compras *on-line*. Entre as experiências negativas relatadas, encontram-se a não entrega dos bens adquiridos (por cerca de 2% dos compradores), a troca/danificação dos bens no acto da entrega (cerca de 2%), a não correspondência dos bens adquiridos com a descrição feita no *site* (2%) e a ocorrência de problemas com a segurança dos dados pessoais (1%).

Relativamente às vantagens obtidas com os processos de compra através da Internet, verificamos que, ao contrário do que se constatou em relação à percepção dos inconvenientes associados a este tipo de comércio (em que a importância das barreiras e inconvenientes apontados pelos internautas não utilizadores das compras electrónicas, não corresponde exactamente aos apontados pelos internautas que já as adoptaram), os aspectos que apresentam maiores vantagens para os adoptantes do comércio electrónico são os mesmos daqueles que, sendo utilizadores da Internet, ainda não aderiram às compras *on-line*.

¹⁷ Crf. UMIC (2003).



● Figura 59 - Vantagens obtidas nas compras *on-line* (em %) *
 - * Respostas de escolha múltipla.
 - Fonte: IDC (2001a).

Tal como se constata pela figura acima, entre as vantagens associadas à realização de compras via Internet, destaca-se o facto de se tratarem de serviços disponíveis 24 horas por dia e 7 por dias da semana (citada por 77% dos internautas adoptantes), de haver possibilidade de adquirir produtos a partir de qualquer lugar (referida por 75%), inclusivamente do estrangeiro (citada por 62%), de permitir comprar produtos inexistentes nos meios tradicionais (57%) e de terem associadas uma maior rapidez nos processos de encomenda e entrega dos produtos e serviços adquiridos (vantagem citada por 52% dos utilizadores do comércio electrónico).

■ ■ 1.3. CASE STUDIES

■ ■ ■ 1.3.1. GRUPO SONAE Jorge Moura Landau *

1.3.1.1. PORTAL MIAU.PT

1.3.1.1.1. INTRODUÇÃO

Na sequência do desafio proposto pela ANACOM, o presente capítulo visa apresentar em linhas gerais:

- o modelo de negócio subjacente ao projecto **miau.pt**;
- algumas notas sobre a experiência de três anos do projecto; e
- algumas reflexões sobre o futuro e uma breve comparação com a situação internacional, nomeadamente com os Estados Unidos da América (EUA).

O carácter inovador e empreendedor do projecto são destacados, bem como a análise ao mercado onde se insere. A regulação do mercado, a legislação e os aspectos fiscais envolvidos são também referidos, uma vez que justificam um crescimento nesta área mais lento do que o esperado.

1.3.1.1.2. APRESENTAÇÃO DA EMPRESA

O **miau.pt** é um projecto cujo accionista é a SonaeCom. Tem como principal objectivo a gestão de uma plataforma de transacções *on-line* C2C (*Consumer-to-Consumer*) e B2C (*Business-to-Consumer*). Dada a dimensão do mercado português, os objectivos de rentabilidade só são alcançados assegurando a liderança do mercado.

Em termos de estrutura, o **miau.pt** considera as seguintes áreas:

- *gestão de produto e tecnologia*, responsável pelo desenvolvimento e manutenção das várias aplicações;
- *suporte comercial*, área personalizada aos maiores vendedores e a projectos especiais;
- *comunicação*, responsável pela imagem do *site* e pelos formatos de publicidade que são distribuídos sobretudo na Internet;

* Responsável pelas plataformas Miau.pt e Exit.pt.

- *atendimento*, responsável pelo atendimento a clientes (contactos recebidos e efectuados via *e-mail* e telefone), apenas nos dias úteis; e
- as áreas de Contabilidade, Legal, Recursos Humanos e de *Hosting* e *Housing* são departamentos partilhados com a SonaeCom. Ao nível externo não existem serviços prestados em *outsourcing*.

1.3.1.1.3. VERTENTES DO NEGÓCIO ABRANGIDAS PELA PLATAFORMA

O **miau.pt** apresenta as seguintes fontes de receita:

- comissões de venda relativas a transacções em formato dinâmico, leilões, ou de preço fixo;
- destaques especiais relativos à colocação de título e/ou fotografia em área do *site* que aumente a visibilidade dos artigos colocados;
- comissões de colocação relativas à colocação de artigos nas categorias de “motores” e “casa”, onde, em oposição às restantes categorias, são permitidos contactos dada a exigência de visita e inspecção do artigo;
- publicidade com ocupação de espaços muito diversos com *links* para fora do *site*; e
- residualmente, serviços de gestão de catálogo dos artigos colocados pelo **miau.pt**.

1.3.1.1.4. TECNOLOGIA IMPLEMENTADA

Inicialmente, o **miau.pt** tentou implementar um *software* já existente. No entanto, essa experiência foi muito negativa, dado que as exigências de performance e de configuração revelaram-se maiores do que as permitidas pelo *software*.

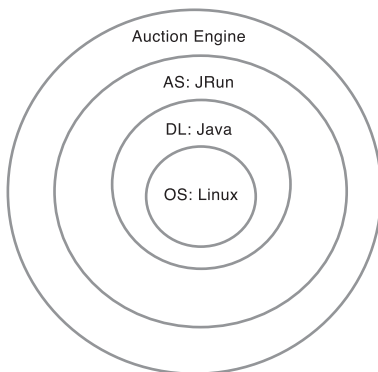
Actualmente, o **miau.pt** dispõe de três aplicações, desenvolvidas internamente, que permitem o interface com o utilizador, designadamente:

- *front-end*: visível em **www.miau.pt**;
- *backoffice*: aplicação onde os operadores do *call center* efectuem várias operações de manutenção; e
- *facturação*: aplicação que permite à equipa do **miau.pt** trabalhar toda a parte relacionada com a gestão de facturas e de conta corrente.

Em termos de números mais relevantes de suporte à actividade, podem indicar-se os seguintes:

- mais de 7.200 horas/homem de desenvolvimento;

- mais de 70.000 linhas de código de JAVA 1.4;
- várias dezenas de tabelas e *triggers* em ORACLE 8.1.6;
- Sistema Operativo em Linux RedHat 6.2; e
- *Application Server*: JRun 3.1.



● Figura 60 - Tecnologia implementada

1.3.1.1.5. RESULTADOS ALCANÇADOS

Em 2003, apesar de uma política restritiva em termos de investimento em comunicação, o **miau.pt** registou um crescimento das receitas, em termos anuais, de cerca de 20%.

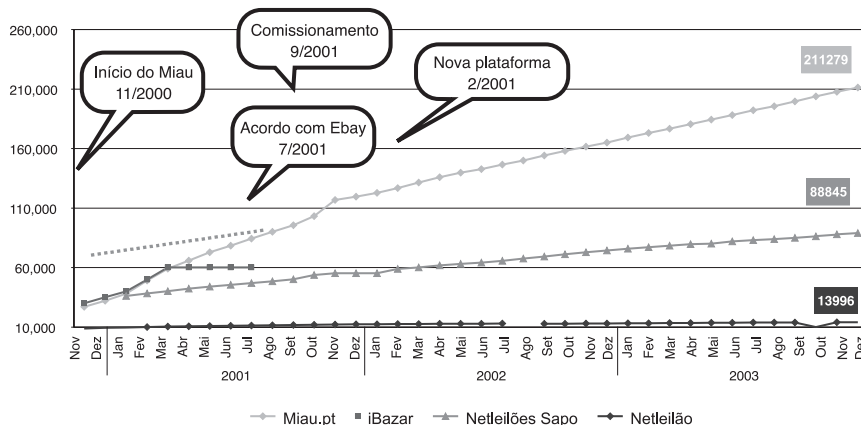
Em termos quantitativos, destacam-se os seguintes dados:

- o **miau.pt** ultrapassou os 7 milhões de *pageviews* mensais em Outubro;
- realizaram-se cerca de 10.000 transacções mensais e um valor anual de negócios que se estima em 4 milhões de euros;
- atingiu-se uma quota de mercado, medida pelos artigos listados simultaneamente, superior a 80%; e
- admite-se que a conta de exploração seja em breve equilibrada.

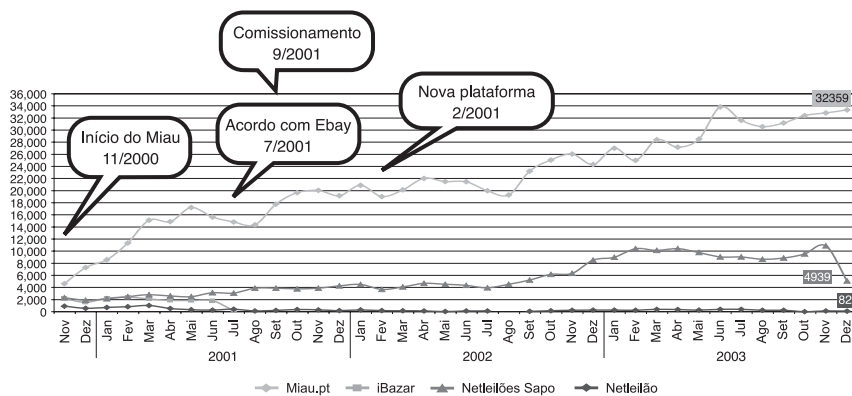
Dada a qualidade do serviço, em termos tecnológicos e em termos de atendimento ao cliente, o **miau.pt** está preparado para ser o parceiro de eleição de novas iniciativas que visem promover o comércio electrónico.

1.3.1.1.6. CONCORRÊNCIA

O **miau.pt** tem como concorrentes directos todos os *sites* de transacções entre particulares, em formato leilão ou venda. Os gráficos abaixo analisam este aspecto para os indicadores: número de registos e número de artigos listados.



● Figura 61 - Número de Registos



● Figura 62 - Número de Artigos Listados

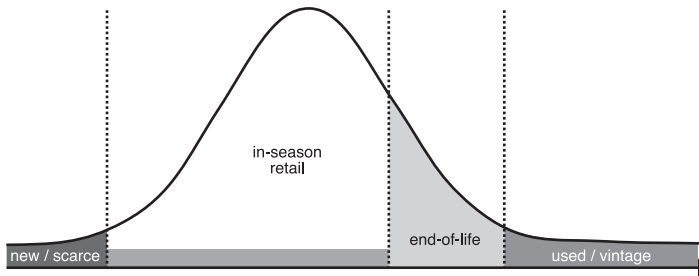
	Nº de Registos	Nº Artigos Simultâneos à venda
miau.pt	211.279	32.359
sapo.pt	88.845	4.939

● Tabela 2 - Número de registos e de artigos listados

1.3.1.1.7. PERSPECTIVAS E DESAFIOS FUTUROS

De acordo com as expectativas do **miau.pt**, em 2004 será possível:

- alcançar rapidamente uma conta de exploração positiva, maximizando as potencialidades do serviço;
- promover de forma independente cada uma das categorias, através de recursos próprios ou de parcerias;
- tornar ainda melhor o serviço prestado ao cliente de forma a facilitar a concretização de mais transacções;
- fomentar a criação de serviços complementares ao nível financeiro, segurador e de apoio jurídico; e
- aumentar as vendas na área B2C dado o “sucesso” que este tipo de plataforma tem no final do ciclo de vida do artigo. O gráfico abaixo representa o volume de negócios associado a cada uma das fases.



● Figura 63 - Volume de negócios associado a cada fase do ciclo de vida de um artigo

1.3.1.1.8. REGULAÇÃO DO MERCADO

A regulamentação do mercado apresenta perspectivas de melhoria. Em Janeiro de 2004 foi publicado o diploma que passou a regular o comércio electrónico em Portugal (Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro), sendo que continuam por definir alguns aspectos práticos, tais como o processo de registo de uma nova empresa e a certificação das plataformas electrónicas em termos de segurança.

Para um *site* de comércio electrónico, o serviço de pagamentos é fundamental. Em Portugal, apesar das inovações no sistema financeiro, existem ainda algumas barreiras para a adopção de novos formatos *on-line*. Destacamos, a este propósito, que existe apenas um fornecedor de serviços de pagamentos em Portugal e não são vendidas/criadas novas entidades Multibanco receptoras de informação em tempo real.

Os elevados custos de comunicação e de manutenção dos *sites*, levam a que as empresas comecem lentamente a preferir as plataformas “aglutinadoras”, onde mais facilmente os compradores encontram os artigos à venda.

1.3.1.1.9. FISCALIDADE

Como forma de promoção da mudança de processos e de adaptação legislativa, países como os EUA e a Grã-Bretanha eliminaram ou reduziram o imposto sobre o valor acrescentado nas transacções *on-line*.

Esta foi uma medida genericamente aplicável a todos os *sites* de *e-commerce* mas que não impactou significativamente na angariação de receitas fiscais.

Em Portugal, estamos certos de que a adopção de uma medida idêntica estimularia o mercado *on-line*.

1.3.1.1.10. INOVAÇÃO

Apesar das dificuldades competitivas referidas no capítulo anterior, indicamos três exemplos de inovações que caracterizam a plataforma gerida pelo **miau.pt**:

- sistema de pré-pagamento para a aquisição de destaques especiais e comissões de venda, resultantes de uma percentagem reduzida na utilização de cartão de crédito e da dificuldade de cobranças verificada em Portugal;

- exigência de confirmação de código enviado por correio terrestre, uma vez que as situações de má utilização não são penalizadas em Portugal. Além de um acréscimo de custos operacionais, isto significa mais barreiras à utilização dos serviços por parte dos clientes; e

- o **miau.pt** desenvolveu um serviço de intermediação em *workflow* que gere todo o processo de transacção financeira e logística, com vista a assegurar que só depois da aprovação pelo comprador, o vendedor recebe o valor do artigo e dos portes.

1.3.1.1.11. CONCLUSÃO

Em jeito de conclusão indicamos duas ideias a reter:

- a expectativa em relação ao futuro do projecto é optimista, pois trata-se de um modelo de negócio comprovado, aliado à já demonstrada qualidade de serviço ao cliente; e

- em termos de intervenção do Estado, esperamos que sejam tomadas as medidas necessárias para a promoção do *e-commerce*.

1.3.1.2. PORTAL EXIT.PT

1.3.1.2.1. INTRODUÇÃO

Na sequência do desafio proposto pela ANACOM, o presente documento visa apresentar em linhas gerais:

- o modelo de negócio subjacente ao projecto **exit.pt**;
- algumas notas sobre a experiência de três anos do projecto; e
- as expectativas para o próximo ano e as perspectivas futuras para o comércio *on-line* de viagens.

Ao longo dos vários pontos do capítulo, é dado especial relevo ao carácter inovador e empreendedor do projecto. Apresenta-se ainda uma pequena análise do mercado *on-line* de viagens, que consideramos de vital interesse para a actividade do **exit.pt**.

1.3.1.2.2. APRESENTAÇÃO DA EMPRESA

O **exit.pt** iniciou a actividade tendo como accionistas três importantes empresas cujos *assets* e mais-valias foram aportados ao projecto, sendo elas a Portais Verticais (detida em partes iguais pela **SonaeCom** e **Impresa**) com 75%, e a **Sonae Turismo** com 25%¹⁸.

O projecto nasceu em Agosto de 2000 e **resultou de um contexto marcado por oportunidades únicas** no panorama dos portais de viagens em Portugal:

- desde logo, esperava-se um grande crescimento do mercado *on-line* de viagens, suportado por uma estimativa de crescimento anual do comércio *on-line* em Portugal de cerca de 60% (nos primeiros cinco anos), sendo o sector das viagens o de maior representatividade no *e-commerce* (com 29% do total das transacções *on-line*); e
- por outro lado, havia ainda espaço para inovar em Portugal já que o reduzido número de *players on-line* existente tinha uma oferta pouco abrangente, pouco orientada para as transacções *on-line*, sendo mesmo pouco comum a existência de funcionalidades de compra *on-line*.

Em termos de *assets* e mais-valias dos accionistas iniciais do portal, estes resumem-se da seguinte forma:

¹⁸ Actualmente, o capital do exit.com é totalmente detido pelo Grupo Sonae (SonaeCom e Sonae Turismo).

Impresa	SonaeCom	Sonae Turismo
- Conteúdos abrangentes de turismo e lazer	- Experiência na concepção e no lançamento de portais com sucesso	- Experiência e poder de negociação na indústria de turismo e viagens
- Fortes canais de comunicação	- Fortes parcerias nas novas tecnologias	- Rede física de distribuição

● Figura 64 - Accionistas iniciais do portal Exit.pt

De modo a beneficiar de sinergias com as estruturas já existentes, o projecto desenvolveu-se de forma flexível, internalizando apenas as funções *core* e aproveitando para externalizar as áreas nas quais os accionistas detinham vantagens competitivas estratégicas importantes para o negócio.

Assim, na **equipa interna** estão as áreas de Oferta, Clientes, Comunicação, Facturação, e Serviços, Conteúdos e Interactividade.

Paralelamente, na **equipa externa** estão os Departamentos Financeiro e Administrativo, Legal, Recursos Humanos, Planeamento e Controlo de Gestão, Tecnologia e o Centro de Apoio ao Cliente.

A figura infra salienta ainda quais as áreas estratégicas (Oferta e Clientes) e as áreas de apoio e acessórias (Comunicação, Tecnologia, Facturação, e Serviços, Conteúdos e Interactividade) para o negócio do **exit.pt**.

Gestão exit	Direcção	PCG	RH	LEGAL	DAF
Áreas estratégicas de negócio			Áreas de Apoio e Acessórias		
Oferta	Clientes			Comunicação	
Negociação	Gestão de Clientes			Tecnologia	
Programação				Facturação	
Base de dados	Gestão do Centro de Apoio a Clientes			Serviços, Conteúdos e Interactividade	
Empresas					

● Figura 65 - Áreas de Estratégia, de Apoio, e Acessórias

1.3.1.2.3. VERTENTES DO NEGÓCIO ABRANGIDAS PELA PLATAFORMA

O negócio do **exit.pt** assenta na exploração das seguintes fontes de receitas:

- venda de viagens
- venda de publicidade

Na vertente **viagens**, o **exit.pt** apresenta uma oferta muito alargada de produtos, distribuída pelas seguintes categorias: voos, alojamentos, *rent-a-car*, férias, fins-de-semana, neve, B2P (*Business-to-Partners*) e incentivos & grupos.

De salientar que os voos, o *rent-a-car* e grande parte dos alojamentos estão disponíveis a partir de uma base de dados internacional (GDS), enquanto que as

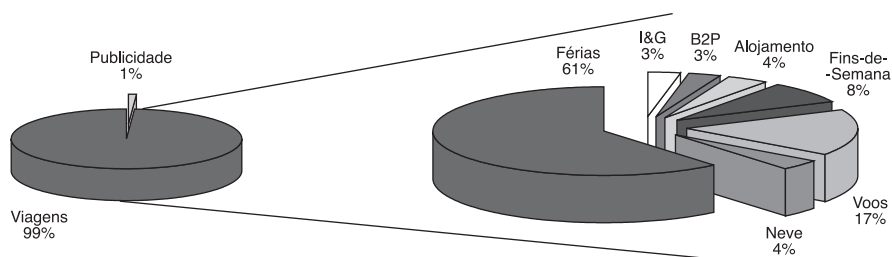
férias, fins-de-semana, neve e determinados alojamentos, estão disponíveis a partir da base de dados própria.

Todos estes produtos são comercializados para clientes B2C e B2B, sendo que para os primeiros a oferta está disponível no portal e para os segundos a oferta é disponibilizada através do canal *off-line*.

Em termos de **publicidade**, a oferta do **exit.pt** passa por *banners*/botões a publicar no portal e também na *newsletter*. As duas fontes de receitas representam pesos diferentes no negócio do exit.pt, quer em termos de receita propriamente dita, quer em termos de margem bruta.

- Receitas

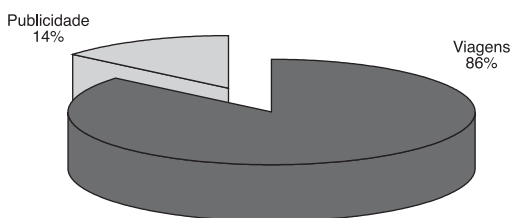
As **viagens** representam 99% das receitas do **exit.pt**, para as quais contribuem diferentemente os vários produtos vendidos. De salientar que as férias e os voos, com 61% e 17% respectivamente, representam mais de 3/4 do negócio. A **publicidade** contribui apenas com 1%, facto explicável visto esta receita não se apresentar como *core* para o negócio.



● Figura 66 - Receitas do Exit.pt

- Margem Bruta

No que concerne à margem bruta, é de salientar a contribuição que a publicidade tem para o negócio do exit.pt, com 14%. As viagens, devido à tendência de atribuição de margens reduzidas no Mercado do Turismo, têm uma contribuição de 86%.



● Figura 67 - Margem Bruta do Exit.pt

1.3.1.2.4. TECNOLOGIA IMPLEMENTADA

A actual plataforma tecnológica do **exit.pt** assenta em bases de dados e funcionalidades de suporte.

Assim, em termos de bases de dados, o **exit.pt** dispõe de bases de dados para as seguintes grandes áreas: produtos, conteúdos, clientes e de processos/transacções. Estas são desenhadas de acordo com as necessidades do **exit.pt**, não descurando todas as especificidades do negócio. Existe ainda um *software* que permite o acesso a uma base de dados internacional de voos, hotéis e *rent-a-car*.

No que concerne a funcionalidades de suporte, o **exit.pt** apresenta ferramentas específicas para a gestão de determinadas tarefas, nomeadamente, o Controlo *On-line* de Reservas e o Sistema de *Reporting*.

A figura abaixo apresenta, de forma resumida, o que se pode encontrar em cada uma das bases de dados assim como nas funcionalidades de suporte.

Bases de Dados	Support
<p>Base de dados de produtos</p> <p>Disponibiliza todos os produtos e inclui: Informação genérica sobre os mesmos (como por exemplo: itinerário, observações, a não perder, inclui, etc); informação para avançar de páginas: datas (<i>in/out</i>, disponibilidade nas páginas de <i>last minute</i>) e classificação de pacotes; composição: hotéis, transportes (voo, autocarro,...) e serviços opcionais (seguro, forfait, classe golf,...) opções: extensões, preços, <i>stocks</i> e comissões.</p> <p>Inclui ainda um <i>software</i> especial para gestão de voos (com promoções especiais fornecidas pelas companhias aéreas) que verifica a disponibilidade directamente em Amadeus e fornece resposta imediata ao Cliente.</p>	<p>CRO (Controlo de Reservas Online)</p> <p><i>Software</i> de gestão de processos (inclui todos os processos recepcionados via portal e via Centro de Apoio ao Cliente).</p>
<p>GDS</p> <p><i>Software</i> de acesso ao Amadeus com voos, hotéis e <i>rent-a-car</i></p>	<p>Reporting exit</p> <p>Sistema de Reporting que correlaciona todas as bases de dados e fornece dados estatísticos para análise</p>
	<p>Billing</p> <p>em desenvolvimento</p>

Base de Dados de Conteúdos

Inclui conteúdos genéricos, os guias de viagem, conteúdos específicos de suporte aos produtos; - área Destino do Mês; - Base de Dados de Fotografias

Outros

4 Servidores para *frontend* and *backoffice*, estrutura de comunicações e segurança

Base de Dados de Clientes

Base de Dados de Processos / Transacções

● Figura 68 - Bases de dados e funcionalidades de suporte

A tecnologia implementada resume-se a um conjunto de *hardware* e a um conjunto de infra-estruturas de comunicações e segurança.

Em termos de **Hardware**, o **exit.pt** dispõe do seguinte:

- 1 *Load balancer*;
- 3 Servidores de *frontend*;
- 1 Servidor de *backoffice*;
- 2 Servidores em *cluster* de suporte à base de dados; e
- Base de dados.

Em termos de **Comunicações e Segurança**, o **exit.pt** dispõe das seguintes estruturas:

- *Firewalls*;
- *Switch*;
- Redes de suporte; e
- Rede de apoio à BD (SAN Rede de *backups*).

De salientar que todas as bases de dados do **exit.pt** estão desenvolvidas em SQL e todo o portal está programado em XML, flexibilizando assim toda a estrutura existente.

Tal como referido anteriormente, toda a plataforma tecnológica foi desenvolvida especificamente para o **exit.pt** e compreende:

- as máquinas de *frontend*;
- um módulo de *backoffice* de gestão de reservas;
- um módulo de *backoffice* de gestão de produtos e conteúdos; e
- um módulo de *backoffice* de reporte e CRM.

A separação entre servidores de *frontoffice* e de *backoffice* evita que os utilizadores sejam penalizados com as actuações directas, no *backoffice*, pela equipa

de gestão e de atendimento (inserção de produtos, actuação na ferramenta de CRO, *etc.*). Desta forma, os dois servidores de suporte à base de dados garantem redundância.

De referir ainda que o **exit.pt** optou pelo processamento diferenciado entre páginas estáticas e páginas dinâmicas, permitindo assim otimizar as necessidades da infra-estrutura e tornando mais rápida a resposta ao cliente.

1.3.1.2.5. RESULTADOS ALCANÇADOS

Ao longo dos quase três anos de existência, o **exit.pt** já alcançou resultados muito positivos em várias áreas.

Actualmente, o **exit.pt** conta com:

- Mais de **180.000 clientes** registados;
- Média de **1.500.000 *pageviews*** mensais;
- Média de **120.000 *unique visitors*** mensais;
- Mais de **10.000 processos** de viagens (cerca de 40.000 passageiros) desde 2001;
- **30% de crescimento** anual do número de **viagens vendidas**;
- **85% de nível de atendimento** ao cliente via telefone e *e-mail*;
- **68% de notoriedade** entre os Internautas;
- **22º lugar** de notoriedade espontânea em termos de **portais**; e
- **1º lugar** de notoriedade espontânea em termos de **portais transaccionais**.

1.3.1.2.6. PERSPECTIVAS E DESAFIOS FUTUROS

As expectativas do **exit.pt** para 2004 assentam no crescimento sustentado do volume de negócios, quer através do aumento da venda de viagens, quer através do aumento da venda de publicidade. As grandes apostas são:

- **Negociação e alargamento de parcerias** ao nível dos produtos, conteúdos e serviços a disponibilizar no portal, o que permitirá antecipar a exploração de novos segmentos de mercado, bem como a implementação de novas funcionalidades;
- **Upgrades dos sistemas de suporte tecnológico** o que permitirá uma maior simplicidade e rapidez na resposta às solicitações dos utilizadores; e

- **Focagem numa estratégia de captação e fidelização de clientes**, desenvolvendo acções de índole “pedagógica” com o objectivo de promover as compras *on-line*, salientando a comodidade e segurança do *e-commerce*.

No que respeita às perspectivas futuras para o **mercado *on-line* de viagens**, o panorama é bastante animador como se poderá comprovar através das expectativas existentes à volta de determinadas variáveis, como sejam: a evolução do número de utilizadores de Internet e a evolução do Mercado de Turismo.

- Utilizadores de Internet

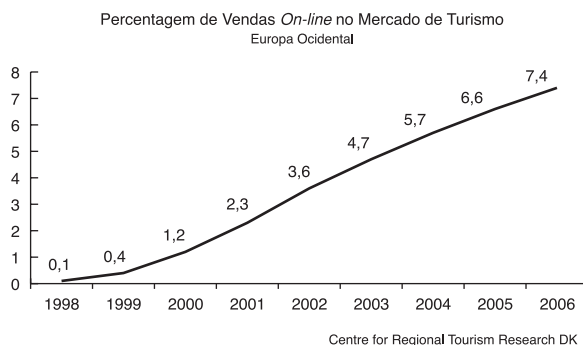
O número de utilizadores da Internet, de acordo com a IDC no início de 2003, cifra-se em 3,2 milhões (cerca de 70% das empresas e 31% dos lares portugueses utilizam a Internet), número que se estima vir a crescer à taxa de 32,6% ao ano até 2005.

- Mercado do Turismo

Estima-se ainda que o crescimento do **Mercado do Turismo**, de acordo com o estudo do *Centre for Regional Tourism Research DK*, seja de 3% ao ano, durante os próximos 3 anos.

De acordo com o mesmo estudo do *Centre for Regional Tourism Research DK*, e apesar do abrandamento que se tem verificado, estimam-se, para o **Mercado de Turismo *on-line***, taxas de crescimento superiores a 15% até 2006.

Quando comparados o **Mercado de Turismo *on-line*** com o **Mercado de Turismo tradicional**, o aumento das vendas *on-line* assume um peso notório, como se pode comprovar através do gráfico seguinte.



● Figura 69 - Vendas *on-line* no Mercado de Turismo

1.3.1.2.7. CONCLUSÃO

As expectativas de evolução do *e-commerce*, aliadas à experiência já recolhida nos últimos anos, permitem antever o sucesso de estratégias que considerem todas as vertentes do negócio *on-line* (desde a recolha de informação até à compra efectiva) e todas as suas especificidades.

Sendo o Mercado de Turismo *on-line*, de entre todos, o que apresenta a maior tendência de crescimento nos próximos anos, tal reforça a confiança que se pode depositar nesta área de negócio.

Por outro lado, uma equipa jovem e dinâmica, aliada aos *assets* e mais-valias dos accionistas, permitem ao **exit.pt** estar numa posição privilegiada para beneficiar das potencialidades do mercado, capitalizando os investimentos realizados e rentabilizando as estruturas existentes.

■ ■ ■ 1.3.2. GRUPO PT: TRADECOM

Luís Carlos Franco *

1.3.2.1. INTRODUÇÃO

Para poder compreender o que levou à criação de uma plataforma de comércio electrónico entre empresas como a Tradecom, por parte do Grupo Portugal Telecom, e quais os benefícios e custos que resultaram desse processo, é necessário entender que fenómeno é este do comércio electrónico e a sua evolução histórica nos últimos (não tão poucos) anos.

Aquando da criação da Tradecom, entendia-se o comércio electrónico entre empresas (*e-commerce business-to-business* ou B2B), como uma forma de as organizações, compradoras e fornecedoras, realizarem negócios de forma rápida, segura e económica através da Internet, baseando-se no conceito: *from anywhere, at anytime, with anyone*.

Acreditava-se também que a intensificação da competitividade empresarial, a globalização dos mercados e a massificação da Internet, seriam as principais razões que conduziriam ao fenómeno de crescimento exponencial do *e-commerce business-to-business*.

Em termos funcionais e tecnológicos, o comércio electrónico entre empresas surge como uma evolução do transporte de mensagens entre empresas suportado em protocolos proprietários – EDI (*Electronic Data Interchange*), para as transacções

* Director-geral da Tradecom.pt.

de negócio suportadas em redes públicas e protocolos standard abertos – XML (*Extensible Markup Language*).

Na verdade, e hoje temos a perfeita noção deste facto, o B2B é muito mais que uma forma electrónica e rápida de colocar compradores e vendedores em contacto. É, antes, uma agilização ubíqua de toda a fileira do mercado, incluindo prestadores de serviços, instituições reguladoras, a Administração Pública e os clientes finais.

É por este motivo que nos afastamos da denominação anterior de *e-Marketplace*, orientado para uma filosofia de criação de mercado entre compradores e vendedores, e nos aproximamos da figura de Prestador de Serviços B2B, pois é na verdade este o papel que desempenhamos hoje em dia. Assim, oferecemos serviços, e não apenas tecnologia facilitadora (*enablers*) para toda a cadeia de valor de todas as indústrias.

Analisaremos ao longo deste contributo, tão gentilmente requisitado pela ANACOM, a evolução da Tradecom de operador de transporte de mensagens para Prestador de Serviços B2B, e versando os benefícios aportados aos seus clientes, parceiros de negócio que encontram a resposta às suas necessidades de comunicação agilizada nos serviços prestados pela Tradecom.

1.3.2.2. APRESENTAÇÃO DA TRADECOM

A PT PRIME TRADECOM – Soluções Empresariais de Comércio, SA foi constituída a 19 de Maio de 2000, como empresa da PT Prime, SGPS, em parceria com o Grupo Espírito Santo e a Caixa Geral de Depósitos, para o desenvolvimento dos negócios de comércio electrónico *business-to-business* em Portugal, baseados na plataforma *Commerce One*, líder mundial em soluções globais de *e-commerce*.

Solidez Financeira da Estrutura Accionista

Em 19 de Janeiro de 2001 a empresa procedeu ao aumento do seu capital social de 50.000 euros para 5.000.000 euros, passando este a ser detido pelas seguintes entidades: TRADECOM SGPS, SA (66%), BES.COM, SGPS, SA (17%) e CAIXAWEB, SGPS, SA (17%).

Serviços Tradecom

A Tradecom tem como actividade principal a prestação de serviços e consultoria no âmbito do comércio electrónico, conteúdos e tecnologias de informação. Com o objectivo de ser uma empresa de referência neste domínio, a Tradecom é, desde

o seu lançamento, a líder no fornecimento de serviços *business-to-business* no mercado nacional, ao qual está associada a criação do 1º portal transaccional exclusivamente dedicado ao comércio electrónico entre empresas.

A oferta Tradecom consiste, essencialmente, no conjunto de soluções tecnológicas e no saber-fazer de implementação que permitem o relacionamento electrónico entre empresas, em ambiente de EDI e de Internet através de *e-Marketplaces*, especialmente na área de aprovisionamento e compras, automatizando a relação entre os compradores e os seus fornecedores. Neste âmbito, existem soluções de *e-Procurement* em regime ASP, de licenciamento do referido *software*, e leilões. Os serviços de acesso ao *e-Marketplace* por parte dos fornecedores são efectuados através de soluções ASP. A Tradecom privilegia ainda as soluções integradas *end-to-end* entre os sistemas de informação do comprador e do fornecedor.

Entre os principais clientes nacionais contam-se os accionistas acima descritos, Grupo Espírito Santo, Grupo Portugal Telecom e Grupo Caixa Geral de Depósitos, nos quais a Tradecom tem vindo a implementar nos últimos dois anos os respectivos projectos de *e-Procurement*.

Iniciativas como o PMELink e o eConstroi contribuíram para a Tradecom consolidar o conhecimento do mercado português, sendo hoje o maior prestador de serviços B2B em Portugal, possuindo mais de quatrocentos clientes de grande dimensão empresarial.

Experiência Internacional Relevante

Em Agosto de 2000, a Tradecom deu início à expansão da sua actividade para a América Latina (Mercosul), através de um acordo de parceria com o Banco Unibanco e com o Grupo Financeiro Galicia, para o desenvolvimento de soluções de comércio electrónico B2B no Brasil e Argentina. A Tradecom participou na implementação e na gestão das plataformas tecnológicas B2B Comercial na Argentina e Tradecom Brasil.

1.3.2.3. MODELOS DE NEGÓCIO DA PLATAFORMA

Em termos de modelos de negócio a plataforma da Tradecom posiciona-se dentro da esfera do *e-Commerce*, via pela qual as empresas tradicionais transportam os seus actuais processos de negócio para o mundo digital. Na prática, a proposta de valor não se modifica. As empresas continuam a transaccionar os mesmos bens e serviços. O que se altera é a forma como interagem no mercado, nomeadamente através de interfaces electrónicos. Assim, a Portugal Telecom orientou a sua iniciativa

de *e-Business* para este espaço, oferecendo serviços que permitem “Webificar” processos de negócio.

O principal factor de motivação para as empresas avançarem com iniciativas de B2B foi, e continua a ser, a redução de custos. A utilização de soluções como as preconizadas pela Tradecom, para automatizar processos de venda, aprovisionamento, facturação e manutenção, permitem reduzir os custos transaccionais de €75 a €125 nos processos tradicionais suportados em papel para €10 a €15 para as transacções electrónicas.

Estas soluções permitem também facilitar a forma como as grandes empresas alavancam acordos de fornecimento globais, através da redução dos acessos dos empregados das empresas à realização de compras não autorizadas. Muitas vezes os objectivos de redução de custos não são atingidos pelo facto das empresas não anteciparem as mudanças necessárias nos seus colaboradores, organização e parceiros de negócio. Não é a nova tecnologia que falha, é a velha organização que não muda à velocidade desejada.

Os serviços prestados pela Tradecom dentro deste modelo de negócio são os seguintes:

- Serviços Criadores de Mercado:

- **Portal Tradecom** - Portal de comércio B2B que permite o processamento de transacções em tempo real segundo o modelo de muitos para muitos utilizando a plataforma *MarketSite* da *Commerce One*. Esta plataforma fornece serviços variados (troca de mensagens, mapeamento, logística, *etc.*) aos fornecedores e compradores, de modo a que a actividade negocial gerada entre eles se processe de forma rápida, segura e isenta de inconsistências, com total independência do comprador relativamente à tecnologia do fornecedor, e vice-versa. Para além da componente de motor transaccional, o portal Tradecom presta duas linhas de serviços aos seus utilizadores: Serviços de valor acrescentado – nomeadamente serviços de logística (transporte e entrega dos bens), pagamentos (processamento de pagamentos *on-line*), certificação digital, *rating*, notícias e informações diversas destinadas às diversas comunidades empresariais; e Serviços de alojamento de catálogos – o portal aloja os catálogos dos fornecedores participantes no mercado, o que constitui uma mais valia para fornecedores e compradores, visto tratar-se de uma “montra global” permanentemente actualizada e acessível por parte de qualquer comprador, a qualquer hora do dia e em qualquer lugar. Um outro aspecto fundamental

associado ao portal Tradecom, reside no facto deste se interligar com os *e-Marketplaces* dos outros parceiros da *Commerce One* dispersos pelo mundo, configurando assim a *Global Trading Web* – a maior rede de comércio electrónico mundial.

- **AuctionTrade** - Serviços de leilões *on-line* entre empresas baseados na plataforma de leilões da *Commerce One*. Os tipos de leilões diferem com base no perfil do organizador. Para os compradores são utilizados os leilões inversos – onde emitem pedidos de cotação para bens e serviços que estão interessados em comprar e convidam os fornecedores a fazer ofertas *on-line*. Para os fornecedores aplicam-se os tradicionais leilões – onde levam a leilão os produtos e serviços e apelam à participação das empresas compradoras.

- Solução para Compradores:

- **BuyTradecom** - Ferramenta de *Desktop Procurement* onde existem mapas de *workflow standard* adoptados consoante as necessidades de cada aderente, relatórios e estatísticas, sendo a integração com os sistemas de gestão existentes analisada caso a caso, embora estejam previstas integrações *on-line*, em *batch* ou pelo carregamento manual de ficheiros. Estão contempladas as fases de pesquisa de catálogo, criação de requisições, aprovação, envio da nota de encomenda ao fornecedor e recepção do bem ou serviço encomendado. Esta ferramenta é normalmente disponibilizada como um serviço de *Application Service Provider* (ASP). A solução BuyTradecom Enterprise, orientada para compradores, incorpora um potente sistema de *e-Procurement* que permite às empresas automatizarem os processos de compra, reduzindo significativamente os custos operacionais de aquisição. Estudos efectuados nesta área revelam a obtenção de reduções de custos operacionais de aprovisionamento na ordem dos 70%, e reduções médias de 46% nos custos das vendas. A solução BuyTradecom Enterprise é especialmente dirigida a organizações multi-departamentais, com dispersão geográfica, e com elevados volumes de encomendas. Trata-se de uma aplicação dotada de uma enorme versatilidade de configuração funcional, permitindo, para além de outras funcionalidades associadas ao *workflow* das empresas, a parametrização de:

- Catálogos internos com preços pré-negociados e fornecedores aprovados;
- Circuitos de aprovação das requisições e encomendas, tendo em consideração o quadro de delegação de competências; e

- Consultas a fornecedores existentes no portal Tradecom e consequente elaboração de encomendas.

O BuyTradecom Enterprise permite a total integração com a globalidade dos ERPs existentes (SAP, Oracle, Baan, PeopleSoft, ...), maximizando-se assim os benefícios decorrentes da sua utilização.

- A solução BuyTradecom Hosted, baseada no *BuySite Commerce Edition da Commerce One*, permite funcionalidades semelhantes às referidas anteriormente para o BuyTradecom. Trata-se de uma solução especialmente dirigida a organizações de média e pequena dimensão, cuja exploração da aplicação é efectuada em modo de ASP (*Application Service Provider*). Esta solução inovadora não exige qualquer investimento adicional de *hardware*, por parte do cliente (comprador), uma vez que a aplicação se encontra alojada na Tradecom. Assim basta que o cliente possua uma ligação à Internet para aceder ao portal Tradecom (www.tradecom.pt).

- Solução para Fornecedores:

- **SupplyTradecom:** Solução para fornecedores que inclui duas funcionalidades distintas:

- Acesso à ferramenta de gestão de encomendas do portal Tradecom (baseado na ferramenta *SupplyOrder da Commerce One*), que possibilita funcionalidades de gestão de encomendas e de catálogos; e

- Serviço de gestão de catálogos que fornece ajuda aos fornecedores na criação dos seus catálogos, nomeadamente ao nível da normalização e categorização de produtos. A codificação de produtos e serviços é baseada no UN/SPSC – *United Nations Standard Products and Service Codes*.

- A gestão de encomendas associada ao SupplyTradecom, permite aos fornecedores confirmarem a recepção do pedido e comunicarem aos compradores o estado de processamento das encomendas realizadas. Um dos aspectos de elevada importância na utilização desta ferramenta na gestão de catálogos reside no facto de que sempre que o fornecedor pretenda efectuar uma actualização de catálogo, apenas necessita de executar esta operação uma única vez, actualizando-se automaticamente o catálogo de produtos e serviços disponível no portal Tradecom, passando todos os compradores (actuais e potenciais) a terem acesso às referidas alterações. Também esta solução permite a integração com os

ERPs do fornecedor, maximizando assim as potencialidades que advêm da automatização e integração global dos processos de venda. Em termos de infra-estrutura básica, a utilização do SupplyTradecom apenas necessita de uma ligação à Internet, que possibilita o acesso ao portal Tradecom através de um *browser*.

1.3.2.4. CASOS PRÁTICOS

No nosso entender, a melhor forma de mostrar o valor acrescentado que a plataforma da Tradecom traz ao mercado é mostrar o sucesso que os nossos clientes têm obtido com a utilização dos nossos serviços. O que se segue é uma pequena resenha de alguns dos projectos desenvolvidos pela Tradecom.

Compras Electrónicas na PT Comunicações

A PT Comunicações, criada em 18 de Setembro de 2000, é uma empresa de telecomunicações que resulta da reorganização do Grupo Portugal Telecom em unidades de negócio. A oferta da PT Comunicações estende-se aos serviços de rede fixa, comunicações de dados, teledifusão, videoconferência e soluções de banda larga. No que respeita às empresas suas clientes, a PT Comunicações tem por objectivo responder a todas as necessidades de telecomunicações, nomeadamente através da oferta de soluções integrais para PME's.

Atenta à inovação permanente, a PT Comunicações aderiu aos serviços *business-to-business* da Tradecom no final do ano 2000, enquanto empresa compradora. Em Fevereiro de 2001, a PT Comunicações iniciou a utilização da aplicação de *e-Procurement* BuyTradecom, implementada e integrada com a solução de ERP (*Enterprise Resource Planning*) da SAP.

Com a implementação de uma plataforma de compras electrónicas, a PT Comunicações pretendeu não apenas fomentar a simples utilização de tecnologia Internet, mas sim a promoção de novas formas de trabalho que desenvolvam a comunicação e colaboração, a simplificação de processos, a flexibilidade e melhoria dos tempos de resposta. A optimização dos processos de compras, pretende, assim, conseguir melhorias no relacionamento com os parceiros fornecedores e racionalização de custos dos processos de requisição, compra e logística.

Em 30 de Setembro de 2000, a PT Comunicações contava com cerca de 11.500 colaboradores. Como já vem sendo habitual em empresas desta dimensão, a PT Comunicações optou por um processo gradual, envolvendo, numa primeira fase,

cerca de 200 utilizadores, que efectuam compras exclusivamente através desta solução.

Na primeira fase de arranque do projecto, as compras da PT Comunicações concentraram-se em duas categorias principais de artigos: microinformática e economato (incluindo os materiais de papelaria e os consumíveis de informática). Actualmente todas as compras nestas áreas passam pela plataforma.

Na PT Comunicações, o BuyTradecom obteve uma forte adesão por parte dos utilizadores, os quais se têm manifestado bastante satisfeitos com a aplicação, pela simplicidade e facilidade de utilização e pela capacidade de resposta das funcionalidades às suas necessidades.

A PT Comunicações terminou a segunda fase do projecto em Outubro de 2001, a qual incidiu essencialmente no levantamento e reengenharia dos processos de compras e na expansão de categorias de produtos a adquirir através da solução BuyTradecom. As categorias que decidiram implementar nesta fase centravam-se: no alargamento dos produtos da categoria de economato, no mobiliário, e nos serviços de manutenção e desenvolvimento de *software*. Nesta segunda fase conseguiu-se atingir os 600 utilizadores.

Compras Electrónicas na PT Prime

A PT Prime – Soluções Empresariais de Telecomunicações e Sistemas, S.A. foi criada com o objectivo de prestar serviços aos grandes clientes e grandes empresas, de modo a responder com flexibilidade, eficiência e soluções inovadoras e avançadas, às solicitações complexas deste mercado. A PT Prime agregou os serviços anteriormente prestados a este segmento pela Portugal Telecom e o negócio de comunicação de dados e de redes empresariais que eram prestados pela Telepac.

Em Março de 2001, a PT Prime aderiu ao mercado de comércio electrónico da Tradecom, tendo dado início à implementação faseada da aplicação BuyTradecom.

Numa primeira fase do projecto, a utilização da ferramenta abrangia única e exclusivamente os utilizadores do Departamento de Aprovisionamento e Logística da PT Prime, que efectuavam as compras de material de economato e microinformática através da solução BuyTradecom.

A segunda fase do projecto (Outubro de 2001), teve como objectivos:

- O levantamento e reengenharia dos processos de compra nas categorias de economato, microinformática e *routers*;

- A inclusão da aquisição de *routers* (bem directo, de crucial importância para a actividade da empresa) através do *e-Marketplace* da Tradecom;
- A integração com o ERP da PT Prime – SAP, utilizando como tecnologia o “*Business Connector 3.5*” da SAP; e
- O alargamento da comunidade de utilizadores a todas as Direcções da empresa.

A segunda fase do projecto ficou concluída em Fevereiro de 2002, com 70 utilizadores a efectuar diariamente as suas compras, exclusivamente através da solução BuyTradecom.

De acordo com Filomena Ferraz, responsável pela implementação do projecto por parte da PT Prime, após pouco mais de um ano a utilizar a solução BuyTradecom, o balanço é bastante positivo. “A resposta por parte dos utilizadores tem sido francamente favorável. Os colaboradores da PT Prime sentem que o processo de compras *on-line* é bastante mais simples e rápido. Por outro lado, o sucesso da 1ª fase de implementação do projecto foi de tal ordem que, na 2ª fase, optámos por começar a incluir bens essenciais à actividade da Prime, como foi o caso dos *routers*.”

Leilão na PT Compras

No dia 19 de Março de 2003, a PT Compras – empresa do Grupo PT, encerrou o processo de negociação *on-line* de papel de facturação das várias empresas do grupo com um conjunto de seis fornecedores de artes gráficas, do qual dois fornecedores saíram vencedores. Mais uma vez, utilizando as funcionalidades da plataforma de comércio electrónico da Tradecom, a PT Compras realizou com grande sucesso um leilão inverso holandês que se caracteriza pela livre licitação, um valor de abertura inicial e incrementos automáticos de valor a cada minuto.

Mais uma vez foi possível negociar *on-line*:

- Rapidamente: o processo foi iniciado às 10h00 e às 10h46 estava identificado o 1º fornecedor. Continuou até às 11h20 com os restantes cinco fornecedores, momento em que foi encontrado o segundo fornecedor de papel;
- De forma transparente: os seis concorrentes estavam ligados *on-line* à plataforma da Tradecom, sendo-lhes possibilitada a livre licitação durante o decorrer do leilão e tendo em conta o valor de abertura e os incrementos automáticos do preço; e

- Garantindo um nível de poupança superior ao esperado: comparando os preços unitários licitados em leilão, com os inicialmente propostos, a poupança foi de 14%.

“Este evento vem comprovar que a parceria entre a Mesa de Compras e a Tradecom, por via da utilização da plataforma de leilões como estratégia de negociação, potencia as poupanças do Grupo PT”, afirmou Alves Machado, CEO da PT Compras.

e-Procurement nos CTT

Os CTT Correios de Portugal, o maior operador nacional de comunicações postais, são uma empresa renovada e moderna ao serviço do país, que assume como missão satisfazer rápida e eficazmente as exigências dos clientes. Nesta óptica, e seguindo uma estratégia de inovação pela liderança tecnológica e a nível de processos, após processo de selecção junto dos principais prestadores de serviço de B2B do mercado nacional, escolheram a Tradecom como fornecedor de *e-Procurement*, através das soluções BuyTradecom e AuctionTrade em regime de *SelfService*.

Ao aderirem aos serviços da Tradecom, os CTT têm como objectivos primordiais a agilização dos processos de aprovisionamento de bens e serviços e a automatização das relações com a sua base de fornecedores, “webizando” desta forma todo o processo de compras. Para tal, será integrada a solução de *e-Procurement* da Tradecom – BuyTradecom – com os sistemas operacionais – SAP R/3 – de forma a facilitar os processos de gestão de *stocks*, conferência de facturas e imobilizado.

Este projecto envolveu uma equipa constituída pelos CTT, Tradecom e PT-SI nas componentes de processos e integração de sistemas. Foi um projecto inovador ao nível da arquitectura tecnológica utilizada, visto recorrer a um processo de integração síncrona do SAP R/3 dos CTT com o MarketSite da Tradecom.

O objectivo final deste projecto é que todos os colaboradores dos CTT tenham acesso a esta solução para efectuar requisições ou compras de bens e serviços necessários à sua actividade, descentralizando desta forma este processo e facilitando a negociação centralizada dos acordos de fornecimento com os diversos fornecedores.

Os vários departamentos compradores das empresas CTT passam também a beneficiar do serviço AuctionTrade em modo *SelfService* para realização de pedidos de cotação e leilões reversos com fornecedores.

De acordo com o Eng. Nelson Tomaz, Director de Compras dos CTT, “A implementação desta solução da Tradecom posiciona-nos num contexto de *Supply Chain Management*, através do qual pretendemos ver incrementados os benefícios ao nível da agilização de processos e redução de custos de aprovisionamento que hoje já são uma realidade”.

Resultados da Tradecom

Obviamente que o sucesso dos nossos clientes tem um reflexo nos nossos resultados. Nunca tivemos uma postura de projecto especulativo que tivesse por objectivo a flutuação em bolsa. Conforme indicado por Luís Cocco, CEO da Tradecom em 2001, revimos o *break even* global do projecto para 2003 e conseguimos atingir esse objectivo.

A dimensão da Tradecom como plataforma transaccional é expressa pelas mais de 6000 transacções efectuadas mensalmente através da Tradecom, um crescimento de 400% face ao ano anterior, em termos de volume de ordens de compra, e pelo volume de transacções que está na vizinhança dos 200 milhões de euros por ano.

A Tradecom conta com cerca de 400 parceiros a transaccionar na sua plataforma. Os principais compradores são empresas do Grupo PT, CGD, BES, CTT e a Continental Mabor, entre outros.

1.3.2.5. O FUTURO DO B2B EM PORTUGAL

O mercado de B2B em Portugal tem vindo a crescer a um ritmo mais lento que o esperado. A dificuldade na realização dos objectivos avançados pelos operadores de B2B prende-se com questões de gestão de mudança e de projectos nas organizações mais do que com questões tecnológicas ou de cariz financeiro. Assim, existem três realidades em estágios de desenvolvimento diferentes: por um lado, as grandes organizações como a Portugal Telecom, o BES e a CGD; por outro, as PME's, a maior fatia do nosso tecido empresarial; e, por fim, a Administração Pública, que em Portugal pode ser considerada a maior organização, per si.

As grandes organizações estão a avançar para as chamadas categorias de directos, conforme a função de negociação e compras fortalece o seu papel estratégico dentro destas organizações. A sua sofisticação em termos de processos

e forma de comprar e aprovisionar recolhe nos nossos serviços grande valor acrescentado, pois encontram as soluções para os seus novos desafios.

As PME's, pelos sinais que captamos no mercado, estão ansiosas por ver os resultados das iniciativas da Administração Pública para, elas próprias, avançarem com uma maior clarificação do que realmente está em jogo. Estão num estágio de evolução tecnológico entre a Administração Pública e as grandes organizações e terão de, obrigatoriamente, acompanhar as iniciativas destas entidades.

A Administração Pública está a avançar a passos largos, tendo a vantagem de capitalizar as experiências anteriores de outros países e organizações, tanto nacionais como internacionais. Será crítico o papel desempenhado pela Unidade de Missão Inovação e Conhecimento, UMIC, estrutura de apoio ao desenvolvimento da política governamental em matéria de inovação, sociedade da informação e governo electrónico, que tem como um dos seus vectores de actuação as compras públicas electrónicas.

O processo de modernização tecnológica da Administração Pública proporcionará um efeito demonstrativo e dinamizador do tecido empresarial, que sem dúvida está a ser fundamental para sair do actual discurso de recessão económica e pessimismo.

É importante referir que, para o sucesso das compras públicas electrónicas, é condição chave encontrar uma entidade que assegure a prestação de um serviço continuado, capaz de evoluir rapidamente e com um modelo de negócio sustentável. Esta entidade deverá ainda contar com uma equipa experiente e com um conjunto de aderentes capazes de assegurar a credibilidade do projecto.

Indo ao encontro destas aspirações, a Tradecom e o forumB2B.com celebraram um acordo para a constituição de um Agrupamento Complementar de Empresas (ACE), visando prestar serviços no âmbito do programa de compras do Estado, da Unidade de Missão Inovação e Conhecimento (UMIC).

O ACE tem como objectivo principal disponibilizar uma oferta única de serviços e plataformas tecnológicas que facilitem a troca de bens e serviços entre as empresas e organismos aderentes, contribuindo para a redução de custos e um aumento da transparência dos processos de compra.

A oferta baseia-se na centralização das actividades de desenvolvimento, promoção, gestão e exploração de processos de compras electrónicas, consultas ao mercado, concursos públicos e negociação dinâmica de preços, registo de fornecedores, indicadores de desempenho, apresentação e conferência electrónica de facturas e numa plataforma transaccional que suporte o interface entre o Estado e os fornecedores, na sua maioria PME's nacionais.

Na óptica dos serviços, dentro das nossas capacidades e competências, salientamos o levantamento de processos actuais com a adaptação aos novos processos electrónicos, a análise de compras com identificação e categorização da despesa e respectivos fornecedores, a gestão da mudança e formação dos funcionários públicos das organizações aderentes, apoio na angariação de fornecedores e criação de catálogos electrónicos e a prestação do serviço decorrente da exploração das soluções implementadas.

O acordo entre as duas empresas procura encontrar uma oferta tecnológica robusta, agregar a experiência dos parceiros nos diferentes sectores de mercado onde operam e garantir sinergias a nível operacional, tecnológico e de custos, de forma a poder colocar-se, perante a Administração Pública, como opção credível de entidade que assegure um serviço continuado, de motor de inovação do tecido empresarial português e melhorando a rentabilidade global das empresas envolvidas.

As principais metas e objectivos da Tradecom, enquadrada neste futuro do B2B, são as seguintes:

- Manter e reforçar a liderança do mercado B2B em Portugal;
- Optimizar novos investimentos, tanto tecnológicos como para lançamento de novos serviços; e
- Avaliar constantemente oportunidades de mercado que permitam o crescimento e rentabilidade do negócio.

1.3.2.6. CONCLUSÃO

Três ideias chave podem ser colhidas do *case-study* da Tradecom e que aderem aos restantes prestadores de serviços B2B no mercado nacional.

Primeiro, salta à vista a evolução de um modelo de negócio baseado essencialmente em tecnologia pioneira como principal vantagem competitiva para o amadurecimento como prestador de serviços B2B. A verdadeira vantagem competitiva de uma iniciativa como a Tradecom reside na experiência acumulada, sistematizada em metodologias de apoio à negociação e reestruturação da função compras, associada às tecnologias de suporte que pode oferecer através da sua plataforma, e que, em conjunto, formam o portfólio de serviços que actualmente apresenta ao mercado.

Segundo, o sucesso da Tradecom é directamente proporcional ao sucesso das iniciativas do seus clientes. Os ganhos negociais, a melhoria de processos, o alargamento de mercados e a agilização da comunicação entre parceiros de

negócio, são o reflexo da filosofia de gestão total da cadeia de abastecimento que a Tradecom preconiza para os seus clientes.

Por fim, a evolução do mercado reside na maior fatia do mercado de empresas nacional, as PME's, mas o motor de arranque são as grandes organizações, Administração Pública incluída. São as iniciativas lideradas por estas últimas, e a sua capacidade de investimento, que criam um processo de aumento de eficiência no mercado que levará à selecção natural dos parceiros de negócio, prestadores de serviços B2B incluídos.

■ ■ ■ 1.3.3. MICROSOFT: MS MARKET *

1.3.3.1. INTRODUÇÃO

Tal como qualquer outra empresa nos competitivos mercados modernos, parte do sucesso da Microsoft resulta de esforços contínuos de conter os custos operacionais e, ao mesmo tempo, oferecer aos funcionários os materiais e serviços avançados de que necessitam para serem produtivos.

Até 1996, o processo de aprovisionamento na Microsoft dependia de dezenas de formulários em papel e múltiplas aplicações personalizadas para adquirir bens e serviços. Processar a ampla variedade de formulários de encomenda em papel e *on-line* era um processo dispendioso, ineficiente e susceptível a erros na introdução manual de dados, para além de ser difícil, para os funcionários e fornecedores, gerirem a entrega e pagamento das encomendas.

Como existiam milhares de pedidos de compra semanais com volumes de menos de 1.000 dólares, as transacções de elevado volume e baixo custo representavam 70% do volume de aprovisionamento na Microsoft. Recursos significativos eram afectos ao processamento dessas transacções, incluindo a introdução manual de dados redundantes. Actualmente, o MS Market tem 28.000 utilizadores e mais de 8.000 encomendas por semana, e um volume de transacções anual superior a 6 mil milhões de dólares.

O MS Market é um sistema *on-line* inovador de efectuar encomendas em funcionamento na intranet da Microsoft. O sistema proporciona aos funcionários formulários *on-line* fáceis de usar para encomendar materiais de escritório, *hardware* informático, cartões de visita, *catering*, contratos com fornecedores, transportes de encomendas e serviços de viagem. O MS Market valida informações tais como preços, assegura que cada encomenda é associada ao código de contabilidade

* Autoria da Microsoft Corporation.

correcto, e encaminha as encomendas automaticamente aos gestores para notificação de aprovação via correio electrónico.

1.3.3.2. FUNCIONAMENTO DO MS MARKET

Quando uma encomenda é submetida para processamento, o MS Market envia uma notificação de aprovação para o superior hierárquico do funcionário, através de uma mensagem de correio electrónico, e atribui a esta um número de nota de encomenda. Mecanismos de controlo financeiro dentro do MS Market protegem a Microsoft de aquisições fraudulentas, enquanto as confirmações de encomendas são encaminhadas automaticamente em poucos minutos. Depois de uma encomenda ser aprovada, a nota de encomenda é enviada automaticamente para o SAP R/3, a solução actual para o planeamento de recursos na Microsoft, ou então é encaminhada directamente para o fornecedor.

Nas primeiras versões do MS Market, as encomendas eram enviadas para o fornecedor através de um sistema EDI (*Electronic Data Interchange*). Este processo foi substituído através da incorporação do *Microsoft BizTalk® Server* nos processos de transacção do MS Market, resultando numa melhoria das comunicações e na troca de dados entre uma variedade de sistemas de controlo de encomendas dos fornecedores. O *BizTalk Server* proporciona ao MS Market uma forma muito mais simples de trocar informações com fornecedores, independentemente da solução que estes utilizem.

Catálogo Dinâmico de Fornecedores

Nas versões anteriores do MS Market, a manutenção do catálogo era efectuada manualmente, ou então por meio de um sistema complicado de *scripts* e *batch scripts* de transformação de dados (AWK). À medida que o número de fornecedores com capacidade de comércio electrónico aumentava, o MS Market foi melhorado de forma a processar actualizações mais frequentes ao catálogo e um conjunto de formatos mais diversificado ao utilizar o *BizTalk Server 2002* e o *Commerce Server 2000*.

Remote Shopping

Ao longo dos últimos anos, os fornecedores criaram *sites* de comércio electrónico que oferecem experiências de aquisição avançadas, especializadas para o produto ou serviço específico que oferecem. Embora se reconhecesse o valor desses *sites* para adquirir produtos, tais como computadores e livros, continuava a haver necessidade de aprovações, gestão do património e a capacidade de facturar

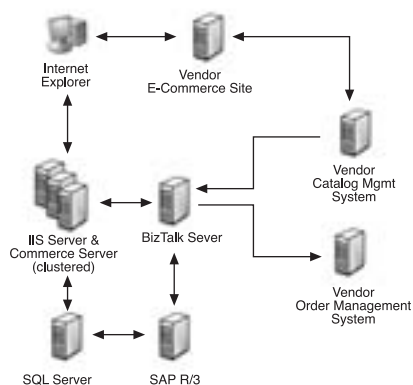
a centros de custos. O *Remote Shopping* foi implementado para conjugar a experiência de aquisição do *site* de comércio electrónico do fornecedor e as funcionalidades de gestão de negócio do MS Market.

O *Remote Shopping* permite aos funcionários entrarem directamente no *site* de comércio electrónico do fornecedor na Internet através do MS Market. Os funcionários utilizam o *site* do fornecedor para seleccionar e configurar múltiplos produtos e serviços num "carrinho de compras" e passar o carrinho para o MS Market, onde ele é convertido numa nota de encomenda em tempo real e apresentada ao funcionário para preencher os dados relativamente ao encaminhamento para aprovação, aos *items* de património e ao centro de custos. Após a aprovação, a nota de encomenda é enviada para o fornecedor para ser processada.

1.3.3.2. TECNOLOGIA IMPLEMENTADA

O MS Market funcionava inicialmente no sistema operativo *Microsoft Windows® 2000 Advanced Server* com o *Internet Information Services* (o servidor *web* incorporado no *Windows 2000 Server*) e o pacote de produtos *Microsoft BackOffice®*, incluindo o *Microsoft Site Server, Commerce Edition*. O MS Market recorria ao *Internet Information Services* (IIS) para criar páginas ASP (*Active Server Pages*) o qual produzia formulários de encomenda *on-line* personalizados dentro do *Microsoft Internet Explorer 5.0* para cada tipo de requisição ou pedido de envio necessário. As páginas ASP comunicavam directamente com o *Microsoft Site Server Commerce Edition* para processar e validar as encomendas, gerir o fluxo processual das encomendas, efectuar pesquisas no catálogo e outras funções de aprovisionamento. O MS Market continua a comunicar, como o fazia na altura, com o SAP R/3, e todos os dados de transacções que passem pelo MS Market são armazenados no *Microsoft SQL Server™ 2000*, através de *Microsoft ActiveX® Data Objects* (ADO).

A figura abaixo mostra a arquitectura actual do MS Market, a qual utiliza o *BizTalk Server* e XML para criar uma solução eficiente e fácil de usar para os fornecedores e funcionários.



● Figura 70 - Arquitectura do MS Market

O MS Market é uma aplicação extensa que demorou muitos anos para alcançar o seu actual nível de funcionalidade e complexidade. Como não é viável migrar todo o código do MS Market para o *Microsoft .NET Framework* numa única versão trimestral, o código está a ser convertido à medida que novas funcionalidades são acrescentadas. Por exemplo, as versões mais recentes utilizam XML para possibilitar a integração total entre os componentes existentes e novos criados no *Microsoft Visual Basic®.NET*.

Esta migração incremental da aplicação é fácil de realizar, dado que o *Microsoft Visual Studio®.NET* permite que novas páginas *Microsoft ASP.NET* sejam desenvolvidas e implementadas juntamente com as ASP existentes e código de camada intermédia dentro da mesma solução. A utilização do *ASP.NET* e do *Visual Studio.NET* ajudam a reduzir o tempo de desenvolvimento, resultando em prazos de implementação mais curtos.

O MS Market beneficiou também da facilidade de poder reutilizar componentes. Vários componentes, incluindo um componente de *debug trace* em tempo real (baseado na funcionalidade de *trace* do *.NET Framework*) e algum código de acesso a dados, foram incorporados no MS Market a partir de um outro projecto de intranet da Microsoft, sem que qualquer modificação fosse necessária.

Tanto os catálogos dinâmicos como as funcionalidades de *Remote Shopping* do MS Market recorrem ao XML e ao *BizTalk Server*. São utilizados esquemas padrão da indústria para transmitir os “carrinhos de compra” e catálogos entre o fornecedor e a Microsoft, para além de notas de encomenda da Microsoft que são enviadas de volta para o fornecedor no acto da entrega da encomenda. A integração do *BizTalk Server* eliminou também a necessidade de todos os fornecedores terem de aderir aos

formatos de nota de encomenda e catálogo utilizados pelo MS Market. A facilidade de transformar documentos nos formatos preferidos pelos fornecedores e normas da indústria para o formato XML utilizado pelo MS Market, diminuiu significativamente a complexidade e o tempo necessários para acrescentar novos fornecedores.

1.3.3.3. IMPLEMENTAÇÃO DO MS MARKET

Em Julho de 1996, o MS Market foi disponibilizado aos funcionários da Microsoft. “Desenvolvemos o MS Market especificamente para otimizar o processo de requisição e para nos permitir tirar partido de transacções em elevados volumes para ter uma melhor forma de negociar os preços com os nossos fornecedores,” afirmou Lisa Hastings, Gestora de Produto na Divisão de Aprovisionamento. Em todo o mundo, o MS Market processa actualmente mais de 400.000 transacções e mais de 6 mil milhões de dólares por ano em encomendas. A Microsoft utiliza o volume de transacções para negociar reduções de preço com fornecedores seleccionados para gerar poupanças adicionais para a empresa.

Uma equipa de dois programadores, dois técnicos de teste, dois gestores de programa e um gestor de produto desenvolveram a primeira versão do MS Market em apenas quatro meses. Desde o seu lançamento em 1996, o MS Market foi otimizado para a facilidade de utilização, permitindo que, apesar da sua utilização intensiva em 56 países, apenas duas pessoas fossem necessárias para o suporte à aplicação. A equipa de desenvolvimento actualiza a aplicação trimestralmente com novas funcionalidades. Recentemente, foram utilizados o *Visual Studio.NET* e o *.NET Framework* para acrescentar funcionalidade de administração de catálogos.

1.3.3.4. RESULTADOS ALCANÇADOS

Durante o primeiro ano de operação, o MS Market ajudou a Divisão de Aprovisionamento a reafectar 17 dos 19 funcionários que anteriormente eram responsáveis pelo processamento de encomendas, tendo ficado disponíveis 26 funcionários em todo o mundo, o que permitiu que os mesmos se pudessem concentrar na análise de dados de aprovisionamento e negociar descontos de volume com os fornecedores. Desde então, o MS Market poupou à empresa milhões de dólares em operações, melhorou a capacidade de negociar descontos de volume dos fornecedores, e reduziu os custos administrativos de 60 dólares por encomenda para apenas 5 dólares.

Ao utilizar o *BizTalk Server*, o MS Market conseguiu eliminar o encargo de suportar e disponibilizar múltiplas interfaces. O *BizTalk Server* também permitiu ao MS Market criar uma solução totalmente integrada que é independente das plataformas utilizadas pelos parceiros comerciais.

A figura abaixo mostra as métricas de valores de negócio registados nas aplicações intranet internas da Microsoft para o aprovisionamento e pagamentos, em dólares americanos, para o exercício de 2001.

Métrica a nível mundial	Aquisições MS Market	Facturas MS Invoice	Relatórios de despesas MS Expense
Impacte em termos do custo por transacção	15 dólares – 5 dólares por encomenda 60 dólares – 170 dólares por N.O.	8 dólares – 2 dólares por factura 30 dólares – 5 dólares	21 dólares – 10 dólares por relatório de despesas
Poupanças anuais	7,3 milhões de dólares	9,6 milhões de dólares	3,3 milhões de dólares
Poupanças acumuladas	18 milhões de dólares	20 milhões de dólares	9 milhões de dólares
Volume de transacções – Anual	400.000 encomendas	1.100.000 facturas	200.000 relatórios de despesas
Valor das transacções – Anual	6 mil milhões de dólares	4,3 mil milhões de dólares	220 milhões de dólares
Número de utilizadores – Mensal	11.000	7.000	14.000
Número de países	56	9	41
% electrónico – apenas a nível nacional (E.U.A.)	99,8%	90% total	98%

● Figura 71 - Métricas de aprovisionamento e pagamentos via Intranet

O MS Market transformou também drasticamente a forma como os funcionários passaram a gerir as requisições de negócio e a atribuir os recursos da empresa. Os funcionários efectuem agora as encomendas *on-line*, normalmente em menos de 3 minutos, sem serem expostos a formulários administrativos e processos burocráticos trabalhosos, aumentando assim a respectiva produtividade e satisfação.

PERSPECTIVA JURÍDICA

■ 2. PERSPECTIVA JURÍDICA *

■ ■ 2.1. INTRODUÇÃO À PERSPECTIVA JURÍDICA

José de Oliveira Ascensão **

Sumário:

1. O princípio da equiparação; 2. A livre prestação de serviços; 3. A disciplina dos prestadores de serviços; 4. O consumidor e as comunicações publicitárias em rede e o *marketing* directo; 5. Contratação electrónica; 6. Conclusão do contrato; 7. Solução de litígios; 8. Questões de aplicação efectiva.

■ ■ ■ 2.1.1. O PRINCÍPIO DA EQUIPARAÇÃO

A política e a prática de expansão do comércio electrónico têm reflexos, por vezes profundos, no plano jurídico.

A base jurídica fundamental encontrada está na equiparação tendencialmente plena da contratação electrónica¹⁹ à contratação comum, tal como precedentemente era regulada.

A equiparação é tendencial, porque há domínios que são excluídos. As exclusões são apresentadas como facultativas para os Estados-Membros (art. 9/2 da Directiva n.º 00/31/CE, de 8 de Junho)²⁰.

A esta exclusão há que aditar outras, que se repartem por vários lugares da directriz, numa sobreposição que se torna difícil de acompanhar. Com carácter geral em relação a toda a matéria harmonizada, temos as constantes do art. 2 do decreto-lei, nomeadamente a matéria fiscal, a disciplina da concorrência, a privacidade e a actividade notarial ou equiparadas.

Contrato electrónico é aquele que é celebrado exclusivamente por via electrónica, inclusive na sua conclusão. Portanto, quando há no *iter* da celebração algum elemento em que outra via de contacto tenha sido trilhada, já não estamos perante um contrato electrónico.

O contrato electrónico é uma subespécie do contrato a distância, ou celebrado a distância. A directiva aceita expressamente este enquadramento. Sendo assim, os princípios relativos a contratos a distância aplicam-se aos contratos electrónicos, sempre que tal não seja afastado por disposição especial ou pela própria natureza da contratação electrónica. Isto implica nomeadamente que os deveres de

* As opiniões expressas neste capítulo não vinculam a ANACOM.

** Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹⁹ Por simplicidade, e por não parecer haver razões relevantes em contrário, equiparamos contratação electrónica e contratação informática.

²⁰ Exprimindo-se deste modo a preferência da Comunidade pela equiparação pura e simples. No mesmo sentido, o art. 9/3 impõe que de 5 em 5 anos os Estados justifiquem as razões por que entendem dever manter essas excepções.

informação determinados para os contratos a distância vigorem também para os contratos electrónicos²¹.

Com o princípio da equiparação, dá-se às empresas a possibilidade de actuarem igualmente por via electrónica. Mas muito mais do que isso: dá-se a possibilidade de empresas negociarem *exclusivamente* por via electrónica. Podem não ter noutros países comunitários em que actuam nenhuma base física, que isso as não impede de concorrer em igualdade de condições com as empresas aí estabelecidas.

Esta consequência, importantíssima, pressupõe todavia a fixação de uma série de pressupostos desta actuação intracomunitária. Passamos a examiná-los.

Observamos porém antes que a directiva se limita às relações no interior da comunidade. O Dec.-Lei português n.º 7/04, de 7 de Janeiro, que realizou a transposição, foi além, neste como em vários outros pontos. O art. 5/3 dispõe que os serviços de origem extracomunitária estão sujeitos à aplicação da lei geral portuguesa; mas submetem-se a esse diploma também, em tudo o que não for justificado pela especificidade das relações intracomunitárias.

■ ■ ■ 2.1.2. A LIVRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

A equiparação da contratação electrónica à comum é de certo modo instrumental em relação a outro grande objectivo da directriz: o de estabelecimento da livre prestação de serviços no interior da comunidade.

Para isso tornava-se necessário fixar previamente um certo número de noções estratégicas.

O ponto de partida foi o de **prestador de serviços da sociedade da informação estabelecido**.

Tudo é metafórico nestas noções. Prestador ou provedor de serviços da *sociedade da informação* não diz nada, e deveria ser vantajosamente substituído por uma definição material do que se quer dizer com “sociedade da informação”, para depois se enumerarem os serviços em causa. Mas achou-se violento e perigoso afrontar um *slogan* mundial no tempo muito reduzido que restou para fazer efectivamente a transposição.

Quanto ao que sejam esses serviços, o decreto-lei de transposição rejeitou o jogo de remissões sucessivas da directriz e deu directamente a definição (art. 3/1). Mas aí teve de melhorar uma definição comunitária imprestável: a de que esses serviços seriam prestados “normalmente mediante remuneração”. Uma definição não pode conter um *normalmente*. Esclareceu-se assim que está em causa “qualquer serviço prestado a distância por via electrónica, mediante remuneração **ou pelo menos no**

²¹ Observamos que a disciplina dos contratos a distância é sobretudo dirigida à protecção do consumidor, enquanto a da contratação electrónica prossegue objectivos muito mais vastos.

âmbito de uma actividade económica, na sequência de pedido individual do destinatário”. O trecho salientado desfaz a ambiguidade do trecho comunitário.

Caracterizado o serviço, havia que definir os agentes. Estão em causa os prestadores de serviços comunitários. A liberdade de exercício, que se deseja, leva a abolir toda a autorização *específica* para o exercício dessa actividade. Assim, quem ofereça os seus serviços através de sítio na internet não precisa de ser previamente autorizado em Portugal (art. 3/3 do decreto-lei) nem em nenhum outro país da comunidade.

Há porém que distinguir de entre os prestadores de serviços duas categorias bem diferenciadas. Dos que oferecem serviços finais distinguem-se os que oferecem serviços instrumentais para a actuação em rede. Recebem o nome de prestadores *intermediários* de serviços (art. 4/5 do decreto-lei). São os que provêem ao transporte ou transmissão de mensagens, ao acesso à rede, à armazenagem intermédia ou definitiva em servidor e a outras funções intermediárias análogas. Esses estão sujeitos a um regime particular de responsabilidade e a deveres especiais (art. 13). Porque é necessário saber quem são para que esses deveres possam ser efectivados, devem proceder à inscrição junto da entidade de supervisão central (art. 4/4). A inscrição nada tem que ver com autorização, pelo que mesmo os prestadores intermediários de serviços não estão sujeitos a nenhum juízo de adequação ou idoneidade por parte das entidades administrativas. Isto não deixa aliás de oferecer os seus perigos.

O passo seguinte consiste na determinação do Estado-Membro que terá competência para estabelecer a disciplina dos prestadores de serviços em rede. Segue-se o critério do lugar de origem, manifestado através do estabelecimento. O que aquele Estado decidir, deverá ser aceite por todos os outros. Isto favorece, como é natural, os países que tenham a dianteira no comércio electrónico, em relação aos países receptores.

Não interessa porém a localização formal da sede, mas o local onde esteja o centro das actividades relacionadas com o serviço da sociedade da informação (art. 4/2 e 3).

Tudo isto terá de ser bem meditado. Seguramente que os serviços poderão ser oferecidos por empresas comunitárias independentemente da localização em Portugal. Não necessitarão nomeadamente de obter um nome de domínio .pt. Ainda que o obtenham, não serão consideradas localizadas em Portugal por isso. Mesmo que abram em Portugal armazém ou posto de entrega de mercadorias, não têm aqui o estabelecimento que releva (art. 4/2 do decreto-lei).

Por outro lado, isso terá consequências jurídicas, nomeadamente sobre os direitos industriais. Por exemplo, se há uma marca registada em Portugal, o exercício (virtual, desde já) representa uso da marca registada? Inversamente, poderá o titular de marca registada em Portugal opor-se ao exercício por outrem de marca idêntica ou semelhante através da internet? Qual a influência de se adquirir um domínio .pt? E esse domínio .pt poderá ser considerado um estabelecimento, e justificar o registo como nome de estabelecimento?

Muitas questões, cujas respostas não são imediatas. A propriedade intelectual está fora do âmbito da liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação (art. 6 a do decreto-lei), bem várias outras matérias aí enunciadas. Mas as repercussões que a negociação electrónica possa ter deverão ser profundas, e só paulatinamente se irão revelando.

Como dissemos, a disciplina básica é a estabelecida pela lei do país de origem. Mas o país de destino tem ainda formas de defesa, embora o seu campo de actuação tenha sido radicalmente restringido.

É assim que o art. 7 do decreto-lei enumera “providências restritivas”, se houver lesão ou ameaça de lesão de interesses públicos relevantes. Prevêem-se também actuações não precedidas de notificação em caso de urgência (art. 8).

Mas esta matéria será objecto de exame específico subsequente neste livro.

Observemos apenas que, mesmo no âmbito já restringido do diploma pelas exclusões constantes, o princípio da livre prestação de serviços não tem carácter absoluto. Escapam-lhe várias matérias demarcadas no art. 6, como a emissão de moeda electrónica, a actividade seguradora nos domínios indicados, a matéria disciplinada por autonomia privada, os contratos celebrados com consumidores no que respeita às obrigações deles emergentes e assim por diante.

■ ■ ■ 2.1.3. A DISCIPLINA DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS

Traz-se de todo o modo uma disciplina mínima dos prestadores de serviços. Desta estão fora aspectos técnicos relativos ao funcionamento da internet, como por exemplo a titularidade dos sítios (*sites*) na internet: é matéria não contemplada.

O princípio é o da liberalização. Essa liberalização atinge nomeadamente os profissionais liberais, ou membros de “profissões regulamentadas”, expressão que tem um sentido mais lato: cfr. art. 23 do decreto-lei. Passa a ser-lhes permitida a prática da publicidade. É uma entorse grave à imagem de dignidade dessas profissões, como era vivida até ao momento entre nós²².

²² E propicia, evidentemente, à intrusão das grandes sociedades profissionais estrangeiras.

Os prestadores de serviços têm vários deveres específicos de informação. Antes de mais de informação sobre si mesmos: o art. 10 impõe-lhes a disponibilização permanente de informações. Também têm de indicar com clareza os custos que os seus serviços implicam para os destinatários.

De resto, a directriz manifesta uma grande preferência pela auto-disciplina, devendo os Estados-Membros incentivar a redacção de códigos de conduta (art. 16). É o esquema mais anglo-americano, que tem a vantagem da ductibilidade, e o risco permanente da unilateralidade. É bom que não signifique a renúncia à intervenção dos poderes públicos.

Particularmente importante é o que respeita à responsabilidade dos prestadores de serviços em rede. Porque essa matéria será tratada especificamente neste livro, limitamo-nos a observações muito breves.

A preocupação da directriz é a de irresponsabilizar quanto possível os prestadores intermediários de serviços. Liberta-os do dever de vigilância sobre o conteúdo das mensagens em rede (art. 12 do decreto-lei). E no que respeita ao prestador de serviços de transmissão de informações, ou de acesso a rede de comunicações, ou de armazenagem meramente tecnológica de informações no decurso dum processo de transmissão, a irresponsabilização é total, sem sequer se ressaltar a hipótese de o prestador conhecer (ou ter elementos que lhe devam dar consciência de) o carácter ilícito da informação (art. 14).

O diploma de transposição foi também aqui além do conteúdo da directriz. Começou por esclarecer que a responsabilidade dos prestadores é a comum, não fosse entender-se que o benefício dos prestadores intermediários se estenderia também aos prestadores finais de serviços em rede.

Ordenou a seguir logicamente os aspectos comuns aos prestadores intermediários de serviços, nos arts. 12 (ausência dum dever geral de vigilância) e 13 (deveres comuns aos prestadores intermediários de serviços).

Previu a situação dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos, como hiperconexões, instrumentos de busca e semelhantes, assimilando-a à situação do prestador de armazenagem principal (art. 16). Esta matéria era prevista no art. 21/1 da directriz como eventualmente susceptível de harmonização posterior.

Previu a relação da associação de conteúdos, em geral, com o direito à informação (art. 19). É uma matéria fundamental, em que se dá um critério que balizará as tomadas de posição neste domínio.

Estabeleceu um sistema de solução provisória de litígios (art. 20), destinado a dar operacionalidade à rede e resposta célere a causas que entravariam o funcionamento desta e prejudicariam interesses gerais. Não o retomaremos aqui, porque foi já considerado no Prefácio deste livro.

Alterou as designações ambíguas e enganosas da directriz, de “armazenagem temporária” e “armazenagem em servidor”, para “armazenagem intermediária” e “armazenagem principal”, o que corresponde muito mais à verdade da actividade que se realiza.

Enfim, na matéria muito delicada da caracterização do estado de espírito que sujeita o prestador a responsabilidade, transpôs o “tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal” (art. 14/1 a) por ser a ilicitude manifesta por, “perante as circunstâncias que conhece, o prestador do serviço tenha, ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação” (art. 16/2).

■ ■ ■ 2.1.4. O CONSUMIDOR E AS COMUNICAÇÕES PUBLICITÁRIAS EM REDE E O *MARKETING* DIRECTO

Como dissemos, a protecção prevalente das empresas de informática é adoptada por preceitos relativos à protecção do consumidor. Estes dirigem-se precipuamente a assegurar a informação. Têm características próprias na contratação electrónica, de que falaremos de seguida.

À defesa do consumidor, mas não só, é também dedicada a disciplina das “comunicações publicitárias em rede”. Traduziu-se com isto o equívoco e deceptivo “comunicações comerciais” da directriz, pois não se vê que mais, além da publicidade, possa estar em causa. Porém, como há uma intonação muito forte do *marketing* directo, acrescentou-se essa referência na epígrafe.

Como também é matéria versada especificamente a seguir, limitamo-nos a traços essenciais.

No art. 20 do decreto-lei, ao demarcar o âmbito da comunicação publicitária, excluíram-se as “mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”. Intencionalmente se corrige o desvio da legislação actual sobre publicidade, que confunde difusão de ideias e mensagens comerciais.

Estabelecem-se exigências especiais de informação (art. 21), no seguimento da directriz. Também no seguimento desta, e porque não havia outro remédio, se regula a publicidade nas profissões não regulamentadas (art. 23).

Particularmente importante é o art. 22 do decreto-lei, relativo às “comunicações não solicitadas”.

Deu-se a circunstância de ter sido entretanto aprovada a Directriz n.º 02/58/CE, de 12 de Julho, relativa à privacidade e às comunicações electrónicas.

A matéria do comércio electrónico suscita graves questões de privacidade. Esta matéria está porém fora do âmbito da directriz sobre o comércio electrónico: o art. 2/1 a exclui a disciplina do tratamento dos dados pessoais e da protecção da privacidade.

Acontece porém que a Directriz n.º 02/58, no art. 13, regula também as comunicações não solicitadas, num regime mais fortemente protector da privacidade que o da Directriz n.º 00/31.

Seria absurdo ignorar esse facto e transpor matéria das comunicações não solicitadas no comércio electrónico, ignorando a nova directriz já em prazo de transposição, que implicaria a revogação a curto prazo do regime que se estabelecesse. Aproveitou-se então o diploma de transposição para antecipar também a transposição do art. 13 da directriz sobre privacidade. Havia a segurança de, assim fazendo, se estar protegendo mais a privacidade do que abstraindo da nova directriz.

O art. 22 do decreto-lei introduz assim o princípio chamado de opção positiva (*opt-in*) em vez do até então vigente princípio da opção negativa (*opt-out*). Estabelece excepções, permitidas pelas disposições a transpor, para tornar menos brusca a transição.

Os aspectos complementares de organização prática do sistema não pertencem já a um diploma sobre comércio electrónico. Não se cedeu à tentação de regular tudo, que transformaria este diploma básico num regulamento enciclopédico.

Enfim, não obstante algumas disposições do diploma interessarem ao Direito do Consumidor, ficam de fora inúmeros aspectos a este relativos, que haverá que resolver pelos princípios gerais ou por diplomas do sector. Basta pensar que os contratos celebrados na internet são quase sempre contratos em que são estabelecidas cláusulas negociais gerais para se ver como a posição do consumidor é posta em causa.

Inúmeras outras questões se suscitam, como as relacionadas com o exercício do direito de rescisão ou desistência pelo consumidor, em que só a prática levará a concluir se o estabelecido para os contratos a distância é suficiente ou reclama adaptações no domínio do comércio electrónico.

■ ■ ■ 2.1.5. CONTRATAÇÃO ELECTRÓNICA

Passando à contratação electrónica propriamente dita, observamos antes de mais que, tal como a directriz, o decreto-lei não se propõe regular exaustivamente a contratação electrónica.

Muitos aspectos que nela poderiam estar compreendidos são deixados de fora. Ou não estão regulados ou constam de fontes especiais.

Assim acontece em matéria de:

- assinatura electrónica
- certificação
- factura electrónica
- pagamentos electrónicos
- moeda electrónica

Essas matérias estão reguladas à parte na lei portuguesa, de diversas maneiras. Como pertencem ao núcleo substancial do comércio electrónico, será indicada neste livro a legislação pertinente.

Não deixamos todavia de fazer uma observação geral.

A maneira como estas matérias têm sido reguladas em Portugal, ao sabor de impulsos desencontrados resultantes normalmente de iniciativas comunitárias, é má. Perde-se o sentido de conjunto.

Há porém uma unidade muito sensível no domínio do digital. A sua repartição por vários diplomas (por exemplo, fazendo incluir aspectos relacionados com o Direito de Autor no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos) não só quebra essa unidade como traz problemas de integração nesses diplomas.

Fizemos por isso a proposta de preparação dum Código de Informática, ou lei da informática, que disciplinasse conjuntamente essas matérias. Como logo previmos, a escassez dos prazos comunitários de transposição não permitiu que se avançasse já por este caminho.

Mas não podemos tomar como habitual legislar apenas sob a ameaça da cominação comunitária. É justamente em prazos livres que se deve pensar com mais profundidade nas matérias. A lei da informática permitiria rever, aprofundar e sistematizar os elementos hoje desencontrados. Do cibercrime à privacidade, tudo poderia ser contemplado.

Se se achar que é ir longe de mais, então haverá que pensar numa lei global sobre o comércio electrónico. É preciso conduzir à unidade o mundo negocial digital que anda disperso.

Mas voltemos à contratação electrónica. Já falámos dela no Prefácio. Queremos chamar agora a atenção para um aspecto que nos parece importante.

A directriz é ambígua quanto ao âmbito em que regula os “contratos celebrados por meios electrónicos”. O art. 9/1 prevê a matéria de modo que parece ser geral: englobaria tanto matérias comerciais como não comerciais. O n.º 2 d permite excluir os contratos familiares e sucessórios: *a contrario*, estariam potencialmente abrangidos. O mesmo se passaria com os contratos de caução e garantias prestadas por pessoas agindo para fins exteriores à sua actividade comercial, empresarial ou profissional (al. c).

Mas a directriz regula o **comércio** electrónico. Só o comércio poderia estar previsto. Aliás, só ao comércio se estendem os poderes de harmonização comunitária, não ao Direito Privado Comum. A entender assim, a ambiguidade comunitária deve resolver-se no sentido de só englobar os contratos comerciais (com a extensão já referida aos “empresariais” e profissionais).

Isto permitiria fazer a transposição exclusivamente para o domínio comercial, com a possibilidade de se estabelecerem princípios diferentes no domínio civil.

Creemos que essa liberdade existe. Mas isso não impede que se justifique que a lei portuguesa tenha seguido a orientação de adoptar uma orientação comum em todo o âmbito da contratação electrónica. Não foi demonstrado, nem sequer alegado, que houvesse no domínio comercial, amplamente tomado, necessidades particulares que impusessem um regime diferenciado. E o regime adoptado parece funcionar em boas condições também nos contratos civis. O tempo dirá se, na margem de liberdade possível, algumas adaptações serão justificadas.

■ ■ ■ 2.1.6. CONCLUSÃO DO CONTRATO

Também este aspecto da contratação electrónica é especificamente versado neste livro. Pelo que, além das observações constantes do Prefácio, nos limitamos a uma única mais.

Vimos que o esquema comum da proposta / aceitação é substituído na contratação electrónica por um esquema mais complexo, em que à “oferta” constante da rede se segue uma ordem de encomenda não definitiva: requer-se ainda um aviso de recepção e só após este a encomenda se tornará definitiva, com a confirmação do destinatário (art. 29 do decreto-lei). Observemos porém que este sistema é o da lei portuguesa e de outros países, mas não é um sistema comum²³. Há muitas variações, pelo que se verifica que um objectivo comunitário, consistente na unificação das regras sobre conclusão dos contratos, não foi atingido.

²³ É o de França mas não é já o de Espanha, por exemplo.

Quando há porém uma proposta contratual em rede? O art. 32/1 do decreto-lei procura responder: quando todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário estiverem compreendidos; doutra maneira há apenas um convite a contratar.

Eis porém outro aspecto que a directriz não resolve, e em que há variação de país para país. Alguns consideram que há sempre mero convite a contratar, com o fundamento que o produto ou serviço pode não estar disponível. Dentro deste esquema, o aviso de recepção da encomenda do destinatário, que a directriz e o decreto-lei impõem, poderia ter o sentido de aceitação da proposta (do destinatário), porque tudo o que se apresentasse em rede não teria eficácia de proposta firme.

Mas esta desvinculação do prestador de serviços em rede não é justificada. Se ele ofereceu e está dentro do seu âmbito de actuação evitar divergências com a realidade, é responsável por declarações sem base. Podendo chegar-se ao incumprimento do contrato, pelo qual ele responde.

A lei portuguesa toma uma posição prudente. Não pretende resolver exhaustivamente a questão, embora coloque o acento na presença na mensagem de todos os elementos necessários à conclusão do contrato.

Daqui resulta que tendencialmente o diploma vê na mensagem negocial contida em rede uma proposta, na ausência de elementos intrínsecos que a degradem a mera solicitação de ofertas²⁴. Mas só o desenvolvimento subsequente permitirá esclarecer devidamente o que é necessário para que se considere que a mensagem em rede contém todos os elementos necessários à conclusão do contrato.

Outro ponto muito importante, que não recebeu esclarecimento na directriz mas é contemplado no decreto-lei, é o da contratação inteiramente automatizada: aquilo que aparece exteriormente como contratação celebrada entre computadores. Podem-se estabelecer programas que levam a que, verificados certos pressupostos, os computadores emitam sem intervenção humana ordens de compra (por ex., quando se atinja certo patamar mínimo de existências) ou de venda (por ex., quando se recebam ordens de compra de clientes determinados). Se estas ordens se cruzam, há um contrato? A responder positivamente, o regime é o do contrato “humanizado” que o Código Civil pressupõe? Eis outro problema que continuava sem resposta legal, e portanto que era até agora encargo exclusivo da jurisprudência e da doutrina resolver²⁵.

O art. 33 do decreto-lei dá agora uma base legal. Não resolve nem tinha de resolver questões de qualificação, mas passa a haver uma justificação para aplicar

²⁴ Cfr. sobre esta matéria o nosso *Direito Civil – Teoria Geral – II – Acções e Factos Jurídicos*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2003, n.º 258.

²⁵ Cfr. o nosso *Contratação electrónica*, n.os 12 a 15, in *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC* (Rio de Janeiro), ano 3, vol. 12, Out/Dez 2002, 93-117; e in “*Direito da Sociedade da Informação*”, vol. IV, APDI/Coimbra Editora, 2003, 43-68.

todo o regime comum, mesmo as regras excepcionais, porque esse é o sentido do n.º 1. Também se regula o recurso ao regime do erro, em termos de ocorrer a algumas das questões práticas mais graves que se suscitavam.

Observemos enfim que a problemática da fiscalidade, não obstante a sua grande relevância prática, está fora do âmbito deste livro.

■■■ 2.1.7. SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

A perspectiva de litígios emergentes deste novel meio de contratação preocupou a directriz. Por isso vários preceitos, sob a epígrafe geral “Aplicação”, são referentes a esta matéria. Vimos já o que se passava com os códigos de conduta.

A mesma preferência por uma solução não oficial de litígios se manifesta no art. 17 da directriz, que é dedicado aos modos de resolução extrajudicial. Estabelecem-se aí orientações que os Estados-Membros devem assegurar, ou os incentivos que devem proporcionar a estas formas de solução. Não havia que transpor estas regras na legislação interna, caso contrário seria o Estado a fazer recomendações a si próprio.

O mesmo se deve dizer do art. 17, que prevê que haja acções judiciais céleres para pôr termo a alegadas infracções. Essas acções existem no sistema português. Se são ou não céleres, não apenas na previsão legal, mas também na ocorrência histórica, é uma questão de correspondência dos factos às normas, que não se resolve com a multiplicação de previsões legislativas.

Mas o Dec.-Lei n.º 7/04 foi sensível à necessidade da “rápida adopção de medidas, inclusive medidas transitórias, destinadas a pôr cobro a alegadas infracções e a evitar outros prejuízos às partes interessadas”, para usar os próprios termos do art. 18/1 da directriz. Por isso criou o esquema de solução provisória de litígios (art. 18 do decreto-lei), de que se falou já no Prefácio deste livro.

Limitamo-nos a referir uma questão que tem sido suscitada: quem é a entidade de supervisão a que se faz referência? A entidade de supervisão central ou a entidade de supervisão que corresponde sectorialmente à matéria em causa?

Só pode ser a entidade de supervisão em razão da matéria: só esta está habilitada para dar a solução, pelo conhecimento do domínio implicado. É o único sentido possível do art. 18/3, quando estabelece que qualquer interessado pode recorrer à entidade de supervisão **respectiva**. É respectiva, porque a ela respeita aquele conteúdo; é o oposto da entidade de supervisão central.

O esquema é assim coerente. Tem legitimidade para recorrer a essa entidade quem se sente insatisfeito com uma decisão do prestador intermediário de serviços,

seja no sentido de suspender seja no de manter em rede o conteúdo contestado. Já esse prestador intermediário de serviços nunca tem essa legitimidade, porque os litígios que se regulam provisoriamente são os litígios entre os utentes, e não pretensos litígios destes com os prestadores intermediários de serviços.

De resto, podem suscitar-se dúvidas na demarcação de competências das várias entidades de competência especializada, e entre estas e a entidade de supervisão central. Essas dúvidas são fatais, enquanto não se assentar na nova acomodação. Mas não é função dum diploma sobre o comércio electrónico resolvê-las. Este é um diploma sobre direito privado, e não sobre direito administrativo. A tentação de invadir todos os campos descaracterizá-lo-ia: há que ser modesto. Será em legislação sectorial ou na regulamentação do decreto-lei que essas questões serão sucessivamente abordadas e resolvidas, na sequência dos critérios gerais aprovados.

■ ■ ■ 2.1.8. QUESTÕES DE APLICAÇÃO EFECTIVA

Esta situação nova é propícia a suscitar muitas questões de aplicação efectiva.

O decreto-lei ocupa-se delas no que respeita às várias formas de solução de litígios, que acabamos de referir. Estabelece além disso o regime sancionatório.

A sociedade da informação tem proporcionado um largo recurso à tutela penal. Ainda não havia protecção de bens informáticos e logo surgiu a lei da criminalidade informática. O Conselho da Europa aprovou em 23 de Novembro de 2001 uma nova convenção (sobre o cibercrime). A Comunidade Europeia propõe uma directriz sobre *enforcement* ou aplicação efectiva de direitos intelectuais, cujo art. 20 prevê reacções penais – matéria que ao que parece excede a competência da Comunidade.

O decreto-lei não vai por essa via. As sanções que prevê são contra-ordenações (art. 37). Não há matérias de comércio electrónico criminalizadas como tal.

Este tema será especificamente versado neste livro. Mas não podemos supor que todos os problemas de aplicação efectiva são resolvidos. A directriz é minimalista, e o decreto-lei é comedido.

É natural que a adaptação ao ciberespaço traga problemas novos, que exijam subsequentemente novas intervenções. Tal como se verificou no domínio dos direitos intelectuais, a pretensão que as regras “terrestres” servissem tal qual para o ciberespaço não pode deixar de ser considerada falaciosa.

Mas há que acompanhar a evolução, em vez de pretender aprisionar logo em regras legais uma problemática que ainda só nebulosamente se vislumbra.

Um instituto que será certamente chamado a intervir será o da Concorrência Desleal. O comércio electrónico mostrou-se, desde as primeiras manifestações, fértil em episódios de concorrência desleal. Verifica-se mesmo que a quase totalidade dos litígios efectivamente surgidos, em que se invocam frequentemente direitos de autor e direitos industriais, são antes na realidade relativos à concorrência desleal.

Há assim que estar atento, para apurar se a legislação recentemente remodelada na matéria, tal como surge no Código de Propriedade Industrial de 2003, está adequada a este desafio.

Outra grande fonte de problemas consiste na determinação da lei aplicável, em termos de conflitos de leis. As questões não podem deixar de surgir, não obstante os critérios gerais de solução estabelecidos. A directriz apenas exclui do princípio da competência do Estado em que o prestador está estabelecido a legislação que as partes tiverem escolhido como aplicável ao contrato (art. 3/3 e Anexo). Mas outras questões se configuram.

O decreto-lei não as aborda porém. São aplicáveis os princípios gerais, na falta de disposição em contrário. Não é matéria a versar neste livro.

■ ■ 2. 2. ENQUADRAMENTO

■ ■ ■ 2.2.1. INTRODUÇÃO

Em poucos anos, as redes digitais e, em especial, a Internet, alteraram de forma profundamente revolucionária a economia, o trabalho, o quotidiano e até mesmo a vida privada dos cidadãos. Os novos *media* permitem o rápido acesso a informação disponível a nível mundial, facilitam e aceleram as comunicações para lá de quaisquer fronteiras e abrem novas e amplas possibilidades na esfera comercial, profissional e privada.

Se o sector das tecnologias da informação se constitui, hoje em dia, como um dos mais importantes ramos da indústria ao nível global, abrindo oportunidades que são também essenciais para os diversos sectores da economia e da sociedade, não é possível ignorar, por outro lado, a emergência de novas fragilidades para os interesses públicos envolvidos e de novas ameaças para os direitos subjectivos no contexto do seu desenvolvimento e utilização.

A sensibilidade em relação a estes e outros problemas trouxe, para as diversas intervenções políticas e legislativas sobre estas matérias, iniciativas e discursos suportados na necessidade de estabelecimento de um progressivo e sólido quadro legal nacional, capaz de acomodar o impacto da inovação tecnológica e as questões emergentes desta dimensão digital da economia.

A Internet e as redes digitais são essencialmente uma nova área internacional que transcende as fronteiras físicas, uma área descentralizada que nenhum operador e nenhum Estado pode controlar completamente e uma área diversa na qual todos podem agir, falar e trabalhar com grande liberdade.

Esta descrição da Internet, que consta do relatório do Conselho de Estado francês de Julho de 1998²⁶, realçou o facto de que a maioria dos desenvolvimentos na Internet consumados até à data, tinham sido alcançados na ausência de qualquer supervisão legislativa, o que, de acordo com alguns, fora até benéfico para a expansão inicial da rede.

No entanto, na fase de desenvolvimento do comércio electrónico em que hoje nos encontramos, é visível o renovado vigor que pode ser dado por legislação direccionada para a promoção das oportunidades que este potencia, sem descuidar a prestação de garantias aos seus intervenientes quanto à manutenção da certeza jurídica existente nas transacções do comércio tradicional.

São várias as questões e os desafios que são colocados às iniciativas de regulação da Internet:

²⁶ Press pack submitted for public consultation in November-December 1999, Ministry of Economic and Financial Affairs and Industry.

(a) o antagonismo existente entre a projecção territorial do direito e da realidade a que pretende aplicar-se – a Internet;

(b) a natureza horizontal das questões colocadas: trata-se de uma área em que qualquer actividade pode ser prosseguida, impondo a adaptação da legislação existente mediante a introdução de regulações específicas para problemas que apenas ocorrem em ambiente digital, de forma a garantir a igualdade entre as transacções ocorridas neste ambiente e aquelas realizadas por meios tradicionais. A lei, neste sentido, deve procurar ser neutra em face da diversidade dos meios de comunicação e informação;

(c) a necessidade de assegurar a protecção dos interesses públicos presentes numa área largamente dominada pela iniciativa privada;

(d) a necessidade de alterar substancialmente a abordagem na regulação, dado que as limitações inerentes a qualquer iniciativa puramente nacional introduzem um conceito de dupla interdependência entre países e entre participantes públicos e privados no tratamento legislativo eficaz das questões que emergem do ambiente digital; e, por fim,

(e) a necessidade de assegurar o acesso universal às tecnologias e redes de informação, atenuando as disparidades que possam existir na sua disseminação pelo tecido empresarial e pela população.

Atenta a sua própria natureza global, o comércio electrónico tem uma exposição e provoca um impacto muito significativos no que toca a questões transfronteiriças, internacionais e potencialmente multi-jurisdicionais, atravessando as fronteiras dos Estados com muito maior facilidade e rapidez do que as formas tradicionais de comércio transnacional. Numa realidade que apresenta estas características específicas, é fundamental, pois, a consideração dos resultados do processo legislativo internacional e comunitário, no contexto dos esforços legislativos para o enquadramento dos diversos problemas colocados neste âmbito, sobretudo face aos desafios acima identificados.

■ ■ ■ 2.2.2. QUADRO INTERNACIONAL

O ponto de partida da tecnologia da informação e de qualquer potencial transacção electrónica, considerando a sua já referida natureza potencialmente global, é a sua disponibilidade e acessibilidade transfronteiriça. No entanto, o Direito tem sido sempre construído sob o princípio da territorialidade, sendo este o princípio que define os limites da jurisdição e do poder legislativo de cada Estado soberano.

Este conflito entre o alcance da tecnologia e o alcance do Direito cria uma inevitável insegurança jurídica para as transacções electrónicas transfronteiriças, evidenciando diversas questões que se colocam fora do âmbito de acção das leis nacionais e que revelam só poder ser resolvidas no processo internacional de harmonização legislativa.

Face a esta realidade, e considerando o potencial que o universo das redes digitais apresenta, designadamente, para o crescimento económico sustentado, a expansão do comércio mundial e a melhoria das condições sociais, algumas organizações internacionais, como a Organização para a Cooperação e para o Desenvolvimento Económico (OCDE), a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a Organização das Nações Unidas (ONU), têm dedicado particular atenção ao acompanhamento do comércio electrónico.

Os grupos de trabalho criados no seio destas organizações estão incumbidos da estruturação de quadros legais comuns e da criação de ambientes favoráveis ao desenvolvimento do comércio electrónico, ao nível internacional e nacional, tomando em consideração os diversos interesses relevantes envolvidos. Em especial, têm feito incidir os seus contributos sobre a protecção dos consumidores e dos menores e as necessidades das pessoas portadoras de deficiências. Este trabalho é de particular importância, dando indicações de como e em que direcção as legislações nacionais se podem desenvolver para acomodar a realidade do comércio electrónico, beneficiando das suas potencialidades e estimulando a confiança dos seus intervenientes.

Assim, quer na construção dos quadros legais nacionais, quer em qualquer análise sobre os aspectos legais do comércio electrónico, não pode ignorar-se o trabalho efectuado e os resultados alcançados nas mais variadas negociações encetadas nestes fóruns multinacionais, inseridos num contexto de globalização e de liberalização do comércio internacional, em particular:

(1) o *Sacher Report* sobre o comércio electrónico²⁷, uma contribuição independente para a OCDE, e, ainda no âmbito desta organização, as conclusões da Conferência Ministerial de Ottawa em 1998, a adopção das *Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce* em 1999²⁸ e a *Bologna Charter*, que versa sobre linhas de conduta para as pequenas e médias empresas, adoptada em 2000²⁹;

²⁷ *Electronic Commerce: Opportunities and Challenges for Government*, OCDE, Paris, 1997, preparado por um grupo *ad hoc* de especialistas de alto nível do sector privado e sob a presidência de John Sacher, que estabelece prioridades para a acção governamental em matéria de comércio electrónico.

²⁸ A adopção destas linhas de orientação surgiu em conexão com um plano de actividades relacionado com o comércio electrónico, publicado pela OCDE em Agosto de 1998. Em 2003, foi já publicado um relatório com os resultados da sua implementação nos vários Estados.

²⁹ A *Bologna Charter* é uma declaração relativa aos efeitos da globalização, em particular no contexto do comércio electrónico, adoptada em Junho de 2000, na primeira conferência da OCDE para pequenas e médias empresas.

(2) o modelo de lei para o comércio electrónico de 1996 e corpo de leis uniformes sobre assinaturas electrónicas elaborados pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI);

(3) a Declaração sobre o comércio electrónico da OMC ³⁰, que resultou da 2ª Conferência Ministerial, de 20 de Maio de 1998, em Genebra, na sequência da qual foi aprovado um programa de acção para o comércio electrónico ³¹, em 25 de Setembro de 1998; e, por fim,

(4) as necessidades impostas pelo comércio electrónico foram tomadas em consideração e inseridas nos objectivos gerais dos trabalhos de preparação do Tratado sobre a Jurisdição dos Tribunais e o Reconhecimento de Sentenças, na Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado.

Neste ponto, deve ainda ser referida a importância de fóruns não governamentais como o Global Business Dialogue sobre o comércio electrónico (GBDe), o *Transatlantic Consumer Dialogue* (TACD) e o *Transatlantic Business Dialogue* (TABD), dos quais resultam recomendações para os governos e normas para as empresas em diversas matérias, tais como a responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços ou a defesa do consumidor no comércio electrónico.

A União Europeia, para além de participar nos principais fóruns internacionais mencionados, desenvolve ainda diálogos bilaterais no domínio da regulação do comércio electrónico, pretendendo promover a sua abordagem e a coerência legislativa internacional. Incluem-se neste contexto, entre outros, o diálogo com os Estados Unidos da América sobre a sociedade da informação, a cooperação com o Canadá no contexto do Sub Comité Comércio e Investimento e o diálogo com o Japão, a Mercosur e os países mediterrâneos.

União Europeia e Estados Unidos da América

Para além deste cenário de intervenção internacional, é visível a existência de duas perspectivas diferentes na abordagem à regulação do comércio electrónico, cuja compreensão parece ser profícua numa área em que os passos legislativos são ainda embrionários, carregando importantes reflexões ao nível da teoria da regulação.

A União Europeia e os Estados Unidos da América são responsáveis por quase metade da economia mundial, mantendo entre si relações bilaterais em áreas como o comércio e o investimento. Não obstante, e apesar de em Dezembro de 1997 terem emitido uma Declaração conjunta sobre o comércio electrónico ³², alguns autores ³³ sustentam que estas duas economias já perderam diversas oportunidades de coordenar os seus esforços legislativos, atendendo a que os principais instrumentos

³⁰ Vide *Electronic Commerce and the Role of the WTO, second publication, in the special Dossiers series*, Agosto 1998, OMC, Genebra.

³¹ Este programa de trabalho, que está a ser examinado pelo *Goods, Services and TRIPS Council* e pelo *Trade and Development Committee*, foi avaliado e prosseguido nas terceira e quarta Conferências Ministeriais da OCDE, em Seattle e em Doha, em 1999 e em 2001, respectivamente. Mais recentemente, conclusões sobre a sua implementação foram apresentadas em Cancún, na quinta Conferência Ministerial da OCDE.

legislativos que ambos produziram nestes domínios se revelaram imunes a influências recíprocas.

Algumas divergências relevantes para a análise destas matérias foram já identificadas no contexto dos direitos à privacidade na circulação da informação e no contexto da reforma do Direito dos contratos³⁴. Mais recentemente, foram definidos os contornos de outra clivagem na regulação de matérias relacionadas com os ambientes em linha, com a entrada em vigor da legislação norte-americana de combate ao fenómeno do *spam*.

Na Europa, a existência de um sentimento generalizado a favor da regulação dos mercados tem conduzido à construção de quadros legais que visam a protecção de interesses susceptíveis de serem postos em causa com a prática de abusos, limitando, assim, o âmbito das decisões privadas no mercado. A construção do quadro legal para a sociedade da informação tem procurado manter a consistência entre a regulação dos mercados tradicionais e a dos mercados em linha, colocando em equilíbrio o controlo estadual e as forças de mercado. Esta abordagem parece potenciar a produção de resultados em áreas como a protecção do consumidor e a supervisão do desenvolvimento das tecnologias da informação.

Nos Estados Unidos da América existe, por outro lado, um profundo cepticismo em relação à eficiência, ou mesmo à conveniência, da regulação dos mercados, o que levou a que a auto-regulação se tivesse assumido como factor primordial no incremento do comércio electrónico. A criação de regras e práticas comerciais que pautem a condução dos comportamentos no mercado em linha é, assim, deixada para os próprios intervenientes no comércio electrónico. A adaptação da regulação norte-americana a esta realidade tem sido feita através do desenvolvimento do precedente judicial, pese embora este não ofereça ainda uma orientação muito consistente, considerando que são raros os casos relatados sobre esta matéria. Esta abordagem tem sido fragmentária, favorecendo a desregulamentação em determinados contextos, mas coexistindo com áreas em que a regulamentação é muito onerosa³⁵.

³² Em 1 de Julho de 1997, o presidente Bill Clinton formulou um conjunto de linhas orientadoras para o desenvolvimento do comércio electrónico global, com as quais pretendeu influenciar os departamentos da sua administração, as empresas e os governos dos seus principais parceiros económicos, no sentido de se minimizarem as restrições sobre a Internet e se evitarem os efeitos negativos sobre o comércio global. Nesta mesma altura, a União Europeia levou a cabo a Conferência Ministerial *Global Information Networks: Realizing the Potential*, que se realizou em Bona, de 6 a 8 de Julho de 1997, onde se formularam diversas recomendações sobre o comércio electrónico a nível dos Estados do espaço europeu e da cooperação internacional. Foi na sequência destes dois movimentos que surgiu a Declaração conjunta em Dezembro de 1997. Esta Declaração identifica impactos e benefícios e estabelece linhas de orientação e planos de trabalho a seguir para a promoção e o enquadramento legislativo do comércio electrónico.

³³ Cfr. Jane Kaufman Winn e Jens Haubold, *Electronic promises: contract law reform and e-commerce in a comparative perspective*, *European Law Review*, vol. 27, nº5, Outubro, 2002, p. 567-568.

³⁴ Cfr. Jane Kaufman Winn e Jens Haubold, *Electronic promises: contract law reform and e-commerce in a comparative perspective*, *European Law Review*, vol. 27, nº5, Outubro, 2002, p. 567-568.

³⁵ As principais intervenções legislativas norte-americanas com relevância a este nível são: no domínio da contratação electrónica, *The Federal Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* (E-SIGN) e a *State Uniform Electronic Transactions Act* (UETA), elaborada pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCULS); no domínio da responsabilidade dos prestadores de serviços, a *Digital Millennium Copyright Act*; e, no domínio do *spam*, o *Can Spam Act*.

■ ■ ■ 2.2.3. QUADRO COMUNITÁRIO

A Comissão Europeia e o Conselho Europeu têm sido, a par das organizações acima enunciadas, instituições muito activas na promoção e no enquadramento legal do comércio electrónico, com especial atenção à protecção dos consumidores e do interesse público, à garantia de um nível mínimo de supervisão do mercado, ao estímulo à auto-regulação, à cooperação entre os Estados-membros e à promoção de mecanismos alternativos de resolução de litígios.

A União Europeia aceitou o desenvolvimento da sociedade da informação relativamente cedo. Na base de tal receptividade estiveram, primariamente, considerações de política económica, em particular a consciência de que os modernos serviços de informação contribuíam para o aprofundamento e a expansão das relações económicas no mercado interno e a preocupação de que a economia europeia pudesse vir a sofrer um atraso em relação à economia norte-americana e à de outros concorrentes na área das tecnologias da informação.

Um dos primeiros apontamentos comunitários neste âmbito foi a publicação pela Comissão Europeia, em 1997, de uma Comunicação intitulada *Iniciativa Europeia para o Comércio Electrónico*³⁶, com a compilação de medidas que foram sugeridas para a promoção do comércio electrónico na Europa. Desde então, a somar a numerosos programas de política económica, a União Europeia construiu um quadro legal para os serviços da sociedade da informação³⁷ e, especificamente, para o comércio electrónico, enquadrado no espírito da liberdade de circulação e nos princípios do mercado interno.

No âmbito deste quadro legal comunitário, salienta-se, desde logo, a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno³⁸, bem como:

³⁶ Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões – Uma Iniciativa Europeia para o Comércio Electrónico (COM (97) 157, 15/04/1997).

³⁷ Este quadro legal para a sociedade da informação abrange diversas áreas, desde os nomes de domínio aos dados pessoais, os direitos de autor, os conteúdos, as bases de dados e o governo electrónico. É relevante ainda a intervenção ao nível da criminalidade informática e da segurança nas comunicações. As intervenções comunitárias nestes domínios são especialmente atentas à protecção dos consumidores e dos cidadãos com necessidades especiais.

³⁸ Vários diplomas comunitários anteriores à Directiva sobre o comércio electrónico atingiam, directa ou indirectamente, este domínio, não tendo sido revogados, nem incorporados nesta. Nomeadamente, a Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro de 1998, relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional (garante a reserva de acesso que permitiu a exploração económica de conteúdos em rede) transposta pelo Decreto-lei n.º 87/2001, de 8 de Novembro; a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, transposta pelo Decreto-lei n.º 143/2001, de 26 de Abril; e a Directiva 98/34/CE do Parlamento e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, alterada pela Directiva 98/48/CE, de 20 de Julho de 1998, transposta pelo Decreto-lei n.º 58/2000, de 18 de Março. Mais recentemente, salienta-se a Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, cujo prazo de transposição terminou em 31 de Outubro de 2003 (já parcialmente transposta pelo Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro) e a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE, cujo prazo de transposição termina em 9 de Outubro de 2004. Precede a entrada em vigor desta Directiva, a comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - Comércio Electrónico e Serviços Financeiros (COM (2001) 66, 07.02.2001), que apresenta medidas renovadas para a promoção do comércio electrónico nos serviços financeiros.

- a Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas³⁹;

- a Directiva 2000/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro de 2000, relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial⁴⁰; e

- a Directiva 2001/115/CE do Conselho, de 20 de Dezembro de 2001, que altera a Directiva 77/388/CEE, tendo em vista simplificar, modernizar e harmonizar as condições aplicáveis à facturação em matéria de imposto sobre o valor acrescentado e que equipara a emissão de facturas electrónicas à emissão de facturas em suporte de papel, estabelecendo as respectivas condições de admissibilidade⁴¹.

Directiva sobre o comércio electrónico

A Directiva 2000/31/CE, de 8 de Junho, faz hoje parte da panóplia de medidas estruturantes constantes do Plano de Acção *eEurope 2005*, elaborada na sequência do plano *eEurope 2002*⁴², aprovado pelo Conselho Europeu da Feira, em Junho de 2000, no qual foram reiterados os princípios firmados na Comunicação da Comissão Europeia de 1997 acima mencionada. Pretendeu-se, através deste plano de acção, contribuir para a concretização da chamada *estratégia de Lisboa*, na qual foi assumido o objectivo de tornar a União Europeia, até 2010, na economia do conhecimento mais competitiva e dinâmica, com melhoria no emprego e na coesão social.

Com este instrumento comunitário pretendeu-se promover e facilitar a prestação de serviços em linha entre os Estados-membros e contribuir para a remoção de distorções da concorrência, para a expansão do mercado interno e para o progressivo desenvolvimento do sector das tecnologias da informação e da comunicação. O quadro comum criado pela Directiva é, assim, usado para remover os obstáculos criados pelas diferenças entre as legislações nacionais, assegurando um ambiente operacional favorável para o crescimento do comércio

³⁹ O regime jurídico nacional das assinaturas electrónicas consta do Decreto-lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que foi alterado pelo Decreto-lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, visando a sua adaptação à Directiva 1999/93/CE.

⁴⁰ Transposta pelo Decreto-Lei n.º 42/2002, de 2 de Março, que define moeda electrónica e estabelece o regime jurídico das instituições de moeda electrónica. Neste âmbito, é ainda importante referir a existência de recomendações comunitárias relativas à matéria dos pagamentos electrónicos, designadamente, a Recomendação da Comissão 87/598/CEE, de 8 de Dezembro de 1987, relativa a um código europeu de boa conduta em matéria de pagamento electrónico (relações entre instituições financeiras, comerciantes-prestadores de serviços e consumidores) e a Recomendação da Comissão 97/489/CE, de 30 de Julho de 1997, relativa às transacções realizadas através de um instrumento de pagamento electrónico e, nomeadamente, às relações entre o emitente e o detentor.

⁴¹ Transposta pelo Decreto-lei n.º 256/2003, de 21 de Outubro.

⁴² Em 2000, a União Europeia adoptou o Plano de Acção *eEurope 2002* que elegeu como linha de orientação estratégica a massificação do acesso e da utilização da Internet na União Europeia, condição essencial para a construção da sociedade da informação. O Plano de Acção *eEurope 2005* agora em vigor, implica uma deslocação dos objectivos da política europeia para a sociedade da informação, que deixou de se concentrar na conectividade universal em si, passando a centrar-se na criação de um ambiente favorável ao investimento privado, à criação de emprego e ao aumento de produtividade, focalizando quatro áreas de actuação: a Administração Pública em linha, o ensino em linha, a saúde em linha e os negócios electrónicos. Visa-se, neste plano de acção, a interdependência activa entre os factores de estímulo à oferta (essencialmente, a disponibilidade de banda larga) e de estímulo à procura (essencialmente, os novos serviços, conteúdos e aplicações multimédia), assentando no pressuposto de que os dois processos tecnológicos de maior impacto até 2005 serão a banda larga e a convergência tecnológica de acesso, permitindo um acesso multiplataforma.

electrónico no seio das empresas e aumentando, por outro lado, a confiança dos consumidores neste.

Em termos latos, a Directiva pode ser dividida em duas áreas: primeiro, cria um domínio coordenado que respeita a todas as disposições legais nacionais relativas ao acesso e prossecução de actividades em linha pelos prestadores de serviços, determinando que é o país onde se encontra estabelecido o prestador do serviço que controla o cumprimento das regras dentro deste domínio. Em segundo lugar, harmoniza certas áreas legais, que dizem respeito, essencialmente, ao local de estabelecimento e às obrigações de informação dos prestadores em linha, às comunicações comerciais, a certos aspectos da conclusão de contratos por meios electrónicos nas relações *Business-to-Business* e *Business-to-Consumer*, à responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços da sociedade da informação e ao equilíbrio entre a regulação e a auto-regulação do comércio electrónico.

Apresentou-se, através deste instrumento comunitário, um tratamento parcelar do comércio electrónico, focando apenas alguns aspectos das relações jurídicas que emergem desta nova realidade, sem grande homogeneidade nas matérias que são tratadas. Não se trata, assim, do quadro de regulação final para as matérias que são abordadas, ficando ainda por harmonizar inúmeros aspectos do comércio electrónico⁴³. Por outro lado, não é prejudicada a harmonização já conseguida em outras áreas, assumindo a Directiva 2000/31/CE, face a estas, um carácter complementar⁴⁴.

Em 21 de Novembro de 2003, a Comissão Europeia publicou o primeiro relatório relativo à aplicação da Directiva sobre o comércio electrónico⁴⁵. Este relatório apresentou uma apreciação dos resultados da transposição e da aplicação da Directiva, com base na recolha de experiências e das reacções, entre outros, dos diversos Estados-membros e de associações relevantes e estabeleceu um plano de acção para a futura monitorização da aplicação da Directiva na União Europeia. A análise feita no relatório é algo limitada, considerando o atraso a que foi votado o processo de transposição em diversos Estados-membros⁴⁶. Contudo, a apreciação dos resultados da transposição e do impacto da Directiva foi, em geral, positiva, tendo sido identificados alguns dos problemas já existentes, nomeadamente a falta de sensibilização dos operadores da Internet para os deveres de informação a que agora se encontram sujeitos.

⁴³ O próprio artigo 21º da Directiva sobre o comércio electrónico enuncia diversos aspectos cuja harmonização foi postergada para discussões futuras, como sejam: a regulação da responsabilidade dos prestadores de hiperligações e de instrumentos de localização, os procedimentos de *notice and take down* e a atribuição de responsabilidade após a retirada do conteúdo.

⁴⁴ No considerando 11 da Directiva, pode ler-se que a directiva *não prejudica o nível de protecção, designadamente, da saúde pública e do consumidor, estabelecido por instrumentos comunitários*, seguindo-se um elenco não exaustivo dos instrumentos comunitários compreendidos neste âmbito. Acrescenta-se que *a presente Directiva é complementar dos requisitos de informação fixados nas Directivas citadas*.

⁴⁵ Primeiro Relatório da Comissão Europeia relativo à aplicação da Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (COM (2003) 702, 21.11.2003).

⁴⁶ Apenas três Estados-membros (Luxemburgo, Alemanha e Áustria) fizeram a transposição dentro do prazo estipulado pela Directiva e, pela altura da publicação do relatório, Portugal, Holanda e França ainda não haviam concluído os respectivos processos de transposição.

O plano de acção apresentado no relatório tem, no essencial, as seguintes linhas de orientação:

(a) assegurar a correcta aplicação do regime da Directiva, através de um contacto permanente entre os Estados-membros e a Comissão Europeia para a recolha de informações relativas à aplicação do regime e para o tratamento de problemas específicos;

(b) a cooperação administrativa entre os Estados-membros;

(c) a sensibilização das empresas e dos cidadãos, através de acções de informação;

(d) a monitorização de novas áreas de regulação para aferir da necessidade ou não da intervenção legislativa comunitária (entre outras, jogos em linha, farmácias em linha, etc.); e

(e) o fortalecimento da cooperação internacional para a criação de regras coerentes no que respeita às matérias reguladas, designadamente, no domínio da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, da contratação electrónica e dos deveres de informação.

■ ■ ■ 2.2.4. QUADRO NACIONAL

Portugal, enquanto membro da União Europeia, tem adoptado programas, orientações e medidas legislativas que são, em grande parte, determinadas pelo quadro de intervenção comunitário nestes domínios, de que já demos conta anteriormente.

A assinalar a emergência da nova sociedade da informação foi publicado, em 1997, o *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal*⁴⁷, no qual é feito um inventário das zonas de incidência das novas tecnologias da informação e da comunicação no país e são estudadas as suas implicações sociais e jurídicas. Este Livro Verde pretendeu constituir uma reflexão estratégica para a definição de um caminho para a implantação da sociedade da informação em Portugal, tendo apontado, entre outras, a necessidade de se viabilizar e dinamizar o comércio electrónico e a transferência electrónica de dados.

Nesse sentido, o Governo adoptou a Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, de 1 de Setembro, que criou a *Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico*. Esta resolução conferia à equipa da Missão para a Sociedade da Informação um mandato para a elaboração do *Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico*, que foi mais tarde aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99 de 25 de Agosto. A elaboração deste documento

⁴⁷ Elaborado pela Missão para a Sociedade da Informação do Ministério da Ciência e da Tecnologia e aprovado pelo Conselho de Ministros português em Abril de 1997. Este Livro Verde é um marco no seio do trabalho que foi inicialmente produzido no âmbito destas matérias, dado ter sido o primeiro documento com uma visão integrada a este nível, elaborado através de uma ampla consulta e participação pública.

foi objecto de um amplo e participado processo de consulta pública que envolveu, nomeadamente, organismos com actuação e interesse na área do comércio electrónico.

Mais recentemente, o Governo aprovou o *Plano de Acção para a Sociedade da Informação*, anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/2003, de 12 Agosto, no seguimento da Resolução do Conselho de Ministros n.º 135/2002, de 20 de Novembro, que definiu o novo enquadramento institucional da actividade do Governo em matéria de sociedade da informação⁴⁸.

Considerando a importância de dinamizar o tratamento destas matérias, mas, sobretudo, atendendo ao manifesto atraso português face aos demais países da Comunidade Europeia, no âmbito dos objectivos estabelecidos nos planos de acção eEurope 2002 e eEurope 2005⁴⁹, este plano de acção nacional define quatro grandes desafios nacionais no domínio da política para a sociedade da informação⁵⁰, assentando em sete pilares de actuação⁵¹, entre os quais salientamos o sexto pilar - *novas formas de criar valor económico*, no qual é definida a actuação em matéria de comércio electrónico.

Este pilar assume o incentivo à expansão do modelo de negócio electrónico como um dos passos essenciais para o desenvolvimento da sociedade da informação, sendo composto por diversos eixos de actuação, designadamente: (i) *o enquadramento legal para o negócio electrónico*, visando o aumento da confiança e da segurança na utilização dos canais electrónicos; (ii) *a formação e o investimento para o desenvolvimento do sector das tecnologias da informação e da comunicação*; (iii) *a segurança nas comunicações electrónicas*, procurando agir sobre a quebra da privacidade e sobre as fraudes que funcionam como factores inibidores do pleno desenvolvimento do comércio electrónico; (iv) *a competitividade das empresas portuguesas*; e (v) *a participação activa na rede europeia de negócios electrónicos*.

Os principais projectos no âmbito deste pilar do plano de acção são a dinamização do comércio electrónico nas pequenas e médias empresas, a facturação e a certificação digital.

⁴⁸ A liderança e a coordenação transversal das políticas nesta área foi cometida à Unidade de Missão Inovação e Conhecimento e à Comissão Interministerial Inovação e Conhecimento, ambas na dependência directa do Ministro-Adjunto do Primeiro-Ministro.

⁴⁹ Os objectivos do plano de acção eEurope 2005 foram assumidos pelas Grandes Opções do Plano de 2003.

⁵⁰ O cumprimento do Plano de acção para a Sociedade da Informação deve contribuir para Portugal atingir quatro grandes objectivos nacionais: (i) *aumento da eficácia e eficiência do sistema económico, promovendo a competitividade e a produtividade das empresas e do tecido económico e empresarial*; (ii) *aumento das habilitações, competências e conhecimento dos portugueses, considerados o principal substrato da capacidade de desenvolvimento sustentado do país*; (iii) *modernização, racionalização e revitalização da Administração Pública e do aparelho do Estado*; e (iv) *dinamização da sociedade civil, promovendo o bem-estar e a qualidade de vida dos cidadãos* – Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/2003, de 12 de Agosto.

⁵¹ De entre estes sete pilares de actuação salientam-se: (i) *uma sociedade da informação para todos*; (ii) *qualidade e eficiência dos serviços públicos*; e (iii) *melhor cidadania*, no âmbito dos quais já foram aprovados, respectivamente, a *Iniciativa Nacional para a Banda Larga*, o *Programa de Acção para o Governo Electrónico* e o *Programa Nacional para a Participação dos Cidadãos com Necessidades Especiais na Sociedade da Informação*.

O Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro

O diploma nacional fundamental em matéria de comércio electrónico é o Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, que, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 7/2003, de 9 de Maio, transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2000/31/CE, de 8 de Junho, quase dois anos após o prazo estipulado de 17 de Janeiro de 2002. Os trabalhos de transposição foram desenvolvidos pelo Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, sob a coordenação do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão.

A transposição seguiu, na generalidade, os traços característicos daquele instrumento comunitário, sem prejuízo das especificidades impostas pela natureza e unidade do sistema jurídico português. Assim, o Decreto-lei n.º 7/2004 vem regulamentar, em linhas gerais, as obrigações de informação dos prestadores de serviços da sociedade da informação; as condições de irresponsabilidade dos prestadores intermediários de serviços relativamente ao conteúdo da informação que tornam acessível; as comunicações publicitárias em rede e o marketing directo; a celebração de contratos por via electrónica; e, a permissibilidade do funcionamento em linha de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. Adicionalmente, é instituído um mecanismo de solução provisória de litígios para dirimir questões que possam surgir quanto à ilicitude de conteúdos disponíveis em rede.

É de assinalar o tratamento de matérias não compreendidas na Directiva, como a regulação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos e o estabelecimento de um processo de inscrição para os prestadores intermediários, bem como o tratamento unitário das comunicações não solicitadas, tendo sido transposto, nesta sede, o artigo 13º da Directiva 2002/58/CE, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

No âmbito do regime jurídico consagrado neste diploma, estão ainda definidas as competências de supervisão e o respectivo regime sancionatório. Nos seus termos, a ANACOM é designada a entidade de supervisão central *com atribuições em todos os domínios regulados pelo presente diploma, salvo nas matérias em que lei especial atribua competência sectorial a outra entidade*⁵².

⁵² Cfr. Artigo 35º do Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro.

■ ■ 2.3. REGIME JURÍDICO

■ ■ ■ 2.3.1. PRESTADORES DE SERVIÇOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

2.3.1.1. SERVIÇOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

2.3.1.1.1. CONCEITO

A Directiva 2000/31/CE define *serviços da sociedade da informação* por remissão directa para o conceito firmado na Directiva 98/34/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, na versão alterada pela Directiva 98/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho de 1998⁵³.

Dando acolhimento ao enunciado a nível comunitário, o Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, define *serviço da sociedade da informação*, no n.º 1 do respectivo artigo 3.º, como *qualquer serviço prestado à distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica, na sequência de pedido individual do destinatário*.

O entendimento dado a três dos elementos estruturantes do referido conceito encontra-se vertido na alínea b) do artigo 2.º do Decreto-lei n.º 58/2000⁵⁴, de 18 de Abril, que efectua a transposição para a ordem jurídica interna da Directiva 98/34/CE. Nos termos do disposto no referido diploma, um serviço será prestado:

(i) *à distância*, quando as partes não estejam simultaneamente presentes;

(ii) *por via electrónica*, quando é enviado da origem e recebido no destino através de meios electrónicos de processamento⁵⁵ e de armazenamento de dados, que seja inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por cabo, rádio, meios ópticos ou outros meios electromagnéticos; e

(iii) *mediante um pedido individual do destinatário*, quando é fornecido por transmissão de dados mediante um pedido individualizado.

A acrescer a estes três elementos, o Decreto-Lei n.º 7/2004 exige ainda que o serviço seja prestado mediante remuneração ou, pelo menos, no âmbito de uma actividade económica. Assim, o conceito de serviços da sociedade da informação abrangerá igualmente os serviços não remunerados pelos seus destinatários, na medida em que constituam uma actividade económica para o prestador de

⁵³ Texto consolidado produzido pelo sistema CONSLEG do Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, documento CONSLEG: 1998L0034 – 05/08/1998 (documento que constitui um instrumento de documentação e não vincula as instituições).

⁵⁴ Apesar de neste preceito se definir *serviço* em geral e não *serviço da sociedade da informação*, resulta claro, do teor da definição, que é a este último que se refere. Neste sentido, vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação Electrónica, Direito da Sociedade da Informação*, Volume IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, 2003, p. 50.

⁵⁵ Incluindo a compressão digital, tal como referido no n.º 2 do art.º 1.º da Directiva 98/34/CE.

serviços. Será o caso, por exemplo, dos serviços de prestação de informações em linha, de comunicações comerciais ou de fornecimento de ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados.

Verifica-se, deste modo, que a lei contempla um amplo conceito de serviços da sociedade da informação, abrangendo uma grande variedade de actividades económicas, quer no âmbito dos serviços prestados *business-to-business*, quer dos serviços prestados *business-to-consumer*^{56 57}.

Relativamente aos contratos celebrados em linha, refira-se que, se as partes concluírem um contrato via Internet, mas o cumprimento de determinadas obrigações contratuais que daí resultem, designadamente a entrega dos bens, for efectuada por meios convencionais, tais serviços não serão considerados serviços da sociedade da informação.

Saliente-se, ainda, que a utilização do correio electrónico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares, agindo fora da sua actividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas, não são igualmente considerados serviços da sociedade da informação⁵⁸.

A precisa delimitação do perímetro do conceito de *serviços da sociedade da informação* é completada, no n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-lei n.º 7/2004, por referência à lista indicativa de serviços não incluídos no seu âmbito, que se encontra em Anexo ao referido Decreto-lei n.º 58/2000⁵⁹.

O Decreto-Lei n.º 7/2004 exclui do seu âmbito de aplicação as matérias expressamente enunciadas no respectivo artigo 2.º⁶⁰, pelo que os serviços da sociedade da informação desenvolvidos nestas áreas não se encontram sujeitos ao regime jurídico instituído pelo diploma.

2.3.1.2. PRESTADORES DE SERVIÇOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

2.3.1.2.1. CONCEITO

A alínea b) do artigo 2º da Directiva 2000/31/CE define *prestador de serviços da sociedade da informação como qualquer pessoa, singular ou colectiva, que preste*

⁵⁶ Assim, entre outros, e sempre que representem uma actividade económica para o seu prestador, consideram-se serviços da sociedade da informação: a celebração de contratos de bens e serviços por via electrónica, a prestação de informação através do mesmo meio, as comunicações comerciais, as actividades de intermediação relativas ao fornecimento de acesso à rede, a organização e gestão de leilões por meios electrónicos, a organização e gestão de mercados e centros comerciais virtuais, a prestação em linha de serviços financeiros, a realização de cópias temporárias das páginas da Internet solicitadas pelos utentes, o alojamento nos próprios servidores de informações, aplicações ou serviços, a oferta de ferramentas de pesquisa, acesso e recolha de informações, a transmissão de informação através de uma rede de comunicações, o vídeo a pedido, como serviço em que o utente pode seleccionar através da rede, tanto o programa desejado como o momento do seu fornecimento e recepção, e, em geral, a distribuição de conteúdos mediante pedido individual.

⁵⁷ A prestação em linha de serviços financeiros reveste particular importância no domínio do comércio electrónico, facto que a COMISSÃO EUROPEIA reconheceu na *Comunicação sobre comércio electrónico e serviços financeiros*, COM (2001) 66, de 07.02.2001.

⁵⁸ Cfr. considerando 18 da Directiva 2000/31/CE.

um serviço no âmbito da sociedade informação. No Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, não foi sentida a necessidade da expressa enunciação desta definição, optando-se tão somente por delinear, para efeitos de estabelecimento de regime jurídico, algumas das categorias que o mesmo encerra⁶¹.

Dentro de tal conceito, genericamente formulado, cabem diversos tipos de realidades e categorias de intervenientes no processo de transmissão da informação⁶², sendo que o progresso tecnológico que neste domínio se faz sentir com particular incidência, propicia a emergência de novas realidades e, como tal, o constante alargamento e/ou transformação do conceito.

⁵⁹ De acordo com o legalmente estabelecido, não serão serviços da sociedade da informação:

1 – Os serviços de radiodifusão sonora e os serviços de radiodifusão televisiva referidos na alínea a) do artigo 1.º da Directiva 89/552/CEE, do Conselho, de 3 de Outubro;

2 – Os serviços que não são prestados à distância, i.e., os serviços prestados na presença física do prestador e do destinatário, ainda que a sua prestação implique a utilização de dispositivos electrónicos, designadamente,

- a) exames ou tratamentos num consultório médico por meio de equipamentos electrónicos, mas na presença física do paciente;
- b) consulta de um catálogo electrónico num estabelecimento comercial na presença física do cliente;
- c) reserva de um bilhete de avião de uma rede de computadores numa agência de viagens na presença física do cliente;
- d) disponibilização de jogos electrónicos numa sala de jogos na presença física do utilizador

3 – Os serviços que não são fornecidos *por via electrónica*, designadamente

- a) serviços cujo conteúdo é material mesmo quando impliquem a utilização de dispositivos electrónicos, tais como,
 - (i) distribuição automática de notas e bilhetes (ex.: notas de banco e bilhetes de comboio); e
 - (ii) acesso às redes rodoviárias, parques de estacionamento, etc., mediante pagamento, mesmo que existam dispositivos electrónicos à entrada e/ou saída para controlar o acesso e/ou garantir o correcto pagamento;
- b) serviços *off-line*, designadamente distribuição de CD-ROM ou de *software* em *disquetes*;
- c) serviços não fornecidos por intermédio de sistemas electrónicos de armazenagem e processamento de dados, designadamente,
 - (i) serviços de telefonia vocal;
 - (ii) serviços de telecópia e telex;
 - (iii) teletexto televisivo
 - (iv) serviços prestados por telefonia vocal ou telecópia;
 - (v) consulta de um médico por telefone ou telecópia;
 - (vi) consulta de um advogado por telefone ou telecópia; e
 - (vii) *marketing* directo por telefone ou telecópia.

⁶⁰ Nos termos do disposto no número 1 do artigo 2.º do Decreto-lei n.º 7/2004 estão fora do respectivo âmbito de aplicação: a matéria fiscal; a disciplina da concorrência; o regime do tratamento de dados pessoais e da protecção da privacidade; o patrocínio judiciário; os jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas, em que é feita uma aposta em dinheiro; e a actividade notarial ou equiparada, enquanto caracterizadas pela fé pública ou por outras manifestações de poderes públicos.

⁶¹ Para uma clarificação sobre quem é prestador de serviços e quem é destinatário, na contratação electrónica, *vide* OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação Electrónica...cit*, p.50.

⁶² Sem qualquer pretensão de exaustão na identificação das diversas categorias de prestadores de serviços da sociedade da informação, podem-se considerar, exemplificativamente, as seguintes:

- (i) *operador de rede*: prestador de serviço que fornece a infra-estrutura que suporta a transmissão da informação (cabos, routers, switches);
- (ii) *fornecedor de conteúdo*: prestador de serviços que fornece a própria informação disponibilizada *on-line*;
- (iii) *fornecedor de acesso*: prestador de serviços que fornece aos utilizadores a conexão à rede;
- (iv) *fornecedor de espaço*: prestador de serviço que coloca uma área da rede informática à disposição dos utilizadores para que estes aí coloquem conteúdos (por exemplo, uma página na Internet);
- (v) *operadores de fóruns de discussão, news groups e chat rooms*: prestadores de serviços que oferecem espaço no qual os utilizadores podem ler informação enviada por outros e colocar as suas próprias mensagens; e
- (vi) *fornecedores de ferramentas de pesquisa de informação*: prestadores de serviços que fornecem ferramentas que permitem aos utilizadores da Internet localizar páginas onde a informação se encontra alojada.

Esta categorização que, num plano teórico, nos apresenta "actores" com papéis estanques e bem definidos, vem a revelar-se, na prática, como uma realidade pouco frequente, uma vez que, cada vez mais, os prestadores tendem a prosseguir, em simultâneo, várias actividades, assistindo-se a um cruzamento dos papéis desempenhados no âmbito da sociedade da informação. A este respeito *vide* SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, *A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmida pela Internet*, Almedina, Coimbra, Novembro 2000, p.29 e ss.

No âmbito do Decreto-lei n.º 7/2004, é dada particular atenção aos prestadores intermediários de serviços em rede, definidos como *provedores que prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha, independentes da geração da própria informação*. À luz desta definição, não serão considerados prestadores intermediários de serviços em rede aqueles cujos serviços técnicos se esgotam no suporte ao acesso, disponibilização e utilização da sua própria informação ou dos seus próprios serviços.

A distinção entre as várias categorias de intermediação na transmissão da informação prende-se com o grau de controlo e intervenção que cada um dos prestadores exerce sobre a informação transportada ou armazenada e é consagrada na lei, nos artigos 14.º a 16.º do Decreto-lei n.º 7/2004, para efeitos de delimitação da esfera de responsabilidade – ou mais concretamente, de definição de condições de desresponsabilização dos prestadores – no prosseguimento de cada uma das seguintes actividades:

(i) *simples transporte de informação*: quando o prestador intermediário de serviços prossegue apenas a actividade de transmissão de informações em rede, ou faculta o acesso a uma rede de comunicações, sem estar na origem da transmissão nem ter intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na selecção destas ou dos destinatários. Esta actividade abrange a armazenagem meramente tecnológica das informações no decurso do processo de transmissão, exclusivamente para as finalidades de transmissão e durante o tempo necessário para esta;

(ii) *armazenagem temporária de informação (caching)*: quando o prestador procede à armazenagem automática, intermédia e temporária dessa informação, apenas com o objectivo de tornar mais eficaz e económica a transmissão posterior da informação, a pedido de outros destinatários do serviço;

(iii) *armazenagem em servidor (hosting)*: quando o prestador armazena informações prestadas por um destinatário do serviço; e

(iv) *associação de conteúdos*: quando o prestador torna possível, por meio de instrumentos de busca, hiperconexões ou processos análogos, o acesso a conteúdos disponibilizados em rede.

2.3.1.3. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

2.3.1.3.1. PRINCÍPIO DA LIVRE CIRCULAÇÃO DE SERVIÇOS

A Directiva 2000/31/CE tem por objectivo a criação de um enquadramento legal destinado a assegurar a livre circulação de serviços da sociedade da informação

entre Estados-membros, que permita ultrapassar os obstáculos legais que se prendem, por um lado, com as divergências legislativas nacionais relativamente a determinados serviços e, por outro, com a insegurança jurídica que existe quanto à extensão do controlo que cada Estado-membro pode exercer sobre serviços provenientes de outro Estado-membro.

Ao disponibilizar um serviço num sítio da Internet, um prestador de serviços vê-lo-á disponibilizado simultânea e automaticamente em todos os outros Estados-membros. Ora, admitir que estes serviços tivessem que se conformar com os normativos legais vigentes em cada um desses Estados-membros constituiria um entrave ao desenvolvimento do comércio electrónico internacional.

O novo enquadramento comunitário pretende, assim, garantir a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, nos termos do artigo 49.º do Tratado, ao mesmo tempo que se apresenta como um reflexo necessário da adaptação da tradicional prestação de serviços ao novo ambiente em que os mesmos podem ser desenvolvidos: o ambiente digital.

No âmbito da Directiva 2000/31/CE, a designada *cláusula do mercado interno* apresenta-se como um dos elementos estruturantes do regime jurídico que disciplina a prestação dos serviços da sociedade da informação, assegurando aos seus prestadores a possibilidade de disponibilizar livremente os seus serviços em toda a Comunidade, num ambiente jurídico seguro. Esta *cláusula do mercado interno*, que no Decreto-lei n.º 7/2004 é acolhida nos seus artigos 4.º e 5.º, assume dois vectores essenciais:

a) por um lado, estabelece que os serviços da sociedade da informação podem ser fornecidos livremente no território da União Europeia por um prestador de serviços, desde que o mesmo respeite as regras e regulamentações em vigor no Estado-membro em cujo território se encontra estabelecido⁶³ - é o designado *princípio do país de origem*;

b) por outro lado, os Estados-membros não podem, por razões que se prendam com o *domínio coordenado*⁶⁴, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro, ou seja, não podem, fora dos casos legalmente previstos, adoptar medidas que prejudiquem ou tornem menos atraente a prestação de serviços da sociedade da informação a partir de outros Estados-membros.

Em conformidade com o regime estabelecido e sem prejuízo das ressalvas legalmente fixadas, os prestadores de serviços são livres de prosseguir as suas actividades em todo o espaço comunitário, independentemente dos requisitos

⁶³ Sobre este assunto refere o considerando 19 da Directiva 2000/31/CE que: *o local do estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efectiva de uma actividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. O local de estabelecimento quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio na Internet não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua actividade económica.*

impostos em cada um dos Estados-membros, desde que cumpram a legislação nacional do país onde se encontram estabelecidos⁶⁵.

Cabe ainda ao Estado-membro em que o serviço tem origem assegurar que os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no seu território cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-membro que se integrem no denominado *domínio coordenado*. O controlo dos serviços da sociedade da informação deve, assim, ser exercido na fonte de actividade, a fim de garantir uma protecção eficaz dos interesses gerais^{66 67}.

O elemento determinante na aferição do ordenamento que disciplina a prestação de um determinado serviço da sociedade da informação é, como decorre do atrás exposto, o local do estabelecimento do seu prestador, sendo que a interpretação deste conceito se deve fazer de acordo com o disposto no Tratado e com o entendimento que tem vindo a ser dado à matéria pela jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶⁸.

No âmbito da Directiva 2000/31/CE, o *prestador de serviços estabelecido* é definido, na alínea b) do artigo 2º, como o prestador que efectivamente exerça uma actividade económica através de uma instalação fixa, por um período indefinido, sendo que a presença de meios técnicos e de tecnologias necessários para prestar o serviço não constituem, em si mesmos, o estabelecimento do prestador⁶⁹. O Decreto-lei n.º 7/2004, por seu lado, dispõe, no número 2 do artigo 4.º que se considera estabelecido em Portugal um prestador de serviços que exerça uma actividade económica no país mediante um estabelecimento efectivo, seja qual for

⁶⁴ Nos termos do disposto na alínea h) do art.º 2.º da Directiva 2000/31/CE, por *domínio coordenado entende-se: as exigências fixadas na legislação dos Estados-membros, aplicáveis aos prestadores de serviços da sociedade da informação e aos serviços da sociedade da informação, independentemente de serem de natureza geral ou especificamente concebidos para esses prestadores e serviços.*

(i) O domínio coordenado diz respeito às exigências que o prestador de serviço tem de observar, no que se refere:

a) ao exercício de actividades de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes às habilitações, autorizações e notificações; e

b) à prossecução de actividade de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes ao comportamento do prestador de serviços, à qualidade ou conteúdo do serviço, incluindo as aplicáveis à publicidade e aos contratos, ou as respeitantes à responsabilidade do prestador de serviços.

(ii) O domínio coordenado não abrange exigências tais como aplicáveis:

a) às mercadorias, enquanto tais;

b) à entrega de mercadorias; e

c) aos serviços não prestados por meios electrónicos.

⁶⁵ Para uma reflexão sobre as consequências da aplicação do princípio do país de origem nos direitos dos consumidores, vide ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, 1999, p. 43 e ss.

⁶⁶ O considerando 22 da Directiva 2000/31/CE adverte que para melhorar a confiança mútua entre os Estados-membros, é indispensável precisar claramente a responsabilidade do Estado-membro em que os serviços têm origem.

⁶⁷ Dada a natureza dos serviços, o controlo pode ser exercido mais rápida e eficientemente no Estado-membro em que o prestador de serviços está estabelecido e a partir do qual explora o seu sítio web (o Estado-membro de origem). Na prática, seria difícil para outro Estado-membro aplicar medidas contra um prestador de serviços localizado fora das suas fronteiras. O Estado-membro em que o serviço é recebido fica, consequentemente, dependente das medidas adoptadas pelas autoridades do Estado-membro de origem. Cfr. Comunicação da Comissão Europeia *Comércio electrónico e serviços financeiros...cit.*

⁶⁸ Vide nota 11.

⁶⁹ Cfr. considerando 19 da Directiva 2000/31/CE, que esclarece, sobre este aspecto, que o local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio na Internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua actividade económica.

a localização sua sede, esclarecendo ainda que a mera disponibilidade de meios técnicos adequados à prestação do serviço não configuram, só por si, um estabelecimento efectivo.

Apesar de, no âmbito do Decreto-lei n.º 7/2004, não se encontrar expressamente vertido o conceito de estabelecimento efectivo, o n.º 3 do artigo 4.º consagra um critério de decisão para os casos em que, sendo o serviço prestado a partir de vários locais, se verifique uma especial dificuldade em determinar qual desses locais é o estabelecimento efectivo. Nestes casos, considera-se que o local do estabelecimento efectivo, é o *local em que o prestador tenha o centro das suas actividades relacionadas com o serviço da sociedade da informação*⁷⁰.

2.3.1.3.1.1. EXCEPÇÕES AO PRINCÍPIO DA LIVRE CIRCULAÇÃO DOS SERVIÇOS

A *cláusula do mercado* interno admite apenas dois tipos de derrogações à sua aplicação:

(a) as derrogações de carácter geral, expressamente previstas no artigo 6.º do Decreto-lei n.º 7/2004, no qual se opera a transposição do Anexo da Directiva 2000/31/CE⁷¹;

(b) as derrogações pontuais, que podem ser determinadas pelos Estados-membros, para fazer face aos casos em que se verifique a lesão, ou a ameaça de lesão, de determinados valores fundamentais e que obedecem a formalismos e critérios expressamente determinados na lei.

2.3.1.3.1.1.1. DERROGAÇÕES GERAIS

Não obstante a regra do controlo na origem dos serviços da sociedade da informação, algumas matérias estão excluídas da aplicação deste princípio, quer porque no âmbito de outras Directivas é determinada a aplicação da lei do país de destino, quer porque não há, relativamente a determinadas matérias, harmonização suficiente que permita um nível equivalente de protecção a nível comunitário. Incluem-se neste grupo de matérias, as enunciadas no artigo 6.º do Decreto-lei n.º 7/2004, em transposição do Anexo da Directiva 2000/31/CE, a saber:

a) a propriedade intelectual, incluindo a protecção das bases de dados e das topografias dos produtos semicondutores;

⁷⁰ Cfr. considerando (19) da Directiva 2000/31/CE, que refere que *quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para a determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o centro das suas actividades relacionadas com esse serviço específico.*

⁷¹ No decurso das negociações da Directiva 2000/31/CE, alguns Estados-membros procuraram obter um maior número de derrogações à cláusula relativa ao mercado interno, em especial no que se refere aos serviços financeiros e mais especificamente em matéria de serviços de investimento. Contudo, o Conselho e o Parlamento concordaram em limitar o número de derrogações às inicialmente propostas pela Comissão Europeia. Cfr. Comunicação da Comissão Europeia ao Conselho e ao Parlamento Europeu *Comércio electrónico e serviços financeiros...cit.*

b) a emissão de moeda electrónica, por efeito de derrogação prevista no número 1 do artigo 8.º da Directiva 2000/46/CE;

c) a publicidade realizada por um organismo de investimento colectivo em valores mobiliários, nos termos do número 2 do artigo 44.º da Directiva 85/611/CEE;

d) a actividade seguradora, no que respeita a seguros obrigatórios, alcance e condições de autorização da entidade seguradora e empresas em dificuldades ou situações irregulares ⁷²;

e) a matéria disciplinada por legislação escolhida pelas partes no uso da autonomia privada;

f) os contratos celebrados com consumidores, no que respeita às obrigações deles emergentes;

g) a validade dos contratos em função da observância de requisitos legais de forma, em contratos relativos a direitos reais sobre imóveis; e

h) a permissibilidade do envio de mensagens publicitárias não solicitadas por correio electrónico.

2.3.1.3.1.1.2. DERROGAÇÕES ESPECIAIS

Para além das situações de derrogação geral, o Decreto-lei n.º 7/2004 prevê, no seu artigo 7º e em conformidade com o disposto na Directiva 2000/31/CE, a possibilidade de serem adoptadas, pelos tribunais ou outras entidades competentes, determinadas medidas que impeçam a circulação de um determinado serviço da sociedade da informação ⁷³ proveniente de outro Estado-membro, quando em causa esteja a lesão, ou a ameaça de lesão, de determinados valores fundamentais, como:

(i) a dignidade humana ou a ordem pública, incluindo a protecção de menores e a repressão do incitamento ao ódio fundado na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade, nomeadamente por razões de prevenção ou repressão de crimes ou de ilícitos de mera ordenação social ⁷⁴;

⁷² A este respeito, *vide* o documento da COMISSÃO EUROPEIA, DG Mercado Interno, *Comércio electrónico e seguros* (Documento de discussão para o grupo de trabalho), MARKT/2522/02 – PT Rev. 1 Orig.EN

⁷³ A expressão *determinado serviço da sociedade da informação* deve ser entendida no sentido de que só podem ser adoptadas medidas restritivas casuisticamente e em relação a um serviço específico, fornecido por um dado operador e não medidas gerais em relação a uma categoria de serviços. Tomando como exemplo os serviços financeiros não poderão ser adoptadas medidas gerais em relação aos fundos de investimento, ou aos créditos, por se considerar que estes consubstanciam categorias de serviços, *cf.* Comunicação da COMISSÃO EUROPEIA ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Banco Central Europeu “*Aplicação aos serviços financeiros dos n.ºs 4 a 6 do artigo 3.º da Directiva relativa ao comércio electrónico*”, COM (2003) 259, de 14.05.2003.

⁷⁴ As razões enunciadas neste preceito como integrantes do conceito de ordem pública são-no a título exemplificativo. Assim, esta noção deve ser interpretada à luz da jurisprudência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA sobre ordem pública, que neste matéria, tem vindo a defender uma interpretação num sentido muito estrito (*vide* Acórdão Calif, Proc.º C-384/96, Col. P. 1-11.). Sobre esta questão o Tribunal já se pronunciou no sentido de que o *recurso de uma autoridade nacional à noção de ordem pública pressupõe, em todos os casos, a existência, para além da perturbação que uma infracção à lei constitui para a ordem social, uma ameaça real e suficientemente grave, que afecte o interesse fundamental da sociedade* (Acórdão de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau, proc.º 30/77, Col. P. 1999). Veja-se, a título de exemplo, que o Tribunal de Justiça considerou que objectivos de natureza económica não podiam constituir motivos de ordem pública, na acepção do artigo 46.º do Tratado (Acórdão de 26 de Abril de 1998, Bond van Adverteerders, proc.º 352/85, Col. P. 2085).

(ii) a saúde pública;

(iii) a segurança pública, nomeadamente na vertente da segurança e defesa nacionais; e

(iv) os consumidores⁷⁵, incluindo os investidores⁷⁶

A adopção de providências restritivas, na medida em que limita um dos direitos fundamentais no âmbito do ordenamento jurídico comunitário – a liberdade de prestação de serviços – só poderá ter lugar mediante o estrito cumprimento das condições expressamente previstas para o efeito, que, no âmbito do Decreto-lei n.º 7/2004, se encontram vertidas nos artigos 7.º a 9.º⁷⁷.

Neste contexto, a adopção de uma medida restritiva deve ser precedida, sucessiva e cumulativamente:

(i) pela solicitação ao Estado-membro de origem do prestador do serviço que ponha cobro à situação;

(ii) pela não adopção, por este Estado-membro, de tais medidas ou da inadequação das medidas adoptadas⁷⁸; e

(iii) pela notificação à Comissão Europeia e ao Estado-membro de origem do prestador da intenção de adopção de uma medida restritiva.

Em caso de urgência este processo é simplificado, dispondo o artigo 8.º do Decreto-lei n.º 7/2004 que as entidades competentes podem adoptar providências restritivas não precedidas das notificações à Comissão Europeia e os outros Estados-membros, sendo que, nesse caso, na comunicação que dirijam à entidade de supervisão central, deverão indicar as razões da urgência na adopção da medida, tal como exigido pelo número 3 do artigo 9.º do Decreto-lei n.º 7/2004.

As providências restritivas que, nos termos do número 4 do artigo 7.º do Decreto-lei n.º 7/2004 deverão ser proporcionais aos objectivos a tutelar, serão depois analisadas casuisticamente pela Comissão Europeia, à qual caberá, por força do disposto no número 6 do artigo 3.º da Directiva 2000/31/CE, a avaliação da

⁷⁵ A Directiva 2000/31/C define *consumidor*, na alínea e) do artigo 2.º, como *qualquer pessoa singular que actue para fins alheios à sua actividade comercial, empresarial ou profissional*.

⁷⁶ Apesar de não constar qualquer definição de *investidor* na Directiva 2000/31/CE, depreende-se claramente do enunciado do preceito que só são abrangidos os *investidores* que se inserem na definição de *consumidor*. Assim, qualquer medida relativa aos investidores que sejam pessoas colectivas ou particulares a actuar no quadro da sua actividade profissional, não seria abrangida por este preceito.

⁷⁷ Caso estas providências sejam adoptadas sem a notificação prévia à Comissão Europeia, pode a mesma desencadear contra tal Estado-membro uma acção por incumprimento. Atenta a natureza *clara precisa e incondicional* das disposições da Directiva de onde resulta a obrigação de notificação, podem ainda os próprios particulares invocar o incumprimento junto de um tribunal nacional

⁷⁸ Não são estabelecidos prazos para a actuação do Estado-membro do prestador de serviços, na sequência da notificação que lhe seja remetida pelo Estado-membro de destino do serviço, sendo que, em termos gerais, os n.ºs 2 e 3 do artigo 19.º da Directiva 2000/31/CE fazem impender sobre os Estados-membros a obrigação de mútua cooperação e de prestação de assistência e de informações *com a maior celeridade*. Cfr. Comunicação da COMISSÃO EUROPEIA ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Banco Central Europeu *"Aplicação aos serviços financeiros dos n.ºs 4 a 6 do artigo 3.º da Directiva...cit*

compatibilidade das medidas notificadas com o disposto no número 4 do artigo 3.º da mesma Directiva e com a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁷⁹.

Refira-se, a este propósito, que esta apreciação feita pela Comissão Europeia não tem efeitos suspensivos, na medida em que o Estado-membro de origem pode adoptar as medidas cuja intenção de adopção foram notificadas à Comissão Europeia, sem aguardar a respectiva decisão. Caso dessa análise resulte a decisão de que a medida é incompatível com o direito comunitário, a Comissão Europeia solicitará ao Estado-membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas.

Sendo a área financeira uma área particularmente sensível e relativamente à qual foram manifestadas sérias preocupações no que respeita à aplicação plena e global da denominada *cláusula do mercado interno*, a Comissão Europeia publicou, em Maio de 2003, uma comunicação clarificadora da aplicação das providências restritivas ao domínio específico dos serviços financeiros⁸⁰. O objectivo do referido documento é fornecer assistência aos Estados-membros que pretendam utilizar estes mecanismos, esclarecendo ainda a Comissão Europeia que as orientações aí veiculadas são igualmente válidas para os restantes serviços da sociedade da informação⁸¹.

De acordo com a orientação adoptada pela Comissão Europeia, a conformidade legal de uma medida que lhe seja notificada é precedida dos seguintes testes:

(i) *Teste de interesse geral*: a Comissão procederá a avaliação das causas que fundamentam a adopção da medida restritiva, tendo em atenção que a mesma só poderá ser justificada por uma das razões expressamente enunciadas no número 4 do artigo 3.º da Directiva 2000/31/CE. Saliente-se, a este respeito, que o âmbito dos motivos enunciados pela Directiva como justificativos de uma providência restritiva é menor que os motivos identificados pelo Tribunal de Justiça, no contexto dos artigos 28.º e 49.º do Tratado, para justificar uma restrição fundada na defesa do interesse público⁸².

(ii) *Teste de não discriminação*: a Comissão Europeia apreciará a medida restritiva prevista, tendo em atenção que uma das condições impostas pelo Tribunal de Justiça para a adopção de medidas nacionais susceptíveis de afectar ou de tornar menos

⁷⁹ Relativamente a esta matéria, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA pronunciou-se já no acórdão de 30 de Novembro de 1995, Gebhard, proc.º C-55/94, Col. p. I-4165, nos seguintes termos: *as medidas nacionais susceptíveis de afectar ou de tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado deve preencher quatro condições: aplicarem-se de modo não discriminatório, justificarem-se por razões imperativas de interesse geral, serem adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassarem o que é necessário para atingir esse objectivo.*

⁸⁰ Cfr. Comunicação da COMISSÃO EUROPEIA ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Banco Central Europeu "Aplicação aos serviços financeiros dos n.ºs 4 a 6 do artigo 3.º da Directiva...cit

⁸¹ Cfr. *Primeiro relatório sobre a aplicação da Directiva 2000/31/CE COM (2003) 702 final*, de 21.11.2003

⁸² Sobre este aspecto, note-se que a Comunicação da COMISSÃO EUROPEIA ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Banco Central Europeu "Aplicação aos serviços financeiros dos n.ºs 4 a 6 do artigo 3.º da Directiva...cit. refere que o carácter limitativo e exaustivo desta lista (a do n.º 4 do art.º 3.º) exclui que alguns dos objectivos conhecidos como de interesse geral pelo Tribunal, como por exemplo a defesa da boa reputação do sector financeiro, possam justificar medidas adoptadas com base no n.º 4 do art.º 3.º, salvo nos casos em que estas medidas teriam realmente por objectivo a protecção do consumidor.

atraente o exercício das liberdades fundamentais é a não discriminação na sua aplicação, sendo que o conceito de discriminação foi já definido pelo Tribunal como a *aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou a aplicação da mesma regra a situações diferentes*⁸³.

(iii) *Teste de não-duplicação*: a Comissão Europeia fará uma apreciação comparativa entre a medida que o Estado-membro de destino pretende ver adoptada e o regime jurídico em vigor no país de origem, para evitar situações em que o objectivo de interesse geral pretendido pelo país de destino com a adopção de uma medida se encontre já satisfeito pelas legislação aplicável no país de origem do prestador⁸⁴. Note-se que, tal como foi já referido pelo Tribunal de Justiça, os Estados-membros *devem dar provas de uma confiança mútua no que respeita aos controlos efectuados nos seus territórios*⁸⁵.

(iv) *Teste de proporcionalidade*: para aferir da proporcionalidade das medidas, a Comissão Europeia verificará se:

(a) as medidas são adequadas para atingir o objectivo pretendido – *teste de adequação*⁸⁶ – ; e se

(b) as medidas se limitam ao estritamente necessário para concretizar esse objectivo – *teste de substituição por medidas menos restritivas*⁸⁷, tendo em conta, designadamente, a situação nos outros Estados-membros⁸⁸ e a especificidade do comércio electrónico⁸⁹.

Contrariamente ao que seria de esperar, os Estados-membros não recorreram com frequência ao mecanismo de adopção de providências restritivas consagrado na lei. Até à data da publicação do primeiro relatório de avaliação da Directiva, em

⁸³ Cfr. acórdão de 27 de Junho de 1996, *Asscher*, proc.º C-107/94, Col. P. I-3089.

⁸⁴ O acórdão de 9 de Março de 2000, *Comissão contra Bélgica*, proc.º C-355/98, Col.p. I-1221, constitui um exemplo deste critério, designadamente quando refere que: *ao exigir de todas as empresas que satisfaçam as mesmas condições para obterem uma autorização ou uma aprovação prévias, a legislação belga impede que se atenda às obrigações a que o prestador está sujeito no Estado-membro em que está estabelecido*.

⁸⁵ Cfr. acórdão de 10 de Setembro de 1996, *Comissão contra Bélgica*, proc.º C-11/95, Col.p. I-4115

⁸⁶ Para a realização deste teste, a COMISSÃO EUROPEIA avaliará se, em termos objectivos, a medida se afigura necessária ou adaptada à protecção do interesse em causa. A título de exemplo, *vide* alguns acórdãos em que o Tribunal de Justiça considerou que uma dada regra, invocada por um Estado-membro para um objectivo expresso de protecção do consumidor, manifestamente não se adequava a tal finalidade, designadamente, o acórdão de 7 de Março de 1990, *GB-INNO-BM*, proc.º C-362/88, Col. p. I-667, o acórdão de 27 de Junho de 1996, *Schmit*, proc.º C-240-95, Col. p. I-3179, acórdão de 6 de Julho de 1995, *Mars*, proc.º C-470/93, Col. p. I-1923, acórdão de 13 de Janeiro de 2000 *Estée Lauder*, proc.º C-220/98, Col. p. I-1117, acórdão de 16 de Julho de 1998, *Gut springgenheide GmbH*, proc.º C-21096, Col. p. I-4657 e acórdão de 9 de Julho de 1997, *Parodi*, proc.º C-222/95, Col. p. I-3689.

⁸⁷ Para avaliar a proporcionalidade de uma medida, a Comissão analisará se esta se limita ao estritamente necessário ou se existem meios menos restritivos para atingir o objectivo de interesse geral pretendido, ou medidas menos restritivas das trocas intracomunitárias. A este respeito *vide* acórdão de 26 de Junho de 1997, *Familiapress*, proc.º C-368/95, Col. p. I-4657. Neste contexto *vide* ainda o acórdão de 9 de Julho de 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) contra De Agostini (Svenska) Forlag AB*, proc.º C-34/95 e *TV-Shop i Sverige AB*, proc.º C-35/95 e C-36/95, Col. P. I-3843, no qual o Tribunal de Justiça considerou que, em vez de bloquear a difusão e a retransmissão das emissões num canal de televisão, um Estado-membro poderia atingir o objectivo de protecção do interesse geral através da adopção de medidas específicas, aplicáveis apenas à entidade anunciadora que está na origem de uma dada mensagem publicitária transmitida por este canal televisivo e que presta os seus serviços a partir de outro Estado-membro.

⁸⁸ A este respeito note-se que, apesar da avaliação da realidade de outros Estados-membros ser útil na identificação e eventual proposta de medidas menos restritivas, o simples facto de existir uma medida menos restritiva noutro Estado-membro não significa necessariamente que a medida em causa seja desproporcionada. Sobre este aspecto, *vide* acórdão de 10 de Maio de 1995, *Alpine Investments*, proc.º C-384/93, Col. p. I-1141.

⁸⁹ A especificidade do comércio electrónico, designadamente a desnecessidade de deslocação física dos seus intervenientes, poderá relevar-se como um importante elemento de ponderação na avaliação da proporcionalidade da medida.

Novembro de 2003⁹⁰, a Comissão Europeia tinha apenas recebido cinco notificações formais, todas provenientes do Reino Unido e relacionadas com o mesmo assunto: a utilização fraudulenta de chamadas de valor acrescentado.

2.3.1.3.2. PRINCÍPIO DA NÃO AUTORIZAÇÃO PRÉVIA

Acolhendo o enunciado a nível comunitário, o Decreto-lei n.º 7/2004 estabelece que o acesso à actividade de prestador de serviços da sociedade da informação não depende de autorização prévia, ou de *qualquer outro requisito de efeito equivalente*, tal como é clarificado no número 1 do artigo 4.º da Directiva 2000/31/CE*, excepcionando deste princípio o disposto no domínio das telecomunicações, bem como qualquer regime de autorização que não vise especial e exclusivamente os serviços da sociedade da informação.

Não obstante este princípio, no que se refere aos requisitos de acesso à actividade de prestador de serviços da sociedade da informação, o legislador português fez impender sobre os prestadores intermediários de serviços que pretendam exercer estavelmente a actividade em Portugal, a obrigação de inscrição⁹¹ junto da entidade de supervisão central⁹², ou seja o ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP – ANACOM)⁹³.

Procurou-se, com a centralização de informação relativa à identificação dos prestadores que exercem intermediação de serviços da sociedade da informação, facilitar a tarefa de supervisão sobre os domínios regulados pelo diploma, em particular no que respeita à responsabilidade sobre conteúdos em rede.

2.3.1.3.3. DEVER GERAL DE INFORMAÇÃO

Uma das principais preocupações a ter em conta na elaboração de um quadro legal que discipline o comércio electrónico é a promoção de um ambiente de confiança e segurança que incentive os consumidores e o sector do negócio a desenvolver a sua actividade em linha, beneficiando de um nível de protecção comparável ao existente no comércio dito tradicional.

* A este propósito refere o Primeiro Relatório sobre a aplicação da Directiva 2000/31/CE que os Estados-membros que *tinham considerado a hipótese de introduzir regimes desta natureza* (autorização prévia) *em relação a todos ou a alguns serviços da sociedade de informação abandonaram a ideia e, em alguns casos, revogaram requisitos de autorização existente. Vide primeiro relatório sobre a aplicação...cit.*

⁹⁰ Cfr. COM (2003) 702 final, de 21.11.2003

⁹¹ Como decorre do princípio da não autorização prévia, recorde-se que esta inscrição não poderá, naturalmente, consubstanciar-se num acto que, por uma excessiva burocratização ou complexidade procedimental, constitua, na prática, um entrave à prestação dos serviços, que se pretende livre de obstáculos de tal natureza.

⁹² Para além de Portugal, só Espanha incorporou na sua legislação requisitos específicos para o acesso à actividade de prestação de serviços da sociedade da informação, se bem que em termos substancialmente diferentes do consagrado a nível nacional. No âmbito do diploma de transposição espanhol, os prestadores de serviço da sociedade da informação têm a obrigação de comunicar ao registo mercantil em que se encontram registados, ou a qualquer outro registo público em que se tenham inscrito para efeitos de aquisição da personalidade jurídica ou só para efeitos de publicidade, o nome de domínio ou o endereço electrónico (de Internet) que utilizam de forma permanente para a sua identificação na Internet, assim como, todo o acto de substituição ou cancelamento dos mesmos..

⁹³ Cfr. o n.º 2 do art.º 35.º do Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro.

Em vista à prossecução deste objectivo, procurou-se incrementar o princípio da transparência na prestação de serviços da sociedade da informação, fazendo-se impender sobre os seus prestadores especiais obrigações no que se refere à disponibilização de informações sobre a sua identidade, designadamente, na prestação de serviços em linha, na contratação electrónica⁹⁴, nas comunicações publicitárias⁹⁵ e nas comunicações não solicitadas⁹⁶.

Uma vez que cada uma destas matérias será particularmente aprofundada no âmbito do presente estudo, nesta sede apenas será feita referência ao artigo 10º do Decreto-Lei n.º 7/2004, que obriga os prestadores de serviços a disponibilizar em linha, permanentemente e em condições que permitam um acesso fácil e directo, os seguintes elementos completos de identificação: (i) nome ou denominação social; (ii) endereço geográfico em que se encontra estabelecido e endereço electrónico, em termos de permitir uma comunicação directa; (iii) inscrições do prestador em registos públicos e respectivos números de registo; e (iv) número de identificação postal. Quando em causa esteja uma actividade sujeita a um regime de autorização prévia ou a uma profissão regulamentada deverá ser também disponibilizada, respectivamente, informação relativa à entidade que a concedeu e à entidade profissional em que se encontra inscrito, referenciado a esse respeito o título profissional e o Estado-membro em que se encontra inscrito e ainda as regras profissionais que disciplinam o acesso e o exercício da profissão.

No entendimento da Comissão Europeia, será suficiente para preencher este requisito a disponibilização de um *ícone* com um *hiperlink* para uma página que contenha tal informação e que seja visível em todas as páginas *web*.

Esta previsão não colide nem duplica as exigências de informação exigidas ao nível da contratação electrónica, uma vez que o dever geral de informação que aqui se consagra tem por objectivo dar a conhecer ao consumidor e às autoridades a identificação de quem está “por detrás” da página apresentada.

Ainda em vista à criação de um ambiente de transparência e de um sentimento de confiança por parte dos consumidores, o mesmo preceito do Decreto-lei em questão estabelece que se os serviços prestados implicarem custos para os destinatários, além dos custos dos serviços de telecomunicações, incluindo ónus fiscais ou despesas de entrega, estes devem igualmente ser objecto de informação clara anterior à utilização dos serviços.

Na avaliação que recentemente fez à transposição e aplicação da Directiva 2000/31/CE⁹⁷, a Comissão Europeia concluiu existir uma generalizada falta de sensibilização dos prestadores de serviços da sociedade da informação no que

⁹⁴ Cfr. artigo 28.º do Decreto-lei n.º 7/2004

⁹⁵ Cfr. artigo 21.º do Decreto-lei n.º 7/2004

⁹⁶ Cfr. artigo 22.º Decreto-lei n.º 7/2004

⁹⁷ Primeiro Relatório sobre a aplicação... cit.

respeita ao cumprimento dos requisitos de informação consagrados neste diploma, sendo que, de um modo geral, tais prestadores responderam rápida e positivamente nos casos em lhes foram apontadas insuficiências no cumprimento de tais requisitos⁹⁸. Em face de tal resultado, a Comissão Europeia chamou a atenção dos Estados-membros para a necessidade de *intensificar a sensibilização para estes aspectos, a fim de garantir que as empresas adaptam em conformidade os respectivos sítios web*.

⁹⁸ A este respeito *vide* os resultados de uma amostragem de sítios *web* realizada pela VZBV (*Verbraucherzentrale Bundesband* – organização alemã de defesa dos consumidores) entre outubro de 2002 e Fevereiro de 2003, disponível em http://www.vzbv.de/home/start/index.php?page=themen&bereichs-id=20&mit_id=164&task=mit, e ainda o estudo realizado pelo Centro Europeu dos Consumidores Realities of the European on-line marketplace, disponível em http://www.lia.ie/downloads/eec_report.pdf., com incidência na aplicação dos requisitos de informação da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, sobre a defesa do consumidor nos contratos celebrados à distância.

■ ■ ■ 2.3.2. RESPONSABILIDADE E DESRESPONSABILIZAÇÃO DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS EM REDE

Cláudia Trabuco *

2.3.2.1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E PRIMEIROS ENSAIOS DE RESOLUÇÃO

Ao mesmo tempo que multiplica as oportunidades oferecidas aos seus utilizadores, a natureza interactiva e transnacional das redes telemáticas abre espaço a novas e mais gravosas possibilidades de infracção dos mais variados direitos subjectivos e interesses legítimos. No ciberespaço, de que a Internet é a principal expressão, cada utilizador, com os meios simples e facilmente acessíveis de que dispõe, transforma-se num potencial infractor.

A identificação destes infractores é, porém, frequentemente árdua ou demasiadamente dispendiosa, e a sua solvência nem sempre é garantida, o que coloca compreensíveis entraves à eventual propositura de acções judiciais com vista ao ressarcimento de danos causados pela sua actuação.

Em virtude destas circunstâncias, a hipótese de responsabilização dos prestadores de serviços que desenvolvem a sua actividade em rede, em particular daqueles que desempenham um papel intermédio nas comunicações que aí têm lugar, apareceu como uma via atraente de superar alguns dos problemas colocados pela arquitectura e modo de funcionamento das próprias redes. Seria, sem sombra de dúvida, a forma de responsabilização mais fácil e potencialmente mais compensadora.

Numa primeira fase, foi possível assistir a alguns ensaios por parte da jurisprudência, em particular dos tribunais franceses, de imposição àqueles intermediários de obrigações de controlo relativamente estritas sobre as informações transmitidas em rede. Em algumas situações, essa imposição foi feita, todavia, com total desatenção quanto às reais capacidades técnicas dos prestadores intermediários para o desempenho de tais funções⁹⁹. Temeu-se então, não apenas que o esforço exigido a tais prestadores pudesse ser superior às suas

* Consultora do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

⁹⁹ Na experiência francesa diversas decisões comprovam uma tendência, que se tornou frequente, para o reconhecimento da responsabilidade dos prestadores de serviços na Internet, mesmo em situações em que não se provasse o conhecimento destes relativamente à ocorrência de uma actividade ilícita por parte de terceiros com utilização dos seus serviços. A primeira decisão a concluir no sentido da responsabilidade extracontratual foi sobejamente divulgada, não apenas em França mas internacionalmente, por se tratar de um caso de ofensa ao direito à imagem de uma pessoa célebre. No caso *Estelle Hallyday contre Valentin Lacambre*, de 1999, a *Cour d'Appel* de Paris considerou que a conduta do fornecedor, aceitando a difusão através dos seus serviços, de forma anónima, de informação que lhe era fornecida por terceiros (no caso concreto, a difusão não autorizada na Internet de fotografias privadas de uma modelo conhecida), excedia manifestamente o carácter técnico de um mero transmissor de informações. Por este motivo, ainda que não estivesse sujeito a uma obrigação activa de controlo, o prestador deveria assumir a responsabilidade pelos danos causados pela sua actividade, a qual, contrariamente ao que havia sido alegado, era exercida de forma lucrativa. Numa outra decisão importante do mesmo ano, no caso *Lacoste contre Les Sociétés Multimanía Production, France Cybermedia, SPPi, Esterel*, onde também esteve em causa a violação do direito à imagem, é reforçado o peso da responsabilidade dos fornecedores de serviços na Internet. Àqueles fornecedores de serviços, caberia tomar as precauções necessárias para evitar a lesão dos direitos de terceiros, devendo pôr em prática meios razoáveis de informação, de vigilância e de acção, de cujos termos se infere um dever severo de prudência e de diligência no desempenho da sua actividade. Ambas as decisões podem ser encontradas in URL:<http://www.legalis.net>.

potencialidades tecnológicas e financeiras, como, e na medida em que o fosse, que pudesse comprometer o futuro desenvolvimento das redes telemáticas e o investimento no acesso do público aos bens e serviços passíveis de serem comercializados por via electrónica¹⁰⁰.

Apenas numa segunda fase se sucederam esforços por parte dos poderes legislativos no sentido de encontrar posições de equilíbrio entre os interesses postos em confronto, dos titulares de direitos afectados, por um lado, e dos próprios prestadores de serviços, por outro.

2.3.2.2. PRESTADORES DE SERVIÇOS E PRESTADORES INTERMEDIÁRIOS DE SERVIÇOS

A noção de serviços da sociedade da informação resulta do disposto na Directiva n.º 98/48/CE, de 20 de Julho, transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de Abril¹⁰¹.

A alínea b) do artigo 2.º deste último diploma define os serviços da sociedade da informação por referência a três critérios essenciais: a prestação da actividade à distância, o recurso à via electrónica e a existência de um pedido individual do destinatário. Estes critérios são retomados pelo n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, diploma que operou a transposição da Directiva n.º 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000 (“Directiva sobre o comércio electrónico”), o qual lhes acrescenta apenas um esclarecimento quanto à prestação do serviço “mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica”.

As actividades que são passíveis de ser qualificadas como serviços da sociedade da informação são múltiplas e diferenciadas¹⁰². Interessa, pois, não tanto qualificá-las do ponto de vista material tendo em conta a natureza do serviço prestado, mas sim distingui-las tendo por base o tipo de envolvimento do prestador com os conteúdos disponibilizados em rede.

¹⁰⁰ Este tipo de preocupações subjazem desde há muito às construções jurisprudenciais em matéria de responsabilidade dos prestadores de serviços em rede nos Estados Unidos, tendo conhecido algum desenvolvimento na consideração dos problemas relacionados com a circulação na Internet das obras intelectuais. Assim, no reconhecimento da responsabilidade indirecta a título de *vicarious liability*, importa que o sujeito a quem se imputa determinado facto — para o qual não contribuiu directamente e do qual pode mesmo não ter conhecimento — tenha um poder de supervisão sobre os actos do infractor directo, sendo ainda necessário que resultem benefícios financeiros, efectivos ou potenciais, da prática dos actos para o próprio prestador intermediário (*Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y., 1991)). Mesmo nas situações de *contributory infringement*, uma espécie de concurso de responsabilidades, o prestador pode apenas ser responsabilizado caso se encontrem reunidos tanto um elemento de conhecimento da ilicitude do conteúdo em causa quanto um elemento de participação substancial, isto é, a existência de uma colaboração da actividade do prestador para a produção daquele acto ilícito (*Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA*, 857 F.Supp. 679 (N.D.Cal., 1994)). Ambas as decisões podem ser consultadas in URL: <http://www.westlaw.com>.

¹⁰¹ Aquela directiva altera, por sua vez, a Directiva n.º 98/34/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho, a qual se designa «directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação».

¹⁰² O Considerando 18) da Directiva sobre o comércio electrónico presta alguns esclarecimentos relativamente às actividades que se encontram incluídas na designação “serviços da sociedade da informação”, que vão desde a venda de mercadorias em linha, à prestação de informações em linha ou comunicações comerciais, passando pela transmissão de informações por meio de uma rede de comunicações e bem assim pelo fornecimento de ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados. Encontram-se excluídas as utilizações da rede fora de uma actividade comercial, empresarial ou profissional, os serviços que, pela sua natureza, não possam ser prestados à distância ou por via electrónica, e ainda aqueles que não tenham origem num pedido individual dos destinatários, como sucede com a radiodifusão em geral mas não com os chamados “serviços a pedido”.

De acordo com esta perspectiva funcional, numa enumeração nem exaustiva nem excessivamente rigorosa, é possível distinguir as seguintes actividades: o *fornecimento de conteúdos*, ou seja, a colocação dos mais variados conteúdos em linha à disposição dos utilizadores da rede; o *fornecimento de acesso* dos utilizadores à rede informática; e ainda, o *fornecimento de serviços* em geral, que incluem a disponibilização de meios que possibilitam ou facilitam a prestação e a recepção desses serviços, e, bem assim, o fornecimento de espaço, isto é, a colocação de uma certa área do ciberespaço à disposição de outrem quer para criação de uma página ou para envio e recepção de informações de e pelos utilizadores (como sucede com os *newsgroups*, com as chamadas “salas de conversação” ou de *chat*, e ainda com os programas de tecnologia *peer-to-peer*), quer para a colocação em rede dos mais variados conteúdos, nomeadamente, através da gestão e da organização da informação disponibilizada por terceiros nos chamados boletins electrónicos (*bulletin board systems*)¹⁰³.

Dada a amplitude da definição de serviços da sociedade da informação, que abrange uma grande diversidade de actividades económicas, o grau de responsabilidade dos seus prestadores variará forçosamente em função do nível de envolvimento destes com os conteúdos transmitidos.

A responsabilidade dos prestadores que colocam conteúdos ilícitos próprios em rede suscita poucas dúvidas. Esses conteúdos podem estar relacionados com as mais diversas áreas, desde o direito de autor, à difamação, passando pela pornografia infantil, a publicidade enganosa ou a contrafacção de marcas registadas, entre tantas outras. A dúvida nestes casos não está tanto em concluir pela responsabilidade de quem fornece o conteúdo, mas sim na eficácia prática da responsabilização do mesmo, dadas as inúmeras possibilidades existentes de utilização anónima da Internet.

É quando se chega ao fornecimento de conteúdos de terceiros – no sentido de conteúdos postos em circulação por outrem em relação aos quais o prestador de serviços em rede desempenha um papel de intermediário entre o fornecedor do conteúdo e os utilizadores finais –, que os verdadeiros problemas se colocam.

De entre os prestadores de serviços da sociedade da informação, destacam-se, assim, aqueles que, em relação à transmissão, ao acesso ou à utilização da informação ou dos serviços disponíveis ou acessíveis em rede, desempenham o papel de meros intermediários.

A Directiva sobre o comércio electrónico apelida-os de “prestadores intermediários de serviços”, ainda que os não defina. Aproveitando os traços caracterizadores do regime fixado pela Directiva, o legislador português desejou ir mais além, procurando que, logo

¹⁰³ Seguimos, com algumas precisões, a tipologia sugerida, entre outros, por Menezes Leitão que, no entanto, enumera prestadores e não, como nos parece mais correcto, actividades. Na verdade, cada um dos prestadores pode desempenhar simultaneamente várias das actividades referidas, as quais muitas vezes se sobrepõem e confundem. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *A responsabilidade civil na Internet*, in ROA, Ano 61, I, 2001, pp. 182-183.

nos artigos iniciais do diploma de transposição, ficasse claro que são distintas as obrigações e a responsabilidade destes prestadores intermediários, *maxime* se comparadas com o regime aplicável aos prestadores de serviços em geral¹⁰⁴. O n.º 5 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 7/2004 recorre, assim, a uma definição que resume os traços essenciais da sua actividade, identificando sob tal nomenclatura as entidades que “prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço”.

2.3.2.3. RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES INTERMEDIÁRIOS DE SERVIÇOS EM REDE

2.3.2.3.1 TIPOS DE RESPONSABILIDADE

Na busca de uma solução adequada para o problema da eventual responsabilização dos intermediários de serviços na Internet por conteúdos de terceiros, vários tipos de responsabilidade foram sendo ponderados. Assim sucedeu, por exemplo, com a chamada responsabilidade objectiva ou pelo risco, tendo-se ensaiado inclusivamente raciocínios que passavam pelo reconhecimento às comunicações via Internet da qualidade de “actividades perigosas”. Essas hipóteses, contudo, depressa foram afastadas, pondo-se quase completamente de lado a ideia de uma responsabilidade “quase-objectiva” dos intermediários em rede, considerada demasiadamente gravosa e sem fundamento¹⁰⁵.

Uma segunda linha de orientação, seguida por alguma doutrina e jurisprudência sobretudo nos direitos francês e inglês, passou pela tentativa de estabelecimento de uma analogia com as situações de responsabilidade por omissão de deveres de controlo, já estabelecidas para certos sistemas de comunicação tradicionais¹⁰⁶.

Em Portugal, por exemplo, tanto a Lei da Televisão¹⁰⁷ quanto a Lei de Imprensa¹⁰⁸ consagram uma responsabilidade civil solidária, respectivamente, do operador de televisão ou da empresa jornalística com os responsáveis dos programas de

¹⁰⁴ Para além das questões da responsabilidade dos prestadores de serviços, é exemplo das diferenças de regime aplicável a obrigação de inscrição dos prestadores intermediários de serviços em rede junto da entidade de supervisão central, com vista a um mais fácil e célere relacionamento desta entidade com aqueles prestadores intermediários que pretendam exercer estavelmente a sua actividade em Portugal (artigo 4.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 7/2004)

¹⁰⁵ Cfr. Alain Strowel, Nicolas Ide, *La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualité et question des hyperliens*, in *Revue Internationale du Droit D'auteur*, 185, 2000, p. 13.

¹⁰⁶ Para maiores desenvolvimentos, vide Leonardo Bugiolacchi, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *in Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Ano XVI, n.º 6, 2000, pp. 833-836. De forma crítica, leiam-se ainda as observações de Vincenzo Zeno-Zencovich, *La pretesa estensione alla tematica del regime della stampa: note critiche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Ano XIV, n.º 1, 1998, pp. 26-28.

¹⁰⁷ O artigo 64.º da recente Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto, como sucedia já na anterior Lei da televisão de 1998 (Lei n.º 31 - A/98, de 14 de Julho, alterada pelas Leis n.ºs 8/2002, de 11 de Fevereiro, e 18-A/2002, de 18 de Julho) estabelece sob a epígrafe *Responsabilidade Civil* o seguinte: “Na determinação das formas de efectivação da responsabilidade civil emergente de factos cometidos através da televisão observam-se os princípios gerais” (n.º 1); “Os operadores de televisão respondem solidariamente com os responsáveis pela transmissão de programas previamente gravados, com excepção dos transmitidos ao abrigo do direito de antena” (n.º 2).

¹⁰⁸ No artigo 29º da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, depois de um n.º 1 em tudo semelhante ao do artigo citado da Lei da Televisão, estabelece-se que: “No caso de escrito ou imagem inseridos numa publicação periódica com conhecimento e sem oposição do director ou seu substituto legal, as empresas jornalísticas são solidariamente responsáveis com o autor pelos danos que tiverem causado”.

televisão ou autores da imagem ou peça escrita inseridos numa publicação periódica. Procurou-se a dado passo a aplicação à Internet destes esquemas de responsabilidade pré-existentes, sem que esta tentativa lograsse, contudo, obter genuíno êxito.

Dois tipos de argumentos se opuseram a esta equiparação: por um lado, o complexo esquema de transmissão de informações que a Internet comporta, onde coexistem esquemas de comunicação privada e esquemas semelhantes aos da comunicação social e em que os papéis tradicionais de emissor/receptor se diluem numa pulverização de centros de emissão de informação¹⁰⁹; por outro lado, a maior dificuldade, justificada pela indeterminação quanto às reais capacidades técnicas dos operadores, de imposição de um dever de vigilância activa na sua esfera jurídica¹¹⁰.

Dada a escassez de situações em que o próprio intermediário de serviços assume deveres de controlo de conteúdos nos contratos que celebra com os seus clientes, a via da responsabilidade contratual não será também das mais proficuas na imputação dos danos eventualmente sofridos por terceiros com a divulgação e circulação em rede dos conteúdos.

Em todo o caso, deve ter-se presente que a actividade dos prestadores de serviços em rede se desenvolve através de um “feixe, por vezes muito diversificado, de relações contratuais” que têm como contrapartes quer os utilizadores em geral, a quem aqueles se obrigam a prestar determinado serviço, quer outras entidades, em especial o dono da rede de comunicações electrónicas que lhes possibilita a utilização daquela rede. É da análise do conteúdo de cada um desses contratos em concreto que deve resultar o apuramento da responsabilidade contratual do prestador de serviços, quer por violação dos deveres principais emergentes daqueles contratos, quer apoiada na doutrina dos deveres de protecção ligados aos mesmos¹¹¹.

O estudo da responsabilidade destas entidades tem-se centrado, assim, predominantemente no âmbito da responsabilidade com culpa, delitual ou aquiliana.

Nos termos do n.º 1 do artigo 483º do Código Civil, a responsabilidade delitual decorre geralmente da violação de direitos subjectivos absolutos, figura central básica do nosso direito positivo, e, em casos específicos, também da violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios. Contudo, são várias e podem ser bastante diversas as lesões em bens jurídicos produzidas pela actividade de um prestador de serviços em rede e, por esse motivo, a questão da

¹⁰⁹ Caracterizando a Internet como um “meio de comunicação sem mediador”, em que a regra é a da comunicação todos-todos, sem verdadeira dissociação entre centros emissores e receptores, *vide* Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 138.

¹¹⁰ Explorando esta possibilidade e rejeitando, pelos citados motivos, a aplicação do sistema de responsabilidade construído para os meios de comunicação social a determinadas aplicações da Internet, *vide*, por todos, Sofia Casimiro, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela Internet*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 98-110. A autora situa estes casos entre as situações de responsabilidade aquiliana, cuja efectivação implicará a preterição ou omissão de um dever de agir, no sentido de controlo sobre eventuais conteúdos ilícitos. No sentido da defesa de uma responsabilidade objectiva dos operadores de televisão, Maria da Glória Carvalho Rebelo, *A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão*, Lisboa, Lex, 1999, p. 163.

¹¹¹ Mais aprofundadamente sobre as hipóteses de responsabilidade obrigacional destes prestadores, Manuel A. Carneiro da Frada, “*Vinho novo em odres velhos?*” *A responsabilidade civil das “operadoras de Internet” e a doutrina comum da imputação de danos*, ROA, Ano 59, II, 1999, pp. 673-679.

responsabilidade aquiliana destes sujeitos não pode ser resolvida de uma forma uniforme. É necessário, portanto, distinguir as situações consoante o papel que os prestadores assumem nas comunicações através da Internet.

Em relação aos casos em que os prestadores de serviços são também fornecedores de conteúdos, vimos já que a sua responsabilidade se analisa paralelamente com a de qualquer outro sujeito e enxerta-se num tema distinto daquele a que ora nos dedicamos – o da definição material das situações de ilicitude face aos novos dados trazidos pela sociedade da informação. O plano em que se enquadra é ainda o da definição dos pressupostos da responsabilidade e não já o da tutela dos bens jurídicos em causa em cada uma das situações.

Relativamente ao desempenho das funções de fornecimento de acesso ou mesmo de disponibilização de um serviço como o de correio electrónico ou de qualquer outro meio de comunicação estritamente privada, não existirão grandes dúvidas em afastar a responsabilidade das operadoras que, na maioria dos casos, não têm, por imposição da técnica ou, neste último caso, pelo respeito devido ao segredo da correspondência privada, um verdadeiro contacto com o conteúdo da informação que possa justificar solução diversa.

Resposta idêntica parecem merecer, à partida, as situações de mera armazenagem temporária e funcional de informação, realizada de modo automático pelo próprio sistema durante o processo de transmissão. Em todas estas situações está, afinal, em causa um transporte passivo de informação que não justifica a imputação do facto danoso a estes sujeitos.

Os casos de fornecimento de serviços em geral, que exemplificámos *supra*, entre os quais avulta a disponibilização de um espaço onde terceiros podem colocar informação à disposição do público a partir de um local e no momento escolhido pelos utilizadores da rede, exigem um exame mais cuidado.

Ainda que se verifique, pelo menos em determinadas situações, uma efectiva possibilidade de controlo, por parte dos prestadores, dos conteúdos transmitidos, não tem sido defendida a existência de um dever activo de vigilância sobre a totalidade da informação transmitida, nem qualquer imposição de procura activa de factos ou circunstâncias que indiquem que actividades ilícitas ocorram mediante a utilização dos seus serviços.

Daí parece legítimo inferir que apenas em casos especiais, designadamente quando essa ilicitude seja flagrante a ponto de não poder o prestador intermediário de serviços ignorá-la, poderá impender sobre este um verdadeiro dever de agir ¹¹². Naturalmente, em tais situações o problema deve ser considerado à luz da relevância

¹¹² Assim, Manuel A. Carneiro da Frada, “*Vinho novo...*”, cit., p. 686.

delitual da omissão que, nos termos previstos no artigo 486º do Código Civil, exige a verificação de pressupostos significativamente exigentes¹¹³.

Na doutrina portuguesa este tipo de dever tem encontrado alicerces na consideração da doutrina dos deveres no tráfico, ou seja numa “ponderação dos bens e interesses susceptíveis de serem atingidos à luz do recorte da actividade em jogo e dos *papéis sociais* desempenhados pelos participantes na comunidade de comunicação”¹¹⁴.

Desde há muito se alertava, no entanto, para a urgência de uma positivação destes deveres de forma a poderem ser conhecidos e respeitados por todos os intervenientes nestes processos de comunicação, reforçando-se, outrossim, a função preventiva da responsabilidade civil que diz respeito ao desencorajamento da prática de novos actos ilícitos produtores de danos¹¹⁵.

2.3.2.3.2 ABORDAGENS VERTICAL E HORIZONTAL

Como referimos anteriormente, a questão da responsabilidade por actividades desenvolvidas em rede importa a várias áreas do Direito. Para realizar um compreensível desejo de garantir a segurança jurídica nos vários domínios, diversos sistemas foram já postos em funcionamento.

Deste modo, a uma *abordagem vertical*, que procura resolver especificamente os problemas colocados quanto a determinados direitos, como é o caso das infracções aos direitos de autor e direitos conexos, opõe-se uma *abordagem horizontal ou genérica*, na qual as soluções encontradas têm por fim a sua aplicação a todas as violações de direitos subjectivos motivadas por actividades desenvolvidas em rede, independentemente da área a que respeitem¹¹⁶.

Exemplo da primeira abordagem é a situação actual do direito estadunidense, onde a matéria da responsabilidade dos intermediários por actividades desenvolvidas em rede é objecto de tratamento distinto consoante os direitos subjectivos que possam ser afectados. Assim, se as questões de responsabilidade relacionadas com o direito de autor são reguladas especificamente pelo *Digital Millenium Copyright Act* de 1998, as restantes matérias merecem tratamento num outro diploma, o *Communications Decency Act*, integrado por sua vez no chamado *Telecommunications Act* de 1996¹¹⁷.

¹¹³ Para um entendimento assumidamente abrangente dos pressupostos da responsabilidade por omissão, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 7.ª edição, 1999 (1.ª edição: 1968), reimpr., p. 484 seguintes. No mesmo sentido nos parece ir Menezes Cordeiro quando afirma, a propósito dos delitos por omissão, que “nos casos limites – em que, por exemplo, um dano máximo pode ser evitado com esforço mínimo – (...) a **simples boa fé manda agir**, sob pena de surgir um delito omissivo”. António de Menezes Cordeiro, *Direito das obrigações*, Vol. II, Lisboa, AAFDL (políc.), 1999 (1.ª edição: 1980), pp. 347-248. Em sentido aparentemente contrário, Sofia Casimiro, *A responsabilidade civil....*, cit., p. 95 seguintes.

¹¹⁴ Manuel A. Carneiro da Frada, “*Vinho novo...*”, cit., p. 687.

¹¹⁵ Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1999, (1.ª edição: 1968), 3.ª reimpr., *passim*, maxime pp. 47-52. O autor realça a importância quer da “prevenção individual ou geral”, relativa ao próprio agente, quer da “prevenção geral”, que visa o desencorajamento da prática do facto por outras pessoas.

¹¹⁶ Assim, Rosa Juliá-Barceló, *Liability for on-line intermediaries: a European perspective*, in EIPR, 1998, p. 458.

Em sentido diametralmente oposto, e numa posição pioneira entre os direitos europeus, o legislador alemão escolheu em 1997 adoptar uma abordagem de cariz mais genérico. O sistema horizontal construído pela lei sobre a utilização de tele-serviços (*Gesetz über die Nutzung von Telediensten*) reveste-se, aliás, de particular importância por dois aspectos: em primeiro lugar, por ter sido precursor da distinção clara das responsabilidades atribuídas aos prestadores de serviços que fornecem meramente o acesso à rede e aos que se dedicam primordialmente ao fornecimento de diversos outros serviços; e, em segundo lugar, porque a abordagem transversal adoptada serviu de modelo e de teste ao legislador comunitário da Directiva sobre o comércio electrónico, ainda que o sistema de responsabilidade posto em prática por esta Directiva apresente, por sua vez, notórias semelhanças com o modelo estadunidense no que respeita quer às obrigações impostas aos prestadores intermediários quer às cláusulas de desresponsabilização dos mesmos.

Esta perspetivação do problema mereceu duras críticas, por se temer que, com uma abordagem uniforme ao problema da responsabilidade, a protecção dos titulares de direitos subjectivos dos mais diversos quadrantes – designadamente, os titulares de direitos de autor ou de direitos conexos – fosse estabelecida num nível demasiado baixo e, por consequência, ineficaz.

A esta atitude se opuseram, compreensivelmente, os intermediários de serviços, arguindo que, uma vez que lidam na sua actividade quotidiana com incontáveis sequências de *bits* e não com verdadeiros conteúdos, o seu número de clientes e a quantidade de informação que tratam, por si só, os impediria de assegurar uma verdadeira tarefa de controlo. A este argumento acrescentaram ainda o facto de, no seu entender, uma harmonização horizontal da matéria da sua responsabilidade apresentar vantagens de segurança jurídica que uma perspectiva vertical não ofereceria¹¹⁸.

2.3.2.3.3 PRINCÍPIOS GERAIS

A Directiva sobre o comércio electrónico proíbe aos Estados-membros a consagração de um dever geral de controlo a cargo dos prestadores intermediários de serviços em rede sobre as informações que estes transmitam ou armazenem¹¹⁹. Com esta medida, pretendeu evitar-se que, impondo-se uma obrigação de vigilância activa aos intermediários, se acabasse por produzir efeitos reflexos negativos sobre os utilizadores da rede, a quem aqueles acabariam porventura por colocar determinadas restrições por forma a prevenir-se contra futuras acções de responsabilidade¹²⁰.

¹¹⁷ Em comentário ao *Communications Decency Act*, vide Maria Eduarda Gonçalves, *Direito...*, cit., pp. 154-156. No título II do *Digital Millenium Copyright Act* – com a epígrafe “lei sobre a limitação da responsabilidade em caso de ofensa do direito de autor em rede”, aparecem consagradas quatro exonerções de responsabilidade (“*safe harbors*”) que respeitam a outros tantos tipos de actividades, a saber: (a) o mero transporte das informações, (b) a actividade de *caching*, (c) o armazenamento de informações nos sistemas ou redes controladas pelos prestadores de serviços a pedido dos utilizadores, e, finalmente, (d) a utilização de instrumentos de localização de informação (vulgo, “motores de busca”), envolvendo, nomeadamente, o estabelecimento de hiperligações para uma determinada localização na rede.

¹¹⁸ Sobre as posições defendidas pelos grupos de interesses durante a negociação da Directiva sobre o comércio electrónico, vide Rosa Juliá-Barceló, *Liability...*, cit., p. 458 e seguintes.

Não obstante o estabelecimento deste princípio básico, *prima facie* contrário à responsabilização dos prestadores de serviços, não deve retirar-se desta regra uma total ausência de obrigações pendentes sobre estes nos casos de violações cometidas por terceiros com utilização dos seus serviços. Com efeito, espera-se destes intermediários uma reacção imediata em determinadas situações, a qual justifica que se possa falar da existência de algumas obrigações de agir ¹²¹.

Assim, o artigo 13.º do Decreto-Lei impõe-lhes quatro tipos de obrigações de carácter positivo, cujo incumprimento aparece sancionado, enquanto contra-ordenações, pela possibilidade de imposição das coimas previstas nas alíneas a) a c) do n.º 2 do artigo 37.º e bem assim pela alínea a) do n.º 1 do mesmo artigo.

Em causa estão três tipos de obrigações: de *informação*, por sua própria iniciativa, nos casos em que tomem conhecimento, no decurso da sua actividade, de alguma ilicitude; de *resposta* aos dos pedidos feitos pelos tribunais ou por outras entidades competentes que tenham em vista a obtenção da identificação dos destinatários dos serviços com quem mantenham acordos de armazenagem ou de listas de titulares de sítios que alberguem; e ainda o *cumprimento* de decisões dessas mesmas entidades no sentido de pôr cobro a infracções que hajam sido detectadas ¹²².

Curiosamente, a não disponibilização ou a não prestação de informações, quando solicitadas, relativas aos titulares de sítios albergados por aqueles prestadores intermediários de serviços merece apenas acolhimento na previsão de uma sanção de carácter genérico pela alínea a) do n.º 1 do artigo 37.º, de resto menos gravosa que as sanções aplicáveis em resultado do não cumprimento das restantes obrigações que recaem na esfera jurídica dos intermediários. Esta dissociação pode apenas encontrar explicação no tipo de actividade que se pretende sancionar, relacionada com o mero fornecimento de espaço a terceiros para a criação de páginas da Internet, a cujo controlo activo o prestador intermediário não se encontra obrigado.

¹¹⁹ Artigo 15.º, n.º 1 da Directiva, transposto pelo artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 7/2004. Apesar da natureza desta imposição comunitária, nada impede que os prestadores intermediários se auto-vinculem à adopção de determinados comportamentos, nomeadamente com o escopo de contribuírem, no desenvolvimento da sua actividade, para uma detecção e remoção de conteúdos ilícitos que circulem nas redes de comunicação informática. São ainda tímidos os exercícios que se verificam hodiernamente no sentido de uma genuína e eficaz auto-regulação do ciberespaço, mormente através do estabelecimento de códigos de conduta entre os interessados. Este modelo de regulação privada não é, porém, despidendo e, se articulado e incentivado devidamente pelos instrumentos de regulação pública, pode, a prazo, ser um elemento essencial numa dinâmica de genuína co-regulação da Internet. Para tanto, é necessário que se desenvolvam esforços conjuntos dos operadores dos diferentes sectores de actividade e das suas entidades reguladoras e bem assim que as próprias autoridades públicas se empenhem na prossecução dos comandos programáticos que lhes são destinados. Cfr., a respeito, o disposto nos diversos números do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 7/2004. Para uma análise circunstanciada dos sistemas de regulação, Maria Eduarda Gonçalves, *Direito...*, cit., pp. 143-148.

¹²⁰ Alain Pilette, *La directive "Commerce électronique": un bref commentaire*, in *Auteurs & Media*, n.º 1, 2001, p. 39. Alertando para a necessidade de ponderação da tensão existente entre os benefícios potencialmente resultantes de um tal controlo e as vantagens, de cariz essencialmente económico, relacionadas com a manutenção da rede de hiperconexões existente na Internet, vide Leonardo Bugiolacchi, *Principi...*, cit., p. 865.

¹²¹ Artigo 15º, n.º 2 da Directiva. Cfr., em qualquer caso, o destaque dado por Menezes Leitão à consagração pela Directiva da exclusão de uma obrigação geral de vigilância que, no seu entender, origina a exclusão da responsabilidade por facto de outrem por parte destes intermediários, "quer a título objectivo, quer mesmo com base na *culpa in vigilando*". Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, *A responsabilidade...*, cit., p. 192.

¹²² Esclarece, a propósito, o Considerando 47) da Directiva que o impedimento relativo à imposição de um dever de vigilância de carácter geral "não diz respeito a obrigações de vigilância em casos específicos e, em especial, não afecta as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações nacionais".

2.3.2.4. CLÁUSULAS DE DESRESPONSABILIZAÇÃO

Como muito bem esclarece o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede está sujeita ao regime comum, constituindo o disposto nos artigos 12.º e seguintes meras “especificações” daquele regime¹²³. Com efeito, o que varia são apenas os pressupostos de facto a que se aplicam as normas jurídicas que compõem o regime geral da responsabilidade.

Em todos estes casos, a Directiva estabeleceu um regime aplicável aos intermediários nas mais variadas situações de responsabilidade civil e penal¹²⁴.

De acordo com o que resulta da Directiva, a nova legislação sobre o comércio electrónico não contém preceitos autónomos sobre responsabilidade, limitando-se tão só a servir de “filtro” aplicável antes da implementação do regime comum de responsabilidade, em relação ao qual se introduzem algumas especialidades.

O núcleo essencial daquelas disposições do Decreto-Lei diz, assim, respeito ao estabelecimento de cláusulas de desresponsabilização dos prestadores intermediários de serviços. Referimo-nos particularmente aos artigos 14.º, 15.º, 16.º e, por remissão, ao artigo 17.º do diploma. Procederemos em seguida a uma breve análise sobre cada uma das isenções de responsabilidade que são previstas nestes preceitos:

2.3.2.4.1 SIMPLES TRANSPORTE E FORNECIMENTO DE ACESSO

O artigo 14.º do Decreto-Lei vem estabelecer que quer a mera transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço, quer a actividade que consiste em facultar o acesso a uma rede de comunicações não resultam na responsabilização do prestador desde que se encontrem reunidas duas condições cumulativas: (1) que o prestador não esteja na origem da transmissão, e (2) que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens nem na selecção destas ou dos seus destinatários.

¹²³ As inúmeras questões que se levantam a respeito da aplicação do regime comum da responsabilidade foram já por nós afloradas supra (2.3.2.3.1). O artigo 11.º do diploma português encontra lugar paralelo, por exemplo, no artigo 13.º da *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, em cujo n.º 1 se afirma: “Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento”.

¹²⁴ Parece-nos seguro afirmar que as isenções de responsabilidade previstas se referem unicamente a condutas ilícitas de terceiros, em relação às quais estas entidades desempenham unicamente um papel de intermediários na transmissão e armazenamento da informação. O Considerando 42), ao referir-se a uma actividade “puramente técnica, automática e de natureza passiva, o que implica que o prestador de serviços da sociedade da informação não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controlo desta”, é suficiente para alicerçar esta posição. No mesmo sentido, Alexandre Libório Dias Pereira, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 59. Em sentido contrário, incluindo igualmente no objecto das limitações de responsabilidade os casos de responsabilidade directa dos prestadores de serviços, Alain Strowel, Nicolas Ide, *La responsabilité...*, cit., 185, p. 65. A questão foi profusamente discutida na jurisprudência estadunidense. No caso *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. sup. 1552 (MD. Flo. 1993), questionou-se a responsabilidade de um *bulletin board system* por inclusão na sua página de Internet de 170 fotos digitalizadas, alegadamente retiradas da revista *Playboy*. O prestador *Frena* veio a ser condenado por publicação e distribuição ilícitas dessas fotos, muito embora não tivesse pessoalmente realizado a reprodução das fotos nem tivesse, segundo foi afirmado, conhecimento das mesmas. De acordo com esta decisão, o prestador seria responsabilizado directamente, tendo este caso sido por esse motivo alvo de contestação e, posteriormente, de reversão das conclusões alcançadas. Com efeito, em 1995 no caso *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services*, 907 F. sup. 1361 (N.D. Cal. 1995), veio afirmar-se expressamente a exclusão da responsabilidade directa dos intermediários pois que a admissão de uma tal responsabilidade acarretaria uma condenação da totalidade de operadores da Internet por actividades que estes não podem controlar e a que não deram directamente lugar. Ambas as decisões podem ser consultadas in URL: <http://www.westlaw.com>.

A exclusão da responsabilidade, nos termos do presente artigo, abrange ainda a armazenagem temporária, intermédia e transitória das informações transmitidas desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução das tarefas de transmissão da informação acima descritas e que a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário para aquela transmissão.

Deste artigo é possível retirar a desresponsabilização geral *prima facie* dos meros fornecedores de acesso que, na maior parte dos casos, se limitam a permitir aos utilizadores o acesso à rede e que vulgarmente não dispõem dos meios técnicos necessários para proceder ao controlo dos conteúdos disponibilizados em rede ¹²⁵. A sua actividade, nos termos utilizados pelo Considerando 42) da Directiva é “puramente técnica, automática e de natureza passiva”.

Esta desresponsabilização não implica, contudo, que não possam ser impostos sobre estes prestadores determinados deveres de agir, nomeadamente quando, como vimos, mediante um pedido feito por uma autoridade judicial ou administrativa, deles seja esperado que previnam ou ponham termo a uma infracção concreta.

2.3.2.4.2 ARMAZENAGEM TEMPORÁRIA INTERMEDIÁRIA

A actividade vulgarmente conhecida por “*caching*” consiste no armazenamento temporário de cópias das páginas e serviços consultados frequentemente pelos utilizadores, permitindo desta forma um acesso mais rápido aos mesmos, o que apresenta desde logo a vantagem de descongestionamento da rede e, conseqüentemente, um melhor desempenho das suas tarefas ¹²⁶.

A exoneração da responsabilidade nestes casos aparece sujeita ao preenchimento de determinadas condições que correspondem, essencialmente, a obrigações negativas ou de abstenção, a saber: (1) que o prestador não modifique a informação, (2) respeite as condições de acesso à mesma e as regras relativas à actualização da informação, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo sector, e, finalmente, (3) não interfira com a utilização legítima da tecnologia, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação.

Em resumo, os prestadores de serviços serão exonerados de responsabilidade na medida em que se limitem à actividade de *caching* propriamente dita ¹²⁷. A estas condições acresce ainda o cumprimento de uma obrigação de agir ou de carácter positivo. Assim, os intermediários devem actuar prontamente de forma a remover a informação ou bloquear o acesso a esta nos casos em que um tribunal ou uma autoridade administrativa lhes ordenem que previnam ou ponham termo

¹²⁵ Menezes Leitão compara a sua situação à dos operadores de redes telefónicas, a quem não é possível controlar o conteúdo de uma chamada. Em ambos os casos, faltaria sempre aqui a “possibilidade de estabelecer um juízo de culpa, necessário para a constituição da responsabilidade civil”. Aos destinatários desta disposição acrescenta ainda os prestadores que desempenhem funções de instrumentos de localização da informação, que lhe parecem ser, no essencial, fornecedores de acesso. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *A responsabilidade...*, cit., p. 184.

¹²⁶ Assim, Alain Pilette, *La directive...*, cit., p. 40.

¹²⁷ O que não sucederá se, de acordo com o Considerando 44), o prestador colaborar deliberadamente com um dos destinatários do serviço prestado, contribuindo assim activa e conscientemente para a prática de actos ilegais.

a determinadas infracções ou em que, alternativamente, tomem conhecimento da que a informação foi removida ou o acesso a esta foi bloqueado na fonte de transmissão inicial.

Note-se que o “conhecimento” a que se refere o presente artigo se reporta às situações fácticas de retirada da informação da fonte ou de inviabilização do acesso à mesma. Não se dirige, como veremos suceder no artigo seguinte, ao conhecimento da existência de uma ilicitude do conteúdo que é objecto da transmissão. O que quer isto dizer?

O artigo 15.º estabelece, implicitamente, uma obrigação de não armazenamento – ainda que em memória *cache* do servidor do intermediário, ou seja, tendencialmente provisória – de materiais que deixem de estar disponíveis na fonte originária, independentemente do carácter lícito ou ilícito do conteúdo desses materiais. Nos casos em que esses materiais se venham a revelar ilícitos, o não cumprimento desta obrigação fará incorrer o prestador de serviços em responsabilidade, nos termos comuns.

2.3.2.4.3 ARMAZENAGEM PRINCIPAL

Este tipo de actividade, definida pelo artigo 14.º da Directiva como “armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço”, merece um tratamento jurídico que segue uma técnica semelhante à da armazenagem intermediária, pois que, não existindo uma exoneração total de responsabilidade por parte dos prestadores, essa responsabilidade aparece delimitada por determinadas condições previamente definidas.

No caso da armazenagem em servidor, desde que feita a pedido de um utilizador totalmente independente do prestador (nos termos do n.º 3 do artigo 16.º do Decreto-Lei), haverá sempre lugar a isenção de responsabilidade desde que: o prestador não tenha tido conhecimento da actividade ou informação cuja ilicitude seja manifesta ou, a partir do momento em que tenha conhecimento daquela ilicitude, actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

Para além dos casos em que o prestador tem conhecimento da ilicitude de carácter manifesto – durante o desenvolvimento da sua actividade ou por via de uma notificação de terceiro ¹²⁸ –, julgou-se possível exigir mais do comportamento deste intermediário. Assim, no n.º 2 do artigo 16.º, estabeleceu-se também que aquele

¹²⁸ Ainda que um determinado conteúdo seja apresentado como ilícito por um eventual interessado, que lhe solicita a sua remoção ou o bloqueio do acesso à informação, o prestador de serviços apenas incorre em responsabilidade nos casos em que essa ilicitude seja, face aos factos e circunstâncias concretas, manifesta. Se for arguida uma ilicitude manifesta no caso concreto em apreço e a obrigação de remoção ou bloqueio do acesso à informação não for cumprida pelo prestador intermediário, encontra-se ainda aberta a via, a que se refere o artigo 18.º do diploma, de arguição da ilicitude perante as entidades de supervisão competentes em função do conteúdo da informação. Sobre este ponto específico, remetemos, contudo, para o comentário ao mecanismo de solução provisória de litígios incluído na presente publicação.

prestador incorre em responsabilidade civil sempre que, perante as circunstâncias que conhece, tenha *ou deva ter* consciência do carácter ilícito da informação ¹²⁹.

2.3.2.4.4 ASSOCIAÇÃO DE CONTEÚDOS

Existe uma situação relativamente à qual questões de responsabilidade igualmente se levantam mas cuja solução foi deliberadamente postergada pela Directiva europeia sobre o comércio electrónico e mesmo condicionada à verificação da necessidade de um seu tratamento autónomo no futuro. Diz o n.º 2 do artigo 21º da Directiva que, no seu relatório sobre a necessidade de adaptação desta Directiva, a Comissão Europeia deve analisar, em particular, o problema da responsabilidade dos fornecedores das chamadas ligações de hipertexto e dos serviços de motores de busca ¹³⁰.

Não obstante esse facto, o legislador português seguiu as pisadas de outras ordens jurídicas que escolheram igualmente avançar caminho neste domínio, com base em considerações e pressupostos que entenderam encontra-se já suficientemente consolidados ¹³¹.

O sistema de hiperligações ou hiperconexões corresponde ao conjunto de referências que se estabelecem entre os vários sítios da Internet e que permitem que esta se constitua como uma verdadeira rede. Num plano mais concreto, a expressão é vulgarmente utilizada para designar o objecto visível dessas referências, isto é, os textos ou imagens utilizadas para indicar ao utilizador da rede a existência de uma ligação que permite o reenvio para um outro documento ou sítio do mesmo sistema de hiperconexões.

Os motores de busca funcionam também com recurso à técnica do estabelecimento de hipernexos, pelo que no diploma português de transposição da

¹²⁹ Acolheu-se nesta sede um pensamento que havia já sido exposto por Oliveira Ascensão a propósito da lei alemã de 1997 a que nos referimos *supra*. De acordo com este autor, teria sido negativa a não adopção naquela lei das propostas originalmente feitas relativamente à exigência de um segundo elemento de responsabilidade deste tipo de prestador. Assim, "este deveria ser responsabilizado se não agisse quando há uma probabilidade forte de ilicitude da mensagem. Em contrapartida, deveria ser isento de toda a responsabilidade se intervisse e a ilicitude não viesse afinal a ser declarada pela entidade pública competente. (...) nada repugnaria que o provedor de serviços fosse responsabilizado, como se previa na proposta de lei alemã, se *conhecesse ou devesse conhecer* a ilicitude da mensagem." Vide José de Oliveira Ascensão, *As novas tecnologias e os direitos de exploração das obras intelectuais*, in *Idem*, "Estudos sobre Direito da Internet e da sociedade da informação", Coimbra, Almedina, 2001, p. 181. Contrariamente ao que sucede, por exemplo, na lei espanhola, a responsabilidade do prestador não se resume, assim, aos casos em que existiu já uma pronúncia de uma autoridade, judicial ou administrativa, sobre a ilicitude do conteúdo em causa.

¹³⁰ Criticando o legislador comunitário pela decisão de não avançar soluções para um problema já existente, vide André Lucas, *La responsabilité civile des acteurs de l'Internet*, in *Auteurs & Media*, n.º 1, 2001, p. 46. A necessidade de regulação deste tipo de actividades deriva do reconhecimento de que não se afigura possível, por mera analogia com as situações de armazenamento da informação em servidor, recorrer aos princípios que regem a responsabilidade dos prestadores nestes últimos casos. Assim o havia já defendido José de Oliveira Ascensão (*A liberdade de referências em linha e os seus limites*, in ROA, Ano 61, II, 2001, p. 527), voltando a sustentá-lo já no curso do processo de transposição da Directiva sobre o comércio electrónico. Cfr. *Bases para uma Transposição da Directiva n.º 00/31, de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, in "Relatório, conclusões e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias", Anexo n.º 4, publicado em DAR II série A n.º 79/IX/1, 20/3/2003 (Suplemento), pp. 3320(48)-3320(49).

¹³¹ Referimo-nos anteriormente ao precedente da ordem jurídica alemã onde, aquando da feitura da *Teledienstgesetz* de 1997, se deu azo a que, em virtude de uma interpretação alargada do papel dos fornecedores de acesso, se optasse por uma desresponsabilização genérica dos prestadores que fornecem hiperligações. Cfr. a decisão do *Landgericht München, Telco-Explorer*, de 25 de Maio de 1999 (9HKO 850/99). Sobre esta questão, Cfr. Claus Köhler, Kai Burmeister, *Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the EU)*, 1999, EIPR, Vol. 21, n.º 10, 1999, pp. 496-497. Contudo, na sua nova *Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr*, de 14 de Dezembro de 2001, a questão das hiperligações, em virtude das múltiplas dúvidas entretanto suscitadas, não aparece expressamente contemplada nos parágrafos 8 a 11 respeitantes à responsabilidade dos prestadores de serviços. Já a recente lei espanhola, no seu artigo 17.º, prevê a responsabilidade dos prestadores de serviços que facilitem "enlaces" e dos próprios motores de busca.

Directiva sobre o comércio electrónico julgou-se adequada a adopção de uma terminologia comum e suficientemente demonstrativa do significado destes instrumentos, que se resumem numa ideia de “associação de conteúdos” em rede.

A função de hiperligação poderá ser desempenhada quer através de um acto voluntário do utilizador, que se concretiza mediante um “clic” numa determinada palavra ou frase em hipertexto, quer automaticamente. Entre os tipos de hiperconexões potencialmente utilizáveis, relevam os seguintes:

- as conexões simples (*surface linking*), que permitem o reenvio do utilizador para a página inicial ou de acolhimento de uma outra página da Internet;
- as conexões profundas (*deep linking*), que reenviam o utilizador para qualquer outra página, que não a inicial;
- o chamado *framing*, que permite a apresentação do conteúdo de uma outra página (do sítio de destino) no sítio que contém a hiperconexão (sítio de origem), como se se tratasse de um elemento do conteúdo deste último;
- as conexões automáticas (*inlining* ou *embedded linking*), que permitem a inserção automática do conteúdo proveniente efectivamente de outro sítio sem deixar a página onde a ligação está embebida e sem que o próprio utilizador se aperceba do facto ¹³².

O fenómeno das hiperligações releva em diferentes sedes, entre as quais se destacam os problemas conexos com as formas de publicidade na Internet, com a protecção dos direitos de personalidade, com questões de concorrência desleal, em particular nos casos em que o titular do sítio de origem se utiliza deste tipo de sistemas aproveitando indevidamente actividade alheia, e bem assim com as questões específicas do direito de autor sobre as obras ou prestações protegidas para as quais são efectuadas remissões.

De acordo com a maioria da doutrina, o princípio que rege a regulação do estabelecimento de hiperconexões nas redes telemáticas é um princípio de liberdade de associação de conteúdos, ainda que submetido a limites que resultam do seu confronto com os direitos ou interesses legítimos a que o exercício daquela liberdade pode causar dano ¹³³.

Os limites impostos à liberdade de referências em linha resultam directamente do tipo de conexão estabelecida. Assim, se relativamente às conexões simples parece legítimo dizer-se que podem ser livremente utilizadas na esmagadora maioria dos casos, as conexões profundas, que possibilitam a remissão do utilizador para uma das páginas interiores de um determinado sítio da Internet, são susceptíveis de colocar maiores problemas ¹³⁴.

¹³² Para um aprofundamento do significado e do funcionamento destas técnicas, *vide*, em especial, Alain Strowel, Nicolas Ide, *La responsabilité....*, cit., 186, pp. 17-27.

¹³³ *Ibidem*, p. 29 e seguintes. Entre nós, também José de Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, frames, metatags – a segunda geração de referências na Internet*, in *Idem*, “Estudos sobre Direito da Internet e da sociedade da informação”, Coimbra, Almedina, 2001, p. 200.

Em determinados casos, a remissão directa para aquelas páginas, não obrigando o utilizador a passar pela página de rosto do sítio onde são normalmente exercidos os compromissos publicitários assumidos, pode significar para o titular um prejuízo injustificado.

Esta possibilidade é tanto mais grave se a ligação for automática e, sobretudo, se o agente da hiperconexão em rede der a impressão ao utilizador de que o conteúdo para que remete pertence afinal ao seu próprio sítio. A apropriação, deste modo, de um conteúdo alheio poderá ter consequências significativas tanto no âmbito da protecção de direitos intelectuais como, em alguns casos, no campo da concorrência desleal.

Problemas semelhantes podem ser colocados nas situações de “enquadramento” (*framing*), na medida em que o utilizador não é muitas vezes informado da proveniência dos conteúdos incorporados no sítio originalmente visitado.

Em resumo, em todos os casos de estabelecimento de associações de conteúdos, é necessário que se torne clara a distinção entre uma mera referência, tendencialmente livre, e uma apropriação de conteúdos de terceiros.

O artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, confrontando estas actividades com o direito à informação, constitucionalmente protegido, procura fixar um critério operativo para facilitar a distinção que se referiu. Assim, após a enunciação de um princípio geral de irresponsabilidade da actividade de associação de conteúdos no seu n.º 1 (independentemente da licitude ou ilicitude do conteúdo a que é feita referência), o artigo separa as situações em que a remissão é realizada com objectividade e distanciamento, das situações em que, pelo contrário, a remissão é sinónimo de adesão ao conteúdo para que se remete.

No primeiro caso, o acto enquadrar-se-á ainda no âmbito protegido pelo direito à informação, exercendo-se, portanto, uma actividade lícita; no segundo, o acto de remissão corresponde a uma apropriação de um conteúdo inserido num sítio de terceiro. Nos casos em que esse conteúdo seja, por seu turno, ilícito, a responsabilidade daquele que estabelece a hiperconexão segue os mesmos termos que a responsabilidade por armazenagem principal (artigo 16.º *ex vi* artigo 17.º).

Finalmente, o n.º 3 do artigo confere alguns indícios que visam facilitar a avaliação daquela *facti species* face aos contornos concretos do caso em apreço. São referidos a não indicação ao utilizador da existência no sítio de origem consultado de conteúdos pertencentes a outros sítios (de destino), como pode suceder nos casos de *framing* descritos, o carácter automatizado ou intencional das remissões, e ainda a ausência de informação precisa relativa ao local do sítio de destino onde pode ser encontrado o conteúdo em causa.

¹³⁴ Em relação às conexões simples, alguma doutrina tem considerado que a liberdade de estabelecimento das mesmas é uma decorrência de uma espécie de autorização tácita que alguém que disponibiliza conteúdos num sítio da Internet concede a quem deseje operar uma ligação com aquele sítio. Assim, Alain Strowel, Nicolas Ide, *La responsabilité...*, 186, cit., p. 31. Aliás, na maioria das situações, o titular do sítio poderá auferir tanto mais rendimentos quanto mais abundantes forem os hipernexos que se lhe referem, tanto directamente, quanto indirectamente mediante os benefícios resultantes da publicidade. Ignacio Garrote Fernández-Díez, *El derecho de autor en Internet - Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, 2.ª edição, Colección Estudios de Derecho Privado (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano), 24, Granada, Editorial Comares, 2003, pp. 367-368.

■ ■ ■ 2.3.3. CONTRATAÇÃO ELECTRÓNICA

Susana Larisma *

2.3.3.1. ENUNCIÇÃO DO PROBLEMA

A expansão do fenómeno *internet*¹³⁵, sobretudo a partir dos anos 90, encurtou distâncias entre utilizadores fisicamente situados nos mais diversos locais do mundo, que passaram a trocar informações de todo o género de forma rápida, cómoda e a baixos custos. As potencialidades da rede e, em especial, a sua natureza interactiva e sem fronteiras, não passaram despercebidas aos prestadores de bens e serviços e a potenciais clientes, que cedo começaram a utilizá-la como um meio de comunicação para fins comerciais. Transaccionam-se em linha serviços e bens, a qualquer hora do dia e a partir de qualquer lugar. Criou-se, assim, um mercado à escala mundial, consolidado pelo crescente número de utilizadores^{136 137}.

Todavia, a contratação em linha tem fragilidades óbvias, relacionadas com a especificidade do meio utilizado e com o carácter transnacional das transacções, que potencia a aplicação de diferentes leis, muitas vezes com regimes (soluções e mesmo qualificações) díspares. Ao utilizador podem surgir uma série de dúvidas: O negócio celebrado por meio electrónico é formalmente válido? Em que momento se tem por celebrado o contrato?

Cientes de que a insegurança jurídica consubstancia um factor de retracção do comércio electrónico, tornou-se evidente para os Estados e para diversas entidades supranacionais, em particular, para a União Europeia¹³⁸, a necessidade de regulação dessa mesma actividade¹³⁹.

2.3.3.2. ENQUADRAMENTO LEGAL

A contratação electrónica encontra-se regulada, entre nós, no Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, que procedeu à transposição da Directiva n.º 2000/31/CE, de 8 de Junho (“Directiva sobre comércio electrónico”). Saliente-se, numa primeira observação, que os trabalhos de transposição seguiram, em termos globais, o instrumento comunitário, sem prejuízo das adequações que se revelaram necessárias à natureza e unidade do sistema jurídico português¹⁴⁰.

* Consultora do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça.

¹³⁵ Frequentemente definida como “a rede das redes” (*network of networks*).

¹³⁶ Como bem esclarece Paula Costa e Silva, “se a contratação internacional era mais ou menos restrita a um grupo de intervenientes no mercado, a expansão da Internet como *forum* de negociação torna cada um de nós em potencial contratante à escala internacional.” Paula Costa e Silva, *Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos*, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume I, FDL/APDI, Coimbra Editora, 1999, p. 216.

¹³⁷ Pese embora se refira apenas a transacção via *internet*, o universo da contratação electrónica abrange também a celebração de contratos noutras redes informáticas. A tendência actual vai no sentido da criação de um número cada vez maior de redes informáticas paralelas. Actualmente, porém, o paradigma da contratação em rede continua a ser a *internet*.

¹³⁸ Leia-se, a propósito, o enquadramento comunitário explicitado nos Considerandos 5), 6) e 7) da Directiva n.º 2000/31/CE, de 8 de Junho (“Directiva sobre comércio electrónico”).

¹³⁹ Sobre os esforços de criação de regimes aplicáveis ao comércio electrónico *vide* Paula Costa e Silva, *Transferência...*, p. 217- 222.

A matéria em apreço é, no entanto, de Direito Privado comum e não apenas de Direito Comercial, diversamente do que poderá sugerir a sua integração em diploma que transpõe a Directiva “relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do *comércio electrónico* ¹⁴¹, no mercado interno” (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 7/2004). A natureza geral das disposições concernentes à contratação em linha é, desde logo, esclarecida no preâmbulo do diploma ¹⁴² e, adiante, no artigo 24.º, que ordena a sua aplicação “a todo o tipo de contratos celebrados por via electrónica ou informática, *sejam ou não comerciais*” ¹⁴³.

Bem se compreende, assim, que o regime do Decreto-Lei n.º 7/2004 não esgote a disciplina dos contratos celebrados por meios electrónicos. Na verdade, o referido diploma limita-se a regular questões concretas suscitadas em razão do específico meio de comunicação utilizado.

Uma vez mais, o preâmbulo do diploma é esclarecedor: o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 97/7/CE, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância, é aplicável subsidiariamente ¹⁴⁴. O mesmo se dispõe relativamente à Directiva n.º 2002/65/CE, sobre a comercialização à distância de serviços financeiros, cujos trabalhos de transposição se encontram ainda em curso.

O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 7/2004 alude ainda a “directivas anteriores” cujo conteúdo é pressuposto pela Directiva sobre comércio electrónico ¹⁴⁵. Em causa está, para além das directivas já referenciadas, a Directiva n.º 1999/93/CE, de 13 de

¹⁴⁰ Os aspectos de regime em que o legislador português se demarca da posição assumida na Directiva, designadamente, introduzindo soluções inovadoras, serão assinalados e comentados *infra*.

¹⁴¹ Itálico nosso.

¹⁴² O legislador refere ainda, no preâmbulo, que se optou, aquando da transposição da Directiva sobre comércio electrónico, “por afastar soluções mais amplas e ambiciosas para a regulação do sector em causa”. Em estudo preparatório da transposição daquele instrumento comunitário, Oliveira Ascensão afirma que “a contemporaneidade desta Directriz com a directriz sobre direitos de autor e conexos na sociedade da informação poderia ter dado oportunidade ao projecto ambicioso do Código da Informática, que reduzisse a sistema coerente toda uma pluralidade de regulações dispersas. A não se seguir por este caminho, poderia ter-se procedido à integração das várias matérias constantes da Directriz nos diplomas a que respeitassem”. Menciona, em particular, as matérias da *contratação electrónica* e da *responsabilidade dos prestadores de serviços*, que poderiam ter sido integradas, atenta a sua natureza de Direito Privado comum, no próprio Código Civil. Tal “projecto seria da maior envergadura, mas asseguraria a coerência das soluções e garantiria a exactidão da inserção sistemática”, conclui. José de Oliveira Ascensão, *Bases para uma Transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, in “Relatório, conclusões e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, Anexo 4, publicado em DAR II série A n.º 79/IX/1 – Suplemento 2003.03.20, p. 3320-(41).

¹⁴³ Itálico nosso. Partindo de concepções doutrinárias adoptadas no âmbito da contratação electrónica, Paula Costa e Silva distingue entre *contratação electrónica em sentido estrito* (quando as declarações de vontade são transmitidas por meios electrónicos, *v.g.*, através de fax) e *contratação electrónica em sentido amplo* (que inclui, além da contratação electrónica em sentido estrito, a contratação automatizada, referindo-se esta última à situação em que as declarações de vontade são produzidas e transmitidas por meios informáticos). Paula Costa e Silva, *A contratação automatizada*, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume IV, APDI, Coimbra Editora, 2003, p. 289-290. O legislador português teve a preocupação de acolher as duas modalidades de contratação electrónica, muito embora o regime tenha sido pensado fundamentalmente para superar problemas decorrentes da utilização de suportes digitais, maxime nos casos de celebração de contratos em rede.

¹⁴⁴ Como observa Oliveira Ascensão, pese embora a Directiva n.º 97/7/CE não esteja “vinculada a nenhum uso de meios electrónicos (...) é porém seguro que entre os meios de celebração [de contratos] a distância se inclui a celebração por meios informáticos”. Importa, assim, definir a relação exacta entre os dois instrumentos, o que é várias vezes esclarecido pela Directiva sobre comércio electrónico. Esta afirma-se “*complementar* da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível de protecção” dos interesses dos consumidores (artigo 1.º, n.º 3, itálico nosso), numa referência à Directiva n.º 97/7/CE. No Considerando 11), por sua vez, ressalva expressamente a Directiva n.º 97/7/CE, salientando que esta última se aplica “igualmente na sua integralidade aos serviços da sociedade de informação”. As referências a este instrumento repetem-se ainda nos Considerandos 29), 30) e no artigo 7.º, n.º 2 da Directiva sobre comércio electrónico. De tudo o exposto, conclui Oliveira Ascensão que “a aplicação complementar da Directriz 97/7 não pode deixar de se verificar no que respeita à celebração de contratos electrónicos”. José de Oliveira Ascensão, *Contratação Electrónica*, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume IV, APDI, Coimbra Editora, 2003, p. 45-47. O legislador português limitou-se, assim, aquando da transposição da Directiva sobre comércio electrónico, a reproduzir o entendimento comunitário, ao estatuir a *aplicação subsidiária* do Decreto-Lei que operou a transposição da Directiva n.º 97/7/CE.

Dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas. Na sequência deste instrumento, o regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital constante do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, então em vigor em Portugal, veio a ser alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril.

Em tudo quanto não esteja especialmente regulado nos diplomas *supra* aludidos aplica-se, pela própria natureza da matéria, o regime comum ¹⁴⁶.

2.3.3.3. PRINCÍPIO DA ADMISSIBILIDADE

Esclarecida a natureza comum da contratação electrónica, o artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 7/2004 consagra o princípio da livre “celebração de contratos por via electrónica, sem que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio”. A generalização da contratação em linha aproxima-a, assim, inevitavelmente, da contratação comum.

A previsão do princípio da admissibilidade concretiza o desiderato de eliminação dos obstáculos à contratação em linha, claramente assumido pela Directiva sobre o comércio electrónico. O n.º 1 do artigo 9.º deste instrumento é peremptório: “Os Estados-Membros assegurarão que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos” ¹⁴⁷.

Há, no entanto, determinados negócios relativamente aos quais a contratação por meios electrónicos se revela desadequada, seja por exigirem a intervenção de autoridades públicas, seja por envolverem valores subjectivos com uma dinâmica e sensibilidade particulares. O n.º 2 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 7/2004 contém, assim, uma enunciação taxativa dos negócios jurídicos excluídos do princípio da admissibilidade, que reproduz, *grosso modo*, a enumeração optativa constante da Directiva transposta ¹⁴⁸. Entre eles estão, designadamente, os negócios familiares e sucessórios e os reais imobiliários, com excepção do arrendamento.

Por outro lado, se é permitida, em regra, a celebração de contratos por via electrónica, ela não é obrigatória, *excepto* se as partes se vincularem a proceder dessa forma (n.º 3 do artigo 25.º) ¹⁴⁹. O legislador reconhece, no entanto, que, em determinadas relações negociais, a liberdade de prévia negociação de uma das partes, quanto ao conteúdo das cláusulas contratuais – designadamente, quanto ao

¹⁴⁵ O Considerando 11) da Directiva sobre comércio electrónico enumera uma série de directivas aplicáveis aos serviços da sociedade da informação, em grande parte vocacionadas para a protecção do consumidor. A preocupação do legislador comunitário em evidenciar o escopo de tutela do consumidor é, aliás, patente nos considerandos e no próprio articulado da Directiva [*vide*, em particular, os Considerandos 7), 10), 27), 55) e 65)].

¹⁴⁶ Inclui não só o regime vertido no Código Civil como também em outros diplomas (Lei de Defesa do Consumidor, Código da publicidade, etc.).

¹⁴⁷ O referido preceito não esclarece *quais* as medidas que deverão ser adoptadas pelos Estados-Membros para alcançar o objectivo definido. No entanto, nos Considerandos 34), 35), 37) e 38) da Directiva são dadas algumas pistas quanto ao tipo de obstáculos que deverão ser arredados: estarão apenas em causa aqueles que resultam de requisitos legais, nomeadamente, de forma, e não os obstáculos práticos resultantes da impossibilidade de utilizar meios electrónicos em determinados casos. *Vide*, a propósito, o expendo *intra*, 2.3.3.5.1.

¹⁴⁸ *Vide* artigo 9.º, do n.º 2 da Directiva sobre comércio electrónico. A propósito, *vide* ainda o Considerando 36) do mesmo instrumento.

¹⁴⁹ A solução legal parece fundamentar-se numa constatação prática acerca dos limites da sociedade da informação: lembre-se, por exemplo, que ainda hoje nem todos os indivíduos têm acesso à *internet*.

meio de celebração do contrato –, está muito coarctada ou, simplesmente, não existe. Assim sucede no tráfego negocial de massas, em que um dos contraentes se limita a aceitar um bloco de cláusulas pré-elaboradas, denominadas cláusulas contratuais gerais¹⁵⁰. Se o aderente é um consumidor, entendeu o legislador assegurar uma tutela acrescida, proibindo expressamente “cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração [dos contratos] por via electrónica”^{151 152}.

2.3.3.4. INFORMAÇÕES PRÉVIAS E DISPOSITIVOS DE IDENTIFICAÇÃO E CORRECÇÃO DE ERROS

Os artigos 27.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 7/2004 estatuem as obrigações que devem ser cumpridas pelo prestador de serviços em rede¹⁵³ *previamente* à emissão da ordem de encomenda pelo destinatário¹⁵⁴. Aqueles preceitos não são aplicáveis “aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente” (artigo 30.º do mesmo diploma), mas tão só aos contratos de massas, o que bem se compreende, na medida em que a comunicação individual permite ao utilizador obter esclarecimentos detalhados sobre alguns aspectos essenciais à formação da vontade antes de se vincular contratualmente¹⁵⁵.

Incumbe ao prestador de serviços, por um lado, facultar aos destinatários “informação mínima inequívoca” relativa ao contrato (designadamente, cláusulas e condições gerais), ao respectivo processo de celebração, aos códigos de conduta de que seja subscritor, etc., e, por outro, disponibilizar-lhes meios técnicos eficazes para identificação e correcção de erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda (v.g., janelas de confirmação que permitam ao destinatário verificar, antes de ser formulada a ordem de encomenda, qual o conteúdo desta)^{156 157}.

Os deveres de informação prévia e de efectiva disponibilização dos meios técnicos reforçam as garantias de transparência do processo contratual e de tutela dos contraentes. O legislador entendeu, no entanto, que apenas os consumidores

¹⁵⁰ Acerca do conceito e do regime das cláusulas contratuais gerais, vide António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Tomo I, Livraria Almedina, 2000, p. 411 e ss.

¹⁵¹ A protecção conferida pela previsão legal assume especial relevância na sociedade actual, em que a contratação com consumidores tende a massificar-se. Como bem salienta Menezes Cordeiro, “é evidente que os negócios celebrados com consumidores, pela própria natureza das coisas, tendem a ser pré-formulados, não admitindo negociação”. António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, p. 422.

¹⁵² Têm igualmente relevância, nesta sede, os obstáculos práticos mencionados na nota 15 *supra*. Elsa Dias Oliveira assinala, por outro lado, que “a maioria dos consumidores não está ainda verdadeiramente familiarizada com o ambiente cibernético, pelo que o seu défice informativo ‘natural’ se estende ainda a questões informáticas, bem como ao *modus operandi* na Internet propriamente dita”. Elsa Dias Oliveira, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet – Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Almedina, 2002, p. 67.

¹⁵³ Entendido aqui num sentido amplo, que abrange quer o prestador intermediário de serviços, quer o operador do comércio electrónico.

¹⁵⁴ Em matéria de obrigações prévias ao momento da celebração do contrato, o legislador seguiu de perto as orientações da Directiva 2000/31/CE (artigos 10.º, n.ºs 1 e 2 e 11.º, n.º 2), introduzindo, porém, inovadoramente, a obrigação de informar quanto às cláusulas do contrato e às condições gerais, a que nos referiremos *infra*.

¹⁵⁵ No mesmo sentido, afirma Oliveira Ascensão que os contratos individualizados permitem “um relacionamento muito mais à medida entre as partes”. José de Oliveira Ascensão, *Contratação...*, p. 49.

¹⁵⁶ Cabe também ao prestador informar os destinatários acerca destes meios.

¹⁵⁷ Oliveira Ascensão assinala que a obrigação de disponibilização de meios técnicos eficazes para a identificação e correcção de erros de introdução “exigirá um efectivo controlo dos órgãos públicos, sem o que se reduzirá a piedosa declaração”. José de Oliveira Ascensão, *Bases para...*, p. 3320 –(51).

carecem da protecção imperativa da lei, pelo que, nos restantes casos, o regime é derogável por acordo das partes¹⁵⁸.

Note-se, ademais, que o aludido artigo 28.º não esgota as informações a disponibilizar pelo prestador de serviços. Àquelas acrescem as informações relativas à identificação do prestador (artigo 10.º do mesmo diploma) e as exigidas noutros diplomas legais subsidiariamente aplicáveis¹⁵⁹.

Curiosamente, de entre as “informações a prestar” (antes da ordem de encomenda, entenda-se), enunciadas no n.º 1 do artigo 10.º da Directiva sobre comércio electrónico, não consta o conteúdo do contrato, muito embora o n.º 3 do mesmo preceito se refira expressamente à forma pela qual devem ser transmitidos “os termos contratuais e as cláusulas gerais”. O legislador português foi mais além. O diploma de transposição inclui “os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar” na alínea e) do n.º 1 do artigo 28.º, com a epígrafe “Informações prévias”, parecendo pretender esclarecer que *todo o conteúdo do contrato deve ser previamente disponibilizado ao destinatário*¹⁶⁰. Todavia, permitiu o legislador, no n.º 2 do mesmo artigo, que as partes que não sejam consumidores afastem a obrigação de informação prévia também no que respeita ao conteúdo do contrato. É este o resultado da remissão constante daquele preceito, sem qualquer ressalva, para “o disposto no número anterior”.

Adiante, porém, preceitua o n.º 1 do artigo 31.º do diploma – que reproduz, *grosso modo*, o n.º 3 do artigo 10.º da Directiva transposta – que os termos contratuais e as cláusulas gerais *devem ser sempre* transmitidos de forma que permita armazená-los e reproduzi-los. A norma não distingue consoante as partes sejam ou não consumidores, o que denuncia o seu carácter imperativo¹⁶¹. Bem se compreende a opção do legislador: as partes devem dispor de um *meio de prova* relativo ao conteúdo dos contratos que celebrem que possam, querendo, utilizar em tribunal¹⁶². Nada é dito, no entanto, quanto ao *momento* dessa comunicação.

¹⁵⁸ Referindo-se expressamente ao n.º 1 do artigo 10.º da Directiva sobre comércio electrónico, fonte legal do artigo 28.º do diploma de transposição, Oliveira Ascensão considera justificada “a exigência de fornecimento prévio das informações gerais (...) perante o consumidor: este pode não ser experiente, e ficar perdido e vulnerável perante o *mare magnum* de termos e *clicks* que não domine”. José de Oliveira Ascensão, *Contratação...*, p. 49. Elsa Dias Oliveira assinala ainda a falta de informação e de educação como um dos factores determinantes da fragilidade contratual do consumidor em geral, daqui partindo para a análise da solução legal adoptada pela União Europeia para reforçar a posição do consumidor, em particular, a Directiva 1997/77/CE. Elsa Dias Oliveira, *A Protecção...*, p. 65 e ss.

¹⁵⁹ Vide ponto 2.3.3.2. *supra*. A Directiva sobre contratos à distância – transposta pelo Decreto-Lei n.º 143/2001 – e, bem assim, a Directiva relativa à comercialização à distância de serviços financeiros enunciam uma série de informações que deverão ser prestadas ao consumidor (recorde-se que ambos os instrumentos regulam as relações comerciais *com consumidores*, numa lógica de protecção dos interesses destes). Vide ainda o Considerando 11 *in fine* e o n.º 1 do artigo 10.º da Directiva sobre comércio electrónico (elucidativamente, este último começa pela expressão “além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária...”). O volume de informação que se pretende disponibilizar ao consumidor, tanto *antes* como *após* a celebração do contrato, é particularmente exigente na Directiva relativa a serviços financeiros, abrangendo questões concernentes ao prestador, ao serviço financeiro, ao contrato e a recursos, para além de conter uma cláusula que expressamente ressalva a aplicação de outros requisitos de informação prévios previstos em legislação comunitária [vide Considerandos 21) e 22) e artigos 3.º e 4.º]. Aguarda-se, pois, com expectativa, o diploma de transposição, que terá certamente reflexos substanciais no domínio do comércio electrónico, como direito subsidiário, já que a natureza desmaterializada dos serviços financeiros se presta particularmente à venda em linha. Quanto aos contratos celebrados à distância, por via electrónica, com consumidores, vide os artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 143/2001. Para uma análise global deste último diploma, vide Joel Timóteo Ramos Pereira, *Direito da Internet e Comércio Electrónico*, Quid Juris?, Lisboa, 2001, p. 169-180.

¹⁶⁰ Itálico nosso. Esta posição foi claramente defendida por Oliveira Ascensão em parecer prévio à transposição da Directiva. José de Oliveira Ascensão, *Bases...*, p. 3320-(51).

A análise sistemática dos dois preceitos coloca, assim, uma questão. A regra que obriga o prestador de serviços a facultar aos destinatários informação prévia concernente ao termos contratuais e às cláusulas gerais não deverá, ela própria, ter carácter injuntivo? Se era esta a intenção do legislador, conforme parece resultar do *supra* exposto, a letra do n.º 2 do artigo 28.º deveria conter uma expressa ressalva à alínea e) do n.º 1 do mesmo preceito. Neste sentido parece concorrer também a natureza da informação, essencial para a conformação da vontade das partes. Estamos em crer que *todos* os contraentes, e não só os consumidores, têm direito a conhecer *previamente* as cláusulas e as condições a que se obrigam¹⁶³.

A solução consagrada poderá, contudo, ter algum sentido útil em determinadas situações. Imagine-se o caso da empresa A que acede ao sítio da empresa B para efectuar a compra de um determinado produto. O sítio não contém uma série de informações relativas ao produto pretendido (*v.g.*, preço, forma de pagamento, etc.), mas dispõe de um ícone para solicitar o envio dos termos contratuais e das cláusulas gerais do contrato de compra e venda em causa. No entanto, a empresa A, porque adquire regularmente o mesmo produto à empresa B, decide efectuar de imediato a ordem de encomenda, que conterà, *in casu*, uma proposta contratual¹⁶⁴. Consequentemente, a empresa A aceita tomar conhecimento do concreto contrato que se propõe celebrar apenas em momento posterior à ordem de encomenda. O conhecimento diferido poderá, contudo, conduzir a resultados perversos¹⁶⁵.

Pela nossa parte, inclinamo-nos no sentido da imperatividade da norma contida na alínea e) do n.º 1 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 7/2004. Estamos certos, porém, que a prática e o labor doutrinário e jurisprudencial trarão contributos preciosos à questão em apreço.

¹⁶¹ Em comentário à Directiva sobre comércio electrónico, Oliveira Ascensão salienta que o n.º 3 do artigo 10.º "é o único preceito de que deriva a obrigatoriedade de *fornecimento prévio das cláusulas contratuais e das cláusulas gerais*. Mas há uma especificidade a assinalar: esta regra é *injuntiva* para todos, e não só nos contratos celebrados com consumidores. *Todas as pessoas têm igualmente jus a esta elucidação*. A regra destina-se a contrabalançar a volatilidade própria dos contratos electrónicos" (itálico nosso). José de Oliveira Ascensão, *Contratação...*, p. 55. Estamos em crer que a opção do legislador em incluir entre as informações prévias a prestar pelo prestador de serviços a referente aos "termos do contrato e as cláusulas gerais" teve em consideração o raciocínio ora expandido.

¹⁶² É intuitivo que a existência de um suporte com carácter probatório reforça a confiança das partes - em especial, do contraente consumidor, que é normalmente a parte mais fragilizada - na contratação por via electrónica.

¹⁶³ Parece assumir sentido próximo a solução consagrada no artigo 27.º da *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, que transpôs para o direito espanhol a Directiva sobre o comércio electrónico. Depois de enunciar, nos n.ºs 1 e 2 daquele artigo - cujo o epígrafe é, saliente-se, "*Obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación*" -, as informações a prestar previamente, salvo acordo em contrário das partes não consumidores, em termos muito próximos do texto da directiva, o legislador expressamente prevê, no n.º 4, o seguinte: "**Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario**" (negrito e itálico nossos). Quanto a esta última regra não há, porém, qualquer distinção entre partes consumidores ou não consumidores, de onde se deduz, *a contrario*, o seu carácter injuntivo. Assim resulta, ademais, da organização interna do preceito.

¹⁶⁴ Vide artigo 32.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 7/2004. Adiante procederemos à análise deste preceito (ponto 2.3.3.6.2.).

¹⁶⁵ Note-se que, a partir do momento em que a empresa B tenha a possibilidade de aceder à ordem de encomenda/proposta (artigo 31.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 7/2004), esta tornar-se-á, em princípio, irrevogável (artigo 230.º do Código Civil). A reconhecida rapidez das comunicações entre meios electrónicos poderá significar a concessão ao proponente de um período de reflexão (para eventual revogação da proposta) tão curto que não lhe permita sequer receber as cláusulas contratuais. No entanto, porque aceitou, ainda que de forma tácita, não receber tal informação em momento prévio à ordem de encomenda, sujeitar-se-á aos termos contratuais que lhe forem posteriormente comunicados, sob pena de, no limite, incorrer em responsabilidade. Terá o legislador querido ir tão longe no princípio da autonomia das partes?

O incumprimento das obrigações previstas nos artigos 27.º e 28.º do Decreto-Lei, quando sejam devidas, é sancionado como contra-ordenação susceptível de aplicação das coimas previstas nas alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 37.º do mesmo diploma¹⁶⁶.

2.3.3.5. FORMA E VALOR PROBATÓRIO DA DECLARAÇÃO NEGOCIAL

2.3.3.5.1. FORMA

Os requisitos legais de forma representam um dos possíveis obstáculos à validade dos negócios jurídicos celebrados por via electrónica que o legislador procurou obviar. Referimo-nos apenas às situações em que a lei exija forma especial, designadamente escrita, para a declaração negocial emitida por meios electrónicos, já que, no silêncio daquela, valerá o princípio de liberdade de forma consagrado no artigo 219.º do Código Civil. Atendendo a que a inobservância das exigências formais determina a nulidade da declaração emitida, afigura-se indispensável definir se a forma electrónica é ou não equiparável à forma escrita. A questão assume particular relevância porquanto, “na contratação tradicional, o paradigma para o suporte dos dados que consubstanciam uma declaração de vontade tendente à formação de um contrato é o *papel*”¹⁶⁷.

Entendeu o legislador clarificar esta matéria em sede de contratação electrónica, estatuidando, no n.º 1 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, que a exigência legal de forma escrita se considera satisfeita desde que as declarações emitidas estejam “contidas em *suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação*”¹⁶⁸. A fórmula aproxima-se da já adoptada no artigo 4.º do Código dos Valores Mobiliários, “que é ampla e independente de considerações técnicas”^{169 170}. Parece-nos claramente justificada a opção do legislador; quaisquer comprometimentos técnicos revelar-se-iam inevitavelmente falíveis numa sociedade em constante inovação no âmbito das novas tecnologias. Ademais, a definição de um conceito técnico em diploma legal tem o efeito perverso da sua cristalização.

¹⁶⁶ O artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 143/2001 prevê, para as situações de incumprimento ou de cumprimento tardio da obrigação de confirmação das informações prévias ou de prestação de outras informações (artigo 5.º), a prorrogação do prazo de resolução do contrato pelo consumidor, com as restrições previstas no artigo 7.º. Atento o carácter subsidiário daquele diploma, parece-nos que as referidas normas serão também aplicáveis aos contratos celebrados por via electrónica em tudo o que não for incompatível com a natureza destes. Neste sentido, *vide* José de Oliveira Ascensão, *Contratação...*, p. 55-56.

¹⁶⁷ Itálico nosso. Paula Costa e Silva, *A contratação...*, p. 291. A autora refere adiante que o problema da equiparação da forma da declaração negocial agudiza-se quando, por determinação legal, a validade da mesma dependa não só do suporte em papel, mas também da intervenção de uma autoridade munida de poderes públicos. Paula Costa e Silva, *A contratação...*, p. 299. O legislador português optou, no entanto, por excluir do princípio da admissibilidade os negócios para os quais seja necessária a intervenção de entes públicos ou de entidades munidas de poderes públicos. Em consequência, a declaração negocial para a qual a lei exija a intervenção de uma autoridade com poderes públicos não será válida se for emitida por meio electrónico (*vide* artigo 220.º do Código Civil).

¹⁶⁸ Itálico nosso. A exigência de forma escrita não tem correspondente na Directiva sobre comércio electrónico. Oliveira Ascensão salienta, no entanto, que esta omissão é parcialmente superada ao estabelecer-se, no n.º 3 do artigo 10.º daquele instrumento, a obrigação de os termos contratuais e as condições gerais serem fornecidos ao destinatário *numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los*, ou seja, num suporte duradouro. “Não é a própria forma de celebração do contrato, pois é anterior a essa celebração, mas é uma forma que o deve preceder, e que serve, no seu âmbito, *ad probationem*.” José de Oliveira Ascensão, *Contratação...*, p. 52-54. Esta solução foi também acolhida pelo legislador no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, *conforme supra* mencionado (ponto 2.3.3.4.).

A solução acolhida pressupõe ultrapassada a questão da admissibilidade dos “registos informáticos [criados e] mantidos em memórias de computadores (*documentos electrónicos em sentido restrito*) e [d]os documentos emitidos em papel a partir de um computador (*documentos electrónicos em sentido lato, ou documentos informáticos*)”¹⁷¹ como *verdadeiros documentos*, que encontra resposta no regime comum, sua sede natural. Parece consensual na doutrina portuguesa que a amplitude do conceito de documento constante do artigo 362.º do Código Civil permite abranger tais suportes¹⁷².

Note-se, no entanto, que o princípio da equiparação ou equivalência do suporte electrónico à forma escrita resultava já do preceituado no n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, relativo a documentos electrónicos e assinatura digital. Dispõe este preceito que o requisito legal de forma escrita considera-se satisfeito quando o conteúdo do documento electrónico seja susceptível de representação como declaração escrita^{173 174}.

2.3.3.5.2. ASSINATURA E VALOR PROBATÓRIO DO DOCUMENTO ELECTRÓNICO

A par dos requisitos de forma, têm sido apontados como factores adversos ao desenvolvimento da contratação em ambiente electrónico outros aspectos directamente relacionados com o meio de comunicação utilizado, designadamente, a *validade da assinatura electrónica e o valor probatório dos registos informáticos*. Estas matérias estão reguladas no Decreto-Lei n.º 290-D/99¹⁷⁵, para o qual remete o n.º 2 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 7/2004.

A generalização do documento electrónico tornou evidente a necessidade de se criar um “sucedâneo” da tradicional assinatura manuscrita adequado àquele suporte,

¹⁶⁹ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 7/2004.

¹⁷⁰ O Código de Valores Mobiliários utiliza a expressão “que assegurem níveis equivalentes de *inteligibilidade, de durabilidade e de autenticidade*” (itálico nosso). O legislador optou, no Decreto-Lei n.º 7/2004, pelo termo “conservação” em vez de “durabilidade”, ao que nos parece, por fidelidade ao vocábulo utilizado no n.º 3 do artigo 10.º da versão francesa da Directiva - “conserver” -, a propósito da forma de comunicação dos termos contratuais e das condições gerais. Faz-se notar, outrossim, que em lado algum da Directiva sobre comércio electrónico o legislador utiliza o termo “durável”. Diferentemente, porém, é corrente a referência a “suporte durável”, a propósito das informações a prestar, na Directiva relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância e no diploma que procedeu, entre nós, à sua transposição (Decreto-Lei n.º 143/2001). Já a Directiva relativa à comercialização à distância de serviços financeiros não só contém uma definição de “suporte duradouro”, como também indica uma série de exemplos (disquetes informáticas, CD-ROM, DVD, etc.), exigindo tal forma, em alternativa ao papel, quer para as informações a prestar, *quer para os próprios termos do contrato* (em lugar paralelo ao referido artigo 10.º, n.º 3 da Directiva sobre comércio electrónico).

¹⁷¹ Miguel Pupo Correia, *Comércio Electrónico: Forma e Segurança*, in “As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação – Actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de Abril de 1998”, coordenação de António Pinto Monteiro, Instituto Jurídico da Comunicação e Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999, p. 234.

¹⁷² Miguel Pupo Correia, *Comércio Electrónico...*, p. 232-235; Miguel Teixeira de Sousa, *O Valor Probatório dos Documentos Electrónicos*, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume II, APDI, Coimbra Editora, 1999, pp. 172, 184-185; Armindo Ribeiro Mendes, *Valor Probatório dos Documentos Emitidos por Computador*, BMJ DDC, 47/48 (1991), p. 520 e ss..

¹⁷³ Para Paula Costa e Silva a formulação legal adoptada neste diploma é “muito deficiente, fazendo-se depender a validade formal do conteúdo”. A autora formula ainda outras críticas ao texto legal, algumas das quais se mantêm pertinentes na redacção alterada. Afirma, por exemplo, sufragando a posição assumida por Oliveira Ascensão, que a opção pelo enunciado de definições “é técnica legislativa bastante posta em causa”, agravada pelo facto de o texto explicitar que as mesmas valem para os fins do diploma em causa. Paula Costa e Silva, *Transferência...*, p. 225-227.

¹⁷⁴ Já a propósito deste preceito esclarecia Miguel Pupo Correia que “a mera circunstância de o texto estar acessível ao leitor apenas no monitor de um computador ou num terminal de vídeo, antes e à margem da sua impressão em papel, não retira a esse texto o carácter de escrito”. In AAVV, *As leis do comércio electrónico*, Edições Centro Atlântico, Portugal, 2000, p. 49, *apud* Elsa Dias Oliveira, *A Protecção...*, p. 156. A afirmação valerá também para a solução legal adoptada no Decreto-Lei n.º 7/2004.

com funções semelhantes às actualmente desempenhadas pela assinatura autógrafa nos documentos escritos. Criou-se, assim, a *assinatura electrónica*.

Através deste novo mecanismo, procurou-se dar resposta a problemas relacionados com a *autenticidade* do documento electrónico (correspondência entre o autor aparente e o autor real) e a *integridade* do respectivo conteúdo (manutenção, sem alterações, do conteúdo original) ¹⁷⁶.

De entre as três modalidades de assinaturas electrónicas previstas na versão alterada do Decreto-Lei n.º 290-D/99 ¹⁷⁷, “que correspondem a diferentes graus de segurança e fiabilidade” (*vide* preâmbulo), o legislador privilegiou a assinatura electrónica qualificada – a assinatura digital de chave assimétrica (pública e privada) ou equivalente –, equiparando-a à assinatura manuscrita dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel, por um lado, e estatuidando presunções de autenticidade e de integridade, por outro lado (artigo 7.º, n.º 1) ¹⁷⁸.

O referido diploma veio dar resposta aos problemas colocados pela doutrina quanto ao *valor probatório dos documentos electrónicos* ¹⁷⁹, até então analisados à luz de um direito pensado e criado para a sociedade da década de sessenta. Curiosamente, em pleno século XXI, o artigo 3.º, n.ºs 2 a 5 do Decreto-Lei n.º 290-D/99 remete para as soluções legais já existentes, numa lógica de interpretação actualista do direito comum.

O documento electrónico cujo conteúdo satisfaça a exigência legal de forma escrita e a que seja aposta uma assinatura electrónica qualificada emitida por uma entidade certificadora credenciada tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376.º do Código Civil, o que significa que “(...) faz prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor”. O documento é, assim, equiparado a um original ¹⁸⁰.

Se a assinatura for emitida nas circunstâncias *supra* mencionadas, mas o conteúdo do documento não satisfizer a exigência legal de forma escrita, ele terá a mesma força probatória das reproduções mecânicas, ou seja, fará prova plena dos factos e das coisas que representa (artigos 368.º do Código Civil e 167.º de Código de Processo Penal).

¹⁷⁵ Na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, diploma que adequou o regime vigente ao estatuido na Directiva 1999/93/CE, conforme *supra* expendido (ponto 2.3.3.2.).

¹⁷⁶ Cfr. Jorge Sinde Monteiro, *Assinatura Electrónica e Certificação*, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume III, APDI, Coimbra Editora, 1999, p. 109-129, que traça as linhas fundamentais da Directiva 1999/93/CE, confrontando-a com o regime do Decreto-Lei n.º 290-D/99. Vide ainda, para mais desenvolvimentos, Miguel Pupo Correia, *Comércio...*, p. 243 e ss.

¹⁷⁷ Assinale-se que a versão inicial do Decreto-Lei n.º 290-D/99 regulava apenas a assinatura digital, que o legislador presumiu “estar ao alcance da maioria dos utilizadores do ambiente electrónico”. Paula Costa e Silva, *Transferência...*, p. 227.

¹⁷⁸ A utilização da assinatura electrónica qualificada pressupõe a obtenção de um certificado emitido por uma entidade certificadora. Estas autoridades, quando preenchem determinados requisitos (*v.g.*, especial capacidade financeira, técnica e humana), podem requerer a sua credenciação junto do Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça (entidade credenciadora e fiscalizadora).

¹⁷⁹ Para uma análise das questões suscitadas e das soluções propostas pela doutrina antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 290-D/99, *vide* Miguel Teixeira de Sousa, *O Valor...*, p. 171-201. Incluindo também uma perspectiva histórica de direito comparado, Armindo Ribeiro Mendes, *Valor Probatório...*, p. 489-527.

¹⁸⁰ A redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 62/2003 veio dissipar as dúvidas suscitadas por alguns autores, no âmbito do texto original, quanto à aplicação de apenas parte ou de todo o regime do artigo 376.º do Código Civil. O preceito alterado remete em bloco para o artigo do Código Civil. *Vide* Paula Costa e Silva, *Transferência...*, p. 226.

Nos restantes casos, o valor probatório conferido pela assinatura electrónica é livremente apreciado pelo tribunal.

As soluções legais acolhidas pelo Decreto-Lei em análise reforçam a confiança na contratação por meios electrónicos, o que é, por si, um factor dinamizador do comércio em rede.

2.3.3.6. FORMAÇÃO DO CONTRATO

2.3.3.6.1. ORDEM DE ENCOMENDA E AVISO DE RECEPÇÃO

Os artigos 29.º e 31.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 7/2004 regulam as comunicações efectuadas no âmbito da contratação electrónica, em especial, o aviso de recepção da encomenda¹⁸¹. O legislador esclarece, adiante, que “o mero aviso de recepção (...) não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato” (artigo 32.º, n.º 2), dissipando assim as dúvidas quanto à natureza jurídica daquela figura, colocadas a propósito do artigo 11.º, n.º 1 da Directiva sobre o comércio electrónico¹⁸².

Nos contratos massificados, impõe-se ao prestador de serviços, “logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente electrónica”, que acuse a sua recepção também por meios electrónicos, “salvo acordo em contrário com a parte que não seja consumidor” (artigos 29.º, n.º 1 e 30.º)¹⁸³. Essa comunicação deve ser sempre efectuada em formato susceptível de ser armazenado e reproduzido, o que bem evidencia a sua relevância, como meio de prova, para o destinatário (artigo 31.º, n.º 1)¹⁸⁴.

Tanto a ordem de encomenda, como o aviso de recepção e, bem assim, a confirmação da encomenda, a que nos referiremos *infra*, “consideram-se recebidos logo que os destinatários têm a possibilidade de aceder a eles” (artigo 31.º, n.º 2)¹⁸⁵. Basta, no entanto, que o prestador envie o dito aviso para “o endereço electrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço” (artigo 29.º, n.º 4), salvaguardando-

¹⁸¹ Seguimos de perto a posição de Oliveira Ascensão, aparentemente acolhida pelo legislador (*vide* preâmbulo do Decreto-Lei n.º 7/2004). José de Oliveira Ascensão, *Contratação...*, p. 57 e ss. *Vide* ainda José de Oliveira Ascensão, *Bases...*, p. 3320-(51).

¹⁸² Depois de estatuir a obrigação de o prestador acusar a recepção da encomenda, dispõe o n.º 1 deste artigo, no 2.º travessão, que a encomenda e o aviso de recepção se consideram *recebidos* quando os respectivos destinatários têm a possibilidade de aceder a eles. Conforme enuncia Oliveira Ascensão, “pode ver-se nela [referindo-se à regra em análise] a consagração pela Directriz da teoria da recepção; ou a demonstração que a oferta em rede representaria um mero convite a contratar, de modo que o contrato só se concluiria com a chegada ao destinatário da aceitação do prestador de serviços. Não cremos que seja assim”. O autor nega, pois, qualquer conexão desta norma com a determinação do momento da perfeição do contrato. Em sua opinião, “aquele preceito do art. 11/1 limita-se a regular as comunicações que se fazem no âmbito da contratação electrónica. Deixa assim intocadas as regras dos Estados-membros quanto à formação dos contratos”. Tal normativo “tem a sua justificação própria. Pretende assegurar a certeza das comunicações. Por isso, aplica-se quer à nota de encomenda quer ao aviso de recepção a regra que se consideram recebidos quando os destinatários estão em condições de aceder a estes”. Adiante, esclarece que o aviso de recepção tem “uma finalidade muito determinada: assegurar ao encomendante, nos mais breves prazos, que a encomenda foi recebida. Mais nada. Se se lhe associasse o sentido de confirmação do contrato, esta finalidade ficaria prejudicada”. É, assim, “uma cautela técnica, derivada do uso do meio electrónico”. José de Oliveira Ascensão, *Contratação...*, p. 57 e ss. Em sentido aparentemente contrário, Elsa Dias Oliveira, *A Protecção...*, p. 130 e ss. *Vide infra*, ponto 2.3.3.6.2..

¹⁸³ A lei espanhola (*Ley 34/2002, de 11 de julio*) prevê expressamente, no seu artigo 28.º, n.º 1 a), um prazo de 24 horas para o cumprimento da obrigação pelo prestador.

¹⁸⁴ A Directiva não contém qualquer exigência de forma relativamente ao aviso de recepção. É, no entanto, manifesto que a solução consagrada, que se aplaude, reforça a confiança nas transacções em rede. Resulta ainda da sua localização sistemática que a exigência de forma é imperativa quer os contraentes sejam ou não consumidores.

¹⁸⁵ Já nos referimos *supra* sobre algumas posições assumidas pela doutrina a propósito do artigo da Directiva que serviu de fonte legal a este preceito (*vide* nota 48). Esta regra é imperativa. Solução idêntica é adoptada no artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 290-D/99.

-se, assim, a posição do prestador nas situações em que o destinatário cancele ou mude de endereço¹⁸⁶.

2.3.3.6.2. MOMENTO DA PERFEIÇÃO DO CONTRATO

Conforme decorre do acima exposto, o legislador pretendeu claramente separar o significado do aviso de recepção da questão do momento da conclusão do contrato. Aquele resulta do preceituado na Directiva e este do regime de Direito Civil português¹⁸⁷. A sua insistência em clarificar o sentido desse aviso na contratação electrónica, logo no preâmbulo e adiante no articulado (artigo 32.º), é, no entanto, bem elucidativa da natureza equívoca do mesmo conceito.

Com efeito, impunha-se esclarecer se o aviso de recepção da encomenda corresponde ao momento de perfeição do contrato: a aceitação da proposta^{188 189}. A resposta do legislador é negativa, explicitando-se ainda que a oferta em rede pode ser uma proposta contratual ou um convite a contratar consoante contenha, ou não, “todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário” (artigo 32.º, n.º 1). Na verdade, tal decorre já dos princípios do nosso Direito Civil¹⁹⁰.

“O aviso de recepção é um dever contratual: supõe o contrato já celebrado.”¹⁹¹ Assim é, manifestamente, quando a oferta em rede representa uma verdadeira proposta contratual. Quando, por sua vez, a oferta em rede consubstancia um convite a contratar, “a aceitação pelo operador (...) traz implicitamente o aviso de recepção da proposta; e com a chegada desta ao círculo do destinatário, o contrato fica concluído”¹⁹². O aviso de recepção não é, porém, a aceitação.

Ultrapassada aquela questão, surge-nos, contudo, outra. É que o legislador introduziu um outro elemento nas comunicações efectuadas no âmbito da contratação electrónica: “a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida”, com a qual “a encomenda torna-se

¹⁸⁶ É também a solução consagrada no artigo 28.º, n.º 2, 2.º § da lei espanhola (*Ley 34/2002, de 11 de julio*).

¹⁸⁷ Conforme se lê no preâmbulo, “A directiva não o versa [entenda-se, o momento de celebração do contrato], porque não se propõe harmonizar o direito civil”.

¹⁸⁸ Novamente se remete para o enquadramento do problema efectuado por Oliveira Ascensão (*vide* nota 48). Para uma perspectiva de direito civil sobre a formação dos contratos, com uma referência particular à contratação por meios electrónicos, *vide* António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, p. 347 e ss.. *Vide* ainda Elsa Dias Oliveira, *A Protecção...*, p. 116 e ss. Para uma perspectiva comparativa dos direitos espanhol, alemão e português *vide* Luis Filipe Ragel Sánchez, *A Formação dos Contratos*, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume III, APDI, Coimbra Editora, 1999, p. 83-87.

¹⁸⁹ A questão colocou-se a propósito das teses que defendem que as ofertas feitas em rede são meros *convites a contratar* (e não propostas contratuais), construídas a partir da constatação de que nem os bens são inesgotáveis, nem os prestadores podem garantir o cumprimento de todos os serviços solicitados (note-se que estamos no âmbito da contratação em linha). Assim sendo, o contrato concluir-se-ia apenas com a aceitação, pelo prestador, da ordem de encomenda/proposta. O aviso de recepção representaria, pois, o último elemento necessário para a perfeição do contrato. Estas teses têm um inconveniente óbvio: propiciam a arbitrariedade do prestador. José de Oliveira Ascensão, *Contratação...*, p. 58 e ss.; José de Oliveira Ascensão, *Bases para...*, p. 3320-(52); Paula Costa e Silva, *A contratação...*, p. 295 e ss.

¹⁹⁰ Era esta a solução adoptada pela doutrina portuguesa antes ainda da transposição da Directiva sobre o comércio electrónico. Elucidativamente, afirma Paula Costa e Silva que “não há nenhum desvio a apontar ao processo normal de formação dos contratos atendendo ao conteúdo das declarações pela circunstância de as mensagens circularem através de meios electrónicos”. Paula Costa e Silva, *Transferência...*, p. 209.

¹⁹¹ José Oliveira Ascensão, *Bases...*, p. 3320-(52).

¹⁹² José Oliveira Ascensão, *Bases...*, p. 3320-(52).

definitiva” (artigo 29.º, n.º 5)¹⁹³. Em primeiro lugar, a natureza jurídica da confirmação é, *per se*, dúbia, ao fazer depender a *definitividade* da encomenda de um terceiro acto, a confirmação. Na verdade, seja a oferta em linha uma proposta contratual ou um convite a contratar, o momento da perfeição do contrato tem sempre lugar *antes* da confirmação, *i.e.*, aquando da recepção da ordem de encomenda pelo proponente ou aquando da recepção do aviso de recepção pelo encomendante, respectivamente. Ora, parece resultar do regime comum que um dos efeitos da conclusão do contrato será, exactamente, a *definitividade da encomenda*.

Procurando encontrar um sentido útil à previsão legal, dir-se-á ter sido intenção do legislador estatuir apenas mais um dever contratual posterior à celebração do contrato, justificado pelas características do meio tecnológico em causa. A confirmação teria, assim, função semelhante à desempenhada pelo aviso de recepção nas situações em que a oferta em linha corresponde a uma proposta contratual, designadamente: “assegurar a certeza das comunicações”¹⁹⁴. No entanto, se assim é, ela apenas fará sentido quando a oferta em linha seja um convite a contratar. Já não assim, parece-nos, quando se trate de uma proposta contratual. Neste caso, a “certeza das comunicações” é assegurada pelo próprio aviso de recepção, que dá conhecimento ao encomendante que a sua aceitação foi recebida e, assim, concluído o negócio. Parece seguro afirmar, nesta hipótese, que a confirmação nada traz de novo, com o agravante de tornar mais complexo um processo contratual que se pretende simples^{195 196}.

2.3.3.7. CONTRATAÇÃO AUTOMÁTICA

O artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, com a epígrafe “Contratação sem intervenção humana”, é, provavelmente, o mais inovador, porquanto traz soluções até ao presente dificilmente enquadráveis no nosso Direito Civil, pensado para os negócios resultantes do encontro de vontades (humanas, por definição)¹⁹⁷. Pense-se, por exemplo, nas questões suscitadas a propósito da *formação, interpretação*

¹⁹³ Itálico nosso.

¹⁹⁴ Em análise ao artigo 11.º, n.º 1 da Directiva, que serviu de fonte aos nossos artigos 29.º, n.º 1 e 31.º, n.º 2, José de Oliveira Ascensão, *Contratação...*, p. 59.

¹⁹⁵ Curiosamente, o legislador português parece ter retomado uma ideia consagrada no artigo 11.º da proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos jurídicos dos serviços da sociedade da informação, designadamente do comércio electrónico, com a epígrafe “*Momento da celebração*” (note-se que a versão final adoptou a epígrafe “Ordem de encomenda”, tecnicamente muito mais neutra). De acordo com este preceito, era necessário, para além do aviso de recepção da aceitação da ordem de encomenda, a expedir pelo prestador de serviços, a *confirmação da recepção desse aviso, a expedir pelo encomendante* (in JO C 30, de 05.02.1999, COM (1998) 586 e Bol. 5-2000), *sem os quais o contrato se não considerava celebrado*. O âmbito de aplicação desse artigo era, contudo, mais restrito. Elsa Dias Oliveira apelida aquele processo de, “no mínimo complexo, quando a palavra de ordem é a simplificação no comércio electrónico”. A autora assinala também que a disposição em causa é reveladora da “fraca confiança que o legislador parecia depositar nos recentes meios tecnológicos”. Elsa Dias Oliveira, *A protecção...*, p. 131 e ss.

¹⁹⁶ O artigo 28.º da lei espanhola (*Ley 34/2002, de 11 de julio*), com a esclarecedora epígrafe “*Información posterior a la celebración del contrato*” parece adoptar também uma figura semelhante à nossa confirmação. No entanto, apenas está obrigado a “*confirmar la recepción de la aceptación*” o “*oferente*”, que pode ser o prestador ou o destinatário dos serviços. A fórmula adoptada aparta-se da questão do momento da perfeição do contrato e tem a vantagem de evitar a duplicação de actos de comunicação quando a oferta em rede seja uma proposta contratual.

¹⁹⁷ A Directiva sobre o comércio electrónico não avança qualquer solução neste âmbito, muito embora se refira à necessidade de o prestador de serviços colocar à disposição dos destinatários meios técnicos eficazes para a identificação e correcção de “erros de introdução” (artigos 10.º, n.º, c) e 11.º, n.º 2).

e validade dos contratos, reguladas no pressuposto da existência do elemento pessoal.

Este tipo de contratação é utilizado, por exemplo, na gestão de *stocks* em unidades fabris. As existências disponíveis são controladas por computadores programados para emitirem ordens de compra, sempre que necessário, para outros computadores, que recebem e direccionam os pedidos para efeitos da respectiva execução.

O preceito manda aplicar à “contratação celebrada *exclusivamente por meio de computadores (...)* o regime comum, salvo quando este pressupuser uma actuação”¹⁹⁸. Bem se compreende que assim seja, sob pena de subverter a *ratio* do regime civil adoptado e conduzir, porventura, a resultados desadequados ou mesmo injustos.

Reconhecendo, porém, a importância que o *erro* (de programação, de funcionamento da própria máquina e de transmissão) pode assumir na contratação electrónica, o legislador entendeu estabelecer, no n.º 2 do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, um paralelo com as disposições constantes dos artigos 247.º e ss. do Código Civil, cujo regime manda aplicar¹⁹⁹. Note-se, contudo, que a solução acolhida parece pressupor que é colocado, em lugar do computador, aquele que o predispôs²⁰⁰, o que abre caminho a uma série de problemas relacionados com as dificuldades de adaptação do regime que, com certeza, resultarão da prática.

Estamos em crer, por outro lado, que “a tendência será a de imputar as anomalias ao declarante”²⁰¹, i.e., àquele que utiliza a máquina em seu proveito. Tem sido, no entanto, defendido pela doutrina que esta imputação não deve ser ilimitada. Neste sentido, entendeu o legislador expressamente impedir a outra parte de se opor “à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse” (artigo 33.º, n.º 3)²⁰².

2.3.3.8. SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS POR VIA ELECTRÓNICA

Seguindo a tendência actual para a desjudicialização de litígios, o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 7/2004 estatuí a possibilidade de “funcionamento em rede de formas de solução extrajudicial de litígios entre prestadores e destinatários de serviços da sociedade de informação”.

¹⁹⁸ Itálico nosso. A letra da lei deixa de fora as relações contratuais em que temos, de um lado, um homem e, de outro, uma máquina. Para uma proposta de resolução destes casos, vide Paula Costa e Silva, *A Contratação...*, p. 303-304.

¹⁹⁹ O mesmo paralelo havia já sido estabelecido por José de Oliveira Ascensão *in Contratação...*, p. 65 e ss.

²⁰⁰ A colocação, no lugar da máquina, de quem a disponibilizou era já equacionada por Oliveira Ascensão antes da publicação do Decreto-Lei n.º 7/2004. José de Oliveira Ascensão *in Contratação...*, p. 66 e ss.

²⁰¹ José de Oliveira Ascensão *in Contratação...*, p. 67. A observação foi proferida pelo autor, em data anterior à publicação do Decreto-Lei n.º 7/2004, a propósito da possibilidade de aplicação do regime dos artigos 247.º e ss do Código Civil às situações de erro de programação, de funcionamento da máquina e de transmissão. Ela valerá também, em nosso entendimento, em face do novo diploma, que manda aplicar o regime do erro às situações previstas no n.º 2 do artigo 33.º.

²⁰² A exclusão de responsabilidade “sempre que o receptor tenha meios que lhe permitam ou lhe devam permitir identificar os erros” havia sido já defendida por Paula Costa e Silva *in, Transferência...*, p.224. Saliendo, contudo, que é necessário ir mais além do proposta pela autora, José de Oliveira Ascensão, *Contratação...*, p. 68. Vide ainda Paula Costa e Silva, *A Contratação...*, p. 304-305.

Duas observações. Em primeiro lugar, trata-se de uma norma de cariz programático. Não se criam novos mecanismos; antes, porém, abre-se a possibilidade de utilizar a rede como meio de funcionamento dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios já existentes²⁰³. Mais que um ponto de chegada, a solução acolhida é um ponto de partida. Mas tem a vantagem óbvia de promover o diálogo de teóricos e práticos quanto aos proveitos-custos de utilização dessa via e ao seu *modus operandi*. Estamos em crer, no entanto, que o êxito do funcionamento em rede daqueles mecanismos dependerá, em grande medida, da sensibilização e informação do potenciais utilizadores quanto ao respectivo acesso e vantagens.

Segunda questão. A letra do artigo 34.º parece, no entanto, ter ficado aquém da norma comunitária que se pretendeu transpor. Enquanto o texto da Directiva estatui a possibilidade de recurso a “meios electrónicos”, sem distinção, na resolução extrajudicial de litígios, o legislador português permite apenas o “funcionamento em rede” desses mecanismos. Assim, e contrariamente ao que parece resultar da epígrafe acolhida entre nós (“Solução de litígios por *via electrónica*”)²⁰⁴, a letra da lei deixa de fora os meios electrónicos não informáticos (por exemplo, o telefax)²⁰⁵.

²⁰³ O n.º 1 do artigo 17.º da Directiva transposta dispõe claramente que os Estados-Membros devem assegurar que “a sua legislação não impeça a utilização de mecanismos de resolução extrajudicial *disponíveis nos termos da legislação nacional*” (itálico nosso). Note-se que a Directiva sobre comercialização à distância de serviços financeiros é mais arrojada em matéria de “recurso a meios extrajudiciais”, ao prever no n.º 1 do artigo 14.º que os Estados-Membros devem promover não só o desenvolvimento, como também a criação “de procedimentos extrajudiciais, adequados e efectivos, de reclamação e recurso, para a resolução de litígios de consumo” (itálico nosso).

²⁰⁴ Itálico nosso.

²⁰⁵ O legislador espanhol, por seu lado, apesar de ter optado pela epígrafe generalista “*Solución extrajudicial de conflictos*” (artigo 32.º da *Ley/2002, de 11 de julio*), acolheu a orientação comunitária nos precisos termos então formulados, permitindo o uso, sem distinção, de “*medios electrónicos*” (artigo 32.º, n.º 2).

■ ■ ■ 2.3.4. COMUNICAÇÕES PUBLICITÁRIAS EM REDE E *MARKETING* DIRECTO

2.3.4.1. INTRODUÇÃO

O capítulo IV do Decreto-lei n.º 7/2004 versa sobre as comunicações publicitárias em rede e *marketing* directo e destina-se, fundamentalmente, a realizar a transposição de duas matérias distintas:

(a) o regime das comunicações comerciais, constante do artigo 6.º da Directiva 2000/31/CE; e

(b) o regime das comunicações não solicitadas, tal como decorre do artigo 7.º da Directiva 2000/31/CE e do artigo 13.º da Directiva 2002/58/CE, tendo-se optado, nesta sede, por operar uma transposição unitária das duas directivas comunitárias.

2.3.4.2. COMUNICAÇÕES PUBLICITÁRIAS EM REDE

2.3.4.2.1. DEFINIÇÕES

Os artigos 20.º e 21.º do Decreto-lei n.º 7/2004 versam sobre o regime aplicável às *comunicações publicitárias em rede* sem, no entanto, oferecer uma definição para esta expressão. Por esta razão, há que recorrer à definição constante da Directiva 2000/31/CE, que, na alínea h) do respectivo artigo 2.º, designa por *comunicação comercial todas as formas de comunicação destinadas a promover, directa ou indirectamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma actividade de comércio, indústria ou artesanato*. Quanto à opção nacional pela expressão comunicações publicitárias em rede, diz-nos o próprio legislador que *parece preferível esta designação, uma vez que é sempre e só a publicidade que está em causa*²⁰⁶.

De acordo com o número 1 do artigo 18.º e para efeitos de aplicação deste diploma, não constituirão comunicações publicitárias²⁰⁷:

(a) as mensagens que se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador comercial, embora se integrem em serviços da sociedade da informação;

(b) as mensagens que identifiquem objectivamente bens, serviços ou a imagem de um operador, em colectâneas ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação; e

²⁰⁶ Cfr. considerando 4 do Decreto-lei n.º 7/2004.

²⁰⁷ Sublinhe-se, neste ponto, que o conceito de comunicações publicitárias ora introduzido pelo Decreto-lei n.º 7/2004 não coincide com o conceito de publicidade constante do artigo 3.º do Código da Publicidade (aprovado pelo Decreto-lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-lei n.º 74/93, de 10 de Março, 6/95, de 17 de Janeiro, 61/97, de 25 de Março, 275/98, de 9 de Setembro, 51/2001, de 15 de Fevereiro e 332/2001, de 24 de Dezembro, e pela Lei 31-A/98, de 14 de Julho), em particular visto este incluir, ao contrário daquele, a promoção de ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

(c) em geral, mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

Clarifica ainda o número 2 do mesmo artigo, em consonância com a definição de *comunicação comercial* constante da Directiva 2000/31/CE e com o disposto no próprio número 1, que as comunicações publicitárias em rede poderão, sem prejuízo da aplicação deste diploma, promover apenas a imagem do operador, sem envolver directamente a promoção de um dado produto ou serviço.

2.3.4.2.2. DEVERES DE INFORMAÇÃO

O regime das comunicações publicitárias em rede plasmado no Decreto-lei n.º 7/2004, já no seguimento do disposto na Directiva 2000/31/EC, limita-se à imposição de deveres específicos de informação e pretende complementar, nesta área, o que se encontra já disposto na legislação de defesa dos consumidores²⁰⁸.

Assim, nos termos do artigo 21.º, o envio de comunicações publicitárias por via electrónica obriga o remetente à clara identificação, de uma forma a que possam ser apreendidos com facilidade por um destinatário comum:

(a) da natureza publicitária da mensagem, logo que esta seja apresentada no terminal e de forma ostensiva²⁰⁹;

(b) da identidade do anunciante; e

(c) das ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e dos concursos ou jogos promocionais, bem como dos condicionalismos a que ficam submetidos.

Com estes deveres de informação pretende-se assegurar os interesses dos consumidores e a lealdade nas transacções, reconhecendo-se nas comunicações publicitárias em rede um veículo essencial para o financiamento dos serviços da sociedade da informação e para o desenvolvimento de uma grande variedade de novos serviços gratuitos²¹⁰.

2.3.4.2.3. PROFISSÕES REGULAMENTADAS

De acordo com o disposto no número 1 do artigo 23.º do Decreto-lei n.º 7/2004, as comunicações publicitárias à distância por via electrónica em profissões

²⁰⁸ A nível comunitário, *vide* Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância e a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

²⁰⁹ Ao contrário de outros Estados-membros, Portugal optou, nesta matéria, por não obrigar os emissores de comunicações comerciais à utilização de uma palavra ou sigla específica – noutro sentido, entre outros casos, a Lei espanhola n.º 34/2002, de 11 de Julho, relativa aos serviços da sociedade da informação e ao comércio electrónico, estabelece que, quando transmitidas por meios electrónicos, as comunicações comerciais deverão incluir, no seu começo, a palavra *publicidad*. Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee – First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic Commerce) (COM(2003) 702)*, 21 de Novembro de 2003, acessível em europa.eu.int/comm/internal_market/en/ecommerce, pp. 9 e 10.

²¹⁰ Cfr. considerando 29 da Directiva 2000/31/CE.

regulamentadas ²¹¹ são permitidas mediante o estrito cumprimento das regras deontológicas de cada profissão, nomeadamente as relativas à independência e honra e ao sigilo profissionais, bem como à lealdade para com o público e dos membros da profissão entre si.

Com esta disposição, pretende-se garantir, a nível comunitário, a possibilidade de os profissionais liberais recorrerem à actividade publicitária *online*²¹², sem prejuízo do cumprimento das regras profissionais previstas para proteger, nomeadamente, o consumidor ou a saúde pública²¹³.

Neste contexto, o considerando 32 da Directiva 2000/31/CE refere a necessidade de, sem prejuízo da autonomia dos organismos e associações profissionais, se incentivar a elaboração ou adaptação de códigos de conduta a nível comunitário, como sendo a melhor forma para determinar as regras deontológicas especificamente aplicáveis à comunicação comercial²¹⁴.

2.3.4.3. COMUNICAÇÕES NÃO SOLICITADAS

O artigo 22.º do Decreto-lei n.º 7/2004 visa regular a problemática das comunicações não solicitadas, hoje vulgarmente designadas por *spam*.

Antes de delinear os traços gerais do novo regime aplicável a esta matéria, afigura-se-nos útil uma exposição acerca do fenómeno do *spam*, desde as razões para a sua propagação até aos inconvenientes levantados e às soluções já propostas para o seu combate, bem como uma breve análise à reacção que contra este problema tem sido desenvolvida nos Estados Unidos da América e na União Europeia.

2.3.4.3.1. O FENÓMENO DO SPAM

2.3.4.3.1.1. A DEFINIÇÃO DE SPAM

A utilização do termo *spam* para designar os milhões de mensagens não solicitadas enviadas por correio electrónico encontra-se actualmente generalizada

²¹¹ Nos termos do número 2 do mesmo artigo, o conceito de profissões regulamentadas deverá ser interpretado no sentido constante dos diplomas relativos ao reconhecimento na Comunidade de formações profissionais.

²¹² Em Janeiro de 2003, o recurso à publicidade *online* pelos profissionais liberais ainda era proibido de forma absoluta em alguns Estados-membros, designadamente no que respeita aos engenheiros (Itália), aos arquitectos (Itália), aos notários privados (França, Itália, Espanha e Grécia) e aos advogados (Grécia, Irlanda, Portugal), cfr. INSTITUT FÜR HÖHERE STUDIEN (IHS), WIEN, *Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States* (Estudo realizado para a Direcção Geral da Concorrência da Comissão Europeia), 2003, acessível em europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/#liberal, pp. 23 e ss., *maxime* p. 82.

²¹³ Cfr. considerando 32 da Directiva 2000/31/CE.

²¹⁴ Este apelo à auto-regulação já obteve respostas dos mais variados sectores, sendo de salientar: o *Model Code of Conduct Governing On-line Commercial Communications by Member Bodies of the Federation des Expert Comptables Europeens (FEE) and their members*, elaborado pela Federação dos Contabilistas Europeus (FEE); o *Electronic Communication and the Internet*, elaborado pelo Conselho dos Colégios de Advogados na União Europeia (CCBE); o *European Good Practice Guide for publicity relating to physicians' professional practice on the Net*, elaborado pelo Comité Permanente dos Médicos Europeus (CPME); o *Les indications du GPUE concernant les services pharmaceutiques en ligne*, elaborado pelo Grupo Farmacêutico da União Europeia (PGEU); e o *Code of conduct for real estate professionals in the field of e-commerce*, elaborado pelo Conselho Europeu das Profissões Imobiliárias (CEPI). Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Report from the Commission...*, cit., pp. 10 e 11.

a nível mundial²¹⁵. Porém, a vulgarização da expressão *spam* não foi acompanhada de uma uniformidade na sua conceptualização, sendo inúmeros os conceitos apresentados por aqueles que actualmente estudam este fenómeno²¹⁶.

A maior parte das definições de *spam* reúne um elemento comum – o carácter não solicitado das mensagens de correio electrónico – e dois elementos em disputa: o carácter comercial (*unsolicited commercial e-mail* ou *UCE*) e o seu envio em massa (*unsolicited bulk e-mail* ou *UBE*). A favor da definição de *spam* como UCE, apresenta-se o argumento de que, assim, se evita a difícil tarefa de estabelecer uma quantidade mínima de mensagens para a verificação de *spam*. Pelo contrário, definir *spam* como UBE baseia-se no argumento de que o problema estará na transferência de custos e não na natureza das mensagens, para além de que limitar a reacção contra o *spam* a UCE poderia abrir caminho a uma vaga de mensagens de correio electrónico de carácter não comercial²¹⁷. Uma terceira via une os três elementos acima referidos, definindo *spam* como mensagens não solicitadas de cariz comercial enviadas em massa (*unsolicited bulk commercial e-mail* ou *UBCE*)²¹⁸.

2.3.4.3.1.2. AS RAZÕES JUSTIFICATIVAS DO SPAM

A enorme difusão do *spam* na última década baseia-se em três razões fundamentais²¹⁹:

²¹⁵ O termo *spam*, curiosamente, tem origem num produto enlatado de carne de porco da empresa norte-americana *Hormel Foods* designado como *spam* em resultado da contracção de *spice ham*. A sua utilização no contexto da Internet, afirmam alguns, resulta de uma cena de um filme dos *Monty Python*, em que um empregado de um restaurante insiste em incluir *spam* em todos os pratos, ainda que os clientes não o pretendam consumir, cfr. DAVID E. SORKIN, *Technical and legal approaches to unsolicited electronic mail*, in *University of San Francisco Law Review*, Volume 35 (2001), acessível em www.spamlaws.com/articles/usf.html, p. 325, nota 2, ou noutro em que um coro *viking* canta *spam, spam, spam* tão alto que abafa todas as outras conversas, cfr. GARY S. MOOREFIELD, *spam – It's not just for breakfast anymore: federal legislation and the fight to free the Internet from unsolicited commercial e-mail*, in *Boston University Journal of Science and Technology Law*, Volume 5, 10 (1999), acessível em www.bu.edu/law/scitech/volume5/5bujst110.htm, nota 1, § 1.

²¹⁶ Sobre este ponto, vide DAVID E. SORKIN, *Technical and legal...*, cit., pp. 327. e ss.

²¹⁷ No sentido da definição do *spam* como UBE, têm-se pronunciado o ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, que definiu *spam* como a prática de enviar mensagens de correio electrónico, geralmente de natureza comercial, em grandes quantidades e repetidamente a indivíduos com quem o remetente não teve contacto prévio, cfr. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY *Opinion 1/2000 on certain data protection aspects of electronic commerce*, acessível em europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/workinggroup_en.htm, p. 3; a COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (CNPD), que entende o *spam* como as mensagens não solicitadas, de cariz comercial ou outro, enviadas por correio electrónico em grandes quantidades e repetidamente a um ou mais destinatários, cfr. CNPD, *Parecer 13/2003 sobre um Projecto de Decreto-lei que transpõe a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho*, acessível em www.cnpd.pt/actos/par/2003/par013-03.htm, Parte III, § 2; LUÍS MENEZES LEITÃO, de acordo com o qual tanto as mensagens de cariz comercial como as que apresentam conteúdo diverso merecem uma regulação, uma vez que a perturbação causada pelo *spam* consiste no seu carácter indesejado e na multiplicidade de mensagens que origina e não propriamente no seu conteúdo, comercial ou outro. Efectivamente, tanto perturba o utilizador receber uma mensagem anunciando um produto, como uma que lhe pede para participar num abaixo-assinado ou lhe pede para difundir informações sobre novos vírus, cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (spam)*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 223; e DAVID E. SORKIN, de acordo com o qual *since the problem with spam is volume, not content, the UBE approach seems to make more sense*, cfr. DAVID E. SORKIN, *Technical and legal...*, cit., p. 335.

²¹⁸ Esta terceira via ganha actualmente a adesão de SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, que definem o *spam* como o envio em massa e repetitivo de mensagens comerciais indesejadas por um remetente que oculta ou falsifica a sua identidade, que se distingue de outras mensagens comerciais indesejadas pelo seu volume, o seu carácter repetitivo e a sua forma desleal, cfr. SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais não solicitadas e Protecção de Dados*, Comissão das Comunidades Europeias, DGMI, 2001, acessível em europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/studies/spamstudy_en.pdf, p. 98; e a ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS (OCDE), de acordo com a qual o *spam* apresenta quatro características essenciais: (i) mensagem electrónica (*electronic message*); (ii) enviada em massa (*sent in bulk*); (iii) indesejada (*unsolicited*); e (iv) de cariz comercial (*commercial*), cfr. OCDE, *Unsolicited commercial electronic messages (spam) in OECD countries*, Directorate for Science, Technology and Industry – Committee for Information, Computer and Communications Policy, 2003, p. 7.

²¹⁹ Sobre este ponto, vide em geral OCDE, *Unsolicited commercial...*, cit., pp. 9 e ss; LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., pp. 220 e ss; e ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 1/2000 ...*, cit., p. 3.

(a) o *spam* constitui um meio muito eficaz de *marketing* directo com as seguintes vantagens comparativas: (i) permite atingir um grupo alargado de clientes actuais ou potenciais; (ii) proporciona uma elevada flexibilidade de *marketing* e a realização de campanhas publicitárias num prazo reduzido; (iii) promove uma interacção pessoal entre os prestadores de serviços de informação e os clientes; (iv) permite a manutenção de uma rede eficaz de prestação de serviços de assistência e suporte técnico; (v) proporciona uma considerável taxa de resposta; (vi) maximiza a rentabilidade do investimento²²⁰; e (vii) dispensa a necessidade de uma selecção prévia de um público alvo ideal, dado o baixo custo associado ao *spam* – ao contrário do que acontece com a publicidade domiciliária²²¹;

(b) o *spam*, tendo por base o envio de mensagens electrónicas, proporciona ao anunciante uma variedade alargada de possíveis conteúdos, desde textos a fotografias, desenhos, sons ou imagens²²²; e

(c) a utilização do *spam* envolve um baixo custo, em comparação com a publicidade por via postal e telefónica, limitado ao tempo despendido na elaboração da mensagem electrónica e da lista de endereços, sendo o custo remanescente transferido para os prestadores de serviços de acesso e para os destinatários²²³.

Neste contexto, assiste-se, nos últimos anos, à proliferação da oferta de serviços relacionados com a prática de *spam*, desde empresas que organizam e realizam campanhas de *spam*, a outras que comercializam ficheiros de endereços de correio electrónico²²⁴. Em paralelo, têm sido desenvolvidas técnicas para ocultar a identidade dos *spammers* ou falsificar o respectivo endereço de origem, bem como ferramentas sofisticadas de obtenção de endereços de correio electrónico de espaços públicos da Internet, ou outras que geram milhões de possíveis endereços num dado domínio e permitem o posterior registo dos endereços operacionais²²⁵.

Ultimamente, tem-se assistido ainda à conjugação de esforços entre os *spammers* e os criadores de vírus informáticos, que desenvolvem meios de invadir e utilizar computadores pessoais de terceiros para o lançamento de campanhas de *spam*²²⁶.

²²⁰ Nos Estados Unidos da América, a taxa de eficácia do *marketing* directo por meio de correio electrónico situa-se entre os 5% e os 15%, em comparação com uma taxa de 0,5% a 2% para o *marketing* directo por via postal, cfr. SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais...*, cit., p. 13.

²²¹ Relativamente à publicidade domiciliária e afirmando que *é claro que o anunciante também não tem interesse em dirigir a sua publicidade a pessoas que não pretendem recebê-la, verificando-se aqui mesmo uma convergência com o interesse dos destinatários da publicidade, vide* PAULO MOTA PINTO, *Publicidade domiciliária não desejada (junk mail, junk calls e junk faxes)*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Volume LXXIV, Coimbra, 1998, p. 280.

²²² Cfr. CELSO ANTÓNIO SERRA, *Publicidade ilícita e abusiva na Internet*, in *Direito da Sociedade de Informação*, Volume IV, Coimbra Editora, 2003, p. 537.

²²³ Nos Estados Unidos da América, o custo médio de uma campanha de *marketing* directo por meio de correio electrónico corresponde a cerca de 10 cêntimos por envio, em comparação com um montante que pode oscilar entre 50 cêntimos a 1 dólar por unidade expedida por meio dos serviços postais, cfr. SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais...*, cit., p. 13.

²²⁴ Cfr. SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais...*, cit., pp. 31 e ss.

²²⁵ Cfr. OCDE, *Unsolicited commercial...*, cit., pp. 10 e ss.

²²⁶ Cfr. BERNHARD WARNER, *Spammers unleash e-mail worm*, in REUTERS, 2 de Dezembro de 2003, acessível em www.reuters.co.uk/newsArticle.jhtml?type=internetNews&storyID=3924996§ion=news; e ROBYN GREENSPAN, *The deadly duo: spam and viruses*, in INTERNET NEWS, 6 de Novembro de 2003, acessível em www.internetnews.com/stats/article.php/3105181.

E, de acordo com a MESSAGE LABS INC., 70% do *spam* realizado a nível mundial é hoje difundido por meio da utilização de computadores pessoais de terceiros²²⁷.

2.3.4.3.1.3. OS BENEFÍCIOS DO *SPAM*

Quem beneficia do *spam*? Para responder cabalmente a esta questão, há que distinguir as seguintes situações:

(a) o *spam* pode ser realizado pela própria empresa que comercializa os produtos ou os serviços anunciados, sendo esta que, neste caso, auferirá directamente os benefícios da realização de campanhas de *spam*; ou

(b) o *spam* pode ser realizado (i) por conta de terceiros ou (ii) para a posterior comercialização de listas de consumidores interessados, sendo os benefícios, nestes casos, divididos entre os *spammers* e as empresas por conta das quais o *spam* é realizado ou que venham a adquirir e utilizar as referidas listas.

Quanto a esta última situação, encontra-se hoje em franco desenvolvimento o mercado dos *lead generators* (também designado como sector do *submarketing*), constituído por empresas que comercializam listas de consumidores interessados em determinados produtos ou serviços, incluindo o respectivo nome, contacto, morada, produto ou serviço pretendido e outras informações úteis²²⁸.

Por fim, note-se que, curiosamente, o *spam* poderá ainda trazer benefícios aos próprios prestadores de serviços de acesso. De facto, alguns prestadores do serviço de acesso celebram contratos com *spammers*, através dos quais se comprometem a tolerar o envio de mensagens de correio electrónico em massa – bem como o aumento de número de queixas que do *spam* poderá resultar – em troca de um acréscimo no preço do serviço (os chamados *pink contracts*)²²⁹.

2.3.4.3.1.4. OS INCONVENIENTES DO *SPAM*

A utilidade do *spam* ao nível de uma política de *marketing* directo é, no entanto, condicionada pelos sérios inconvenientes levantados ao prestador do serviço de acesso, ao destinatário da comunicação publicitária, ao tecido empresarial e ao próprio interesse público.

Por um lado, o prestador do serviço de acesso suporta custos significativos não só no aumento de capacidade de rede necessário à distribuição de um número

²²⁷ Cfr. BOB SULLIVAN, *How spammers do their work (The Spam Wars)*, in MSNBC NEWS, 11 de Agosto de 2003, acessível em www.msnbc.com/news/spam_front.asp?0sl=-10. Numa estimativa mais baixa, um em cada três mensagens de *spam* são transmitidas por meio de computadores pessoais de terceiros, cfr. MUNIR KOTADIA, *Report: a third of spam spread by rat-infested PCs*, in ZDNET, 3 de Dezembro de 2003, acessível em zdnet.com.com/2100-1105_2-5113080.html.

²²⁸ Cfr. BOB SULLIVAN, MSNBC NEWS, *Who profits...*, *cit.*

²²⁹ Em 2000, foi descoberta a participação dos operadores norte-americanos AT&T e PSINET em acordos celebrados com *spammers*. Mais recentemente, em 2003, os operadores BELL SOUTH e CABLE & WIRELESS foram reconhecidos como credores de avultadas quantias no processo de falência de Ron Scelson, um conhecido *spammer*, cfr. BOB SULLIVAN, *Who profits from spam? Surprise (The Spam Wars)*, in MSNBC NEWS, 8 de Agosto de 2003, acessível em www.msnbc.com/news/spam_front.asp?0sl=-10.

elevado de mensagens electrónicas, como também na alocação de recursos humanos e financeiros para o tratamento das queixas de clientes relativas ao *spam*, para a aquisição, instalação, utilização e manutenção de técnicas de combate contra o *spam* e para o contencioso contra os *spammers*. Para além disso, o *spam* poderá provocar, em muitas situações, a deterioração da qualidade do serviço de acesso, em caso de excesso da capacidade de armazenamento e redução da velocidade de tráfego, bem como um grave dano à imagem do fornecedor do serviço de acesso, pela involuntária associação à utilização de *spam*²³⁰.

Por outro lado, os destinatários do *spam* deparam-se diariamente com o tempo e os custos envolvidos na recepção e selecção das mensagens electrónicas não desejadas, para além do impacto negativo na capacidade de armazenamento e na velocidade de tráfego dos seus computadores pessoais, do risco agravado de contrair vírus informáticos e, sobretudo, da inegável invasão de privacidade que tais mensagens representam. Para além do mais, são frequentemente obrigados a suportar o aumento do preço do serviço como meio de o fornecedor de acesso fazer repercutir nos seus clientes os custos incorridos com o *spam*²³¹.

Quanto às empresas, para além dos inconvenientes sofridos enquanto destinatárias em massa de *spam*, as mesmas assistem à crescente perda de produtividade dos trabalhadores em resultado do tempo despendido na recepção e selecção das mensagens electrónicas. No limite, o impacto negativo na capacidade de armazenamento e na velocidade de tráfego poderá mesmo traduzir-se na paralisação da respectiva rede interna²³².

Por fim e numa perspectiva mais abrangente, o *spam* conduz ainda ao desgaste da confiança do consumidor no comércio electrónico e da credibilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação, tanto mais quanto surge muitas vezes associado a publicidade ilegal ou enganosa²³³. Nestes contornos, e dado o seu crescente volume e impacto, o *spam* é hoje considerado, por muitos, como um dos maiores obstáculos ao pleno desenvolvimento do comércio electrónico e da sociedade da informação²³⁴.

²³⁰ Sobre este ponto, vide OCDE, *Unsolicited commercial...*, cit., p. 14; LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., p.221; CHRISTOPHER D. FASANO, *Getting rid of spam: addressing spam in Courts and in Congress*, in *Syracuse Law and Technology Journal*, 3 (2000), acessível em www.law.syr.edu/studentlife/pdf/fasano1.pdf, pp. 4 e ss.; e GARY S. MOOREFIELD, *Spam – It's not just for breakfast...*, cit., §§ 12 e ss.

²³¹ Sobre este ponto, vide OCDE, *Unsolicited commercial...*, cit., p. 13 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., p.222; e GARY S. MOOREFIELD, *Spam – It's not just for breakfast...*, cit., §§ 12 e ss.

²³² Sobre este ponto, vide OCDE, *Unsolicited commercial...*, cit., pp. 13-14.

²³³ Cfr. OCDE, *Unsolicited commercial...*, cit., p. 16.

²³⁴ Cfr. OCDE, *Unsolicited commercial...*, cit., p. 5. Numa perspectiva mais pessimista e nas palavras de JULIAN HAIGHT, *it is sort of like the loss of innocence of e-mail. And it is going to get worse. I think it is going to get to the point where you cannot send someone an e-mail unless you call them on the phone first and tell them it is coming. A lot of people are at that point already*, cfr. MIKE BRUNKER, *In the trenches of the spam wars (The Spam Wars)*, in MSNBC NEWS, 7 de Agosto de 2003, acessível em www.msnbc.com/news/spam_front.asp?0sl=-10.

2.3.4.3.2. O SPAM EM NÚMEROS

O fenómeno do *spam* teve a sua origem nos Estados Unidos da América e aí tem vindo a atingir o seu expoente máximo. Os últimos números são, de facto, reveladores: tanto a AOL como a MSN afirmaram, em Junho de 2003, bloquear, cada uma, um volume diário de 2400 milhões de mensagens de *spam*. Um estudo realizado pela JUPITER RESEARCH demonstrou que, no ano de 2002, foram enviadas mais de 261 biliões de mensagens não solicitadas para destinatários norte-americanos, ao passo que uma análise levada a cabo pela FERRIS RESEARCH revelou que, no mesmo ano, os custos incorridos pelas empresas norte-americanas no tratamento do *spam* ascenderam a 8900 milhões de dólares²³⁵.

Na União Europeia, o *spam* tem também assumido contornos preocupantes. De acordo com ERKKI LIIKANEN, Comissário Europeu responsável pelo pelouro Empresa e Sociedade da Informação, a perda de produtividade nas empresas da União Europeia foi estimada em 2500 milhões de euros para o ano de 2002. Mais recentemente, afirmou que, em Agosto de 2003, o *spam* atingiu 50% da totalidade do tráfego mundial de correio electrónico e 46% do tráfego comunitário²³⁶.

As últimas tendências têm vindo a colocar o *spam*, cada vez mais, como um dos problemas mais debatidos da actualidade: um estudo levado a cabo pela CORVIGO, demonstrou que, de Setembro a Novembro de 2003, o volume mundial de *spam* terá aumentado em 64%²³⁷, ao passo que a MI2G nos revela que, apenas no mês de Outubro de 2003 (já designado o pior mês de proliferação do *spam*) e a nível mundial, os danos económicos provocados pelo *spam* ascenderam a 10,4 biliões de dólares²³⁸.

2.3.4.3.3. A REACÇÃO CONTRA O SPAM

Tradicionalmente, o *spam* pode ser combatido em quatro frentes: (i) as normas sociais, (ii) a auto-regulação, (iii) a tecnologia e (iv) o Direito, sendo que a tendência actual envolve uma confiança decrescente nas normas sociais e na auto-regulação a favor de um cada vez mais acentuado ênfase nas respostas tecnológica e jurídica²³⁹.

Actualmente, porém, alguns autores afirmam que a única solução válida para o problema do *spam* passará pela colocação de barreiras financeiras e comerciais para o acesso ao correio electrónico e pela implementação de novas regras para a sua utilização²⁴⁰. Para outros ainda, o *spam* não poderá ser solucionado por meio

²³⁵ Cfr. EPRIVACY GROUP, *Spam by Numbers*, 2003, acessível em www.eprivacygroup.com.

²³⁶ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *spam: Commission discusses with public and private stakeholders how to fight spam*, 13 de Outubro de 2003, acessível em europa.eu.int/information_society/newsroom/news/index_en.htm.

²³⁷ Cfr. BUSINESS WIRE, *Spam volume increases by 64%*, 18 de Novembro de 2003, acessível em home.businesswire.com/portal/site/home/?epi_menuItemID=989a6827590d7dda9cdf6023a0908a0c&epi_menuID=c791260db682611740b28e347a808a0c&epi_baseMenuID=384979e8cc48c441ef0130f5c6908a0c&newsId=20031118005479&ndmViewId=news_view&newsLang=en&div=-751075195.

²³⁸ Cfr. ROBYN GREENSPAN, INTERNET NEWS, *The deadly duo...*, cit.

²³⁹ Cfr. DAVID E. SORKIN, *Technical and legal ...*, cit., p. 327.

²⁴⁰ Nas palavras de AL DIGUIDO, *new rules would include an enhanced version of today's whitelisting policy to cover messaging requirements/components, opt-out policies, identity verification, problem resolution, and more*, cfr. AL DIGUIDO, *Spam: the ISP solution*, in CLICKZ, 18 de Dezembro de 2003, acessível em www.clickz.com/em_mkt/opt/print.php/3290221.

de qualquer intervenção, dado os elevados benefícios que proporciona – nas palavras de um *spammer*, a única coisa que poderá eliminar o *spam* será a falta de resposta por parte dos respectivos destinatários²⁴¹.

2.3.4.3.3.1. NORMAS SOCIAIS

Nas primeiras etapas de desenvolvimento da Internet, as regras sociais que a regulam (a chamada *netiquette*) proibiam ou desencorajavam a sua utilização para fins comerciais. Com o passar do tempo, as actividades comerciais foram-se tornando aceites na Internet até um ponto em que atingiram um volume que ultrapassou largamente a sua utilização para fins académicos, educacionais ou de investigação, o que fez com a que *netiquette* restringisse a proibição ou o desencorajamento a determinados usos comerciais censuráveis, entre os quais o *spam*²⁴².

Neste contexto e uma vez considerado contrário às normas sociais da Internet, o *spam* justificaria as mais diversas reacções sociais por parte dos respectivos destinatários: desde o bloqueio do acesso ao endereço do *spammer*, por meio de um número elevado de mensagens electrónicas de protesto (*flaming*), até à difusão de informações negativas acerca do *spammer* na Internet e à restrição da utilização da Internet por servidores que albergam *spammers* (o chamado terrorismo digital)²⁴³.

No entanto, e apesar de aumentar o custo do *spam* na medida do estigma que a este surge associado, estas soluções falham, desde logo, pela impossibilidade de cumprimento coercivo, bem como por padecerem de uma inevitável arbitrariedade e imprevisibilidade. Acresce ainda que serão ineficazes nos casos – cada vez mais frequentes – de falsificação do endereço do *spammer* (*spoofing*)²⁴⁴.

2.3.4.3.3.2. AUTO-REGULAÇÃO

O combate ao *spam* por meio da auto-regulação opera através da elaboração de códigos de conduta, no sector do *marketing* directo ou dos prestadores do serviço de acesso. Esta solução falha, porém, quer pela óbvia ineficácia em relação às empresas não aderentes, quer por uma fraca eficácia em relação às próprias empresas aderentes, dado o elevado potencial do *spam* enquanto meio de *marketing* directo²⁴⁵.

²⁴¹ *The only thing that is going to make spam go away is if people do not respond. When e-mail started you could send out 50,000 e-mails a day and make money. Now you have to invest a lot of money and time, you get a return rate of less than one-tenth of one percent. One day it will become so you cannot send enough to make any money. And that is the only thing that will stop spam*, cfr. BOB SULLIVAN, MSNBC NEWS, *Who profits ...*, cit..

²⁴² Cfr. DAVID E. SORKIN, *Technical and legal ...*, cit., p. 341 e ss.

²⁴³ Cfr. DAVID E. SORKIN, *Technical and legal ...*, cit., p. 341.

²⁴⁴ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., pp. 224-225. Para além das razões expostas, e como nos diz DAVID E. SORKIN, note-se que *spamming has always been a fringe activity, and social pressures tend to be relatively ineffectual against those at the fringes of society, be they stealth spammers seeking relative obscurity or self-proclaimed spam kings flourishing in their own notoriety*, cfr. DAVID E. SORKIN, *Technical and legal ...*, cit., pp. 343 e 344.

²⁴⁵ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., p. 225.

Neste ponto, salienta-se ainda a proibição do *spam* nos contratos celebrados entre os prestadores do serviço de acesso e os respectivos clientes, que, obviamente, falha perante os *spammers* que, não sendo seus clientes, enviam *spam* àqueles que subscrevem os seus serviços²⁴⁶.

2.3.4.3.3.3. TECNOLOGIA

O *spam* pode ser combatido pela utilização de programas informáticos que filtram e bloqueiam automaticamente as mensagens electrónicas não desejadas.

No entanto, esta solução apresenta as seguintes desvantagens: (i) os programas de filtragem e bloqueio podem ser iludidos ou mesmo neutralizados pelos *spammers*; (ii) ao eliminar as mensagens electrónicas não desejadas a *posteriori*, não reduzem os custos, o espaço e o tempo necessário à administração do *spam*; (iii) ao bloquear o acesso a um dado servidor, poderão ser filtradas mensagens desejadas; e (iv) ao implicar um potencial bloqueio de mensagens electrónicas relativas a produtos concorrentes, pode envolver uma ofensa à transparência do mercado²⁴⁷.

2.3.4.2.3.4. DIREITO

No que respeita à utilização do *spam* como meio de *marketing* directo, o Direito poderá eleger um dos seguintes sistemas: (i) a proibição geral do *spam*; (ii) um sistema de opção positiva (*opt-in*), através do qual se permite o *spam* apenas nos casos em que o destinatário manifeste a sua vontade de receber esse tipo de mensagens electrónicas; ou (iii) um sistema de opção negativa (*opt-out*), pelo qual se proíbe o *spam* apenas nos casos em que o destinatário manifesta a sua vontade de não receber esse tipo de mensagens electrónicas.

Desde logo, a proibição geral do *spam* apresenta a séria desvantagem de colidir com a liberdade de expressão e informação, com a liberdade de criação cultural e com a liberdade de iniciativa económica, sem que tal seja justificado pelos interesses dos consumidores, pela tutela da privacidade e pela garantia da protecção dos dados pessoais²⁴⁸.

Quanto ao sistema de opção positiva, o mesmo permite que só receba *spam* quem efectivamente deseja recebê-lo, para além do que: (i) valoriza a relação entre o anunciante e o destinatário; (ii) garante a protecção dos dados pessoais; (iii)

²⁴⁶ Cfr. DAVID. E. SORKIN, *Technical and legal ...*, cit., pp. 343. Alertando para a importância desta solução, não só a nível dos prestadores de serviços de acesso à Internet como também em relação a outros prestadores de serviços de comunicações electrónicas – dado o alargamento do combate ao *spam* às novas tecnologias – e antecipando a necessidade de convergência entre as cláusulas contratuais e a legislação nacional e comunitária, vide COMITÉ DAS COMUNICAÇÕES (COCOM) in *Practical follow-up to the opt-in approach regarding unsolicited electronic mail for direct marketing as included in Directive 2002/58/EC*, Direcção Geral da Sociedade de Informação, 2003, acessível em forum.europa.eu.int/Public/irc/Info/Home/main, p. 5.

²⁴⁷ Neste ponto, vide LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., p. 226.

²⁴⁸ Quanto à questão da inconstitucionalidade de um eventual regime de proibição geral do *spam* em Portugal, vide CNPD in *Parecer 13/2003...*, cit., Parte III, § 3; LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., pp. 236-237 e PAULO MOTA PINTO, *Publicidade domiciliária...*, cit., pp. 285 e 288 e ss.

promove a certeza jurídica para os prestadores de serviços na sociedade da informação; e (iv) incrementa um clima de confiança no comércio electrónico e na sociedade da informação. Tendo em vista um incremento das vantagens atrás referidas, há já quem se pronuncie a favor de um sistema de dupla opção positiva (*double opt-in*), de acordo com o qual o utilizador da Internet confirma o seu consentimento ao reenviar uma mensagem electrónica enviada pelo anunciante após a recolha inicial dos dados pessoais²⁴⁹.

No entanto, ao invés de apenas minorar os inconvenientes causados pelo *spam*, este sistema tende a afastar a sua utilidade enquanto meio de *marketing* directo, dada a inércia da maior parte das pessoas na manifestação do seu consentimento e ponderados os custos do processamento de uma lista das pessoas que desejam receber *spam*²⁵⁰.

O sistema de opção negativa, por seu lado, ao mesmo tempo que salvaguarda a vontade dos destinatários das comunicações publicitárias, permite o aproveitamento do potencial do *spam* enquanto meio de *marketing* directo. No entanto, apresenta as seguintes desvantagens: (i) risco de afastamento de potenciais clientes em virtude de um *marketing* directo excessivo; (ii) prejuízo para as campanhas legítimas de *marketing* directo por meio de correio electrónico, as quais poderão ser confundidas com *spam* e, por isso, ignoradas pelos seus destinatários; (iii) encargos significativos para os destinatários na elaboração e envio de mensagens de opção negativa; e (iv) fraco incentivo para o cumprimento das indicações de opção negativa, dado o baixo custo no uso do *spam* e tendo em conta que os *spammers* tenderão a reutilizar endereços nos quais sabem ter já sido dada atenção às mensagens electrónicas recebidas²⁵¹.

Num regime jurídico em que se permita o *spam*, os inconvenientes gerados pela sua utilização podem ainda ser minorados por normas complementares que, entre outras medidas, concedam aos prestadores do serviço de acesso o direito de recusar a prestação de serviços aos *spammers* ou de bloquear o *spam*, vinculem os *spammers* a deveres específicos de actuação²⁵² ou proíbam o *software* que permita a recolha de endereços de correio electrónico, a utilização do *spam* ou a falsificação do endereço electrónico do remetente²⁵³.

A regulação jurídica do *spam* apresenta, porém, a séria desvantagem da difícil aplicação, pelo carácter universal da Internet, pela variedade das legislações

²⁴⁹ Cfr. SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais...*, cit., pp. 118 e ss.

²⁵⁰ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens ...*, cit., pp. 227-228.

²⁵¹ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., pp. 227-228 e SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais ...*, cit., pp. 111 e ss.

²⁵² Entre outros: (i) proibição da falsificação da identidade ou do endereço electrónico do remetente; (ii) proibição de *headers* ou de assuntos falsos ou enganosos; (iii) proibição da utilização de contas de correio electrónico ou de domínios de terceiros sem o consentimento destes; (iv) proibição de falsificação de informação relativa ao ponto de origem da comunicação; (v) proibição de acesso não autorizado ou falsificação da informação de *routing*; e (vi) obrigação de identificação do conteúdo da comunicação publicitária por meio de siglas *standard*.

²⁵³ Cfr. OCDE, *Unsolicited commercial...*, cit., pp. 17-18.

nacionais e pela consequente dificuldade na obtenção de uma adequada regulação universal²⁵⁴.

2.3.4.3.3.1. A REACÇÃO NORTE-AMERICANA

Nos Estados Unidos da América, o combate ao *spam* teve como pioneiros os grandes prestadores de serviços de acesso à Internet, que, beneficiando do incentivo e da capacidade financeira necessários, instauraram diversas acções judiciais contra os *spammers* com os mais diversos fundamentos – desde o uso não autorizado de propriedade privada (*trespass to chattels*)²⁵⁵ a violação de direitos de marca²⁵⁶ (*trademark infringement*) e a concorrência desleal²⁵⁷ (*unfair competition*).

Por outro lado, a defesa dos *spammers*, na maior parte dos casos baseada na liberdade de expressão, não tem recebido acolhimento junto dos tribunais, que consideram não caber a entidades privadas assegurar o exercício de tal liberdade constitucional²⁵⁸.

Quanto ao plano legislativo, a posição assumida em relação ao problema do *spam*, tanto a nível federal como estadual, foi, no início, uma posição neutral, com base no receio de que qualquer intervenção legislativa pudesse impedir a plena expansão da Internet e do comércio electrónico. No entanto, a dimensão preocupante do fenómeno levou a que, desde 1997, o combate contra o *spam* passasse para o plano legislativo.

Ao nível estadual, foi aprovada legislação contra o *spam*, entre 1997 e 2003, em trinta e seis Estados²⁵⁹. Destes, vinte e um Estados aprovaram um regime de opção

²⁵⁴ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., p. 228. Contra uma solução jurídica, por considerá-la não só desnecessária, como perigosa, WALDEMAR INGDAHL e NICKLAS LUNDBLAD argumentam que o problema do *spam* deverá estar resolvido daqui a cinco anos, com base na evolução tecnológica e independentemente de qualquer intervenção legislativa nesta matéria, pelo que qualquer solução jurídica entretanto adoptada, quando o mercado por si só está a resolver o problema, apenas terá um efeito negativo no desenvolvimento do comércio electrónico – daí que, quanto à recente tendência legislativa, dizem os mesmos autores que *the politicians know that spam will disappear as a result of technological development, and are now vying for a bit of the glory for eliminating the spam nuisance (...)* We should be more worried about getting spammed by laws than by e-mails. E-mails can be easily erased. Try doing that with legislation, cfr. WALDEMAR INGDAHL e NICKLAS LUNDBLAD, *Why legislation on spam is not only unnecessary but dangerous*, in THE SCOTSMAN, 23 de Dezembro de 2003, acessível em www.news.scotsman.com/opinion.cfm?id=1404252003.

²⁵⁵ Vide, entre outros casos, *CompuServe Inc. vs. Cyber Promotions Inc. e Sanford Wallace* (District Court for the Southern District of Ohio), acessível em www.spamlaws.com/cases/compuserve.html; *Mark Ferguson vs. Friendfinders Inc.* (Superior Court of San Francisco County), acessível em www.spamlaws.com/cases/ferguson.html; *Intel Corporation vs. Kourosh Kenneth Hamidi* (Superior Court of Sacramento County), acessível em <http://www.spamlaws.com/cases/hamidi2.html>; *Hotmail Corporation vs. Van\$ Money Pie Inc., ALS Enterprises Inc., LCGM Inc.* e outros (District Court for the Northern District of California), acessível em www.spamlaws.com/cases/vanmoneypie.html; *America Online Inc. vs. IMS* e outros (District Court for the Eastern District of Virginia), acessível em lw.bna.com/lw/19981117/0011.htm.

²⁵⁶ Vide, entre outros casos, *America Online vs. Cyber Promotions Inc.* (District Court for the Eastern District of Pennsylvania), acessível em www.epic.org/free_speech/cyberp_v_aol.html; *Hotmail Corporation vs. Van\$ Money Pie Inc., ALS Enterprises Inc., LCGM Inc.* e outros (District Court for the Northern District of California), acessível em www.spamlaws.com/cases/vanmoneypie.html; *America Online Inc. vs. IMS* e outros (District Court for the Eastern District of Virginia), acessível em lw.bna.com/lw/19981117/0011.htm.

²⁵⁷ Vide, entre outros casos, *America Online vs. Cyber Promotions Inc.* (District Court for the Eastern District of Pennsylvania), acessível em www.epic.org/free_speech/cyberp_v_aol.html; *Hotmail Corporation vs. Van\$ Money Pie Inc., ALS Enterprises Inc., LCGM Inc.* e outros (District Court for the Northern District of California), acessível em www.spamlaws.com/cases/vanmoneypie.html.

²⁵⁸ Em geral nesta matéria, vide CHRISTOPHER D. FASANO, *Getting rid...*, cit. e GARY S. MOOREFIELD, *spam – It's not just for breakfast ...*, cit..

²⁵⁹ Acessíveis em www.spamlaws.com.

negativa²⁶⁰, na sua maioria aplicando este regime a mensagens comerciais não solicitadas²⁶¹, tendo apenas dois, os Estados da *California* e do *Delaware*, seguido um regime de opção positiva, o primeiro aplicando tal regime a mensagens comerciais não solicitadas, o segundo limitando-o a mensagens comerciais não solicitadas enviadas em massa²⁶².

Ao nível federal, a 106.^a (1999/2000), a 107.^a (2001/2002) e a 108.^a (2003/2004) sessões do Congresso viram, no seu conjunto, vinte e oito projectos em discussão para legislação na matéria do combate ao *spam*²⁶³. Por fim, e já no final de 2003, um dos projectos em discussão, designado *Can-Spam Act 2003*, foi aprovado pelo Congresso e assinado pelo Presidente, tendo entrado em vigor no dia 1 de Janeiro de 2004²⁶⁴.

Em termos gerais, o *Can-Spam Act 2003* estabelece o seguinte²⁶⁵:

(a) uma definição de *spam* restrita à finalidade de promoção de um produto ou serviço, excluindo-se as mensagens enviadas no âmbito de uma relação comercial ou laboral actual (*transactional or relationship message*)²⁶⁶;

(b) a criminalização de diversos comportamentos relacionados com *spam*, punidos com multa ou com pena de prisão até cinco anos²⁶⁷;

(c) o novo regime aplicável ao envio de mensagens comerciais por correio electrónico, designadamente: (i) proibição de informação falsa ou enganosa no que respeita à transmissão das mensagens; (ii) proibição de assuntos enganosos; (iii) obrigação de incluir endereço do remetente, válido e operacional, ou de outro mecanismo que sirva o mesmo propósito, como uma hiperligação a uma página da

²⁶⁰ Designadamente, *Arizona, Arkansas, Colorado, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Michigan, Minnesota, Nevada, New Mexico, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Tennessee, Texas e Utah*, cfr. www.spamlaws.com/state/summary.html.

²⁶¹ Dos vinte e um Estados referidos na nota anterior, apenas os Estados de *Idaho, Iowa e Tennessee* limitam o regime de *opt-out* a UBCE, ao passo que o Estado do *Arkansas* visa apenas as comunicações comerciais não solicitadas com conteúdo pornográfico, cfr. www.spamlaws.com/state/summary.html.

²⁶² Em linhas gerais, os diplomas estaduais centram-se nas seguintes disposições: (i) obrigação de colocação de uma sigla na comunicação não solicitadas, ou apenas nas que contenham conteúdo pornográfico; (ii) obrigação de utilização de um endereço de remetente válido; (iii) proibição de falsas informações relativas à identidade do remetente e ao assunto da comunicação; (iv) proibição da utilização de um nome, endereço electrónico ou domínio de terceiro para o envio de comunicações não solicitadas, sem a respectiva autorização; e (v) proibição da comercialização ou da posse de *software* que permita a falsificação do endereço electrónico do remetente, cfr. www.spamlaws.com/state/summary.html.

²⁶³ Acessíveis em www.spamlaws.com/federal/index.html.

²⁶⁴ Sobre este ponto, vide BRIAN MORRISEY, *Senate passes anti-spam bill; calls for do-not-spam list*, in DMNEWS – THE ONLINE NEWSPAPER OF RECORD FOR DIRECT MARKETERS, 23 de Outubro de 2003, acessível em www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25370; SUSAN KUCHINSKAS, *U.S. Senate Cans Spam*, in INTERNET NEWS, 22 de Outubro de 2003, acessível em www.internetnews.com/IAR/print.php/3097451; e DECLAN MCCULLAGH, *Bush Oks spam bill – but critics not convinced* in CNET NEWS.COM, 16 de Dezembro de 2003, acessível em news.com.com/2100-1028_3-5124724.html

²⁶⁵ Para a versão final do diploma, vide www.spamlaws.com/federal/108s877.html.

²⁶⁶ Assim, se por um lado se excluem do âmbito de protecção deste diploma as mensagens de cariz não comercial, por outro lado, a definição adoptada não parece excluir as mensagens solicitadas nem aquelas enviadas no âmbito de uma relação comercial preexistente.

²⁶⁷ Designadamente, constitui crime: (i) o acesso não autorizado a computadores protegidos para a transmissão de mensagens comerciais em massa; (ii) a utilização de um computador protegido para o *relay* ou a retransmissão de mensagens comerciais em massa com o fim de dissimular a respectiva origem; (iii) a falsificação da informação e o envio de mensagens comerciais em massa; (iv) o registo de cinco ou mais contas de endereço electrónico ou de dois ou mais domínios com base em informação falsa e o envio de mensagens comerciais em massa de qualquer dessas contas ou domínios; e (v) a actuação como titular do registo ou sucessor legítimo no registo de cinco ou mais endereços de IP e o envio de mensagens comerciais em massa a partir das mesmas. A expressão “em massa” (no original, *multiple*) surge definida como um número superior a 100 mensagens no período de 24 horas, 1000 mensagens no período de 30 dias ou 10000 mensagens no período de 1 ano.

Internet; (iv) proibição de envio de mensagens comerciais decorridos dez dias após oposição do destinatário, bem com da transmissão do seu endereço de correio electrónico a partir desse momento; e (v) obrigação de incluir uma clara identificação da mensagem como comercial, informação relativa ao direito de oposição face a futuras mensagens comerciais e o endereço físico do remetente;

(d) a obrigação de colocar uma sigla nas mensagens comerciais com conteúdos de cariz sexual, sob pena de multa ou prisão até cinco anos;

(e) a competência para a aplicação da *Can-Spam Act 2003* é atribuída à *Federal Trade Commission* e a diversas autoridades sectorialmente competentes no que respeita às entidades sujeitas ao seu âmbito de supervisão – entre outras, a *Federal Communications Commission*, a *Securities and Exchange Commission* e o *Office of the Controller of Currency*;

(f) a legitimidade para a instauração de uma acção civil em caso de violação do disposto no *Can-Spam Act 2003* é limitada (i) às autoridades federais, (ii) às autoridades estaduais, em defesa dos interesses dos residentes no respectivo Estado, e (iii) aos fornecedores de acesso que tenham sofrido um prejuízo em resultado da violação deste diploma – no âmbito desta acção civil, poderá ser pedida a interrupção da violação da lei ou uma indemnização correspondente ao valor do prejuízo efectivamente sofrido ou do montante indemnizatório legalmente estabelecido, consoante o que for mais elevado²⁶⁸;

(g) a obrigação por parte da *Federal Communications Commission* de, após consulta da *Federal Trade Commission* e no prazo de 270 dias a contar da entrada em vigor do diploma, emitir um regulamento para a protecção dos consumidores perante mensagens comerciais não desejadas no serviço móvel de telefone que, designadamente, atribua aos utilizadores, pelo menos, o direito de oposição à recepção de futuras mensagens comerciais e obrigue à disponibilização de um meio electrónico através do qual possam os utilizadores exercer tal direito; e

(h) a obrigação por parte da *Federal Trade Commission* de apresentar ao Congresso um plano de criação de um registo de opção negativa (*Do-not-email registry*) no prazo de 6 meses após a entrada em vigor do diploma, juntamente com uma exposição dos problemas práticos e técnicos envolvidos em tal registo, e a autorização (mas não a obrigação) para a execução desse plano decorridos 9 meses após a mesma data.

²⁶⁸ A indemnização legal corresponde a um montante base por cada mensagem enviada até um limite global máximo legalmente estabelecido, o qual poderá ser agravado para o triplo em caso de dolo ou verificando-se qualquer um dos casos de violação agravada – a saber: (i) colheita de endereços de correio electrónico e ataques de dicionário, (ii) registo automático de múltiplos endereços de correio electrónico e (iii) *relay* ou retransmissão por meio de acesso não autorizado. Em qualquer caso, a indemnização poderá ser reduzida caso o infractor tenha estabelecido uma política comercial razoavelmente destinada a evitar tais violações ou estas tenham ocorrido não obstante esforços razoáveis envidados no sentido de cumprir a referida política comercial. No caso de acções instauradas pelas autoridades federais ou estaduais, o montante base é fixado até \$ 250 e o limite global máximo ascende a \$ 2.000.000,00, excepto no caso de informações falsas ou enganosas relativas ao envio. No caso de acções instauradas pelos fornecedores de acesso, o montante base é fixado até \$ 100, em caso de informações falsas ou enganosas relativas ao envio, ou \$ 25, nos restantes casos, ascendendo o limite global máximo a \$ 1.000.000,00, excepto no caso de informações falsas ou enganosas relativas ao envio.

O *Can-Spam Act 2003* revoga a legislação estadual sobre a utilização do correio electrónico para o envio de mensagens comerciais, excepto na medida em que a mesma proíba a inclusão de informações falsas ou enganadoras – entre outros casos, foram, desta forma, revogados os regimes de opção positiva recentemente aprovados nos Estados da *California* e do *Delaware*, bem com a legitimidade processual conferida aos destinatários do *spam* em diversos outros Estados.

Ainda antes da sua entrada em vigor, o *Can-Spam Act 2003* encontrava-se já rodeado por uma acesa polémica. Tendo o forte apoio de diversas associações norte-americanas de *marketing* directo²⁶⁹, o regime tem levantado o alarme das associações de combate ao *spam*, que receiam uma nova vaga de *spam* com proporções gigantescas, como consequência da permissão legal²⁷⁰. Por outro lado, as próprias autoridades federais, entre as quais a *Federal Trade Commission*, declarou já publicamente recear que a nova legislação crie demasiadas excepções e dificuldades a uma eficaz aplicação. Curiosamente, parte dos grandes prestadores de serviço de acesso à Internet têm-se colocado a favor deste regime moderado, defendendo algumas vozes que, sem querer deixar de combater os *spammers*, pretendem os próprios prestadores de serviços poder continuar a realizar *spam* para fins de *marketing* directo dos seus produtos e serviços^{271 272}.

2.3.4.3.3.2. A REACÇÃO EUROPEIA

Na União Europeia, o *spam* não se tem feito sentir de uma forma comparável àquela que tem assumido nos Estados Unidos da América. Para isto concorreu o relativo estado de imaturidade do comércio electrónico, a consciência generalizada da ilicitude do *spam* antes que o mercado de endereços de correio electrónico se pudesse desenvolver e a forte tradição europeia de protecção dos dados pessoais. Acresce, ainda, a experiência da forte reacção dos consumidores e das autoridades contra o *marketing* directo por telefone e por fax durante os anos oitenta e noventa,

²⁶⁹ Face à crescente opinião pública contra o fenómeno do *spam*, o sector do *marketing* directo desistiu da tradicional oposição à introdução de legislação nesta matéria e tem vindo a defender que um regime de opção negativa, aliado a uma eficaz política de perseguição dos principais *spammers* no mercado, será suficiente para reduzir drasticamente o volume de *spam*, cfr. ANDREA STONE, *Marketers trying to influence Congress on spam*, in USA TODAY, 11 de Novembro de 2003, acessível em www.usatoday.com/news/washington/2003-11-10-spam-congress_x.htm; e MIKE BRUNKER, *How lawmakers want to can spam*, in MSNBC NEWS, 12 de Agosto de 2003, acessível em www.msnbc.com/news/spam_front.asp?0sl=10.

²⁷⁰ Assim, diz-nos DAVID E. SORKIN que a preocupação do legislador deveria centrar-se não apenas em combater os actuais 200 *spammers*, mas sobretudo em evitar os potenciais 200 milhões de *spammers* que apenas esperam pela permissão legal para realizar campanhas de *spam* em larga escala, cfr. MIKE BRUNKER, MSNBC NEWS, *How lawmakers...., cit.*. Também neste sentido, a MESSAGELABS afirma que o sector de *marketing* directo, e mesmo alguns *spammers*, manifestaram publicamente a sua satisfação pelo novo diploma e referiram assistir-se já ao aumento das encomendas de campanhas de *marketing* em rede com utilização de *spam*, cfr. MESSAGELABS, *Can Spam Act likely to increase record levels of spam*, Comunicado de 30 de Novembro de 2003, acessível em www.message-labs.com/print.asp?contentitemid=614&aspectid=.

²⁷¹ Cfr. MIKE BRUNKER, MSNBC NEWS, *How lawmakers...., cit.*

²⁷² Outras críticas negativas recentemente apontadas ao novo diploma federal baseiam-se: (i) na falta de atribuição de legitimidade processual aos destinatários; (ii) na possibilidade de dificultar o exercício do direito de oposição por meio de hiperligação a páginas que poderão activar inúmeros *pop-ups*; (iii) na falta da obrigação de se apor uma sigla para o *spam* que não apresente um conteúdo de cariz sexual, anteriormente imposta por, pelo menos, quinze Estados e agora revogada; e (iv) no facto de não se combater o *spam* não comercial, designadamente de cariz político, religioso ou social, cfr. DECLAN MCCULLAGH, CNET NEWS.COM, *Bush Oks spam bill...., cit.*

que fez nascer, desde logo, a impopularidade destas técnicas entre o sector da sociedade da informação²⁷³.

No entanto, a análise da experiência norte-americana e o receio do alargamento do fenómeno em toda a sua extensão ao espaço europeu num futuro próximo, levou a que se optasse, desde logo no plano legislativo, por uma postura radical. Assim, e no seguimento dos primeiros passos dados ao nível da legislação de protecção de dados pessoais e de defesa dos consumidores²⁷⁴, a Directiva 2002/58/CE, relativa à privacidade nas comunicações electrónicas, veio estabelecer o novo regime aplicável às comunicações não solicitadas, sujeitando a utilização do correio electrónico para fins de *marketing* directo ao consentimento prévio dos destinatários (regime de opção positiva ou *opt-in*), proibindo a dissimulação ou falsificação da identidade do remetente e obrigando este à utilização de um endereço válido.

É hoje, porém, opinião comum dentro da União Europeia que o regime de opção positiva não trará, por si só, uma solução rápida e eficaz ao problema – tanto mais que grande parte do *spam* tem origem fora da União Europeia e que um dos seus principais países de origem, os Estados Unidos da América, acabou de aprovar um regime de opção negativa.

Para fazer face a estas dificuldades e tendo-se chegado ao final do prazo de transposição da Directiva 2002/58/CE, a Comissão Europeia empenha-se agora na promoção de medidas adicionais no combate ao *spam*, vertidas na Comunicação da Comissão Europeia de 22 de Janeiro de 2004 relativa às comunicações comerciais não solicitadas ou *spam*²⁷⁵. De entre as várias coordenadas das linhas de acção propostas pela Comissão Europeia aos Estados-membros, salienta-se a realização de acções de sensibilização do público, a promoção de códigos de conduta e de sistemas de rótulos e de certificação de qualidade no sector de *marketing* directo e o

²⁷³ A confirmar esta situação, quase todas as autoridades nacionais europeias confirmavam, até 2001, não terem recebido qualquer queixa relativa a *spam*, sendo raros os casos de jurisprudência sobre esta matéria, cfr. SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais ...*, cit., pp. 81 e ss. Os mesmos autores explicam a ausência de litígios (i) pela novidade da legislação nacional de transposição das Directivas 96/66/CE e 97/77/CE e (ii) pela tendência dos destinatários a dirigir as suas reclamações aos prestadores de serviços de acesso – *it appears to be the case that the inconvenience caused by unsolicited commercial e-mail at present is not perceived as being sufficiently serious to warrant taking legal proceedings in order to bring it to an end*, op. cit., p. 87.

²⁷⁴ Designadamente, a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, Directiva 97/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância e a Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações. A própria Directiva 2000/31/CE, no que respeita às comunicações não solicitadas, fixou (i) o dever de identificação clara e inequívoca das comunicações comerciais por correio electrónico a partir do momento em que é recebida pelo destinatário e (ii) a obrigação, para os prestadores de serviços que enviem comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico, de consultar regularmente e respeitar os registos de opção negativa onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações – o que, na altura, terá levantado uma acesa polémica entre os que viam nesta disposição a concessão aos Estados-membros da opção entre um sistema de opção positiva e um sistema de opção negativa e outros que a interpretavam no sentido de nela ver uma preferência pelo sistema de opção negativa.

Sobre este ponto, vide CNPD, *Parecer 13/2003...*, cit., Parte II, § 1.2; LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., p. 234; SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais ...*, cit., p. 77 e ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet – Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 146-147.

²⁷⁵ COMISSÃO EUROPEIA, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on unsolicited commercial communications or spam (Text with EEA relevance)*, (COM(2004) 28 final), 22 de Janeiro de 2004, acessível em europa.eu.int/information_society/topics/ecom/highlights/current_spotlights/spam/index_en.htm.

desenvolvimento de técnicas de filtragem do *spam*. Ao mesmo tempo, pretende-se, no futuro imediato, abrir vias de cooperação internacional com vista a um combate concertado contra o *spam*, designadamente no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económicos (OCDE)²⁷⁶.

2.3.4.3.3.3. A REACÇÃO PORTUGUESA

Em Portugal, o combate ao *spam* deu os seus primeiros passos em 1998, com a aprovação da Lei 67/98, de 26 de Outubro, relativa à protecção dos dados pessoais, e da Lei 69/98, de 28 de Outubro, relativa ao tratamento dos dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações²⁷⁷, e, em 2001, com a aprovação do Decreto-lei n.º 143/2001 de 26 de Abril, relativo à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância²⁷⁸.

Em qualquer caso, o *spam* cujo conteúdo se enquadre no conceito de publicidade encontra-se sujeito ao regime geral da publicidade – tendo em conta que o conceito de publicidade vertido no artigo 3.º do Código da Publicidade não se encontra limitado às comunicações ao público, incluindo portanto comunicações individuais, e abrange qualquer forma de comunicação, incluindo o correio electrónico^{279 280 281}.

Por fim, o novo regime comunitário das comunicações não solicitadas, introduzido pelo artigo 7.º da Directiva 2000/31/CE e, sobretudo, pelo artigo 13.º da Directiva

²⁷⁶ Sobre o plano de acção comunitário de combate ao fenómeno do *spam*, vide também COMITÉ DAS COMUNICAÇÕES (COCOM), *Practical follow-up...*, cit. e *Practical follow-up to the opt-in approach regarding unsolicited electronic mail for direct marketing as included in Directive 2002/58/EC – Follow-up to the consultation and recommended action plan*, DGSI, 2003, acessível em forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/Home/main e ainda DIRECÇÃO GERAL DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO, *An issue paper for the EU Workshop on unsolicited commercial communications or spam to be held in Brussels on 16 October 2003*, 2003, acessível em europa.eu.int/information_society/topics/ecomm/highlights/current_spotlights/spam/index_en.htm.

²⁷⁷ Na transposição da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, a Lei 67/98, de 26 de Outubro, estabeleceu as seguintes regras com especial relevo no que respeita à utilização dos dados pessoais para fins de *marketing* directo: o princípio da qualidade dos dados pessoais (artigo 5.º), o princípio da legitimidade no tratamento dos dados pessoais (artigo 6.º), o direito de informação do titular dos dados pessoais (artigo 10.º) e o direito de oposição do titular dos dados pessoais ao tratamento ou à transmissão dos seus dados para efeitos de *marketing* directo ou qualquer outra forma de prospecção (artigo 12.º).

Na transposição da Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações, a Lei 69/98, de 28 de Outubro, veio estabelecer, no respectivo artigo 12.º, o seguinte regime: (a) sistema de opção positiva, no que respeita às acções de *marketing* directo por meio de (i) aparelhos de chamada automáticos ou de (ii) aparelhos de fax; e (b) sistema de opção negativa, no que respeita às acções de *marketing* directo por quaisquer outros meios. Por fim, estabelece ainda, nesta matéria, a equiparação da protecção às pessoas singulares e colectivas.

Sobre a aplicação do regime de protecção de dados pessoais à matéria das comunicações publicitárias em rede, vide ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 1/2000...*, cit., pp 4-5, e *Working Document: Privacy on the Internet – An integrated EU approach to the on-line data protection*, 21 Novembro 2000, acessível em europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2003/wp68_en.pdf, p. 37; SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais ...*, cit., pp. 105 e ss; CNPD, *Parecer 13/2003...*, cit., Parte III, § 4; e PEDRO PAIS VASCONCELOS, *Protecção de dados pessoais e direito à privacidade*, in *Direito da Sociedade da Informação*, Volume I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, 1999, p. 252.

²⁷⁸ Na transposição da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, o Decreto-lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, estabeleceu, no respectivo artigo 11.º, o seguinte regime no que respeita à utilização de técnicas de comunicação à distância: (a) sistema de opção positiva no que respeita a (i) sistema automatizado de chamada sem intervenção humana, nomeadamente os aparelhos de chamada automática e (ii) os aparelhos de telefax; e (b) sistema de opção positiva quanto à utilização de quaisquer outras técnicas de comunicação à distância que permitam uma comunicação individual.

²⁷⁹ Neste sentido, LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., p. 238, e CELSO ANTÓNIO SERRA, *Publicidade ilícita...*, cit., pp. 538-539.

2002/58/CE, foi, por motivos de política legislativa, vertido para a ordem jurídica nacional pelo Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro.

2.3.4.3.4. O NOVO REGIME DAS COMUNICAÇÕES NÃO SOLICITADAS

O novo regime das comunicações não solicitadas, constante do artigo 22.º do Decreto-lei n.º 7/2004, é aplicável às mensagens:

(a) enviadas para fins de *marketing* directo – optando por esta expressão (a qual, aliás, deverá ser distinguida daquela utilizada nos artigos 20.º e 21.º, a saber *comunicações publicitárias em rede*), quis o legislador, no seguimento da interpretação que a nível comunitário tem vindo a ser feita do disposto no artigo 13.º da Directiva 2002/58/CE, incluir no âmbito de aplicação do artigo 22.º não só mensagens de carácter comercial como também outras mensagens enviadas por instituições de solidariedade social ou outras associações ou fundações, por exemplo partidos políticos²⁸²; e

(b) cuja recepção seja independente de intervenção do destinatário, nomeadamente por via de aparelhos de chamada automática, aparelhos de telecópia ou por correio electrónico²⁸³ – note-se que o termo *correio electrónico* deverá ser interpretado com base na definição alargada constante da alínea h) do artigo 2.º da Directiva 2002/58/CE, a saber *qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário a recolher*²⁸⁴.

²⁸⁰ Com especial relevo para a regulamentação das comunicações publicitárias em rede, atente-se:

(i) ao princípio da identificabilidade da mensagem publicitária, vertido no número 1 do artigo 8.º do Código da Publicidade, o qual exige uma identificação desta que permita o imediato reconhecimento do seu carácter publicitário por parte do destinatário e uma clara distinção entre as mensagens publicitárias e as demais comunicações; e

(ii) à proibição da publicidade oculta ou dissimulada, constante do número 1 do artigo 9.º do Código da Publicidade, de acordo com o qual é vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem.

²⁸¹ Uma questão que tem vindo a ser debatida pela doutrina é a da aplicabilidade do regime da publicidade domiciliária às comunicações publicitárias em rede. No que respeita ao regime especial da publicidade domiciliária constante da Lei 6/99, de 27 de Janeiro, a própria lei nos responde pela negativa, ao excluir do seu âmbito de aplicação a publicidade por correio electrónico, de acordo com o disposto no número 2 do respectivo artigo 1.º. Quanto ao artigo 23.º do Código da Publicidade, a doutrina diverge quanto à sua aplicabilidade analógica às comunicações publicitárias em rede. A favor, defende ALEXANDRE DIAS PEREIRA que a publicidade por correio electrónico integra a hipótese do artigo 23.º do Código, cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, 1999, p. 94. Negando a aplicação analógica, LUÍS MENEZES LEITÃO é da opinião que a caixa de correio electrónico de uma pessoa não pode ser equiparada ao seu domicílio, na medida em que é acessível a partir de qualquer lugar do mundo, mesmo que o destinatário se encontre em viagem, podendo ser recolhida num simples computador portátil ou mesmo em computadores à disposição do público, cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *A distribuição de mensagens...*, cit., p. 238; no mesmo sentido, diz-nos CELSO ANTÓNIO SERRA que, ou se toma o conceito de domicílio por demasiado amplo de sorte que um mero computador portátil, munido com um modem, pode ser considerado um domicílio, ou então a tese de Alexandre Libório Dias Pereira não colhe, cfr. CELSO ANTÓNIO SERRA, *Publicidade ilícita...*, cit., p. 540; e, por fim, PAULO MOTA PINTO afirma que a publicidade através da Internet não se pode dizer propriamente entregue no domicílio do destinatário, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Publicidade domiciliária...*, cit., p. 275.

²⁸² Sobre esta matéria, *there is no definition of direct marketing, only a description in recital 30 of Directive 95/46/EC, which states that messages by charities and political parties are also covered by the definition*, cfr. COMITÉ DAS COMUNICAÇÕES (COCOM), *Practical follow-up...*, cit., § 4. No mesmo sentido, vide a apresentação de powerpoint efectuada pela DIRECÇÃO GERAL DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, aquando do workshop sobre as comunicações comerciais não solicitadas ou spam, realizado em Bruxelas em 16 de Outubro de 2003, acessível em europa.eu.int/information_society/topics/ecomhighlights/current_spotlights/spam/index_en.htm.

²⁸³ Incluem-se, assim, no sistema de opção positiva as comunicações publicitárias enviadas por qualquer meio que proporcione uma recepção independente da intervenção do seu destinatário, o que, na interpretação adiantada pela CNPD, permite abranger não só os aparelhos de chamada automática e os aparelhos de fax, como também quaisquer outros meios de comunicação electrónica – quanto a estes últimos, diz-nos a CNPD, a Directiva permite aos Estados-membros a selecção de um sistema de opt-in ou de opt-out. O projecto de decreto-lei afigura-se claro quanto à decisão pelo sistema de opt-in, cfr. CNPD, *Parecer 13/2003...*, cit., Parte IV, § 2.1.1.

O novo regime aplicável às comunicações não solicitadas constante do artigo 22.º baseia-se nas seguintes regras:

(1) Sistema de opção positiva relativamente às mensagens enviadas a pessoas singulares (número 1), excepto quando nos encontrarmos no âmbito de uma relação preexistente de fornecimento de produtos ou serviços, no que respeita aos mesmos ou a produtos ou serviços análogos, desde que (i) tenha sido explicitamente oferecida ao cliente a possibilidade de o recusar por ocasião da transacção realizada e (ii) não implique para o destinatário um dispêndio adicional ao custo do serviço de telecomunicações (número 3).

Para efeitos de aplicação do regime de opção positiva, diz-nos a Directiva 2002/58/CE que o consentimento do destinatário deverá ser prévio e explícito (considerando 40) e terá de ser interpretado de acordo com Directiva 95/46/CE (alínea f) do artigo 2.º), a qual, na alínea h) do respectivo artigo 2.º, o define como *qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, pela qual a pessoa em causa aceita que dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objecto de tratamento*. Acrescenta ainda a Directiva 2002/58/CE, no considerando 17, que *o consentimento pode ser dado por qualquer forma adequada que permita obter uma indicação comunicada de livre vontade, específica e informada sobre os seus desejos, incluindo por via informática ao visitar um sítio na Internet*²⁸⁵.

A consagração de um sistema de opção positiva nestes casos, imposta pela Directiva 2002/58/CE, baseou-se, segundo o exposto no respectivo considerando 40, (i) no seu baixo custo e facilidade de utilização para os anunciantes, (ii) na defesa da privacidade dos destinatários, (iii) na defesa dos destinatários perante os ónus e custos associados à recepção das comunicações e (iv) na protecção das redes de comunicações electrónicas e do equipamento terminal em face das dificuldades associadas ao volume de comunicações²⁸⁶.

(2) Sistema de opção negativa relativamente às mensagens para fins de *marketing* directo enviadas a pessoas colectivas (número 2)²⁸⁷.

²⁸⁴ Trata-se de uma definição assente num princípio de neutralidade tecnológica na qual, como nos diz o Comité das Comunicações da Comissão Europeia, *while a recital in the Directive clarifies that e-mail includes SMS messages, various other technologies are also included such as messages left at answering machines or voice mail service systems and instant messaging systems*, cfr. COMITÉ DAS COMUNICAÇÕES (COCOM), *Practical follow-up to the opt-in approach regarding unsolicited electronic mail for direct marketing as included in Directive 2002/58/EC – Follow-up to the consultation and recommended action plan*, p. 10. Sobre esta matéria, diz-nos ainda a CNPD que a amplitude da definição de correio electrónico assegura a sua neutralidade tecnológica, porque nela se integram textos escritos, mensagens de SMS, emissão de sinais sonoros e sons, imagens e filmes digitalizados, cfr. CNPD, *Parecer 12/2003 sobre um Projecto de Decreto-lei que transpõe a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho, Junho de 2003*, acessível em www.cnpd.pt/actos/par/2003/par012-03.htm, Parte II, § 3.

²⁸⁵ Em muitos sítios da Internet, o consentimento dos titulares dos dados pessoais é obtido através de uma *check-box* na qual o mesmo deverá assinalar se quer ou não receber mensagens comerciais ou ver os seus dados pessoais transmitidos a terceiros para fins comerciais. Se esta forma de obtenção de consentimento é consentânea com a legislação comunitária em matérias de dados pessoais, o mesmo não acontece em relação à prática, também ela comum, de (i) utilizar uma *check-box* na qual se encontra já assinalado o consentimento do titular dos dados pessoais ou (ii) incluir o consentimento numas condições gerais extensas e pouco acessíveis, por em ambos casos se encontrar violado os princípios da transparência e da boa fé no tratamento de dados pessoais. Neste sentido, SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais ...*, cit., p. 102.

(3) Obrigação de proporcionar ao destinatário acesso a meios que lhe permitam, a qualquer momento, recusar, sem ónus e independentemente de justa causa, o envio dessa publicidade para futuro (número 4)

(4) Proibição do envio de correio electrónico para fins de *marketing* directo, ocultando ou dissimulando a identidade da pessoa em nome de quem é efectuada a comunicação (número 5).

(5) Obrigação de indicar, em cada comunicação não solicitada, um endereço e um meio técnico electrónico, de fácil identificação e utilização, que permita ao destinatário do serviço recusar futuras comunicações (número 6).

(6) Obrigação de manutenção, pelas entidades que promovam o envio de comunicações não solicitadas cuja recepção seja independente da intervenção do destinatário ou por organismos que as representem, de uma lista actualizada de pessoas que manifestaram o desejo de não receber aquele tipo de comunicações, sendo proibido o envio de comunicações publicitárias por via electrónica às pessoas constantes das referidas listas (números 7 e 8)²⁸⁶.

²⁸⁶ Nos trabalhos de preparação da Directiva 2002/58/CE, o ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY pronunciou-se a favor do sistema de opção positiva para o correio electrónico, ao lado dos aparelhos de chamada automáticos e dos aparelhos de fax – *in all these situations the subscriber has no human interface and supports parts of the whole of the costs of the communication. The degree of invasion into privacy and the economic burden are comparable* – ao mesmo tempo que apontou as suas vantagens para o próprio comércio electrónico – *the Internet offers ample opportunities to collect e-mail addresses of users who are interested in receiving commercial communications by e-mail on specific topics and willing to give their consent for that purpose. Any mailings, which are based on consent, are likely to reach far more potential customers than spam*, cfr. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 7/2000 on the European Commission proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector of 12 July 2000 COM (2000) 385*, 2000, acessível em europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/workinggroup_en.htm, p. 10.

Por outro lado, também o COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL DA UNIÃO EUROPEIA se pronunciou a favor do sistema de opção positiva: reconhecendo *que um sistema desse tipo apresenta sérios inconvenientes, dado que pode constituir um entrave ao desenvolvimento do comércio electrónico e, assim, uma forma de discriminação contra empresas da União Europeia, considerou porém que o interesse dos consumidores em não receberem informação comercial indesejada deve ser prioritário*, cfr. COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL DA UNIÃO EUROPEIA, *Parecer do Comité Económico e Social sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas*, in *Jornal Oficial das Comunidades Europeias C 169* de 16 de Junho de 1999, acessível em europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/1999/c_169/c_169i19990616pt00360042.pdf, p. 54.

Por fim, também SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD se pronunciaram a favor deste sistema para o correio electrónico, afirmando que *it would seem natural to extend to direct marketing by e-mail the same rules as apply to direct marketing by automated calling system or by fax, given that they have in common their intrusiveness and unstoppable: with all three techniques, the recipient is unable to interrupt reception of the message and, in the case of e-mail, he also has to bear the costs of reception. All things considered, the opt-in approach seems to be the model which is best suited to the Internet. It allows e-mail databases to be operated profitably, it promotes personalized relationships between e-commerce merchants and their online customers and it is the system most in accordance with the culture and accepted practices of the Internet*, cfr. SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais ...*, cit., p. 110. Acrescentam ainda ao mesmo autores que, para além disso, se trata de uma problemática de sobrevivência na Internet relativamente às perspectivas de equipamento tecnológico dos operadores que anunciam querer dotar-se de motores (servidores, routers e estruturas de base) capazes de transmitir 100 milhões de mensagens comerciais por dia, cfr. SERGE GAUTHRONET e ÉTIENNE DROUARD, *Comunicações comerciais não solicitadas e Protecção de Dados (Síntese)*, Comissão das Comunidades Europeias, DGMI, 2001, acessível em europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/studies/spamstudy_en.pdf, p. 11.

²⁸⁷ Na visão da CNPD, o *projecto de decreto-lei segue, assim, uma orientação equilibrada, que valoriza não só a protecção de dados e a tutela da privacidade, como também a liberdade de expressão, ponderando os diversos direitos fundamentais em presença*, cfr. CNPD, *Parecer 13/2003...*, cit., Parte IV, § 2.1.1.

²⁸⁸ Em resposta ao disposto na Directiva 2000/31/CE, foram já criadas listas de registo de opção negativa na Finlândia, Alemanha, Itália, Holanda, Noruega, Espanha, Suécia e Reino Unido, na sua maior parte mantidas por associações de *marketing* directo. Cfr. OCDE, *Unsolicited commercial...*, cit., p. 22 e 23.

■ ■ ■ 2.3.5. A SOLUÇÃO PROVISÓRIA DE LITÍGIOS E O REGIME SANCIONATÓRIO Alexandre Fraga Pires *

2.3.5.1. INTRODUÇÃO

2.3.5.1.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, emitido ao abrigo da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 7/2003, de 9 de Maio, foi transposta para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre Comércio Electrónico”).

O escopo do citado instrumento comunitário centra-se na realização do mercado interno, garantindo a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre os Estados-Membros²⁸⁹. Noutros termos, a acção comunitária em apreço visa conferir àquele suporte um tratamento neutral, pressupondo a aplicabilidade dos parâmetros em geral assentes no que tange ao lícito e ao ilícito²⁹⁰.

Esta orientação minimalista tem o seu maior expoente na problemática da regulação dos conteúdos veiculados na Internet, matéria que convoca questões tão delicadas como a compatibilização do âmbito de protecção de vários direitos fundamentais potencialmente em conflito²⁹¹ e a mobilização do poder punitivo dos Estados – domínio no qual regem as disposições do Título VI do Tratado da União Europeia, relativas à cooperação judiciária e policial em matéria penal²⁹².

2.3.5.1.2. VELHAS/NOVAS INTERROGAÇÕES

Todavia, a era do ciberespaço coloca uma série de velhas/novas interrogações que urge debater com profundidade. Liberdade de expressão, liberdade de informação, proibição de censura, sigilo da correspondência, direito à integridade moral, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito ao bom nome e

* Consultor do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

²⁸⁹ Cfr. o n.º 1 do seu artigo 1.º.

²⁹⁰ Neste sentido, cfr. Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação – Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 149.

²⁹¹ Assim, e no que a este vector concerne, cumpre recordar que a Directiva não visa afectar as normas e os princípios nacionais que enformam o regime da liberdade de expressão (Considerando 9); cfr. também o Considerando 46)), nem o quadro jurídico que disciplina a tutela dos indivíduos no que se refere à protecção dos dados pessoais e da privacidade no sector das telecomunicações, plenamente aplicáveis aos serviços da sociedade da informação (cfr. os Considerandos 14) e 15)).

²⁹² Com efeito, esta é uma matéria que, não obstante a relativa homogeneidade da cultura jurídica europeia, espelha de forma imediata as idiossincrasias nacionais, plasmadas no fundamento axiológico acolhido nas respectivas Constituições, bem como no contexto global e na harmonia intra-sistemática das diversas ordens jurídicas. Por esta razão, a Directiva não tem a pretensão de harmonizar o direito penal (cfr. os Considerandos 8) e 54)), limitando-se o seu artigo 20.º a prever que as sanções aplicáveis às infracções às disposições nacionais adoptadas em sua aplicação devem ser “efectivas, proporcionadas e dissuasivas”.

reputação, direito à imagem, direito à palavra, direito à reserva da intimidade da vida privada, protecção dos dados pessoais, eis, num breve apanhado, um esboço a traços largos do “património constitucional”²⁹³ que se não queda à porta do ciberespaço.

Na verdade, bem se pode afirmar, com José Magalhães, que, “não sendo o ‘ciberespaço’ uma ‘zona imune à regulação jurídica’, é crucial que nele tenham aplicação todos os pilares do edifício constitucional, que não deve ser lido por metade, nem circunscrito aos domínios próprios da ‘era Gutenberg’.”²⁹⁴

E, de facto, aquele acervo tem na Internet um novo palco, um novo instrumento de afirmação, como prova precisamente a consagração da garantia fundamental de livre acesso às redes informáticas de uso público²⁹⁵.

Mas se esta ideia se afigura indiscutível, cumpre não olvidar o desconforto despoletado pela vertigem da evolução técnica, que impõe, a cada momento, uma reponderação das questões e das coordenadas que presidem à sua solução.

É neste contexto que se insere a disciplina introduzida na ordem jurídica nacional pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, nomeadamente o instituto da solução provisória de litígios a cargo de entidades administrativas.

Refira-se ainda que aproveitaremos o ensejo para, a título complementar, tecer algumas observações acerca do regime sancionatório previsto no citado diploma.

2.3.5.2. A SOLUÇÃO PROVISÓRIA DE LITÍGIOS

2.3.5.2.1. APRESENTAÇÃO

Nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 7/2003²⁹⁶, ficou o Governo autorizado “a cometer a entidades administrativas a solução provisória de litígios sobre a licitude de conteúdos que se encontrem em rede, sem prejuízo da solução definitiva do litígio pelas vias comuns nem do recurso dos interessados aos meios judiciais existentes, em simultâneo com os meios administrativos.”

O Decreto-Lei n.º 7/2004, viria a prever este mecanismo no seu artigo 18.º. Porém, a plena compreensão do regime em apreço pressupõe a sua análise integrada no contexto da orientação acolhida no citado diploma.

De forma esquemática, a leitura que fazemos da referida disciplina consubstancia-se no seguinte:

a) O artigo 12.º fixa o princípio de que os prestadores intermediários de serviços em rede *não estão sujeitos a uma obrigação geral de vigilância* sobre as informações

²⁹³ Nas palavras de José Magalhães, *Dicionário da Revisão Constitucional*, Lisboa, Editorial Notícias, 1999, p. 186.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ Constante do inciso inicial do n.º 6 do artigo 35.º da Constituição, aditado pela Revisão de 1997.

²⁹⁶ Que define o sentido e a extensão da norma habilitante constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 1.º.

que transmitam ou armazenem ou de investigação de eventuais *ilícitos* praticados no seu âmbito;

b) Todavia, nos termos do artigo 13.º, sob os mencionados prestadores impendem certos *deveres*²⁹⁷ para com as entidades competentes, designadamente o de informar de imediato quando tiverem conhecimento de *actividades ilícitas* que se desenvolvam por via dos serviços que prestam (alínea a)) e o de cumprir prontamente as determinações destinadas a *prevenir ou a pôr termo a uma infracção*, nomeadamente no sentido de remover ou impossibilitar o acesso a uma informação (alínea c)), sob pena de prática das contra-ordenações previstas nas alíneas c) e b) do n.º 2 do artigo 37.º, respectivamente;

c) De acordo com o artigo 16.º, o prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor apenas é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena *se tiver conhecimento* – isto é, se, perante as circunstâncias que conhece, tiver ou dever ter consciência do carácter ilícito da informação – de actividade ou informação cuja *ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação*. Nestes casos, o agente pratica ainda a contra-ordenação prevista na alínea d) do n.º 2 do artigo 37.º²⁹⁸;

d) Nas situações contempladas na anteriormente, se a *ilicitude não for manifesta*, a arguição de uma violação por parte de um interessado não obriga o prestador a remover o conteúdo contestado ou a impossibilitar o acesso à informação, podendo aquele recorrer à entidade de supervisão respectiva, que proferirá uma solução provisória no prazo de quarenta e oito horas, que será comunicada electronicamente aos intervenientes (n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º);

e) Também qualquer terceiro que tenha interesse jurídico na manutenção em linha de um conteúdo pode recorrer à entidade de supervisão contra uma decisão do prestador, tomada nos casos em que a *ilicitude é manifesta*²⁹⁹, de remover ou impossibilitar o acesso a esse conteúdo, com vista a obter uma solução provisória do litígio (n.º 3 do artigo 18.º);

f) Independentemente do teor da decisão, *quando não for manifesto se há ou não ilicitude*, nenhuma responsabilidade recai sobre a entidade de supervisão ou sobre o prestador por ter ou não retirado o conteúdo ou impossibilitado o acesso a mera solicitação de um interessado (n.º 6 do artigo 18.º);

²⁹⁷ A terminologia utilizada não é uniforme, dado que, ao contrário do que sucede na epígrafe do preceito, em que se emprega o termo “deveres”, no próemio se adopta a expressão “obrigação”.

²⁹⁸ Por força do artigo 17.º, idêntico regime é aplicável aos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos em rede que permitam o acesso a conteúdos ilícitos.

²⁹⁹ Como parece decorrer da conjugação das normas contidas no n.º 1 do artigo 16.º e no n.º 1 do artigo 18.º. Advirta-se, contudo, que o teor literal destas disposições visa apenas **responsabilizar** o prestador de serviços pela remoção de um conteúdo cuja ilicitude é **manifesta e isentá-lo do dever** de o fazer nas situações de ilicitude não manifesta, mesmo que tal seja solicitado por um interessado. Assim, em tese, **poderá** aquele, não obstante a tal se não encontrar vinculado, remover um conteúdo impugnado que **não** considere **manifestamente** ilícito. Ora, quer a subsunção das situações concretas no binómio ilicitude manifesta/ilicitude não manifesta, em que assenta o regime em apreço, a efectuar em primeira linha pelo próprio prestador, quer a possibilidade de ingerência nos casos de ilicitude não manifesta, não deixam de colocar sérios problemas.

g) A solução do litígio é provisória a dois títulos, uma vez que, para além de ser passível de modificação por parte da própria entidade de supervisão (n.º 5 do artigo 18.º), está sempre salvaguardada a possibilidade de recurso a uma decisão judicial definitiva nos termos e pelas vias comuns (n.ºs 7 e 8 do artigo 18.º).

2.3.5.2.2. QUESTÕES A EQUACIONAR

2.3.5.2.2.1. SEQUÊNCIA

A solução provisória de litígios a cargo de entidades administrativas levanta algumas interrogações pertinentes.

Desde logo, sob o prisma substantivo, é constitucionalmente admissível retirar ou impossibilitar, ainda que provisoriamente, o acesso a um determinado conteúdo colocado em rede? Em caso afirmativo, em que situações e verificados que requisitos?

Por outro lado, no plano organizativo, pode e deve esta tarefa de apreciação de conteúdos ser adjudicada a uma entidade administrativa de “supervisão”? Que natureza deve revestir a referida entidade e que vantagens oferece? Ou, em qualquer caso, afigurar-se-á mais consentâneo com o nosso sistema constitucional adotar desde logo a via judicial?

Abordaremos em seguida as questões ora enunciadas.

2.3.5.2.2.2. ADMISSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DO BLOQUEIO DE CONTEÚDOS

I. A liberdade de expressão do pensamento representa uma manifestação e uma garantia da própria liberdade de pensamento e consciência, nas suas mais variadas manifestações e facetas³⁰⁰. Por isso, percorre de forma transversal a esfera dos direitos, liberdades e garantias³⁰¹, constituindo “a primeira e a matricial liberdade fundamental”, de onde “brotam todos os demais direitos”³⁰².

A Constituição acolhe na plenitude esta concepção, garantindo as liberdades de expressão e de informação “sem impedimentos nem discriminações” (n.º 1 do artigo 37.º) e proscREVendo “qualquer tipo ou forma de censura”³⁰³ (n.º 2 do mesmo preceito). No domínio do ciberespaço, estes princípios encontram concretização na garantia de livre acesso às redes informáticas de uso público (n.º 6 do artigo 35.º),

³⁰⁰ Cfr., desenvolvimente, José Alberto de Melo Alexandrino, *Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 80-111; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª ed., 2000, pp. 453-470, e, por último, Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, *passim*.

³⁰¹ Cfr. Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, pp. 140-141.

³⁰² Nas palavras de José Alberto de Melo Alexandrino, *Estatuto...*, *cit.*, p. 92.

³⁰³ Como assinalam Gomes Canotilho e Vital Moreira, a fórmula adoptada pela norma constitucional é “suficientemente enfática para exigir um conceito amplo de censura”, estando assim abrangidas quer a tradicional censura administrativa *preventiva*, quer a censura *a posteriori* (cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª ed., 1993, p. 226). Sobre a questão, cfr., de forma desenvolvida, Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão...*, *cit.*, pp. 486-503.

norma que, para José Magalhães, cumpre uma função juridicamente equivalente à clássica proibição de censura³⁰⁴.

Não significa isto, naturalmente, que estes direitos não estejam sujeitos a limites, como provam, desde logo, a previsão constitucional do regime a que ficam sujeitas as infrações cometidas no seu exercício e a consagração dos direitos de resposta, de rectificação e de indemnização pelos danos sofridos (n.ºs 3 e 4 do artigo 37.º). Na realidade, estas normas representam a refração, no contexto da delimitação da esfera de protecção da liberdade de expressão, do critério geral de que as restrições aos direitos, liberdades e garantias têm por único fundamento e visam apenas a sua compatibilização com outros direitos ou interesses constitucionalmente tutelados (cfr. o n.º 2 do artigo 18.º)³⁰⁵.

Deste breve bosquejo, resulta que a concepção constitucional de liberdade de expressão está longe de ser “preventiva”. Antes pelo contrário, afigura-se-nos bem clara a eleição de uma perspectiva pró-liberdade de expressão, que, rompendo com o receio da sua utilização para “a perversão da opinião pública na sua função de força social”³⁰⁶, aposta numa ética de responsabilidade. Por outras palavras, todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento, sem prejuízo de responderem, nos termos e nos limites dos princípios gerais, pelos abusos que cometerem.

Nestes termos, julgamos que o legislador, na sua complexa tarefa de ponderação dos interesses constitucionalmente protegidos em conflito, se encontra especialmente vinculado a encarar a supressão de conteúdos, nomeadamente a apreensão de publicações impressas³⁰⁷ ou a suspensão de emissões televisivas³⁰⁸ ou radiofónicas³⁰⁹, como a *ultima ratio*.

³⁰⁴ Cfr. *Dicionário...*, cit., p. 187.

³⁰⁵ Segundo o qual as mencionadas restrições estão sujeitas ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, nas suas três vertentes da necessidade ou exigibilidade da restrição, da sua adequação ou aptidão para atingir o fim que se propõe, e da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, da relação de equilíbrio entre os interesses que, por se encontrarem em conflito, são alvo de uma ponderação legislativa cujo limite mínimo é a salvaguarda do seu conteúdo essencial – sobre este último aspecto, cfr. a parte final do n.º 3 do artigo 18.º.

³⁰⁶ Cfr. o § 2.º do artigo 8.º da Constituição de 1933. O citado texto constitucional continha, aliás, um Título VI (da Parte I) dedicado à “opinião pública”, rezando o seu artigo 22.º que a “opinião pública é elemento fundamental da política e administração do País, incumbindo ao Estado defendê-la de todos os factores que a desorientem contra a verdade, a justiça, a boa administração e o bem comum”. Sobre a matéria e à luz da Constituição de 1933, é de útil consulta o texto de José Fernando Nunes Barata, “Censura”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume II, Lisboa, 2.ª ed., 1990, pp. 342-359, *maxime* pp. 355 e seguintes.

³⁰⁷ Nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 33.º da Lei de Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, alterada pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), a apreensão de quaisquer publicações fora dos casos previstos na lei e com o intuito de atentar contra a liberdade de imprensa constitui crime de atentado à liberdade de imprensa. Ora, as únicas normas que o referido diploma consagra à apreensão (e à suspensão) de publicações são a alínea c) do artigo 32.º, que pune como crime de desobediência qualificada a edição, distribuição ou venda de publicações suspensas ou apreendidas por decisão judicial – disposição que, no entanto, não prevê os pressupostos em que essa decisão pode ser proferida –, e o n.º 3 do artigo 35.º, de acordo com o qual as publicações que não contenham os requisitos formais exigidos pelo n.º 1 do artigo 15.º podem ser objecto de medida cautelar de apreensão, ao abrigo do artigo 48.º-A do Regime Geral das Contra-Ordenações (Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 356/89, de 17 de Outubro, 244/95, de 14 de Setembro, e 323/2001, de 17 de Dezembro, e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro). Note-se que na actual Lei de Imprensa não tem lugar a apreensão judicial prevista no artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro (alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 181/76, de 9 de Março, e 377/88, de 24 de Outubro, e pelas Leis n.ºs 15/90, de 30 de Junho, 15/95, de 25 de Maio, e 8/96, de 14 de Março), nos termos do qual, se considerasse provável a existência de danos irreparáveis, o tribunal onde corresse processo por crime cometido através da imprensa poderia ordenar a apreensão da publicação que contivesse o escrito incriminado e determinar as medidas que julgasse adequadas para obstar à sua difusão (n.º 1), bem como decretar a sua apreensão provisória ou tomar as providências indispensáveis para obstar à respectiva difusão (n.º 2).

II. À luz dos parâmetros constitucionais, consideramos correcta a previsão, constante do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, da ausência de um dever geral de vigilância por parte dos prestadores em relação aos conteúdos transmitidos ou armazenados³¹⁰. Com efeito, a imposição de uma obrigação de vigilância poderia ferir, desde logo, os direitos ao sigilo da correspondência e à privacidade.

Ora, a Constituição é peremptória na consagração da inviolabilidade do “sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada”, proibindo consequentemente toda a ingerência – seja por parte das autoridades públicas, seja pelas entidades privadas³¹¹ – na correspondência, nas telecomunicações e *nos demais meios de comunicação*³¹², ressalvando apenas os casos previstos na lei em matéria de processo criminal (n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º)³¹³. Daí que a interceptação de correio electrónico sem autorização judicial esteja tão vedada como a de uma carta postal³¹⁴.

III. Um dos aspectos basilares do regime da solução provisória de litígios centra-se na distinção entre ilicitude manifesta e ilicitude não manifesta³¹⁵.

³⁰⁸ A nova Lei da Televisão (Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto), tal como a Lei da Televisão de 1998 (Lei n.º 31-A/98, de 14 de Julho, alterada pelas Leis n.ºs 8/2002, de 11 de Fevereiro, e 18-A/2002, de 18 de Julho), pune como crime de atentado contra a liberdade de programação e informação quem impedir ou perturbar emissões televisivas ou apreender ou danificar materiais necessários ao exercício da actividade de televisão, fora dos casos previstos na lei e com o intuito de atentar contra a liberdade de programação e informação (artigos 68.º e 63.º, respectivamente), e prevê que as licenças e as autorizações se extinguam pelo decurso do prazo pelo qual foram atribuídas ou por revogação, podendo ainda ser suspensas (artigos 21.º e 18.º, respectivamente). Simplesmente, enquanto a Lei da Televisão de 1998 se limitava a consagrar a suspensão a título de sanção acessória por prática de contra-ordenação (artigo 65.º), a Lei da Televisão de 2003, para além das normas com teor algo similar contidas nos artigos 71.º e 73.º, prevê ainda a suspensão cautelar da transmissão ou retransmissão em duas situações: quando houver fortes indícios da prática de infracção e se verificar perigo de continuação ou repetição da actividade ilícita indiciada (artigo 80.º) e nos processos por crime previsto na referida lei (artigo 83.º). Refira-se ainda que o incumprimento de qualquer decisão cautelar ou definitiva de suspensão da transmissão ou retransmissão é considerado crime de desobediência qualificada (alínea d) do artigo 67.º).

³⁰⁹ Preceitua o artigo 67.º da Lei da Rádio (Lei n.º 4/2001, 23 de Fevereiro, alterada pela Lei n.º 33/2003, de 22 de Agosto) que comete o crime de atentado contra a liberdade de programação e informação quem impedir ou perturbar a emissão de serviços de programas ou apreender ou danificar materiais necessários ao exercício da actividade de radiodifusão, fora dos casos previstos na lei e com o intuito de atentar contra a liberdade de programação e de informação. A suspensão de emissões radiofónicas apenas pode ser determinada, a título de sanção acessória, nos termos do artigo 69.º, em virtude da prática dos factos graves aí tipificados, tendo o recurso contencioso da decisão administrativa de aplicação efeito suspensivo. Por outro lado, de acordo com artigo 20.º, as licenças e as autorizações para o exercício da actividade extinguem-se com o decurso do prazo pelo qual foram atribuídas ou por revogação, a determinar pela Alta Autoridade para a Comunicação Social nos casos fixados no artigo 70.º.

³¹⁰ Este princípio encontra-se, aliás, expressamente consagrado no n.º 1 do artigo 15.º da Directiva n.º 2000/31/CE. Cfr. também o seu Considerando 47).

³¹¹ De facto, não obstante o preceito apenas se referir às “autoridades públicas”, a proibição de ingerência vale, por maioria de razão, também para as entidades privadas (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição... cit.*, p. 214), em homenagem, aliás, ao princípio de que estas entidades se encontram vinculadas aos direitos, liberdades e garantias (n.º 1 do artigo 18.º).

³¹² O escopo imediato deste inciso, aditado ao n.º 4 do artigo 34.º pela Revisão de 1997, é precisamente a garantia do sigilo da “correspondência moderna” (José Magalhães, *Dicionário... cit.*, p. 186; no mesmo sentido, cfr. Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, *Comentário... cit.*, p. 134; Jorge Lacão, *Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, Texto Editora, 4.ª ed., 2000, p. 102 e Marcelo Rebelo de Sousa, Luís Marques Guedes e Luís Marques Mendes, *Uma Constituição Moderna para Portugal*, Lisboa, Grupo Parlamentar do PSD, 1997, p. 91).

³¹³ Também no Considerando 15) da Directiva n.º 2000/31/CE se aborda esta temática, sendo recordado que, por força da legislação comunitária, a confidencialidade das comunicações se encontra assegurada, devendo os Estados-Membros proibir qualquer forma de interceptação ou de vigilância por parte de pessoas que não sejam os remetentes ou os destinatários das referidas comunicações.

³¹⁴ Cfr. vários exemplos de analogia entre as comunicações tradicionais e as comunicações típicas da sociedade da informação em José Magalhães, *Dicionário... cit.*, p. 186 e em Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação... cit.*, p. 174.

³¹⁵ Esta bipartição foi proposta por José de Oliveira Ascensão, no n.º 16 do seu estudo intitulado “Bases para uma Transposição da Directiva n.º 00/31, de 8 de Junho (Comércio Electrónico)”, incluído como Anexo 4 do Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, publicado no *Diário da Assembleia da República*, II Série–A, n.º 79/IX/1, de 20 de Março de 2003, pp. 3320-(2) a 3320-(63), a p. 3320-(47).

Na primeira situação, cabe ao prestador intermediário que tenha conhecimento do carácter ilícito de uma informação retirar ou impossibilitar o acesso a esse conteúdo, sob pena de incorrer em responsabilidade nos termos comuns (artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 7/2004).

No segundo caso, dado que, nos termos do n.º 1 do artigo 18.º do mesmo diploma, não impende sobre o prestador o dever de remoção, o interessado pode recorrer à solução provisória, a cargo da entidade de supervisão competente em razão da matéria, a fim de obter uma decisão em tempo útil.

E, de facto, como pondera Oliveira Ascensão, os prestadores não têm qualificações nem meios para resolver por sua conta e risco complexas questões jurídicas³¹⁶. Mas não só. Como alerta Jónatas Machado, aqueles operadores não se sentem legitimados para a árdua missão de procederem a difíceis ponderações de direitos e interesses, afigurando-se a sua responsabilização tão desproporcional como a responsabilização dos distribuidores de jornais pelo seu conteúdo³¹⁷. Finalmente, não se pode afirmar que se tenha atingido um padrão suficientemente amadurecido, estabilizado e proporcional de cuidado e de exigibilidade a aplicar aos prestadores³¹⁸ – em qualquer caso, atente-se no critério para que aponta o n.º 2 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 7/2004.

Em resumo, por ora, a responsabilização dos prestadores deve estar circunscrita a situações excepcionais³¹⁹, como parece resultar, aliás, da norma do n.º 1 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, que apenas vincula os mencionados operadores ao dever de retirar ou impossibilitar o acesso a informação manifestamente ilícita.

2.3.5.2.2.3. APRECIACÃO DE CONTEÚDOS POR PARTE DE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS. A VIA JUDICIAL

I. As disputas acerca da licitude de conteúdos colocados em rede podem ser submetidas a decisão das entidades administrativas de supervisão. A consagração desta solução provisória de litígios levantou fortes objecções, inclusive de índole jurídico-constitucional, no decorrer do procedimento legislativo conducente à aprovação da Lei n.º 7/2003, que habilitou o Governo a emitir o regime consubstanciado no Decreto-Lei n.º 7/2004. Terão estes receios fundamento?

II. Antes de entrarmos na dilucidação da questão colocada, deve sublinhar-se que, através do mecanismo em apreço, as entidades de supervisão não aplicam sanções penais ou, sequer, contra-ordenacionais, antes se limitando a ordenar a remoção de

³¹⁶ *Idem, ibidem.*

³¹⁷ Cfr. *Liberdade de Expressão...*, cit., p. 1119.

³¹⁸ Cfr. Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão...*, cit., pp. 1120-1122.

³¹⁹ Neste sentido, Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão...*, cit., pp. 1122-1123.

conteúdos ilícitos – que podem envolver a prática de ilícitos criminais ou contra-ordenacionais, devendo nestes casos as referidas entidades denunciá-los às autoridades judiciais ou administrativas competentes, respectivamente. A tarefa de solução de litígios cifra-se na resolução de forma autoritária, ainda que meramente provisória, de conflitos entre particulares, o que envolve uma análise, mesmo que liminar, da questão de fundo³²⁰. Por outras palavras, a solução provisória de litígios redonda na apreciação *ex post* do exercício da liberdade de expressão por parte dos autores de conteúdos em linha.

Nestes termos, somos de opinião de que a matriz que impregna a disciplina constitucional daquele direito – caracterizada, como tivemos oportunidade de apontar, pela liberdade de exercício sem impedimentos, nomeadamente por qualquer tipo de censura, remetendo-se a sindicabilidade da sua utilização no respeito pelos outros valores constitucionalmente protegidos para o momento “sucessivo”, através da punição das infracções praticadas e dos direitos de resposta, de rectificação e de indemnização pelos danos sofridos – demanda um exame do mecanismo da solução provisória à luz dos seus cânones.

III. Neste contexto, e sob o prisma que ora nos ocupa – o organizativo –, avulta o n.º 3 do artigo 37.º da Constituição, que, na redacção introduzida pela Revisão de 1997, estabelece que as infracções cometidas no exercício das liberdades de expressão e de informação ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.

O actual quadro constitucional acolhe a figura das entidades administrativas independentes, que, para além de uma credencial genérica conferida ao legislador para a sua criação (novo n.º 3 do artigo 267.º), são especificamente chamadas a actuar nos domínios da protecção dos dados pessoais (n.º 2 do artigo 35.º) e da apreciação dos ilícitos de mera ordenação social cometidos no exercício das liberdades de expressão e de informação (n.º 3 do artigo 37.º, já citado).

No que a este último aspecto diz respeito, é pertinente anotar a singularidade e o significado de a Constituição ter cometido expressamente a uma categoria de entidades administrativas – as independentes – a aplicação do ilícito de mera ordenação social. Tal terá ficado a dever-se à importância, na dupla dimensão subjectiva e objectiva, dos direitos em questão.

³²⁰ Advirta-se, todavia, que os dados actualmente disponíveis não permitem ainda realizar um juízo seguro acerca do mecanismo em causa. Com efeito, para além da necessária experiência resultante da sua aplicação prática, e mesmo antes desta, caberá dar execução ao disposto no n.º 4 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, segundo o qual o procedimento perante a entidade de supervisão será especialmente regulamentado. Esta ulterior tarefa de normação afigura-se da máxima importância, pois dela dependerá em alguma medida a coordenação entre as várias entidades envolvidas e a fixação das regras complementares de aplicação – matéria em que atribuímos bastante importância ao princípio do contraditório, como forma de legitimação e de consenso.

A citada norma constitucional acolhe, assim, uma concepção de acordo com a qual, para além do controlo judicial, há lugar para a intervenção de autoridades administrativas³²¹, desde que caracterizadas pela independência. E, não obstante a clara subsunção da Alta Autoridade para a Comunicação Social nesta categoria, o legislador constituinte não visou concentrar nesta todas as atribuições em matéria de liberdade de expressão, não impondo, assim, a “unicidade”³²².

A favor desta solução milita o “valor da descentralização da autoridade”, que assume uma dimensão conformadora e estruturante no universo da liberdade de expressão³²³. Mas cabe não olvidar, em contrapartida, que esta pulverização é composta por entidades com diferenciados níveis de independência e permeabilidade face ao poder político e pode conduzir a uma “fragmentação do controlo”³²⁴.

IV. A determinação do alcance da norma constitucional plasmada no n.º 3 do artigo 37.º pressupõe, assim, que se proceda à densificação do conceito de entidade administrativa independente, por ela recebido, e à compreensão das suas funções.

Como notam Vital Moreira e Fernanda Maçãs, no seu estudo sobre as “autoridades reguladoras independentes”, o n.º 3 do artigo 267.º, que veio dar cobertura constitucional a esta figura, é uma norma em branco, na medida em que não fixa os critérios que devem presidir à sua instituição, as funções que podem desempenhar e respectivas limitações, bem como o grau de independência de que devem dispor.

Colocando problemas de congruência com os clássicos princípios da separação dos poderes, da responsabilidade governamental pela Administração Pública e da unidade da acção administrativa, a sua criação deve estar sujeita a um princípio de excepcionalidade, especialmente fundamentado à face dos valores e interesses constitucionais. Aliás, o seu domínio de eleição reside indiscutivelmente na protecção de direitos fundamentais e na regulação de sectores sensíveis da vida económica e social com implicações naqueles direitos³²⁵.

E, de facto, de uma forma geral, esta multiplicidade de entidades representa um reforço dos direitos sem sobrecarga dos tribunais, introduzindo “maior consistência

³²¹ Esta opção pode potenciar a agilização da actividade fiscalizadora das infracções, com os consequentes benefícios daí advenientes ao nível da protecção dos ofendidos (cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, Luís Marques Guedes e Luís Marques Mendes, *Uma Constituição...*, cit., p. 94).

³²² Neste sentido, cfr. José Magalhães, *Dicionário...*, cit., p. 93 e Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, *Comentário...*, cit., p. 140. Cfr. também Jorge Lacão, *Constituição...*, cit., p. 103.

³²³ Cfr. Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão...*, cit., p. 923.

³²⁴ Cfr. a ponderação destas questões em Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão...*, cit., pp. 923-926.

³²⁵ Cfr. *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 248-250. A doutrina converge na defesa do requisito da excepcionalidade ou, pelo menos, da selectividade da criação de entidades administrativas independentes, justificada à luz de uma mais adequada prossecução da tutela dos direitos fundamentais. Assim, cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e José Alberto de Melo Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, LEX, 2000, p. 398; Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, *Comentário...*, cit., p. 550; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 38, nota 3.

da ordem objectiva de direitos fundamentais”³²⁶. Excluindo o caso do Provedor de Justiça, cuja actividade tem por escopo a defesa dos direitos fundamentais em geral (cfr. o artigo 23.º da Constituição), as entidades administrativas independentes têm como denominador comum a função de garantia de direitos específicos³²⁷. Para mais, como observa Gomes Canotilho, ao dirimirem litígios não somente perante entidades públicas, como também face a entidades privadas, estas autoridades acrescentam novas dimensões garantísticas à vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias³²⁸.

Advirta-se, porém, que a independência conferida às entidades administrativas independentes não pode ser absoluta, atenta a necessidade de um mínimo de coordenação, devendo o doseamento daquela primar por um subtil compromisso entre a independência face ao “jogo político” e a integração na orientação da acção administrativa. Por outro lado, o seu défice de legitimação democrática deve ser colmatado com a sua responsabilização democrática, nomeadamente perante comissões parlamentares, através de relatórios de actividades e da prestação de esclarecimentos^{329 330}.

V. A resolução de litígios sobre a licitude de conteúdos por parte de uma entidade administrativa independente não é uma novidade na ordem jurídica nacional³³¹, constituindo exemplo paradigmático os poderes de autoridade da Comissão Nacional de Protecção de Dados, designadamente o de ordenar o bloqueio, apagamento ou destruição dos dados, bem como o de proibir, temporária ou definitivamente, o tratamento de dados pessoais, ainda que incluídos em redes abertas de transmissão de dados a partir de servidores situados em território português³³².

Abordada a problemática da inserção da administração independente no seio da actividade administrativa, não poderemos deixar de tecer breves considerações

³²⁶ Jorge Miranda, *Manual...*, IV, *cit.*, pp. 370-371. Em sentido aproximado, cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 6.ª ed., 2002, pp. 511-512.

³²⁷ Cfr. a bibliografia citada na nota anterior. Para além das áreas já referidas – a protecção dos dados pessoais (n.º 2 do artigo 35.º), a garantia da liberdade e independência da imprensa através da Alta Autoridade para a Comunicação Social (n.º 3 do artigo 39.º) e a apreciação dos ilícitos de mera ordenação social cometidos no exercício das liberdades de expressão e de informação (n.º 3 do artigo 37.º) –, em que se detecta um apelo expresso, nominado ou não, por parte das mencionadas normas constitucionais, avultam ainda muitos outros órgãos criados pela própria Constituição ou pela lei ordinária com fundamento naquela (cfr. um panorama na bibliografia citada na nota anterior e ainda em Jorge Miranda, *Manual...*, V, *cit.*, pp. 38-39).

³²⁸ *Direito Constitucional...*, *cit.*, p. 512.

³²⁹ Cfr. Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes...*, *cit.*, pp. 250-252. Alertando também para alguns dos problemas sumarizados no texto, cfr. Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, *Comentário...*, *cit.*, pp. 548-550. Sobre a problemática constitucional da “administração independente”, cfr. ainda José Lucas Cardoso, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 437-535; Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 126-137, *maxime pp.* 134 e seguintes; Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., 1994, pp. 300-302. Centrado na regulação económica, cfr. Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 45-52 e 198-199.

³³⁰ A necessária especificidade do regime jurídico das entidades administrativas independentes foi recentemente reconhecida de forma genérica pela alínea f) do n.º 1 do artigo 48.º da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, relativa aos princípios e normas que regem os institutos públicos, cujo n.º 2 comete a lei específica o encargo de gizar a referida disciplina.

³³¹ Como, de resto, se sublinha na alínea a) do n.º 4 da Declaração de Voto do Grupo Parlamentar do Partido Socialista, aposta ao Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República (*in Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 79/IX/1, de 20 de Março de 2003, p. 3320-(62)).

acerca das implicações de tarefas como a ora citada no âmbito da separação inter-orgânica das funções do Estado. Mais concretamente, cabe averiguar em que termos aquelas tarefas se compatibilizam com o princípio da reserva de jurisdição.

Ora, como sublinha Paulo Castro Rangel, esta não é uma “categoria monolítica”, que goze da mesma intensidade e extensão em todos os casos em que se perfila um conflito de interesses³³³. Manuseando o que o referido Autor denomina de “critério das duas palavras”, é possível identificar dois níveis de reserva de jurisdição: *absoluta*, isto é, quando ao juiz cabe não somente a última, como, desde logo, a primeira palavra, assim afastando a intervenção de outros órgãos; e *relativa*, quando a intervenção do juiz apenas é impreterível para a decisão final do conflito, podendo sobre ele pronunciar-se em primeira “instância” outras autoridades³³⁴. Cabe não olvidar, contudo, que a delimitação do âmbito de aplicação de cada uma destas áreas se afigura bastante problemática. Na verdade, para além dos casos em que a Constituição expressamente individualiza “monopólios da primeira palavra” – casos das matérias tratadas no n.º 2 do artigo 27.º, no n.º 1 do artigo 28.º, no n.º 2 do artigo 33.º, no n.º 2 do artigo 34.º, no n.º 6 do artigo 36.º, no n.º 2 do artigo 46.º e no n.º 7 do artigo 113.º –, cabe ao intérprete, e desde logo ao legislador, detectar as situações em que não existe qualquer razão material para a opção por um procedimento não judicial de decisão de litígios³³⁵.

Na sua actual redacção, a norma do n.º 3 do artigo 37.º da Constituição alberga de forma explícita os dois níveis de intensidade da reserva de jurisdição: no tocante às infracções criminais cometidas no exercício das liberdades de expressão e de informação, cuja apreciação cabe aos tribunais judiciais, configura um “monopólio da primeira palavra”; no que tange às infracções contra-ordenacionais, cuja competência para a decisão em primeira linha cabe a entidade administrativa independente, consagra um mero “monopólio da última palavra”.

VI. No âmbito do comércio electrónico, o Decreto-Lei n.º 7/2004 reconhece as entidades de supervisão com competências sectoriais nas matérias por ele reguladas³³⁶,

³³² Nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 22.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais). Cabe, porém, não esquecer a especial legitimidade da Comissão Nacional de Protecção de Dados, entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República (n.º 1 do artigo 21.º). A Comissão Nacional de Protecção de Dados é composta por sete membros de integridade e mérito reconhecidos, dos quais o presidente e dois vogais são eleitos pela Assembleia da República segundo o método da média mais alta de Hondt, dois vogais são magistrados com mais de 10 anos de carreira (sendo um magistrado judicial, designado pelo Conselho Superior da Magistratura, e um magistrado do Ministério Público, designado pelo Conselho Superior do Ministério Público), e os outros dois vogais são duas personalidades de reconhecida competência designadas pelo Governo (n.º 1 do artigo 25.º). O estatuto dos seus membros garante a independência do exercício das suas funções, sendo o regime de incompatibilidades, de impedimentos, de suspeições e de perda de mandato, bem como o estatuto remuneratório dos seus membros, aprovados por Lei da Assembleia da República (artigo 26.º).

³³³ *Reserva de Jurisdição: Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*, Porto, Universidade Católica Editora, 1997, p. 60.

³³⁴ Cfr. Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição...*, cit., pp. 61-69 e Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 664-665. Cfr. também José de Oliveira Ascensão, “A Reserva Constitucional de Jurisdição”, *O Direito*, 1991, Ano 123, II-III, pp. 469-470.

³³⁵ Cfr. em particular Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., p. 665.

³³⁶ Teria concorrido para uma maior clareza a inclusão de uma lista, ainda que meramente exemplificativa, das entidades de supervisão com competências sectoriais nas matérias reguladas pelo Decreto-Lei n.º 7/2004 – à imagem do que consta do n.º 4 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, que aprovou os Estatutos da Autoridade da Concorrência.

mas institui uma entidade de supervisão central, o ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM), com atribuições residuais (cfr. o artigo 35.º e o n.º 3 do artigo 36.º). É a estas entidades que cabe proceder à resolução provisória de litígios, cujo objecto consiste, como sabemos, na apreciação da ilicitude de determinados conteúdos.

Este mecanismo foi justificado pela premência de estabelecer um “difícil equilíbrio entre as necessidades da eficácia e rapidez da actuação e as garantias mais extremas da tutela judicial”³³⁷. E, de facto, afigura-se indispensável dotar o regime jurídico do comércio electrónico de medidas cautelares, judiciais ou administrativas, que permitam fazer face à vertigem e à globalidade dos possíveis danos que a utilização do ciberespaço pode causar³³⁸.

Nesta melindrosa ponderação de bens, vingou, assim, o entendimento de que a via administrativa, ao possibilitar uma solução em quarenta e oito horas (cfr. o n.º 2 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 7/2004), era a única compatível com a celeridade necessária.

No contexto da solução administrativa, cumpre ponderar a adequação da entidade eleita como residualmente competente.

Nos termos do n.º 2 do artigo 5.º da Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto³³⁹, o ICP-ANACOM cumpria as funções de entidade reguladora das telecomunicações. Este diploma foi recentemente substituído pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro³⁴⁰, que erige o ICP-ANACOM em Autoridade Reguladora Nacional nos domínios das redes e serviços de comunicações electrónicas e dos recursos e serviços conexos (cfr. a alínea bb) do artigo 3.º e os artigos 4.º e 5.º).

Naturalmente, este âmbito mais vasto de actuação determinará a adaptação ou, pelo menos, uma nova leitura dos respectivos Estatutos, aprovados em 2001³⁴¹, de acordo com os quais o ICP-ANACOM tem por objecto a regulação, supervisão e representação do sector das comunicações. Da sua análise, resulta que o ICP-ANACOM goza de bastante independência face ao Governo, podendo ser caracterizado como uma verdadeira entidade administrativa independente – por estar sujeito a tutela em termos muito limitados, pela fixação de requisitos de exoneração dos membros do Conselho de Administração, pela impossibilidade de renovação do seu mandato e pelo apertado regime de incompatibilidades dos altos titulares de cargos públicos a que se encontram sujeitos, também aplicável nos dois anos após a cessação do mandato. Por outro lado, esta independência é devidamente compensada pela responsabilização do referido instituto, através da procedimentalização da sua actuação, do envio de um relatório anual ao Governo,

³³⁷ Nas palavras do Secretário de Estado Adjunto da Ministra da Justiça, aquando da discussão na generalidade da Proposta de Lei n.º 44/IX, que viria a ser aprovada como Lei n.º 7/2003 (cfr. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 101/IX/1, de 20 de Março de 2003, p. 4243).

³³⁸ No mesmo sentido, apontam os Considerandos 40), 45) e 46) da Directiva n.º 2000/31/CE.

³³⁹ Bases gerais do estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e da prestação de serviços de telecomunicações. O citado diploma foi alterado pela Lei n.º 29/2002, de 6 de Dezembro.

³⁴⁰ Lei das Comunicações Electrónicas.

³⁴¹ Pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

para ser presente à Assembleia da República, e da consagração de um Conselho Consultivo.³⁴²

A independência daquele Instituto constituirá, assim, uma fonte de legitimação não despendida para enfrentar a sensibilidade das matérias e das funções que lhe foram cometidas – a apreciação de conteúdos no domínio dos direitos, liberdades e garantias –, demonstrando, na prática, que o seu “código genético”³⁴³ não é incompatível com a referida missão.

Seja como for, algo afigura-se-nos seguro: a produção legislativa de que tem sido alvo transformou o ICP-ANACOM de mero regulador das telecomunicações em regulador central da sociedade da informação³⁴⁴.

VII. Nesta sede, cumpre, finalmente, ponderar a esfera de intervenção judicial no domínio do ciberespaço.

Em primeiro lugar, a solução administrativa de litígios não prejudica a intervenção, mesmo que simultânea, dos tribunais, aos quais compete, ao abrigo dos meios **existentes**, a resolução definitiva (cfr. o n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 7/2003 e os n.ºs 7 e 8 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 7/2004).

Assim, os interessados podem recorrer das decisões tomadas pelas entidades de supervisão ao abrigo da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, prevista nos artigos 109.º a 111.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos^{345 346}. Com a consagração deste novo processo, o legislador ordinário visou corresponder ao comando constitucional constante do n.º 5 do artigo 20.º, introduzido pela Revisão de 1997, de acordo com o qual “para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

No termos do n.º 4 do preceito constitucional citado, todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em *prazo razoável*. Assim, a imposição constitucional a que o legislador ordinário se encontra adstrito de, para um núcleo delimitado de direitos, criar procedimentos judiciais caracterizados pela **celeridade** e **prioridade**, acrescenta algo de novo e de qualitativamente diverso.

³⁴² Neste sentido, de forma pormenorizada, Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes...*, cit., pp. 183-188 e 202-215.

³⁴³ Cfr. a alínea b) do n.º 4 da já citada Declaração de Voto do Grupo Parlamentar do Partido Socialista, aposta ao Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República (in *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 79/IX/1, de 20 de Março de 2003, pp. 3320-(62)- pp. 3320-(63)).

³⁴⁴ Também detectando esta mutação, cfr. o n.º 6 do ponto IV do Parecer da Unidade de Missão Inovação e Conhecimento da Presidência do Conselho de Ministros, incluído como Anexo 5 do Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República (in *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 79/IX/1, de 20 de Março de 2003, p. 3320-(57)).

³⁴⁵ Estes preceitos compõem a Secção II do Capítulo II, “Das Intimações”, do Título IV, “Dos processos Urgentes”, do Código. Este foi aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, e alterado e republicado pela Lei n.º 4-A/2003, 19 de Fevereiro.

³⁴⁶ Sobre este processo, cfr. Mário Aroso de Almeida, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 237-241.

A materialização deste comando pode configurar um direito de amparo ordinário, isto é, a fazer valer perante os tribunais comuns³⁴⁷, ou aproximar-se do recurso de amparo constitucional, com a necessária intervenção do Tribunal Constitucional³⁴⁸ – o que consideramos muito improvável, dada a feição assumida pela fiscalização concreta da constitucionalidade no sistema português³⁴⁹.

Todavia, a especial acuidade colocada pela resolução de litígios no âmbito do ciberespaço, teria porventura constituído uma boa oportunidade para se avançar um pouco mais na concretização plena da referida imposição constitucional, desta feita no domínio do processo civil – ramo adjectivo em que o único meio disponível é oferecido pelas providências cautelares não especificadas³⁵⁰.

Para aquele tipo de mecanismos processuais apontam, aliás, o n.º 1 do artigo 18.º da Directiva n.º 2000/31/CE e o n.º 3 do artigo 3.º da Lei n.º 7/2003, que habilitou o Governo a proceder à **criação** de mecanismos judiciais **céleres** de solução dos litígios emergentes da sociedade de informação³⁵¹.

2.3.5.3. O REGIME SANCIONATÓRIO

2.3.5.3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, constitui matéria reservada à Assembleia da República a legislação sobre o regime geral dos actos ilícitos de mera ordenação social. Assim, o Governo apenas carece de credencial parlamentar para emanar normas que se afastem do Regime Geral das Contra-Ordenações³⁵² – nomeadamente no que concerne aos limites máximos dos montantes das coimas³⁵³ e aos tipos de sanções acessórias permitidas, respectivos pressupostos de aplicação e duração máxima³⁵⁴.

A Lei n.º 7/2003 dedicou os seus artigos 4.º e 5.º à temática das sanções, seu processamento e aplicação, estando esta matéria regulada no Capítulo VI do Decreto-Lei n.º 7/2004.

³⁴⁷ Neste sentido, cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 501-502 e Jorge Lacão, *Constituição...*, cit., p. 100. Aparentemente, também José Magalhães, *Dicionário...*, cit., p. 91.

³⁴⁸ Ponderando as duas hipóteses, cfr. Jorge Miranda, *Manual...*, IV, cit., pp. 368-369.

³⁴⁹ Sobre a questão, cfr. ainda José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., 2001, pp. 356 e seguintes; Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, *Comentário...*, cit., pp. 103-106; Marcelo Rebelo de Sousa e José Alberto de Melo Alexandrino, *Constituição...*, cit., p. 103; Marcelo Rebelo de Sousa, Luís Marques Guedes e Luís Marques Mendes, *Uma Constituição...*, cit., p. 82; Jorge Bacelar Gouveia, "A 4.ª Revisão da Constituição Portuguesa", *Direito e Cidadania*, Praia, 1998/1999, Ano II, n.º 5, p. 241.

³⁵⁰ Cfr. os artigos 381.º e seguintes do Código de Processo Civil.

³⁵¹ Note-se que a norma deste n.º 3 do artigo 3.º não constava da Proposta de Lei n.º 44/IX (publicada no *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 72/IX/1, de 27 de Fevereiro de 2003, pp. 3133-3142), tendo sido sugerida pelo Secretário de Estado Adjunto da Ministra da Justiça, aquando da sua discussão na generalidade (cfr. o *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 101/IX/1, de 20 de Março de 2003, p. 4244).

³⁵² Constante do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 356/89, de 17 de Outubro, 244/95, de 14 de Setembro, e 323/2001, de 17 de Dezembro, e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro.

³⁵³ Cfr. o artigo 17.º do citado Regime Geral.

³⁵⁴ Cfr. os artigos 21.º e 21.º-A do citado Regime Geral.

A nossa análise abarcará as dimensões substantiva e processual³⁵⁵ do regime gizado no diploma governamental, procurando detectar os pontos que, de alguma forma, se perfilam como especiais face ao citado Regime Geral.

2.3.5.3.2. MONTANTES DAS COIMAS

No que a este assunto concerne, foi intenção do legislador consagrar molduras muito amplas, com o objectivo de serem dissuasoras e de se adequarem à grande variedade de situações que se podem configurar³⁵⁶. E, de facto, durante o procedimento legislativo conducente à aprovação da Lei n.º 7/2003, foram formuladas várias críticas a esta opção, acusando-a de excessiva e de estar em dissonância com o panorama nacional neste domínio³⁵⁷.

Dos n.ºs 1 e 2 do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, resulta a consagração de duas categorias de contra-ordenações, delimitadas em função da gravidade dos factos que lhes subjazem. Assim, as contra-ordenações praticadas dolosamente por pessoas singulares³⁵⁸ constantes do primeiro escalão, previsto no n.º 1, têm uma moldura abstracta que varia entre € 2 500 e € 50 000, sendo os actos tipificados no n.º 2 passíveis de coimas que oscilam entre € 5 000 e € 100 000³⁵⁹.

No que respeita às infracções cometidas por pessoas colectivas, o n.º 5 do artigo 37.º do citado diploma prevê o agravamento em um terço dos limites mínimo e máximo das coimas.

Como é facilmente observável, estas molduras transcendem os limites máximos de € 3 740,98 e € 44 891,81, fixados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º do Regime Geral das Contra-Ordenações para as coimas aplicáveis às pessoas singulares e às pessoas colectivas, respectivamente, o que explica a necessidade de habilitação parlamentar para a sua emissão por parte do Governo.

No que concerne à punição dos actos praticados a título negligente, estabelece o n.º 4 do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 7/2004 que estes são sancionáveis “nos limites da coima aplicável às infracções previstas no n.º 1”. Esta norma gera várias dificuldades.

Em primeiro lugar, deve questionar-se se o limite máximo, de € 50 000, pode ser agravado em um terço no caso de a infracção ser praticada por pessoa colectiva.

³⁵⁵ Cfr. as Partes I e II do Regime Geral das Contra-Ordenações, respectivamente. Quanto à primeira, cfr. também o artigo 32.º.

³⁵⁶ Cfr. o n.º 6 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 7/2004.

³⁵⁷ Neste sentido, cfr. o n.º 4 do Parecer da Ordem dos Advogados, incluído como Anexo 2 do Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República (*in Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 79/IX/1, de 20 de Março de 2003, p. 3320-(28)). Pelo contrário, a DECO, no n.º 1 do seu Comentário, incluído como Anexo 8 do mencionado Relatório e Parecer (*in Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 79/IX/1, de 20 de Março de 2003, p. 3320-(61)), saudou aquela medida.

³⁵⁸ Esta restrição decorre da circunstância de os n.ºs 4 e 5 do citado preceito estabelecerem regras especiais para os casos de negligência e de prática das infracções por parte de pessoas colectivas.

³⁵⁹ Cfr. também a alínea a) do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 7/2003.

Por outro lado, situando-se a moldura abstracta das infracções praticadas com negligência entre os € 2 500 e os € 50 000, verifica-se que os limites mínimo e máximo das contra-ordenações previstas no n.º 1 do artigo 37.º se mantêm idênticos nos casos de dolo e de negligência.

Ora, em qualquer caso, cabe atentar no disposto no n.º 3 do artigo 17.º do Regime Geral das Contra-Ordenações, segundo o qual, em caso de negligência, “se o contrário não resultar de lei”³⁶⁰, os montantes máximos das coimas aplicáveis às pessoas singulares e às pessoas colectivas são de € 1 870,49 e de € 22 445,91, respectivamente³⁶¹.

2.3.5.3.3. SANÇÕES ACESSÓRIAS

Os n.os 1 e 2 do artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, prevêm as seguintes sanções acessórias³⁶²:

- a) a perda a favor do Estado dos bens utilizados para a prática das infracções;
- b) a interdição do exercício da actividade pelo período máximo de seis anos e, tratando-se de pessoas singulares, a inibição do exercício de cargos sociais em empresas prestadoras de serviços da sociedade da informação durante o mesmo período.

A primeira sanção referida já se encontra contemplada em moldes semelhantes na alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º e no n.º 1 do artigo 21.º-A do Regime Geral das Contra-Ordenações.

Diversamente, a interdição do exercício da actividade e a inibição do exercício de cargos sociais em empresas prestadoras de serviços da sociedade da informação constitui uma novidade face ao leque previsto no n.º 1 do artigo 21.º do Regime Geral das Contra-Ordenações, uma vez que este apenas contempla a interdição do exercício de profissões ou actividades cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública (alínea b))³⁶³ e a suspensão de autorizações, licenças e alvarás (alínea g)). Ora, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 7/2004 fixa o princípio da liberdade de exercício da actividade de prestador de serviços da sociedade da informação, que não depende, em regra, de autorização prévia (cfr. os n.ºs 3 e 4).

³⁶⁰ Itálico nosso.

³⁶¹ Cfr. a alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 7/2003. Recorde-se que o n.º 1 do artigo 8.º do Regime Geral das Contra-Ordenações admite já a punibilidade da negligência “nos casos especialmente previstos *na lei*” (itálico nosso).

³⁶² Quanto à publicidade da punição por contra-ordenação e das próprias sanções acessórias aplicadas, prevista no n.º 4 do artigo 38.º, julgamos que o Decreto-Lei n.º 7/2004 espelha a opção que reputamos correcta de a não considerar uma verdadeira e própria sanção acessória – não obstante a sua inserção sistemática num preceito com tal epígrafe e de a alínea d) do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 7/2003 a incluir na categoria em apreço. Do Regime Geral das Contra-Ordenações parece resultar que a publicidade não é encarada como sanção acessória, uma vez que aquela se não encontra prevista no n.º 1 do artigo 21.º, dedicado à enumeração das sanções acessórias, mas sim, autonomamente, no n.º 3 do mesmo preceito – que, de todo o modo, tem por epígrafe “sanções acessórias”. Para mais, o artigo 21.º-A, que fixa os pressupostos das várias sanções acessórias previstas no artigo anterior, não contempla a publicidade.

³⁶³ O mesmo tipo de sanção está previsto, com um prazo de duração máxima idêntico, como pena acessória na alínea c) do artigo 11.º e no artigo 14.º da Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, alterada pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro).

A este propósito, refira-se ainda que as sanções acessórias em causa têm a duração máxima de seis anos – período que excede em muito a regra de dois anos prevista no n.º 2 do artigo 21.º do Regime Geral das Contra-Ordenações –, possível razão pela qual a sua aplicação por prazo superior a *dois anos* é obrigatoriamente **decidida judicialmente** por iniciativa oficiosa da própria entidade de supervisão (n.º 3 do artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 7/2004)³⁶⁴. Em todo o caso, este regime constitui um desvio – materialmente compatível com o espírito da norma habilitante constante do n.º 3 do artigo 5.º da Lei n.º 7/2003 – à **regra da competência das autoridades administrativas** para o processamento das contra-ordenações e aplicação das coimas e das *sanções acessórias* (artigo 33.º do Regime Geral das Contra-Ordenações)³⁶⁵.

2.3.5.3.4. PROVIDÊNCIAS PROVISÓRIAS

De acordo com o n.º 1 do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, a entidade de supervisão a quem caiba a aplicação da coima pode determinar, desde que se revelem imediatamente necessárias, as seguintes providências provisórias:

a) a suspensão da actividade e o encerramento do estabelecimento que é suporte dos serviços da sociedade da informação, enquanto decorre o procedimento e até à decisão definitiva;

b) a apreensão de bens que sejam veículo da prática da infracção.

A suspensão da actividade e o encerramento do estabelecimento que é suporte dos serviços da sociedade da informação, enquanto decorre o procedimento e até à decisão definitiva, parecem não ter paralelo, ao menos de forma expressa, no Regime Geral das Contra-Ordenações. É certo que, de acordo com o n.º 1 do seu artigo 41.º, sempre que o contrário não resultar deste Regime, são aplicáveis ao processo de contra-ordenação, devidamente adaptadas, as normas que disciplinam o processo criminal. Simplesmente, nenhuma das medidas de coacção admitidas pelo Código de Processo Penal se aproxima, nos seus pressupostos e finalidades, das providências provisórias em questão³⁶⁶.

³⁶⁴ Foi assim corrigida, *num sentido claramente mais favorável aos direitos dos eventuais visados*, a proposta inicial, vertida no n.º 3 do artigo 5.º da Lei n.º 7/2003, de acordo com a qual a aplicação por prazo superior a dois anos estaria sujeita a **confirmação judicial** obrigatória, *sem efeito suspensivo*, por iniciativa oficiosa da própria entidade de supervisão. Este mecanismo representava uma clara derrogação ao princípio básico do regime do ilícito de mera ordenação social, segundo o qual a intervenção judicial é despoletada por um recurso da decisão da autoridade administrativa, **interposto pelo arguido ou pelo seu defensor** (n.ºs 1 e 2 do artigo 59.º do referido regime), sob pena de essa decisão se tornar definitiva (cfr. a alínea a) do n.º 2 do artigo 58.º e o n.º 1 do artigo 79.º do mesmo regime).

³⁶⁵ O próprio Regime Geral das Contra-Ordenações prevê especialidades no que a esta matéria respeita, pois quando se verificar concurso de crime e contra-ordenação, ou quando, pelo mesmo facto, uma pessoa tiver que responder a título de crime e outra a título de contra-ordenação, o processamento da contra-ordenação cabe às autoridades competentes para o processo criminal, cumprindo ao juiz competente para o julgamento do crime aplicar as coimas e as sanções acessórias (artigos 38.º e 39.º).

³⁶⁶ A suspensão do exercício de actividade, prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 199.º, para além de ter por objecto actividades cujo exercício depende de um título público ou de uma autorização ou homologação públicas – o que, como já tivemos oportunidade de assinalar, não sucede com o exercício da actividade de prestador de serviços da sociedade da informação, que não depende, em regra, de autorização prévia –, pressupõe a imputação de um *crime punível com pena de prisão de máximo superior a dois anos*.

Já a apreensão de bens que sejam veículo da prática da infração – que se não deve confundir com a perda de bens, que, como sanção acessória que é, constitui uma medida definitiva – encontra-se prevista de uma forma genérica no artigo 48.º-A do Regime Geral das Contra-Ordenações, sendo judicialmente impugnável nos termos do artigo 85.º do mesmo Regime³⁶⁷.

³⁶⁷ Cfr. ainda o artigo 83.º.

LEGISLAÇÃO

■ 3. LEGISLAÇÃO *

■ ■ 3.1. COMUNITÁRIA

■ ■ ■ 3.1.1. DIRECTIVA 2000/31/CE (DIRECTIVA SOBRE O COMÉRCIO ELECTRÓNICO)

Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno ("Directiva sobre comércio electrónico")

O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia e, nomeadamente, o n.º 2 do seu artigo 47º e os seus artigos 55º e 95º,

Tendo em conta a proposta da Comissão ¹,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social ²,

Deliberando nos termos do artigo 251º do Tratado ³

Considerando o seguinte:

(1) A União Europeia pretende estabelecer laços cada vez mais estreitos entre os Estados e os povos europeus, com o objectivo de garantir o progresso económico e social. Nos termos do n.º 2 do artigo 14º do Tratado, o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas, no qual é assegurada a livre circulação de mercadorias e serviços, bem como a liberdade de estabelecimento. O desenvolvimento dos serviços da sociedade da informação no espaço sem fronteiras internas é essencial para eliminar as barreiras que dividem os povos europeus.

(2) O desenvolvimento do comércio electrónico na sociedade da informação faculta oportunidades importantes de emprego na Comunidade, particularmente nas pequenas e médias empresas, e irá estimular o crescimento económico e o investimento na inovação por parte das empresas europeias e pode igualmente reforçar a competitividade da indústria europeia, contanto que a internet seja acessível a todos.

(3) A legislação comunitária e as características da ordem jurídica comunitária constituem um meio essencial para que os cidadãos e os operadores europeus possam beneficiar, plenamente e sem consideração de fronteiras, das oportunidades proporcionadas pelo comércio electrónico. A presente directiva tem por isso por objecto assegurar um elevado nível de integração da legislação comunitária, a fim de

* A consulta deste capítulo não dispensa a consulta da respectiva publicação oficial.

1 JO C 30 de 5.2.1999, p. 4.

2 JO C 169 de 16.6.1999, p. 36.

3 Parecer do Parlamento Europeu de 6 de Maio de 1999 (JO C 279 de 1.10.1999, p. 389), posição comum do Conselho de 28 de Fevereiro de 2000 e decisão do Parlamento Europeu de 4 de Maio de 2000 (ainda não publicada no Jornal Oficial).

estabelecer um real espaço sem fronteiras internas para os serviços da sociedade da informação.

(4) É importante assegurar que o comércio electrónico possa beneficiar inteiramente do mercado interno e que assim se obtenha, tal como com a Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva⁴, um alto nível de integração comunitária.

(5) O desenvolvimento dos serviços da sociedade da informação na Comunidade é entravado por um certo número de obstáculos legais ao bom funcionamento do mercado interno, os quais, pela sua natureza, podem tornar menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços. Esses obstáculos advêm da divergência das legislações, bem como da insegurança jurídica dos regimes nacionais aplicáveis a esses serviços. Na falta de coordenação e de ajustamento das várias legislações nos domínios em causa, há obstáculos que podem ser justificados à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Existe insegurança jurídica quanto à extensão do controlo que cada Estado-Membro pode exercer sobre serviços provenientes de outro Estado-Membro.

(6) À luz dos objectivos comunitários, dos artigos 43º e 49º do Tratado e do direito comunitário derivado, estes obstáculos devem ser abolidos, através da coordenação de determinadas legislações nacionais e da clarificação, a nível comunitário, de certos conceitos legais, na medida do necessário ao bom funcionamento do mercado interno. A presente directiva, ao tratar apenas de certas questões específicas que levantam problemas ao mercado interno, é plenamente coerente com a necessidade de respeitar o princípio da subsidiariedade, tal como enunciado no artigo 5º do Tratado.

(7) A fim de garantir a segurança jurídica e a confiança do consumidor, é essencial que a presente directiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspectos legais do comércio electrónico no mercado interno.

(8) O objectivo da presente directiva é criar um enquadramento legal destinado a assegurar a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre os Estados-Membros, e não harmonizar o domínio do direito penal, enquanto tal.

(9) A livre circulação dos serviços da sociedade da informação pode em muitos casos constituir um reflexo específico, no direito comunitário, de um princípio mais geral, designadamente o da liberdade de expressão, consagrado no nº 1 do artigo

4 JO L 298 de 17.10.1989, p. 23. Directiva alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 202 de 30.7.1997, p. 60).

10º da Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, ratificada por todos os Estados-Membros. Por esta razão, as directivas que cobrem a prestação de serviços da sociedade da informação devem assegurar que essa actividade possa ser empreendida livremente, à luz daquele preceito, apenas se subordinando às restrições fixadas no n.º 2 daquele artigo e no n.º 1 do artigo 46º do Tratado. A presente directiva não tem por objectivo afectar as normas e princípios nacionais fundamentais respeitantes à liberdade de expressão.

(10) De acordo com o princípio da proporcionalidade, as medidas previstas na presente directiva limitam-se ao mínimo estritamente necessário para alcançar o objectivo do correcto funcionamento do mercado interno. Sempre que seja necessário intervir a nível comunitário, e a fim de garantir a existência de um espaço efectivamente isento de fronteiras internas no que diz respeito ao comércio electrónico, a presente directiva deve assegurar um alto nível de protecção dos objectivos de interesse geral, em especial a protecção dos menores e da dignidade humana, a defesa do consumidor e a protecção da saúde pública. Nos termos do artigo 152º do Tratado, a protecção da saúde é uma componente essencial das outras políticas da Comunidade.

(11) A presente directiva não prejudica o nível de protecção, designadamente, da saúde pública e do consumidor, estabelecido por instrumentos comunitários; nomeadamente a Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores⁵ e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância⁶ constituem um elemento essencial da protecção do consumidor em matéria contratual. Essas directivas aplicam-se igualmente na sua integralidade aos serviços da sociedade da informação. Fazem igualmente parte desse acervo a Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa⁷, a Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo⁸, a Directiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de Maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários⁹, a Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados¹⁰, a Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de

5 JO L 95 de 21.4.1993, p. 29.

6 JO L 144 de 4.6.1997, p. 19.

7 JO L 250 de 19.9.1984, p. 17. Directiva alterada pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 290 de 23.10.1997, p. 18).

8 JO L 42 de 12.2.1987, p. 48. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 101 de 1.4.1998, p. 17).

9 JO L 141 de 11.6.1993, p. 27. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 97/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 84 de 26.3.1997, p. 22).

10 JO L 158 de 23.6.1990, p. 59.

1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores¹¹, a Directiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos⁽¹²⁾, a Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis¹³, a Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores¹⁴, a Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos¹⁵, a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e garantias conexas¹⁶, a futura directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância de serviços financeiros junto dos consumidores a Directiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano¹⁷. A presente directiva deve ser aplicável sem prejuízo do disposto na Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco¹⁸, que foi adoptada no âmbito do mercado interno, e nas directivas relativas à protecção da saúde pública. A presente directiva é complementar dos requisitos de informação fixados nas directivas citadas, e em especial na Directiva 97/7/CE.

(12) É necessário excluir do âmbito de aplicação da presente directiva certas actividades, tendo em conta que a livre circulação de serviços não pode, nesta fase, ser garantida ao abrigo do Tratado ou do direito comunitário derivado existente. Essa exclusão não deve contrariar eventuais instrumentos que possam ser necessários ao bom funcionamento do mercado interno. A tributação, especialmente o imposto sobre o valor acrescentado aplicado a um grande número de serviços abrangidos pela presente directiva, deve ser excluída do seu âmbito de aplicação.

(13) A presente directiva não tem por objectivo fixar regras em matéria de obrigações fiscais, nem obstar à criação de instrumentos comunitários respeitantes aos aspectos fiscais do comércio electrónico.

11 JO L 80 de 18.3.1998, p. 27.

12 JO L 228 de 11.8.1992, p. 24.

13 JO L 280 de 29.10.1994, p. 83.

14 JO L 166 de 11.6.1998, p. 51. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 1999/44/CE (JO L 171 de 7.7.1999, p. 12).

15 JO L 210 de 7.8.1985, p. 29. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 1999/34/CE (JO L 141 de 4.6.1999, p. 20).

16 JO L 171 de 7.7.1999, p. 12.

17 JO L 113 de 30.4.1992, p. 13.

18 JO L 213 de 30.7.1998, p. 9.

(14) A protecção dos indivíduos no que se refere ao tratamento dos dados pessoais é regida exclusivamente pela Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados¹⁹ e pela Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações²⁰, que se aplicam plenamente aos serviços da sociedade da informação. Essas directivas criam já um quadro legal comunitário no domínio dos dados pessoais, pelo que não é necessário tratar essa questão na presente directiva para garantir o bom funcionamento do mercado interno, em especial a livre circulação dos dados pessoais entre Estados-Membros. A execução e aplicação da presente directiva deverão efectuar-se em absoluta conformidade com os princípios respeitantes à protecção dos dados pessoais, designadamente no que se refere às comunicações comerciais não solicitadas e à responsabilidade dos intermediários. A presente directiva não pode impedir a utilização anónima de redes abertas, como, por exemplo, a internet.

(15) A confidencialidade das comunicações está assegurada pelo artigo 5º da Directiva 97/66/CE. Nos termos dessa directiva, os Estados-Membros devem proibir qualquer forma de interceptação ou de vigilância dessas comunicações, por pessoas que não sejam os remetentes ou os destinatários destas, excepto quando legalmente autorizados.

(16) A exclusão dos jogos de azar do âmbito de aplicação da presente directiva apenas abrange os jogos de fortuna, lotarias e apostas propriamente ditas, em que é feita uma aposta em dinheiro. Não se incluem os concursos ou jogos promocionais cujo objectivo seja fomentar a venda de mercadorias ou serviços e em que os prémios, quando os haja, sirvam apenas para adquirir as mercadorias ou serviços promovidos.

(17) Já existe uma definição de serviços da sociedade da informação na Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação²¹ e na Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro de 1998, relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional²². Essa definição abrange qualquer serviço, em princípio pago à distância, por meio de equipamento electrónico de processamento (incluindo a compressão digital) e o armazenamento de dados, e a pedido expresso do destinatário do serviço. Os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da

¹⁹ JO L 281 de 23.11.1995, p. 31.

²⁰ JO L 24 de 30.1.1998, p. 1.

²¹ JO L 204 de 21.7.1998, p. 37. Directiva alterada pela Directiva 98/48/CE (JO L 217 de 5.8.1998, p. 18).

²² JO L 320 de 28.11.1998, p. 54.

Directiva 98/34/CE que não envolvem tratamento e armazenamento de dados não são abrangidos por essa definição.

(18) Os serviços da sociedade da informação abrangem uma grande diversidade de actividades económicas. Tais actividades podem, nomeadamente, consistir na venda de mercadorias em linha. Não são abrangidas actividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha. Os serviços da sociedade da informação não dão apenas a possibilidade de celebrar contratos em linha, mas também, tratando-se de uma actividade económica, serviços que não são remunerados pelo respectivo destinatário, como os que consistem em prestar informações em linha ou comunicações comerciais, ou ainda os que fornecem ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados. Os serviços da sociedade da informação abrangem igualmente a transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço. A radiodifusão televisiva, na acepção da Directiva 89/552/CEE, e a radiodifusão não constituem serviços da sociedade da informação, dado não serem prestados mediante pedido individual. Ao invés, os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio electrónico são serviços da sociedade da informação. A utilização do correio electrónico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua actividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas, não são serviços da sociedade da informação. A relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal não é um serviço da sociedade da informação. As actividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios electrónicos, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico, que exija o exame físico do doente, não são serviços da sociedade da informação.

(19) A determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efectiva de uma actividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua actividade económica. Quando

um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o centro das suas actividades relacionadas com esse serviço específico.

(20) A definição de "destinatário de um serviço" abrange todos os tipos de utilização dos serviços da sociedade da informação, tanto por pessoas que prestem informações na internet como por pessoas que procuram informações na internet por razões privadas ou profissionais.

(21) O âmbito do domínio coordenado é definido sem prejuízo de futura harmonização comunitária em matéria de sociedade da informação e de futura legislação adoptada a nível nacional conforme com o direito comunitário. O domínio coordenado abrange exclusivamente exigências respeitantes a actividades em linha, tais como a informação em linha, a publicidade em linha, as compras em linha e os contratos em linha, e não diz respeito aos requisitos legais exigidos pelos Estados-Membros em relação às mercadorias, tais como as normas de segurança, as obrigações de rotulagem ou a responsabilização pelos produtos, ou as exigências dos Estados-Membros respeitantes à entrega ou transporte de mercadorias, incluindo a distribuição de produtos medicinais. O domínio coordenado não abrange o exercício do direito de preempção por parte de entidades públicas relativamente a determinados bens, tais como obras de arte.

(22) O controlo dos serviços da sociedade da informação deve ser exercido na fonte da actividade, a fim de garantir uma protecção eficaz dos interesses gerais. Para isso, é necessário que a autoridade competente assegure essa protecção, não apenas aos cidadãos do seu país, mas também ao conjunto dos cidadãos da Comunidade. Para melhorar a confiança mútua entre Estados-Membros, é indispensável precisar claramente essa responsabilidade do Estado-Membro em que os serviços têm origem. Além disso, a fim de garantir a eficácia da livre circulação de serviços e a segurança jurídica para os prestadores e os destinatários, esses serviços devem estar sujeitos, em princípio, à legislação do Estado-Membro em que o prestador se encontra estabelecido.

(23) A presente directiva não estabelece normas adicionais de direito internacional privado em matéria de conflitos de leis, nem abrange a jurisdição dos tribunais. O disposto na legislação aplicável por força das normas de conflitos do direito internacional privado não restringe a liberdade de prestar serviços da sociedade da informação nos termos constantes da presente directiva.

(24) No contexto da presente directiva, e não obstante a regra do controlo na origem dos serviços da sociedade da informação, é legítimo que, nas condições fixadas na presente directiva, os Estados-Membros possam adoptar medidas destinadas a restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação.

(25) Os tribunais nacionais, incluindo os tribunais cíveis, competentes para conhecer dos litígios de direito privado, podem tomar medidas que constituam uma derrogação à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação de acordo com as condições constantes da presente directiva.

(26) Os Estados-Membros, de acordo com as condições fixadas na presente directiva, podem aplicar as suas legislações em matéria de direito penal e de direito processual penal para efeitos das diligências de investigação e outras medidas necessárias à detecção e incriminação de delitos penais, sem terem de notificar essas medidas à Comissão.

(27) A presente directiva, juntamente com a futura directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância de serviços financeiros junto dos consumidores, contribui para criar um enquadramento legal para a prestação de serviços financeiros em linha. A presente directiva não prejudica futuras iniciativas no domínio dos serviços financeiros, em especial no que diz respeito à harmonização das regras de conduta neste domínio. A faculdade conferida pela presente directiva aos Estados-Membros de, em certas circunstâncias, restringirem a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, por forma a proteger os consumidores, abrange igualmente medidas no domínio dos serviços financeiros, em especial medidas destinadas a proteger os investidores.

(28) A obrigação dos Estados-Membros de não sujeitarem o acesso à actividade de prestador de serviços da sociedade da informação a autorização prévia não abrange os serviços postais, cobertos pela Directiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade de serviço²³, que consistam na entrega física de uma mensagem de correio electrónico impressa e não afecta os sistemas de acreditação voluntários, em especial em relação aos prestadores de serviços de certificação de assinaturas electrónicas.

(29) A comunicação comercial é essencial para o financiamento dos serviços da sociedade da informação e para o desenvolvimento de uma grande variedade de novos serviços gratuitos. No interesse dos consumidores e da lealdade das transacções, a comunicação comercial, incluindo descontos, ofertas e jogos promocionais, deve respeitar um certo número de obrigações relativas

²³ JO L 15 de 21.1.1998, p. 14.

à transparência. Estes requisitos aplicam-se sem prejuízo do disposto na Directiva 97/7/CE. A presente directiva não afecta as directivas existentes relativas às comunicações comerciais, em especial a Directiva 98/43/CE.

(30) A transmissão de comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico pode ser inconveniente para os consumidores e para os prestadores de serviços da sociedade da informação e perturbar o bom funcionamento das redes interactivas. A questão do consentimento dos destinatários em relação a determinadas formas de comunicações comerciais não solicitadas não é abordada na presente directiva, mas foi já abordada, em particular, na Directiva 97/7/CE e na Directiva 97/66/CE. Nos Estados-Membros que autorizem esse tipo de comunicações, deveriam ser incentivadas e facilitadas iniciativas de colocação de "filtros" por parte das empresas. Além disso, é necessário, em qualquer caso, que as comunicações comerciais não solicitadas sejam claramente identificáveis enquanto tal, por forma a melhorar a transparência e facilitar o funcionamento dessas iniciativas da indústria. As comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico não devem implicar custos adicionais para o destinatário.

(31) Os Estados-Membros que permitam a comunicação comercial não solicitada por correio electrónico por parte de um prestador estabelecido no seu território sem autorização prévia do destinatário têm de assegurar que o prestador consulta regularmente e respeita os registos de opção negativa ("*opt-out*") onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações.

(32) Para suprimir os entraves ao desenvolvimento dos serviços transfronteiriços na Comunidade que os membros das profissões regulamentadas poderiam propor na internet, é necessário garantir, a nível comunitário, o cumprimento das regras profissionais previstas para proteger, nomeadamente, o consumidor ou a saúde pública. Os códigos de conduta a nível comunitário constituem a melhor forma para determinar as regras deontológicas aplicáveis à comunicação comercial e é necessário incentivar a sua elaboração, ou a sua eventual adaptação, sem prejuízo da autonomia dos organismos e associações profissionais.

(33) A presente directiva complementa o direito comunitário e as legislações nacionais relativas às profissões regulamentadas, assegurando um conjunto coerente de regras aplicáveis neste domínio.

(34) Cada Estado-Membro ajustará a sua legislação relativa a requisitos, nomeadamente de forma, susceptíveis de dificultar o recurso a contratos por via electrónica. O exame das legislações que necessitem deste ajustamento deve ser sistemático e abranger todas as etapas e actos necessários ao processo contratual,

incluindo a celebração do contrato. Esse ajustamento deve ter como resultado tornar exequíveis os contratos celebrados por via electrónica. O efeito legal das assinaturas electrónicas é objecto da Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para assinaturas electrónicas ²⁴. O aviso de recepção por parte de um prestador de serviços pode revestir a forma da prestação em linha do serviço pago.

(35) A presente directiva não afecta a possibilidade de os Estados-Membros manterem ou fixarem requisitos legais, gerais ou específicos para os contratos, que possam ser preenchidos por meios electrónicos, em especial os requisitos relativos à certificação de assinaturas electrónicas.

(36) Os Estados-Membros podem manter restrições à celebração de contratos por meios electrónicos quando estes exijam, por lei, a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos. Essa possibilidade abrange igualmente os contratos que exijam a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos para que possam produzir efeitos em relação a terceiros; bem como os contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais.

(37) A obrigação de os Estados-Membros não colocarem obstáculos à celebração de contratos por meios electrónicos apenas diz respeito aos resultantes de requisitos legais, e não aos obstáculos práticos resultantes da impossibilidade de utilizar meios electrónicos em determinados casos.

(38) A obrigação de os Estados-Membros não colocarem obstáculos à celebração de contratos por meios electrónicos será aplicada de acordo com as exigências legais aplicáveis aos contratos consagradas no direito comunitário.

(39) As excepções às disposições relativas aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico, ou outro meio de comunicação individual equivalente, previsto na presente directiva, no tocante às informações a prestar e às ordens de encomenda, não devem dar lugar a que os prestadores de serviços da sociedade da informação possam contornar as referidas disposições.

(40) As divergências actuais ou futuras, entre as legislações e jurisprudências nacionais no domínio da responsabilidade dos prestadores de serviços agindo na qualidade de intermediários, impedem o bom funcionamento do mercado interno, perturbando particularmente o desenvolvimento dos serviços transfronteiriços e produzindo distorções de concorrência. Os prestadores de serviços têm, em certos casos, o dever de agir a fim de evitar ou fazer cessar actividades ilícitas. A presente directiva deve constituir a base adequada para a criação de mecanismos rápidos

24 JO L 13 de 19.1.2000, p. 12.

e fiáveis para remover as informações ilícitas e impossibilitar o acesso a estas. Esses mecanismos poderão ser elaborados com base em acordos voluntários negociados entre todas as partes interessadas e deveriam ser encorajados pelos Estados-Membros. É do interesse de todas as partes que participam na prestação de serviços da sociedade da informação adoptar e aplicar esses mecanismos. As disposições da presente directiva relativas à responsabilidade não deveriam constituir obstáculo ao desenvolvimento e aplicação efectiva, pelas diferentes partes envolvidas, de sistemas técnicos de protecção e identificação, bem como de instrumentos de controlo técnico, que a tecnologia digital permite, dentro dos limites previstos pelas Directivas 95/46/CE e 97/66/CE.

(41) A presente directiva estabelece um justo equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo e consagra princípios em que se podem basear os acordos e normas da indústria.

(42) As isenções da responsabilidade estabelecidas na presente directiva abrangem exclusivamente os casos em que a actividade da sociedade da informação exercida pelo prestador de serviços se limita ao processo técnico de exploração e abertura do acesso a uma rede de comunicação na qual as informações prestadas por terceiros são transmitidas ou temporariamente armazenadas com o propósito exclusivo de tornar a transmissão mais eficaz. Tal actividade é puramente técnica, automática e de natureza passiva, o que implica que o prestador de serviços da sociedade da informação não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controlo desta.

(43) Um prestador pode beneficiar de isenções por simples transporte ou armazenagem temporária ("caching") quando é inteiramente alheio à informação transmitida. Isso exige, designadamente, que o prestador não altere a informação que transmite. Esta exigência não se aplica ao manuseamento técnico que tem lugar no decurso da transmissão, uma vez que este não afecta a integridade da informação contida na transmissão.

(44) Um prestador que colabora deliberadamente com um dos destinatários do serviço prestado, com o intuito de praticar actos ilegais, ultrapassa as actividades de simples transporte ou armazenagem temporária ("caching"), pelo que não pode beneficiar das isenções de responsabilidade aplicáveis a tais actividades.

(45) A delimitação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, fixada na presente directiva, não afecta a possibilidade de medidas inibitórias de diversa natureza. Essas medidas podem consistir, designadamente, em decisões judiciais ou administrativas que exijam a prevenção ou a cessação de uma

eventual infracção, incluindo a remoção de informações ilegais, ou tornando impossível o acesso a estas.

(46) A fim de beneficiar de uma delimitação de responsabilidade, o prestador de um serviço da sociedade da informação, que consista na armazenagem de informação, a partir do momento em que tenha conhecimento efectivo da ilicitude, ou tenha sido alertado para esta, deve proceder com diligência no sentido de remover as informações ou impossibilitar o acesso a estas. A remoção ou impossibilitação de acesso têm de ser efectuadas respeitando o princípio da liberdade de expressão. A presente directiva não afecta a possibilidade de os Estados-Membros fixarem requisitos específicos que tenham de ser cumpridos de forma expedita, previamente à remoção ou à impossibilitação de acesso à informação.

(47) Os Estados-Membros só estão impedidos de impor uma obrigação de vigilância obrigatória dos prestadores de serviços em relação a obrigações de natureza geral. Esse impedimento não diz respeito a obrigações de vigilância em casos específicos e, em especial, não afecta as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações nacionais.

(48) A presente directiva não afecta a possibilidade de os Estados-Membros exigirem dos prestadores de serviços, que acolham informações prestadas por destinatários dos seus serviços, que exerçam deveres de diligência que podem razoavelmente esperar-se deles e que estejam especificados na legislação nacional, no sentido de detectarem e prevenirem determinados tipos de actividades ilegais.

(49) Os Estados-Membros e a Comissão deverão incentivar a elaboração de códigos de conduta. Tal facto não deverá alterar o carácter voluntário desses códigos e a possibilidade de as partes interessadas decidirem livremente se aderem ou não a esses códigos.

(50) Importa que a proposta de directiva relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação entre em vigor em prazo similar ao da presente directiva, a fim de se estabelecer um conjunto de regras claro no que diz respeito à questão da responsabilidade dos intermediários pelas infracções aos direitos de autor e aos direitos conexos a nível comunitário.

(51) Deve caber a cada Estado-Membro, quando necessário, ajustar a sua legislação susceptível de dificultar a utilização dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios pelas vias electrónicas apropriadas. Esse ajustamento

deve ter como resultado tornar real e efectivamente possível, na lei e na prática, o funcionamento desses mecanismos, inclusive em situações transfronteiriças.

(52) O exercício efectivo das liberdades do mercado interno exige que se garanta às vítimas um acesso eficaz aos mecanismos de resolução de litígios. Os prejuízos que podem ocorrer no quadro dos serviços da sociedade da informação caracterizam-se pela rapidez e pela extensão geográfica. Em virtude desta especificidade e da necessidade de zelar por que as autoridades nacionais não ponham em causa a confiança mútua que devem ter, a presente directiva requer dos Estados-Membros que assegurem a existência de meios de recurso judicial adequados. Os Estados-Membros devem estudar a necessidade de acesso a procedimentos judiciais por meios electrónicos adequados.

(53) A Directiva 98/27/CE, que é aplicável aos serviços da sociedade da informação, prevê um mecanismo para as acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses colectivos dos consumidores. Esse mecanismo contribuirá para a livre circulação dos serviços da sociedade da informação, ao assegurar um elevado nível de protecção dos consumidores.

(54) As sanções previstas na presente directiva não prejudicam qualquer outra penalidade ou medida prevista no direito interno. Os Estados-Membros não são obrigados a sancionar penalmente as infracções às normas nacionais adoptadas em cumprimento da presente directiva.

(55) A presente directiva não afecta a legislação aplicável às obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores. Assim, a presente directiva não pode ter como resultado privar o consumidor da protecção que lhe é concedida pelas disposições compulsivas relativas às obrigações contratuais, constantes da legislação do Estado-Membro em que este tem a sua residência habitual.

(56) No que se refere à derrogação prevista na presente directiva relativa às obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores, estas devem ser interpretadas como abrangendo as informações sobre os elementos essenciais do contrato, incluindo os direitos do consumidor, que têm uma influência determinante na decisão de contratar.

(57) O Tribunal de Justiça tem sustentado de modo constante que um Estado-Membro mantém o direito de tomar medidas contra um prestador de serviços estabelecido noutro Estado-Membro, mas que dirige toda ou a maior parte das suas actividades para o território do primeiro Estado-Membro, se a escolha do

estabelecimento foi feita no intuito de iludir a legislação que se aplicaria ao prestador caso este se tivesse estabelecido no território desse primeiro Estado-Membro.

(58) A presente directiva não deve aplicar-se aos serviços provenientes de prestadores estabelecidos em países terceiros. Dada a dimensão mundial do comércio electrónico, deve, no entanto, ser garantida a coerência do quadro comunitário com o quadro internacional. A presente directiva não prejudica os resultados das discussões que estão a decorrer no âmbito de organizações internacionais (nomeadamente, OMC, OCDE, CNUDCI) sobre os aspectos legais desta problemática.

(59) Apesar da natureza mundial das comunicações electrónicas, é necessário coordenar as medidas reguladoras nacionais a nível da União Europeia, a fim de evitar a fragmentação do mercado interno e estabelecer um quadro regulamentar europeu apropriado. Essa coordenação deveria igualmente contribuir para criar uma posição negocial comum forte nos fóruns internacionais.

(60) Para facilitar o desenvolvimento sem entraves do comércio electrónico, o quadro jurídico em questão deve ser simples, sóbrio, previsível e compatível com as regras em vigor a nível internacional, de modo a não prejudicar a competitividade da indústria europeia, nem impedir as acções inovadoras no sector.

(61) O efectivo funcionamento do mercado por via electrónica num contexto mundializado exige a concertação entre a União Europeia e os grandes espaços não europeus para compatibilizar legislações e procedimentos.

(62) Deverá ser reforçada no sector do comércio electrónico a cooperação com países terceiros, nomeadamente com os países candidatos à adesão e com os principais parceiros comerciais da União Europeia.

(63) A adopção da presente directiva não impedirá os Estados-Membros de tomarem em conta as diversas implicações sociais, societárias e culturais inerentes ao advento da sociedade da informação. Em especial, não deverá prejudicar as medidas que os Estados-Membros possam vir a adoptar, de acordo com o direito comunitário, a fim de prosseguirem objectivos sociais, culturais e democráticos que tenham em conta a sua diversidade linguística, as especificidades nacionais e regionais, bem como os respectivos patrimónios culturais, e para garantirem e preservarem o acesso público ao maior leque possível de serviços da sociedade da informação. O desenvolvimento da sociedade da informação deverá garantir, em qualquer caso, o acesso dos cidadãos europeus ao património cultural europeu facultado por meios digitais.

(64) Os Estados-Membros têm na comunicação electrónica uma excelente via para a prestação de serviços públicos nas áreas cultural, educativa e linguística.

(65) O Conselho de Ministros, na sua resolução, de 19 de Janeiro de 1999, sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação²⁵, salientou que a defesa dos consumidores merecia uma atenção especial neste domínio. A Comissão irá analisar em que medida as regras de defesa do consumidor existentes facultam uma protecção adequada no contexto da sociedade da informação, identificando, quando necessário, as possíveis lacunas dessa legislação e os aspectos em relação aos quais poderão vir a ser necessárias medidas adicionais. Se necessário, a Comissão deverá apresentar propostas específicas adicionais destinadas a preencher as lacunas assim identificadas,

Adoptaram a presente directiva:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 1º

Objectivo e âmbito de aplicação

1. A presente directiva tem por objectivo contribuir para o correcto funcionamento do mercado interno, garantindo a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre Estados-Membros.

2. A presente directiva aproxima, na medida do necessário à realização do objectivo previsto no n.º 1, certas disposições nacionais aplicáveis aos serviços da sociedade da informação que dizem respeito ao mercado interno, ao estabelecimento dos prestadores de serviços, às comunicações comerciais, aos contratos celebrados por via electrónica, à responsabilidade dos intermediários, aos códigos de conduta, à resolução extrajudicial de litígios, às acções judiciais e à cooperação entre Estados-Membros.

3. A presente directiva é complementar da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível de protecção, designadamente da saúde pública e dos interesses dos consumidores, tal como consta dos actos comunitários e da legislação nacional de aplicação destes, na medida em que não restrinjam a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação.

4. A presente directiva não estabelece normas adicionais de direito internacional privado, nem abrange a jurisdição dos tribunais.

5. A presente directiva não é aplicável:

²⁵ JO C 23 de 28.1.1999, p. 1.

- a) Ao domínio tributário;
- b) Às questões respeitantes aos serviços da sociedade da informação abrangidas pelas Directivas 95/46/CE e 97/66/CE;
- c) Às questões relativas a acordos ou práticas regidas pela legislação sobre cartéis;
- d) Às seguintes actividades do âmbito dos serviços da sociedade da informação:
 - actividades dos notários ou profissões equivalentes, na medida em que se encontrem directa e especificamente ligadas ao exercício de poderes públicos,
 - representação de um cliente e a defesa dos seus interesses em tribunal,
 - jogos de azar em que é feita uma aposta em dinheiro em jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas.

6. A presente directiva não afecta as medidas tomadas a nível comunitário ou nacional, na observância do direito comunitário, para fomentar a diversidade cultural e linguística e para assegurar o pluralismo.

Artigo 2º

Definições

Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

- a) "Serviços da sociedade da informação": os serviços da sociedade da informação na acepção do n.º 2 do artigo 1º da Directiva 83/34/CEE, alterada pela Directiva 98/48/CE;
- b) "Prestador de serviços": qualquer pessoa, singular ou colectiva, que preste um serviço do âmbito da sociedade da informação;
- c) "Prestador de serviços estabelecido": o prestador que efectivamente exerça uma actividade económica através de uma instalação fixa, por um período indefinido. A presença e a utilização de meios técnicos e de tecnologias necessários para prestar o serviço não constituem, em si mesmos, o estabelecimento do prestador;
- d) "Destinatário do serviço": qualquer pessoa, singular ou colectiva, que, para fins profissionais ou não, utilize um serviço da sociedade da informação, nomeadamente para procurar ou para tornar acessível determinada informação;
- e) "Consumidor": qualquer pessoa singular que actue para fins alheios à sua actividade comercial, empresarial ou profissional;
- f) "Comunicação comercial": todas as formas de comunicação destinadas a promover, directa ou indirectamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma

empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma actividade de comércio, indústria ou artesanato. Não constituem comunicações comerciais:

- as informações que permitam o acesso directo à actividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio electrónico,

- 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;

g) "Actividades profissionais regulamentadas": quaisquer actividades profissionais na acepção da alínea d) do artigo 1º da Directiva 89/48/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa a um sistema geral de reconhecimento dos diplomas de ensino superior que sancionam formações profissionais com uma duração mínima de três anos²⁶, ou de alínea f) do artigo 1º da Directiva 92/51/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativo a um segundo sistema geral de reconhecimento das formações profissionais, que completa a Directiva 89/48/CEE²⁷;

h) "Domínio coordenado": as exigências fixadas na legislação dos Estados-Membros, aplicáveis aos prestadores de serviços da sociedade da informação e aos serviços da sociedade da informação, independentemente de serem de natureza geral ou especificamente concebidos para esses prestadores e serviços:

i) O domínio coordenado diz respeito às exigências que o prestador de serviços tem de observar, no que se refere:

- ao exercício de actividades de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes às habilitações, autorizações e notificações,

- à prossecução de actividade de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes ao comportamento do prestador de serviços, à qualidade ou conteúdo do serviço, incluindo as aplicáveis à publicidade e aos contratos, ou as respeitantes à responsabilidade do prestador de serviços;

ii) O domínio coordenado não abrange exigências tais como as aplicáveis:

- às mercadorias, enquanto tais,

- à entrega de mercadorias,

- aos serviços não prestados por meios electrónicos.

²⁶ JO L 19 de 24.1.1989, p. 16.

²⁷ JO L 209 de 24.7.1992, p. 25. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 97/38/CE (JO L 184 de 12.7.1997, p. 31).

Artigo 3º

Mercado interno

1. Cada Estado-Membro assegurará que os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no seu território cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no domínio coordenado.

2. Os Estados-Membros não podem, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro.

3. Os n.ºs 1 e 2 não se aplicam aos domínios a que se refere o anexo.

4. Os Estados-Membros podem tomar medidas derogatórias do n.º 2 em relação a determinado serviço da sociedade da informação, caso sejam preenchidas as seguintes condições:

a) As medidas devem ser:

i) Necessárias por uma das seguintes razões:

- defesa da ordem pública, em especial prevenção, investigação, detecção e incriminação de delitos penais, incluindo a protecção de menores e a luta contra o incitamento ao ódio fundado na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade, e contra as violações da dignidade humana de pessoas individuais,

- protecção da saúde pública,

- segurança pública, incluindo a salvaguarda da segurança e da defesa nacionais,

- defesa dos consumidores, incluindo os investidores;

ii) Tomadas relativamente a um determinado serviço da sociedade da informação que lese os objectivos referidos na subalínea i), ou que comporte um risco sério e grave de prejudicar esses objectivos;

iii) Proporcionais a esses objectivos;

b) Previamente à tomada das medidas em questão, e sem prejuízo de diligências judiciais, incluindo a instrução e os actos praticados no âmbito de uma investigação criminal, o Estado-Membro deve:

- ter solicitado ao Estado-Membro a que se refere o n.º 1 que tome medidas, sem que este último as tenha tomado ou se estas se tiverem revelado inadequadas,

- ter notificado à Comissão e ao Estado-Membro a que se refere o n.º 1 a sua intenção de tomar tais medidas.

5. Os Estados-Membros podem, em caso de urgência, derogar às condições previstas na alínea b) do n.º 4. Nesse caso, as medidas devem ser notificadas no

mais curto prazo à Comissão e ao Estado-Membro a que se refere o nº 1, indicando as razões pelas quais consideram que existe uma situação de urgência.

6. Sem prejuízo da faculdade de o Estado-Membro prosseguir a aplicação das medidas em questão, a Comissão analisará, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário; se concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, a Comissão solicitará ao Estado-Membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas.

CAPÍTULO II PRINCÍPIOS

Secção 1: Regime de estabelecimento e de informação

Artigo 4º

Princípio de não autorização prévia

1. Os Estados-Membros assegurarão que o exercício e a prossecução da actividade de prestador de serviços da sociedade da informação não podem estar sujeitas a autorização prévia ou a qualquer outro requisito de efeito equivalente.

2. O nº 1 não afecta os regimes de autorização que não visem especial e exclusivamente os serviços da sociedade da informação, nem os regimes de autorização abrangidos pela Directiva 97/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações²⁸.

Artigo 5º

Informações gerais a prestar

1. Além de outros requisitos de informação constantes do direito comunitário, os Estados-Membros assegurarão que o prestador do serviço faculte aos destinatários do seu serviço e às autoridades competentes um acesso fácil, directo e permanente, pelo menos, às seguintes informações:

- a) Nome do prestador;
- b) Endereço geográfico em que o prestador se encontra estabelecido;
- c) Elementos de informação relativos ao prestador de serviços, incluindo o seu endereço electrónico, que permitam contactá-lo rapidamente e comunicar directa e efectivamente com ele;

²⁸ JO L 117 de 7.5.1997, p. 15.

d) Caso o prestador de serviços esteja inscrito numa conservatória de registo comercial ou num registo público equivalente, a identificação dessa conservatória e o número de registo do prestador de serviços, ou meios equivalentes de o identificar nesse registo;

e) Caso determinada actividade esteja sujeita a um regime de autorização, os elementos de informação relativos à autoridade de controlo competente;

f) No que respeita às profissões regulamentadas:

- organização profissional ou associações semelhantes em que o prestador esteja inscrito,

- título profissional e Estado-Membro em que foi concedido,

- a citação das regras profissionais aplicáveis no Estado-Membro de estabelecimento e dos meios de aceder a essas profissões;

g) Caso o prestador exerça uma actividade sujeita a IVA, o número de identificação a que se refere o n.º 1 do artigo 22º da sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios - sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme²⁹.

2. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão que, no mínimo, sempre que os serviços da sociedade da informação indiquem preços, essa indicação seja clara e inequívoca e explicita obrigatoriamente se inclui quaisquer despesas fiscais e de entrega.

Secção 2: Comunicações comerciais

Artigo 6º

Informações a prestar

Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão que as comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade da informação respeitem as condições seguintes:

a) A comunicação comercial deve ser claramente identificável como tal;

b) A pessoa singular ou colectiva por conta de quem a comunicação comercial é feita deve ser claramente identificável;

c) Quando autorizadas pelo Estado-Membro onde o prestador de serviços esteja estabelecido, as ofertas promocionais, tais como descontos, prémios e presentes, serão claramente identificáveis como tais e as condições a preencher para neles

²⁹ JO L 145 de 13.6.1997, p. 1. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 1999/85/CE (JO L 277 de 28.10.1999, p. 34).

participar devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca;

d) Quando autorizados pelo Estado-Membro onde o prestador de serviços esteja estabelecido, os concursos ou jogos promocionais devem ser claramente identificáveis como tal e as condições a preencher para neles participar devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca.

Artigo 7º

Comunicação comercial não solicitada

1. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros que permitam a comunicação comercial não solicitada por correio electrónico por parte de um prestador de serviços estabelecido no seu território assegurarão que essa comunicação comercial seja identificada como tal, de forma clara e inequívoca, a partir do momento em que é recebida pelo destinatário.

2. Sem prejuízo da Directiva 97/7/CE e da Directiva 97/66/CE, os Estados-Membros deverão tomar medidas que garantam que os prestadores de serviços que enviem comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico consultem regularmente e respeitem os registos de opção negativa ("*opt-out*") onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações.

Artigo 8º

Profissões regulamentadas

1. Os Estados-Membros assegurarão que a utilização de comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade da informação prestado por um oficial de uma profissão regulamentada seja autorizada 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.

2. Sem prejuízo da autonomia das organizações e associações profissionais, os Estados-Membros e a Comissão incentivarão as associações e organizações profissionais a elaborar códigos de conduta a nível comunitário, que permitam determinar os tipos de informações que podem ser prestadas para efeitos de comunicação comercial de acordo com as regras a que se refere o n.º 1.

3. Ao redigir propostas de iniciativas comunitárias que se revelem eventualmente necessárias para garantir o correcto funcionamento do mercado interno no que

respeita às informações previstas no n.º 2, a Comissão terá em devida conta os códigos de conduta aplicáveis a nível comunitário e agirá em estreita cooperação com as associações e organizações profissionais relevantes.

4. A presente directiva é aplicável complementarmente às directivas comunitárias relativas ao acesso às profissões regulamentadas e ao seu exercício.

Secção 3: Contratos celebrados por meios electrónicos

Artigo 9.º

Regime dos contratos

1. Os Estados-Membros assegurarão que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos. Os Estados-Membros assegurarão, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo facto de serem celebrados por meios electrónicos.

2. Os Estados-Membros podem determinar que o n.º 1 não se aplica a todos ou a alguns contratos que se inserem numa das categorias seguintes:

a) Contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, com excepção de direitos de arrendamento;

b) Contratos que exijam por lei a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos;

c) Contratos de caução e garantias prestadas por pessoas agindo para fins exteriores à sua actividade comercial, empresarial ou profissional;

d) Contratos regidos pelo direito de família ou pelo direito sucessório.

3. Os Estados-Membros indicarão à Comissão as categorias a que se refere o n.º 2 às quais não aplicam o disposto no n.º 1. De cinco em cinco anos, os Estados-Membros apresentarão à Comissão um relatório sobre a aplicação do n.º 2, em que exporão as razões pelas quais consideram necessário manter à categoria contemplada na alínea b) do n.º 2 a que não aplicam o disposto no n.º 1.

Artigo 10.º

Informações a prestar

1. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, e antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário

do serviço, que, no mínimo, o prestador de serviços preste em termos exactos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação:

- a) As diferentes etapas técnicas da celebração do contrato;
 - b) Se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível;
 - c) Os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda;
 - d) As línguas em que o contrato pode ser celebrado.
2. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador indique os eventuais códigos de conduta de que é subscritor e a forma de consultar electronicamente esses códigos.
3. Os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.
4. Os n.ºs 1 e 2 não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

Artigo 11º

Ordem de encomenda

1. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que, nos casos em que o destinatário de um serviço efectue a sua encomenda exclusivamente por meios electrónicos, se apliquem os seguintes princípios:

- o prestador de serviços tem de acusar a recepção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por meios electrónicos,
- considera-se que a encomenda e o aviso de recepção são recebidos quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de aceder a estes.

2. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador de serviços ponha à disposição do destinatário do serviço os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda.

3. O n.º 1, primeiro travessão, e o n.º 2 não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

Artigo 12º

Simplex transporte

1. No caso de prestações de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou em facultar o acesso a uma rede de comunicações, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador não possa ser invocada no que respeita às informações transmitidas, desde que o prestador:

- a) Não esteja na origem da transmissão;
- b) Não seleccione o destinatário da transmissão; e
- c) Não seleccione nem modifique as informações que são objecto da transmissão.

2. As actividades de transmissão e de facultamento de acesso mencionadas no n.º 1 abrangem a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas, desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão.

3. O disposto no presente artigo não afecta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção.

Artigo 13º

Armazenagem temporária ("caching")

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, por uma rede de telecomunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à armazenagem automática, intermédia e temporária dessa informação, efectuada apenas com o objectivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação a pedido de outros destinatários do serviço, desde que:

- a) O prestador não modifique a informação;
- b) O prestador respeite as condições de acesso à informação;
- c) O prestador respeite as regras relativas à actualização da informação, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo sector;

d) O prestador não interfira com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e seguida pelo sector, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação; e

e) O prestador actue com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou, logo que tome conhecimento efectivo de que a informação foi removida da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso a esta foi tornado impossível, ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou essa remoção ou impossibilitação de acesso.

2. O disposto no presente artigo não afecta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção.

Artigo 14º

Armazenagem em servidor

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que:

a) O prestador não tenha conhecimento efectivo da actividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma acção de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal, ou

b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

2. O n.º 1 não é aplicável nos casos em que o destinatário do serviço actue sob autoridade ou controlo do prestador.

3. O disposto no presente artigo não afecta a faculdade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção, nem afecta a faculdade de os Estados-Membros estabelecerem disposições para a remoção ou impossibilitação do acesso à informação.

Artigo 15º

Ausência de obrigação geral de vigilância

1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12º, 13º e 14º, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes.

2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as actividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.

CAPÍTULO III

APLICAÇÃO

Artigo 16º

Código de conduta

1. Os Estados-Membros e a Comissão incentivarão:

a) A redacção, pelas associações e organizações de comerciantes, profissionais ou de consumidores, de códigos de conduta a nível comunitário, destinados a contribuir para a correcta aplicação dos artigos 5º a 15º;

b) A transmissão voluntária dos projectos de códigos de conduta, a nível nacional ou comunitário, à Comissão;

c) A acessibilidade, por via electrónica, dos códigos de conduta nas línguas comunitárias;

d) A comunicação aos Estados-Membros e à Comissão, pelas associações e organizações de comerciantes, de profissionais ou de consumidores, das avaliações da aplicação dos seus códigos de conduta e o impacto desses códigos nas práticas, usos ou costumes relativos ao comércio electrónico;

e) A redacção de códigos de conduta em matéria de protecção dos menores e da dignidade humana.

2. Os Estados-Membros e a Comissão incentivarão a participação das associações e organizações representativas dos consumidores no processo de elaboração e aplicação dos códigos de conduta que dizem respeito aos seus

interesses e sejam elaborados de acordo com a alínea a) do n.º 1. Sempre que adequado, as associações representativas dos deficientes visuais e outros deverão ser consultadas para ter em conta as necessidades específicas destes.

Artigo 17º

Resolução extrajudicial de litígios

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, em caso de desacordo entre o prestador de um serviço da sociedade da informação e o destinatário desse serviço, a sua legislação não impeça a utilização de mecanismos de resolução extrajudicial disponíveis nos termos da legislação nacional para a resolução de litígios, inclusive através de meios electrónicos adequados.

2. Os Estados-Membros incentivarão os organismos responsáveis pela resolução extrajudicial, designadamente dos litígios de consumidores, a que funcionem de forma a proporcionar adequadas garantias de procedimento às partes interessadas.

3. Os Estados-Membros incentivarão os organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios a informar a Comissão das decisões significativas tomadas relativamente aos serviços da sociedade da informação, bem como das práticas, usos ou costumes relativos ao comércio electrónico.

Artigo 18º

Acções judiciais

1. Os Estados-Membros assegurarão que as acções judiciais disponíveis em direito nacional em relação às actividades de serviços da sociedade da informação permitam a rápida adopção de medidas, inclusive medidas transitórias, destinadas a pôr termo a alegadas infracções e a evitar outros prejuízos às partes interessadas.

2. O anexo da Directiva 98/27/CE é completado do seguinte modo:

"11. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno ('Directiva sobre o comércio electrónico') (JO L 178 de 17. 7. 2000, p. 1)."

Artigo 19º

Cooperação

1. Os Estados-Membros disporão dos meios apropriados de controlo e de investigação necessários à aplicação eficaz da presente directiva e assegurarão que os prestadores de serviços lhes comuniquem as informações requeridas.

2. Os Estados-Membros cooperarão com os outros Estados-Membros; para o efeito, designarão um ou mais pontos de contacto, cujos elementos de contacto comunicarão aos demais Estados-Membros e à Comissão.

3. Os Estados-Membros prestarão, com a maior celeridade e de acordo com a sua legislação nacional, a assistência e as informações solicitadas por outros Estados-Membros ou pela Comissão, inclusive pelos meios electrónicos adequados.

4. Os Estados-Membros estabelecerão pontos de contacto acessíveis pelo menos por via electrónica, aos quais os destinatários e os prestadores de serviços se podem dirigir para:

a) Obter informações de carácter geral sobre direitos e obrigações em matéria contratual, bem como sobre os mecanismos de reclamação e correcção disponíveis em caso de litígio, inclusive sobre os aspectos práticos da utilização desses mecanismos;

b) Obter os elementos de contacto das autoridades, associações ou organizações junto das quais podem obter mais informações ou assistência prática.

5. Os Estados-Membros incentivarão a comunicação à Comissão das decisões administrativas e judiciais significativas tomadas no seu território sobre litígios relativos aos serviços da sociedade da informação, bem como sobre práticas, usos ou costumes relativos ao comércio electrónico. A Comissão comunicará essas decisões aos outros Estados-Membros.

Artigo 20º

Sanções

Os Estados-Membros determinarão o regime das sanções aplicáveis às infracções às disposições nacionais adoptadas em aplicação da presente directiva e tomarão todas as medidas necessárias para garantir a respectiva aplicação. As sanções previstas devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas.

CAPÍTULO IV

DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 21º

Relatório

1. Antes de 17 de Julho de 2003 e, seguidamente, de dois em dois anos, a Comissão apresentará ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social um relatório sobre a aplicação da presente directiva, acompanhado, se for caso disso, de propostas de adaptação à evolução legislativa, técnica e económica dos serviços da sociedade da informação, em especial em matéria de prevenção do crime, de protecção de menores e dos consumidores e ao adequado funcionamento do mercado interno.

2. O referido relatório, ao examinar a necessidade de adaptação da presente directiva, analisará, em particular, a necessidade de propostas relativas à responsabilidade dos prestadores de hiperligações e de instrumentos de localização, aos procedimentos de "notice and take down" e à atribuição de responsabilidade após a retirada do conteúdo. O relatório analisará igualmente a necessidade de prever condições suplementares para a isenção de responsabilidades a que se referem os artigos 12º e 13º, à luz da evolução da técnica, e a possibilidade de aplicar os princípios do mercado interno às comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico.

Artigo 22º

Execução

1. Os Estados-Membros porão em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva, até 17 de Janeiro de 2002. Do facto informarão imediatamente a Comissão.

2. Sempre que os Estados-Membros aprovarem as disposições previstas no n.º 1, estas devem incluir uma referência à presente directiva ou ser acompanhadas dessa referência na publicação oficial. As modalidades dessa referência serão aprovadas pelos Estados-Membros.

Artigo 23º

Entrada em vigor

A presente directiva entra em vigor na data da sua publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

Artigo 24º

Destinatários

Os Estados-Membros são os destinatários da presente directiva.

Feito no Luxemburgo, em 8 de Junho de 2000.

Pelo Parlamento Europeu

A Presidente

N. Fontaine

Pelo Conselho

O Presidente

G. d'Oliveira Martins

ANEXO

Derrogações ao artigo 3º

Tal como refere o n.º 3 do artigo 3º, os n.ºs 1 e 2 desse artigo não são aplicáveis:

- aos direitos de autor, aos direitos conexos, aos direitos enunciados na Directiva 87/54/CEE³⁰ e na Directiva 96/9/CE³¹, bem como aos direitos de propriedade industrial,
- à emissão de moeda electrónica por instituições relativamente às quais os Estados-Membros tenham aplicado uma das derrogações previstas no n.º 1 do artigo 8º da Directiva 2000/46/CE³²,
- ao n.º 2 do artigo 44º da Directiva 85/611/CEE³³,
- ao artigo 30º e ao título IV da Directiva 92/49/CEE³⁴, ao título IV da Directiva 92/96/CEE³⁵, aos artigos 7º e 8º da Directiva 88/357/CEE³⁶ e ao artigo 4º da Directiva 90/619/CEE³⁷,
- à liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato,
- às obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores,
- à validade formal dos contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, sempre que esses contratos estejam sujeitos a requisitos de forma obrigatórios por força da lei do Estado-Membro onde se situa o bem imóvel,
- à autorização de comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico.

30 JO L 24 de 27.1.1987, p. 36.

31 JO L 77 de 27.3.1996, p. 20.

32 Ainda não publicada no Jornal Oficial.

33 JO L 375 de 31.12.1985, p. 3. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 95/26/CE (JO L 168 de 18.7.1995, p. 7).

34 JO L 228 de 11.8.1992, p. 1. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 95/26/CE.

35 JO L 360 de 9.12.1992, p. 1. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 95/26/CE.

36 JO L 172 de 4.7.1988, p. 1. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/49/CEE.

37 JO L 330 de 29.11.1990, p. 50. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/96/CEE.

■ ■ ■ 3.1.2. DIRECTIVA 2002/58/CE (DIRECTIVA RELATIVA À PRIVACIDADE NAS COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS)

Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (“Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas”)

O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia e, nomeadamente, o seu artigo 95º,

Tendo em conta a proposta da Comissão¹,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social²,

Após consulta ao Comité das Regiões,

Deliberando nos termos do artigo 251º do Tratado³,

Considerando o seguinte:

(1) A Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados⁴, exige dos Estados-Membros que garantam os direitos e liberdades das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais, nomeadamente o seu direito à privacidade, com o objectivo de assegurar a livre circulação de dados pessoais na Comunidade.

(2) A presente directiva visa assegurar o respeito dos direitos fundamentais e a observância dos princípios reconhecidos, em especial, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Visa, em especial, assegurar o pleno respeito pelos direitos consignados nos artigos 7º e 8º da citada carta.

(3) A confidencialidade das comunicações está garantida nos termos dos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, nomeadamente a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, e as Constituições dos Estados-Membros.

(4) A Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações⁵, transpõe os princípios estabelecidos na Directiva 95/46/CE em regras específicas para o sector das telecomunicações.

1 JO C 365 E de 19.12.2000, p. 233.

2 JO C 123 de 25.4.2001, p. 53.

3 Parecer do Parlamento Europeu de 13 de Novembro de 2001 (ainda não publicado no Jornal Oficial), posição comum do Conselho de 28 de Janeiro de 2002 (JO C 113 E de 14.5.2002, p. 39) e decisão do Parlamento Europeu de 30 de Maio de 2002 (ainda não publicada no Jornal Oficial). Decisão do Conselho de 25 de Junho de 2002.

4 JO L 281 de 23.11.1995, p. 31.

5 JO L 24 de 30.1.1998, p. 1.

A Directiva 97/66/CE deve ser adaptada ao desenvolvimento dos mercados e das tecnologias dos serviços de comunicações electrónicas, de modo a proporcionar um nível idêntico de protecção dos dados pessoais e da privacidade aos utilizadores de serviços de comunicações publicamente disponíveis, independentemente das tecnologias utilizadas. Essa directiva deve, portanto, ser revogada e substituída pela presente directiva.

(5) Estão a ser introduzidas nas redes de comunicações públicas da Comunidade novas tecnologias digitais avançadas, que suscitam requisitos específicos de protecção de dados pessoais e da privacidade do utilizador. O desenvolvimento da sociedade da informação caracteriza-se pela introdução de novos serviços de comunicações electrónicas. O acesso a redes móveis digitais está disponível a custos razoáveis para um vasto público. Essas redes digitais têm grandes capacidades e possibilidades de tratamento de dados pessoais. O desenvolvimento transfronteiriço bem sucedido desses serviços depende em parte da confiança dos utilizadores na garantia da sua privacidade.

(6) A internet está a derrubar as tradicionais estruturas do mercado, proporcionando uma infra-estrutura mundial para o fornecimento de uma vasta gama de serviços de comunicações electrónicas. Os serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis através da internet abrem novas possibilidades aos utilizadores, mas suscitam igualmente novos riscos quanto aos seus dados pessoais e à sua privacidade.

(7) No caso das redes de comunicações públicas, é necessário estabelecer disposições legislativas, regulamentares e técnicas específicas para a protecção dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares e dos interesses legítimos das pessoas colectivas, em especial no que respeita à capacidade crescente em termos de armazenamento e de processamento informático de dados relativos a assinantes e utilizadores.

(8) As disposições legislativas, regulamentares e técnicas aprovadas pelos Estados-Membros em matéria de protecção dos dados pessoais, da privacidade e dos interesses legítimos das pessoas colectivas no sector das comunicações electrónicas, devem ser harmonizadas, por forma a evitar obstáculos ao mercado interno das comunicações electrónicas, em consonância com o disposto no artigo 14º do Tratado. A harmonização deve limitar-se aos requisitos necessários para que a promoção e o desenvolvimento de novos serviços e redes de comunicações electrónicas entre Estados-Membros não sejam prejudicados.

(9) Os Estados-Membros, os prestadores e os utilizadores em questão, juntamente com as instâncias comunitárias competentes, devem cooperar no

estabelecimento e desenvolvimento das tecnologias pertinentes, sempre que tal seja necessário para aplicar as garantias previstas na presente directiva, tendo especialmente em conta os objectivos de reduzir ao mínimo o tratamento de dados pessoais e de utilizar dados anónimos ou pseudónimos, sempre que possível.

(10) No sector das comunicações electrónicas, é aplicável a Directiva 95/46/CE, especialmente no que se refere a todas as questões relacionadas com a protecção dos direitos e liberdades fundamentais não abrangidos especificamente pelas disposições da presente directiva, incluindo as obrigações que incumbem à entidade que exerce o controlo e os direitos das pessoas singulares. A Directiva 95/46/CE é aplicável aos serviços de comunicações não acessíveis ao público.

(11) Tal como a Directiva 95/46/CE, a presente directiva não trata questões relativas à protecção dos direitos e liberdades fundamentais relacionadas com actividades não reguladas pelo direito comunitário. Portanto, não altera o equilíbrio existente entre o direito dos indivíduos à privacidade e a possibilidade de os Estados-Membros tomarem medidas como as referidas no n.º 1 do artigo 15º da presente directiva, necessários para a protecção da segurança pública, da defesa, da segurança do Estado (incluindo o bem-estar económico dos Estados quando as actividades digam respeito a questões de segurança do Estado) e a aplicação da legislação penal. Assim sendo, a presente directiva não afecta a capacidade de os Estados-Membros interceptarem legalmente comunicações electrónicas ou tomarem outras medidas, se necessário, para quaisquer desses objectivos e em conformidade com a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, segundo a interpretação da mesma na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Essas medidas devem ser adequadas, rigorosamente proporcionais ao objectivo a alcançar e necessárias numa sociedade democrática e devem estar sujeitas, além disso, a salvaguardas adequadas, em conformidade com a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

(12) Os assinantes de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível podem ser pessoas singulares ou colectivas. Em complemento da Directiva 95/46/CE, a presente directiva destina-se a proteger os direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à privacidade, bem como os interesses legítimos das pessoas colectivas. A presente directiva não implica a obrigação, para os Estados-Membros, de tornarem a aplicação da Directiva 95/46/CE extensiva à protecção dos interesses legítimos das pessoas colectivas, que está assegurada no âmbito da legislação comunitária e nacional nesta matéria.

(13) A relação contratual entre um assinante e um prestador de serviços pode implicar um pagamento periódico ou único pelo serviço prestado ou a prestar. Os cartões pré-pagos são também considerados um contrato.

(14) Os dados de localização podem incidir sobre a latitude, a longitude e a altitude do equipamento terminal do utilizador, sobre a direcção de deslocação, o nível de precisão da informação de localização, a identificação da célula de rede em que o equipamento terminal está localizado em determinado momento e sobre a hora de registo da informação de localização.

(15) Uma comunicação pode incluir qualquer informação relativa a nomes, números ou endereços fornecida pelo remetente de uma comunicação ou pelo utilizador de uma ligação para efectuar a comunicação. Os dados de tráfego podem incluir qualquer tradução desta informação pela rede através da qual a comunicação é transmitida, para efeitos de execução da transmissão. Os dados de tráfego podem ser, nomeadamente, relativos ao encaminhamento, à duração, ao tempo ou ao volume de uma comunicação, ao protocolo utilizado, à localização do equipamento terminal do expedidor ou do destinatário, à rede de onde provém ou onde termina a comunicação, ao início, fim ou duração de uma ligação. Podem igualmente consistir no formato em que a comunicação é enviada pela rede.

(16) As informações enviadas no âmbito de um serviço de difusão prestado através de uma rede pública de comunicações destinam-se a uma audiência potencialmente ilimitada e não constituem uma comunicação na acepção da presente directiva. No entanto, nos casos em que é possível identificar o assinante ou utilizador que recebe as informações em causa, como o dos serviços de vídeo-a-vídeo, as informações enviadas constituem uma comunicação na acepção da presente directiva.

(17) Para efeitos da presente directiva, o consentimento por parte do utilizador ou assinante, independentemente de este ser uma pessoa singular ou colectiva, deve ter a mesma acepção que o consentimento da pessoa a quem os dados dizem respeito conforme definido e especificado na Directiva 95/46/CE. O consentimento do utilizador pode ser dado por qualquer forma adequada que permita obter uma indicação comunicada de livre vontade, específica e informada sobre os seus desejos, incluindo por via informática ao visitar um sítio na internet.

(18) Constituem serviços de valor acrescentado, por exemplo, os conselhos sobre as tarifas menos dispendiosas, a orientação rodoviária, as informações sobre o trânsito, as previsões meteorológicas e a informação turística.

(19) A aplicação de determinados requisitos relacionados com a apresentação e restrição da linha chamadora e da linha conectada e com o reencaminhamento automático de chamadas para as linhas de assinante ligadas a centrais analógicas não deve ser obrigatória em casos específicos, quando se verifique que essa aplicação é tecnicamente impossível ou impõe um esforço económico desproporcionado. É importante para as partes interessadas serem informadas desses casos, devendo os Estados-Membros notificá-los à Comissão.

(20) Os prestadores de serviços devem tomar medidas adequadas para garantir a segurança dos seus serviços, se necessário em conjunto com o fornecedor da rede, e informar os assinantes sobre quaisquer riscos específicos de violação da segurança da rede. Esses riscos podem ocorrer especialmente para os serviços de comunicações electrónicas através de uma rede aberta como a internet ou a telefonia móvel analógica. É particularmente importante para os assinantes e utilizadores desses serviços receberem do seu prestador de serviços todas as informações acerca dos riscos existentes em termos de segurança para os quais o prestador de serviços em causa não dispõe de soluções. Os fornecedores de serviços que disponibilizam serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis através da internet devem informar os seus utilizadores e assinantes das medidas que podem tomar para proteger a segurança das suas comunicações, como seja o recurso a tipos específicos de software ou tecnologias de cifra. O requisito de informar os assinantes dos riscos de segurança específicos não isenta os fornecedores de serviços da obrigação de, a expensas suas, adoptarem as necessárias medidas imediatas para remediar quaisquer riscos novos e imprevistos e restabelecer o nível normal de segurança do serviço. A prestação de informações ao assinante sobre os riscos de segurança deverá ser gratuita, com excepção dos custos nominais eventualmente incorridos pelo assinante ao receber ou recolher as informações através, por exemplo, do descarregamento de uma mensagem de correio electrónico. A segurança é avaliada em função do disposto no artigo 17º da Directiva 95/46/CE.

(21) Devem ser tomadas medidas para impedir o acesso não autorizado às comunicações efectuadas através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis, a fim de proteger a confidencialidade do seu conteúdo e de quaisquer dados com elas relacionados. A legislação nacional de alguns Estados-Membros apenas proíbe o acesso intencional não autorizado às comunicações.

(22) A proibição de armazenamento das comunicações e dos dados de tráfego a elas relativos por terceiros que não os utilizadores ou sem o seu consentimento não

tem por objectivo proibir qualquer armazenamento automático, intermédio e transitório de informações, desde que esse armazenamento se efectue com o propósito exclusivo de realizar a transmissão através da rede de comunicação electrónica e desde que as informações não sejam armazenadas por um período de tempo superior ao necessário para a transmissão e para fins de gestão de tráfego e que durante o período de armazenamento se encontre garantida a confidencialidade das informações. Sempre que tal se torne necessário para tornar mais eficiente o reenvio de informações acessíveis publicamente a outros destinatários do serviço, a seu pedido, a presente directiva não deve impedir que as informações em causa possam continuar armazenadas, desde que as mesmas sejam, de qualquer modo, acessíveis ao público sem restrições e na condição de serem eliminados os dados relativos aos assinantes ou utilizadores que o solicitem.

(23) A confidencialidade das comunicações deve igualmente ser assegurada no âmbito de práticas comerciais lícitas. Sempre que tal seja necessário e legalmente autorizado, as comunicações poderão ser gravadas para o efeito de constituir prova de uma transacção comercial. A este tratamento é aplicável o disposto na Directiva 95/46/CE. As partes nas comunicações deverão ser previamente informadas da gravação, do seu objectivo e da duração do seu armazenamento. A comunicação registada deve ser eliminada o mais rapidamente possível e, em todo o caso, o mais tardar até ao termo do período em que a transacção pode ser legalmente impugnada.

(24) O equipamento terminal dos utilizadores de redes de comunicações electrónicas e todas as informações armazenadas nesse equipamento constituem parte integrante da esfera privada dos utilizadores e devem ser protegidos ao abrigo da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Os denominados "gráficos espões", "programas-espões", ("*spyware*"), "gráficos-espões" ("*web bugs*") e "identificadores ocultos" ("*hidden identifiers*") e outros dispositivos análogos podem entrar nos terminais dos utilizadores sem o seu conhecimento a fim de obter acesso a informações, armazenar informações escondidas ou permitir a rastreabilidade das actividades do utilizador e podem constituir uma grave intrusão na privacidade desses utilizadores. A utilização desses dispositivos deverá ser autorizada unicamente para fins legítimos, com o conhecimento dos utilizadores em causa.

(25) Todavia, esses dispositivos, por exemplo os denominados testemunhos de conexão ("*cookies*"), podem ser um instrumento legítimo e útil, nomeadamente na análise da eficácia da concepção e publicidade do sítio web, e para verificar a identidade dos utilizadores que procedem a transacções em linha. Sempre que esses dispositivos, por exemplo os testemunhos de conexão ("*cookies*"), se destinem

a um fim legítimo, como por exemplo a facilitar a prestação de serviços de informação, a sua utilização deverá ser autorizada, na condição de que sejam fornecidas aos utilizadores informações claras e precisas, em conformidade com a Directiva 95/46/CE, acerca da finalidade dos testemunhos de conexão ("*cookies*") ou dos dispositivos análogos por forma a assegurar que os utilizadores tenham conhecimento das informações colocadas no equipamento terminal que utilizam. Os utilizadores deveriam ter a oportunidade de recusarem que um testemunho de conexão ("*cookie*") ou um dispositivo análogo seja armazenado no seu equipamento terminal. Tal é particularmente importante nos casos em que outros utilizadores para além do próprio têm acesso ao equipamento terminal e, conseqüentemente, a quaisquer dados que contenham informações sensíveis sobre a privacidade armazenadas no referido equipamento. A informação e o direito a recusar poderão ser propostos uma vez em relação aos diversos dispositivos a instalar no equipamento terminal do utente durante a mesma ligação e deverá também contemplar quaisquer outras futuras utilizações do dispositivo durante posteriores ligações. As modalidades para prestar as informações, proporcionar o direito de recusar ou pedir consentimento deverão ser tão conviviais quanto possível. O acesso ao conteúdo de um sítio web específico pode ainda depender da aceitação, com conhecimento de causa, de um testemunho de conexão ("*cookie*") ou dispositivo análogo, caso seja utilizado para um fim legítimo.

(26) Os dados relativos aos assinantes tratados em redes de comunicações electrónicas para estabelecer ligações e para transmitir informações contêm informações sobre a vida privada das pessoas singulares e incidem no direito ao sigilo da sua correspondência ou incidem nos legítimos interesses das pessoas colectivas. Esses dados apenas podem ser armazenados na medida do necessário para a prestação do serviço, para efeitos de facturação e de pagamentos de interligação, e por um período limitado. Qualquer outro tratamento desses dados que o prestador de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis possa querer efectuar para a comercialização dos seus próprios serviços de comunicações electrónicas, ou para a prestação de serviços de valor acrescentado, só é permitido se o assinante tiver dado o seu acordo, com base nas informações exactas e completas que o prestador de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis lhe tiver comunicado relativamente aos tipos de tratamento posterior que pretenda efectuar e sobre o direito do assinante de não dar ou retirar o seu consentimento a esse tratamento. Os dados de tráfego utilizados para comercialização de serviços de comunicações ou para a prestação de serviços de valor acrescentado devem igualmente ser eliminados ou tornados anónimos após

o fornecimento do serviço. Os prestadores de serviços devem informar sempre os assinantes acerca dos tipos de dados que estão a tratar e dos fins e duração desse tratamento.

(27) O momento exacto da conclusão da transmissão de uma comunicação, após o qual os dados de tráfego devem ser eliminados, a não ser para efeitos de facturação, pode depender do tipo de serviço de comunicações electrónicas prestado. Por exemplo, tratando-se de uma chamada de telefonia vocal, a transmissão estará concluída logo que um dos utilizadores termine a ligação e, no que se refere ao correio electrónico, a transmissão é concluída assim que o destinatário recolhe a mensagem, normalmente a partir do servidor do seu prestador de serviços.

(28) A obrigação de eliminar ou tornar anónimos os dados de tráfego quando deixem de ser necessários para efeitos da transmissão da comunicação não é incompatível com os procedimentos utilizados na internet, tais como a memorização de endereços IP no Sistema de Nomes de Domínios ou a memorização de endereços IP ligados a um endereço físico, ou ainda a utilização de informações de entrada no sistema para controlar o direito de acesso a redes ou serviços.

(29) O prestador de serviços pode tratar dados de tráfego relativos a assinantes e utilizadores, sempre que necessário em casos específicos, para detectar falhas técnicas ou erros na transmissão das comunicações. Os dados de tráfego necessários para efeitos de facturação podem também ser tratados pelo prestador de serviços para detectar e fazer cessar a fraude que consiste na utilização não paga do serviço de comunicação.

(30) Os sistemas de fornecimento de redes e serviços de comunicações electrónicas devem ser concebidos de modo a limitar ao mínimo o volume necessário de dados pessoais. Todas as actividades ligadas à prestação do serviço de comunicações electrónicas que ultrapassem a transmissão e facturação de uma comunicação deverão basear-se em dados de tráfego agregados impossíveis de associar a assinantes ou utilizadores. Sempre que não possam basear-se em dados agregados, essas actividades devem ser equiparadas a serviços de valor acrescentado que requerem o consentimento do assinante.

(31) O consentimento necessário ao tratamento de dados pessoais, tendo em vista a prestação de um determinado serviço de valor acrescentado, terá de ser dado quer pelo utilizador, quer pelo assinante, consoante os dados a tratar e o tipo de serviço a prestar, e conforme seja ou não possível, em termos técnicos, processuais e contratuais, estabelecer uma distinção entre o indivíduo que utiliza o serviço de

comunicações electrónicas e a pessoa singular ou colectiva que fez a respectiva assinatura.

(32) Sempre que o prestador de um serviço de comunicações electrónicas ou de um serviço de valor acrescentado proceda à subcontratação de outra entidade para o tratamento dos dados pessoais necessário à prestação desses serviços, essa subcontratação e o subsequente tratamento de dados terão de obedecer inteiramente aos requisitos aplicáveis aos responsáveis pelo tratamento dos dados e respectivos subcontratantes nos termos da Directiva 95/46/CE. Sempre que a prestação de um serviço de valor acrescentado exija o reenvio de dados de tráfego ou de localização por um prestador de serviços de comunicações electrónicas a um prestador de serviços de valor acrescentado, os assinantes ou utilizadores a quem os dados dizem respeito devem também ser inteiramente informados desse reenvio antes de darem o seu consentimento quanto ao tratamento dos dados.

(33) A introdução de facturação detalhada melhorou as possibilidades de o assinante verificar a exactidão dos montantes cobrados pelo prestador do serviço, embora possa, ao mesmo tempo, pôr em causa a privacidade dos utilizadores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis. Por conseguinte, para preservar a privacidade do utilizador, os Estados-Membros devem incentivar o desenvolvimento de opções de serviços de comunicações electrónicas, tais como possibilidades de pagamento alternativas que permitam o acesso anónimo ou estritamente privado a serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis, como a utilização de cartões telefónicos e a possibilidade de pagamento por cartão de crédito. Para o mesmo efeito, os Estados-Membros podem solicitar aos operadores que ofereçam aos seus assinantes um tipo diferente de facturação detalhada em que sejam suprimidos alguns dos algarismos do número para o qual é feita a chamada.

(34) No que respeita à identificação da linha chamadora, é necessário proteger o direito da parte que efectua a chamada de suprimir a apresentação da identificação da linha da qual a chamada é feita e o direito da parte chamada de rejeitar chamadas de linhas não identificadas. Em casos específicos, justifica-se anular a supressão da apresentação da identificação da linha chamadora. Certos assinantes, em especial os serviços de linhas SOS e outras organizações similares, têm interesse em garantir o anonimato de quem faz as chamadas. É necessário, no que se refere à identificação da linha conectada, proteger o direito e os legítimos interesses da parte chamada de impedir a apresentação da identificação da linha à qual a parte chamadora se encontra efectivamente ligada, em especial no caso das chamadas reencaminhadas. Os prestadores de serviços de comunicações electrónicas

publicamente disponíveis devem informar os seus assinantes da existência da identificação da linha chamadora e conectada na rede, de todos os serviços que são oferecidos com base na identificação da linha chamadora e conectada e das opções de privacidade existentes. Tal permitirá aos assinantes fazer uma escolha informada sobre os recursos de protecção da privacidade que possam querer utilizar. As opções de privacidade que são oferecidas linha a linha não devem necessariamente estar disponíveis como um serviço automático da rede, mas podem ser obtidas através de um simples pedido ao prestador do serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível.

(35) Nas redes móveis digitais, os dados de localização que fornecem a posição geográfica do equipamento terminal do seu utilizador móvel são tratados para permitir a transmissão das comunicações. Esses dados são dados de tráfego, abrangidos pelo disposto no artigo 6º da presente directiva. No entanto, as redes móveis digitais podem ainda ter a capacidade de tratar dados de localização que são mais precisos do que o necessário para a transmissão de comunicações e que são utilizados para a prestação de serviços de valor acrescentado, tais como serviços que prestam aos condutores informações e orientações individualizadas sobre o tráfego. O tratamento desses dados para serviços de valor acrescentado apenas deve ser permitido se os assinantes tiverem dado o seu consentimento. Mesmo nos casos em que os assinantes tenham dado o seu consentimento, deverão dispor de um meio simples e gratuito de recusar temporariamente o tratamento de dados de localização.

(36) Os Estados-Membros podem restringir os direitos à privacidade dos utilizadores e dos assinantes no que respeita à identificação da linha chamadora, sempre que tal for necessário para detectar chamadas inoportunas e, no que respeita à identificação da linha chamadora, aos dados de localização, sempre que tal seja necessário para possibilitar que os serviços de emergência desempenhem as suas missões de forma tão eficaz quanto possível. Para esses efeitos, os Estados-Membros podem aprovar disposições específicas que permitam que os prestadores de serviços de comunicações electrónicas facultem o acesso à identificação da linha chamadora e aos dados referentes à localização sem o consentimento prévio dos utilizadores ou assinantes em causa.

(37) Devem prever-se medidas de protecção dos assinantes contra os incómodos que possam ser provocados pelo reencaminhamento automático de chamadas por terceiros. Além disso, nesses casos, deve ser possível aos assinantes, mediante simples pedido ao prestador do serviço de comunicações electrónicas publicamente

disponível, interromper o reencaminhamento das que são passadas para os seus terminais.

(38) As listas de assinantes de serviços de comunicações electrónicas são amplamente distribuídas e públicas. O direito à privacidade das pessoas singulares e os legítimos interesses das pessoas colectivas exigem que os assinantes possam determinar se os seus dados pessoais devem ser publicados numa lista e, nesta eventualidade, quais os dados a incluir. Os fornecedores de listas públicas devem informar os assinantes que vão ser incluídos nessas listas dos fins a que se destina a lista e de qualquer utilização particular que possa ser feita de versões electrónicas de listas públicas, especialmente através de funções de procura incorporadas no *software*, tais como funções de procura invertida que permitam aos utilizadores descobrir o nome e o endereço do assinante apenas com base no número de telefone.

(39) A obrigação de informar os assinantes do fim ou fins a que se destinam as listas públicas em que vão ser incluídos os seus dados pessoais deverá caber à parte que recolhe os dados tendo em vista essa inclusão. Nos casos em que os dados possam ser transmitidos a um ou mais terceiros, o assinante deverá ser informado desta possibilidade e do destinatário ou das categorias de possíveis destinatários. Qualquer transmissão deve obedecer à condição de que os dados não possam ser utilizados para outros fins diferentes dos que motivaram a sua recolha. Se a parte que recolhe os dados a partir do assinante ou de terceiros a quem os mesmos tenham sido transmitidos pretender utilizá-los para outro fim, quer a parte que recolheu os dados, quer o terceiro a quem foram transmitidos, terá de obter novo consentimento do assinante.

(40) Devem ser previstas medidas de protecção dos assinantes contra a invasão da sua privacidade através de chamadas não solicitadas para fins de comercialização directa, em especial através de aparelhos de chamadas automáticas, aparelhos de fax e de correio electrónico, incluindo mensagens SMS. Essas formas de comunicações comerciais não solicitadas podem, por um lado, ser relativamente baratas e fáceis de efectuar e, por outro, acarretar um ónus e/ou custo ao destinatário. Além disso, em certos casos o seu volume pode também provocar dificuldades às redes de comunicações electrónicas e ao equipamento terminal. No que diz respeito a essas formas de comunicações não solicitadas para fins de comercialização directa, justifica-se que se obtenha, antes de essas comunicações serem enviadas aos destinatários, o seu consentimento prévio e explícito. O mercado único exige uma abordagem harmonizada para assegurar, a nível da Comunidade, regras simples para o comércio e os utilizadores.

(41) No contexto de uma relação comercial existente, é razoável permitir a utilização de coordenadas electrónicas do contacto para a oferta de produtos ou serviços análogos, mas apenas por parte da mesma empresa que obteve os elementos da comunicação junto do cliente em conformidade com a Directiva 95/46/CE. Sempre que sejam obtidas coordenadas electrónicas do contacto, o cliente deverá ser informado de forma clara e distinta sobre a sua futura utilização para fins de comercialização directa, e deve-lhe ser dada a oportunidade de recusar essa utilização. Deverá continuar a ser-lhe dada gratuitamente essa oportunidade em todas as subsequentes mensagens de comercialização directa, excepto no que diz respeito a eventuais custos para a transmissão dessa recusa.

(42) Outras formas de comercialização directa que são mais dispendiosas para a entidade que a envia e que não acarretam quaisquer custos financeiros para os assinantes e utilizadores, como por exemplo chamadas de telefonia vocal personalizadas, podem justificar a manutenção de um sistema que dê aos assinantes ou utilizadores a possibilidade de indicarem que não pretendem receber essas chamadas. Todavia, a fim de não diminuir os actuais níveis de protecção da privacidade, os Estados-Membros deverão ser autorizados a manter os sistemas nacionais, só permitindo essas chamadas aos assinantes e utilizadores que tenham previamente dado o seu consentimento.

(43) A fim de facilitar uma aplicação eficaz das regras comunitárias relativas às mensagens não solicitadas para fins de comercialização directa, é necessário proibir a utilização de falsas identidades ou de falsos endereços ou números quando se enviam mensagens não solicitadas para fins de comercialização directa.

(44) Determinados sistemas de correio electrónico permitem aos assinantes visualizar a referência do remetente e do assunto das mensagens de correio electrónico e suprimi-las sem terem de carregar o resto do conteúdo da mensagem ou os anexos, reduzindo assim os custos que poderiam decorrer de descarregar mensagens de correio electrónico ou anexos não solicitados. Estas modalidades de funcionamento podem continuar a ser úteis em determinados casos, como instrumento complementar às obrigações gerais estabelecidas na presente directiva.

(45) A presente directiva não prejudica as disposições tomadas pelos Estados-Membros para proteger os interesses legítimos das pessoas colectivas no tocante às comunicações não solicitadas para efeitos de comercialização directa. No caso dos Estados-Membros que estabeleçam um registo de auto-exclusão relativo a esse tipo de comunicações para as pessoas colectivas, na sua maior parte utilizadores comerciais, aplicam-se integralmente as disposições do artigo 7º da Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa

a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (directiva sobre o comércio electrónico)⁶.

(46) As funcionalidades para a prestação de serviços de comunicações electrónicas podem ser integradas na rede ou em qualquer parte do equipamento terminal do utilizador, incluindo o *software*. A protecção dos dados pessoais e da privacidade do utilizador de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis deve ser independente da configuração dos vários componentes necessários para prestar o serviço e da distribuição das funcionalidades necessárias entre esses componentes. A Directiva 95/46/CE abrange todas as formas de tratamento de dados pessoais, independentemente da tecnologia utilizada. A existência de regras específicas para os serviços de comunicações electrónicas em paralelo com regras gerais aplicáveis a outros elementos necessários para a prestação desses serviços pode não facilitar a protecção dos dados pessoais e da privacidade de um modo tecnologicamente neutro. Por conseguinte, pode ser necessário adoptar medidas que exijam que os fabricantes de certos tipos de equipamentos utilizados para serviços de comunicações electrónicas construam os seus produtos de tal modo que incorporem salvaguardas para garantir que os dados pessoais e a privacidade do utilizador ou assinante sejam protegidos. A adopção dessas medidas nos termos da Directiva 1999/5/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 1999, relativa aos equipamentos de rádio e equipamentos terminais de telecomunicações e ao reconhecimento mútuo da sua conformidade⁷, garantirá que a introdução de características técnicas nos equipamentos de comunicações electrónicas, incluindo *software*, para efeitos de protecção dos dados, seja harmonizada com vista à realização do mercado interno.

(47) A legislação nacional deve prever a possibilidade de acções judiciais, em caso de desrespeito dos direitos dos utilizadores e dos assinantes. Devem ser impostas sanções a qualquer pessoa que, quer esteja sujeita ao direito privado ou público, não cumpra as medidas nacionais adoptadas ao abrigo da presente directiva.

(48) Na aplicação da presente directiva, é útil recorrer à experiência do grupo de protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, constituído por representantes das autoridades de fiscalização dos Estados-Membros, previsto no artigo 29º da Directiva 95/46/CE.

(49) Para facilitar o cumprimento da presente directiva, são necessárias determinadas adaptações específicas para o processamento de dados já em curso à data da entrada em vigor das disposições nacionais de transposição da presente directiva,

6 JO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

7 JO L 91 de 7.4.1999, p. 10.

Adoptaram a presente directiva:

Artigo 1º

Âmbito e objectivos

1. A presente directiva harmoniza as disposições dos Estados-Membros necessárias para garantir um nível equivalente de protecção dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à privacidade, no que respeita ao tratamento de dados pessoais no sector das comunicações electrónicas, e para garantir a livre circulação desses dados e de equipamentos e serviços de comunicações electrónicas na Comunidade.

2. Para os efeitos do n.º 1, as disposições da presente directiva especificam e complementam a Directiva 95/46/CE. Além disso, estas disposições asseguram a protecção dos legítimos interesses dos assinantes que são pessoas colectivas.

3. A presente directiva não é aplicável a actividades fora do âmbito do Tratado que institui a Comunidade Europeia, tais como as abrangidas pelos títulos V e VI do Tratado da União Europeia, e em caso algum é aplicável às actividades relacionadas com a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado (incluindo o bem-estar económico do Estado quando as actividades se relacionem com matérias de segurança do Estado) e as actividades do Estado em matéria de direito penal.

Artigo 2º

Definições

Salvo disposição em contrário, são aplicáveis as definições constantes da Directiva 95/46/CE e da Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro)⁸.

São também aplicáveis as seguintes definições:

a) "Utilizador" é qualquer pessoa singular que utilize um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível para fins privados ou comerciais, não sendo necessariamente assinante desse serviço;

b) "Dados de tráfego" são quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações electrónicas ou para efeitos da facturação da mesma;

c) "Dados de localização" são quaisquer dados tratados numa rede de comunicações electrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento

⁸ JO L 108 de 24.4.2002, p. 33.

terminal de um utilizador de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível;

d) "Comunicação" é qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes, através de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível; não se incluem aqui as informações enviadas no âmbito de um serviço de difusão ao público em geral, através de uma rede de comunicações electrónicas, excepto na medida em que a informação possa ser relacionada com o assinante ou utilizador identificável que recebe a informação;

e) "Chamada" é uma ligação estabelecida através de um serviço telefónico publicamente disponível que permite uma comunicação bidireccional em tempo real;

f) "Consentimento" por parte do utilizador ou assinante significa o consentimento dado pela pessoa a quem dizem respeito os dados, previsto na Directiva 95/46/CE;

g) "Serviço de valor acrescentado" é qualquer serviço que requeira o tratamento de dados de tráfego ou dados de localização que não sejam dados de tráfego, para além do necessário à transmissão de uma comunicação ou à facturação da mesma;

h) "Correio electrónico" é qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário a recolher.

Artigo 3º

Serviços abrangidos

1. A presente directiva é aplicável ao tratamento de dados pessoais no contexto da prestação de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis nas redes públicas de comunicações da Comunidade.

2. Os artigos 8º, 10º e 11º são aplicáveis às linhas de assinante ligadas a centrais digitais e, sempre que tal seja tecnicamente possível e não exija um esforço económico desproporcionado, às linhas de assinante ligadas a centrais analógicas.

3. Os casos em que o cumprimento dos requisitos dos artigos 8º, 10º e 11º seja tecnicamente impossível ou exija um investimento desproporcionado devem ser notificados à Comissão pelos Estados-Membros.

Artigo 4º

Segurança

1. O prestador de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível adoptará as medidas técnicas e organizativas adequadas para garantir

a segurança dos seus serviços, se necessário conjuntamente com o fornecedor da rede pública de comunicações no que respeita à segurança da rede. Tendo em conta o estado da técnica e os custos da sua aplicação, essas medidas asseguram um nível de segurança adequado aos riscos existentes.

2. Em caso de risco especial de violação da segurança da rede, o prestador de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível informará os assinantes desse risco e, sempre que o risco se situe fora do âmbito das medidas a tomar pelo prestador do serviço, das soluções possíveis, incluindo uma indicação dos custos prováveis daí decorrentes.

Artigo 5º

Confidencialidade das comunicações

1. Os Estados-Membros garantirão, através da sua legislação nacional, a confidencialidade das comunicações e respectivos dados de tráfego realizadas através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis. Proibirão, nomeadamente, a escuta, a instalação de dispositivos de escuta, o armazenamento ou outras formas de interceptação ou vigilância de comunicações e dos respectivos dados de tráfego por pessoas que não os utilizadores, sem o consentimento dos utilizadores em causa, excepto quando legalmente autorizados a fazê-lo, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 15º. O presente número não impede o armazenamento técnico que é necessário para o envio de uma comunicação, sem prejuízo do princípio da confidencialidade.

2. O n.º 1 não se aplica às gravações legalmente autorizadas de comunicações e dos respectivos dados de tráfego, quando realizadas no âmbito de práticas comerciais lícitas para o efeito de constituir prova de uma transacção comercial ou de outra comunicação de negócios.

3. Os Estados-Membros velarão por que a utilização de redes de comunicações electrónicas para a armazenagem de informações ou para obter acesso à informação armazenada no equipamento terminal de um assinante ou utilizador só seja permitida na condição de serem fornecidas ao assinante ou ao utilizador em causa informações claras e completas, nomeadamente sobre os objectivos do processamento, em conformidade com a Directiva 95/46/CE, e de lhe ter sido dado, pelo controlador dos dados, o direito de recusar esse processamento. Tal não impedirá qualquer armazenamento técnico ou acesso que tenham como finalidade exclusiva efectuar ou facilitar a transmissão de uma comunicação através de uma rede de

comunicações electrónicas, ou que sejam estritamente necessários para fornecer um serviço no âmbito da sociedade de informação que tenha sido explicitamente solicitado pelo assinante ou pelo utilizador.

Artigo 6º

Dados de tráfego

1. Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2, 3 e 5 do presente artigo e no n.º 1 do artigo 15º, os dados de tráfego relativos a assinantes e utilizadores tratados e armazenados pelo fornecedor de uma rede pública de comunicações ou de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponíveis devem ser eliminados ou tornados anónimos quando deixem de ser necessários para efeitos da transmissão da comunicação.

2. Podem ser tratados dados de tráfego necessários para efeitos de facturação dos assinantes e de pagamento de interligações. O referido tratamento é lícito apenas até final do período durante o qual a factura pode ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado.

3. Para efeitos de comercialização dos serviços de comunicações electrónicas ou para o fornecimento de serviços de valor acrescentado, o prestador de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível pode tratar os dados referidos no n.º 1 na medida do necessário e pelo tempo necessário para a prestação desses serviços ou dessa comercialização, se o assinante ou utilizador a quem os dados dizem respeito tiver dado o seu consentimento. Será dada a possibilidade aos utilizadores ou assinantes de retirarem a qualquer momento o seu consentimento para o tratamento dos dados de tráfego.

4. O prestador de serviços informará o assinante ou utilizador dos tipos de dados de tráfego que são tratados e da duração desse tratamento para os fins mencionados no n.º 2 e, antes de obtido o consentimento, para os fins mencionados no n.º 3.

5. O tratamento de dados de tráfego, em conformidade com o disposto nos n.ºs 1 a 4, será limitado ao pessoal que trabalha para os fornecedores de redes públicas de comunicações ou de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis encarregado da facturação ou da gestão do tráfego, das informações a clientes, da detecção de fraudes, da comercialização dos serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis, ou da prestação de um serviço de valor acrescentado, devendo ser limitado ao necessário para efeitos das referidas actividades.

6. Os n.ºs 1, 2, 3 e 5 são aplicáveis sem prejuízo da possibilidade de os organismos competentes serem informados dos dados de tráfego, nos termos da legislação aplicável, com vista à resolução de litígios, em especial os litígios relativos a interligações ou à facturação.

Artigo 7º

Facturação detalhada

1. Os assinantes têm o direito de receber facturas não detalhadas.

2. Os Estados-Membros aplicarão disposições nacionais para conciliar os direitos dos assinantes que recebem facturas detalhadas com o direito à privacidade dos utilizadores autores das chamadas e dos assinantes chamados, garantindo, por exemplo, que se encontrem à disposição desses utilizadores e assinantes meios alternativos suficientes para comunicações ou pagamentos que protejam melhor a privacidade.

Artigo 8º

Apresentação e restrição da identificação da linha chamadora e da linha conectada

1. Quando for oferecida a apresentação da identificação da linha chamadora, o prestador de serviços deve dar ao utilizador que efectua a chamada a possibilidade de impedir, chamada a chamada e através de um meio simples e gratuito, a apresentação da identificação da linha chamadora. Esta possibilidade deve ser oferecida, linha a linha, aos assinantes que efectuam chamadas.

2. Quando for oferecida a apresentação da identificação da linha chamadora, o prestador de serviços deve dar ao assinante chamado a possibilidade de impedir, através de um meio simples e gratuito no caso de uma utilização razoável desta função, a apresentação da identificação da linha chamadora nas chamadas de entrada.

3. Quando for oferecida a apresentação da identificação da linha chamadora, caso a identificação dessa linha seja apresentada antes do estabelecimento da chamada, o prestador de serviços deve dar ao assinante chamado a possibilidade de rejeitar, através de um meio simples, chamadas de entrada quando a apresentação da identificação da linha chamadora tiver sido impedida pelo utilizador ou assinante que efectua a chamada.

4. Quando for oferecida a apresentação da identificação da linha conectada, o prestador de serviços deve dar ao assinante chamado a possibilidade de impedir,

através de um meio simples e gratuito, a apresentação da identificação da linha conectada ao utilizador que efectua a chamada.

5. O n.º 1 é igualmente aplicável às chamadas para países terceiros originadas na Comunidade. Os n.ºs 2, 3 e 4 são igualmente aplicáveis a chamadas de entrada originadas em países terceiros.

6. Os Estados-Membros garantirão que, quando for oferecida a apresentação da identificação da linha chamadora e/ou da linha conectada, os fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis informarão o público do facto e das possibilidades referidas nos n.ºs 1 a 4.

Artigo 9º

Dados de localização para além dos dados de tráfego

1. Nos casos em que são processados dados de localização, para além dos dados de tráfego, relativos a utilizadores ou assinantes de redes públicas de comunicações ou de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis, esses dados só podem ser tratados se forem tornados anónimos ou com o consentimento dos utilizadores ou assinantes, na medida do necessário e pelo tempo necessário para a prestação de um serviço de valor acrescentado. O prestador de serviços deve informar os utilizadores ou assinantes, antes de obter o seu consentimento, do tipo de dados de localização, para além dos dados de tráfego, que serão tratados, dos fins e duração do tratamento e da eventual transmissão dos dados a terceiros para efeitos de fornecimento de serviços de valor acrescentado. Os utilizadores ou assinantes devem dispor da possibilidade de retirar em qualquer momento o seu consentimento para o tratamento dos dados de localização, para além dos dados de tráfego.

2. Nos casos em que tenha sido obtido o consentimento dos utilizadores ou assinantes para o tratamento de dados de localização para além dos dados de tráfego, o utilizador ou assinante deve continuar a ter a possibilidade de, por meios simples e gratuitos, recusar temporariamente o tratamento desses dados para cada ligação à rede ou para cada transmissão de uma comunicação.

3. O tratamento de dados de localização para além dos dados de tráfego, em conformidade com os n.ºs 1 e 2, deve ficar reservado ao pessoal que trabalha para o fornecedor de redes públicas de comunicações ou de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou para terceiros que forneçam o serviço de valor acrescentado, devendo restringir-se ao necessário para efeitos de prestação do serviço de valor acrescentado.

Artigo 10º

Excepções

Os Estados-Membros velarão pela transparência dos processos que regem o modo como os fornecedores de uma rede de comunicações públicas e/ou de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível podem dispensar:

a) A eliminação da apresentação da identificação da linha chamadora, temporariamente e a pedido de um assinante que pretenda determinar a origem de chamadas mal intencionadas ou incomodativas; nestes casos, em conformidade com a legislação nacional, os dados que contêm a identificação do assinante que efectua a chamada serão armazenados e disponibilizados pelo fornecedor da rede de comunicações públicas e/ou serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível;

b) A eliminação da apresentação da identificação da linha chamadora e a recusa temporária ou ausência de consentimento de um assinante ou utilizador para o tratamento de dados de localização, linha a linha, para as organizações que recebem chamadas de emergência e são reconhecidas como tal pelos Estados-Membros, incluindo as autoridades encarregadas de aplicar a lei e os serviços de ambulâncias e de bombeiros, para efeitos de resposta a essas chamadas.

Artigo 11º

Reencaminhamento automático de chamadas

Os Estados-Membros assegurarão que qualquer assinante possa, gratuitamente e através de um meio simples, pôr fim ao reencaminhamento automático de chamadas por terceiros para o seu equipamento terminal.

Artigo 12º

Listas de assinantes

1. Os Estados-Membros assegurarão que os assinantes sejam informados, gratuitamente e antes de serem incluídos nas listas, dos fins a que se destinam as listas de assinantes impressas ou electrónicas publicamente disponíveis ou que podem ser obtidas através de serviços de informações de listas, nas quais os seus dados pessoais podem ser incluídos, bem como de quaisquer outras possibilidades de utilização baseadas em funções de procura incorporadas em versões electrónicas da lista.

2. Os Estados-Membros assegurarão que os assinantes disponham da possibilidade de decidir da inclusão dos seus dados pessoais numa lista pública e,

em caso afirmativo, de quais os dados a incluir, na medida em que esses dados sejam pertinentes para os fins a que se destinam as listas, como estipulado pelo fornecedor das listas, bem como de verificar, corrigir ou retirar esses dados. A não inclusão numa lista pública de assinantes, a verificação, a correcção e a retirada de dados pessoais da mesma devem ser gratuitas.

3. Os Estados-Membros poderão exigir que o consentimento adicional dos assinantes seja solicitado para qualquer utilização de uma lista pública que não a busca de coordenadas das pessoas com base no nome e, se necessário, num mínimo de outros elementos de identificação.

4. Os n.ºs 1 e 2 aplicam-se aos assinantes que sejam pessoas singulares. Os Estados-Membros assegurarão igualmente, no âmbito do direito comunitário e das legislações nacionais aplicáveis, que os interesses legítimos dos assinantes que não sejam pessoas singulares sejam suficientemente protegidos no que se refere à sua inclusão em listas públicas.

Artigo 13º

Comunicações não solicitadas

1. A utilização de sistemas de chamada automatizados sem intervenção humana (aparelhos de chamada automáticos), de aparelhos de fax ou de correio electrónico para fins de comercialização directa apenas poderá ser autorizada em relação a assinantes que tenham dado o seu consentimento prévio.

2. Sem prejuízo do n.º 1, se uma pessoa singular ou colectiva obtiver dos seus clientes coordenadas electrónicas de contacto para correio electrónico, no contexto da venda de um produto ou serviço, nos termos da Directiva 95/46/CE, essa pessoa singular ou colectiva poderá usar essas coordenadas electrónicas de contacto para fins de comercialização directa dos seus próprios produtos ou serviços análogos, desde que aos clientes tenha sido dada clara e distintamente a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização dessas coordenadas electrónicas de contacto quando são recolhidos e por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha inicialmente recusado essa utilização.

3. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para assegurar que, por forma gratuita, não sejam permitidas comunicações não solicitadas para fins de comercialização directa em casos diferentes dos referidos nos n.ºs 1 e 2 sem o consentimento dos assinantes em questão ou que digam respeito a assinantes que não desejam receber essas comunicações, sendo a escolha entre estas opções determinada pela legislação nacional.

4. Em todas as circunstâncias, é proibida a prática do envio de correio electrónico para fins de comercialização directa, dissimulando ou escondendo a identidade da pessoa em nome da qual é efectuada a comunicação, ou sem um endereço válido para o qual o destinatário possa enviar um pedido para pôr termo a essas comunicações.

5. O disposto nos n.ºs 1 e 3 aplica-se aos assinantes que sejam pessoas singulares. Os Estados-Membros assegurarão igualmente, no âmbito do direito comunitário e das legislações nacionais aplicáveis, que os interesses legítimos dos assinantes que não sejam pessoas singulares sejam suficientemente protegidos no que se refere a comunicações não solicitadas.

Artigo 14º

Características técnicas e normalização

1. Na execução do disposto na presente directiva, os Estados-Membros garantirão, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3, que não sejam impostos requisitos obrigatórios sobre características técnicas específicas dos equipamentos terminais ou de outros equipamentos de comunicações electrónicas que possam impedir a colocação no mercado e a livre circulação desses equipamentos nos Estados-Membros e entre estes.

2. Nos casos em que a execução das disposições da presente directiva só possa ser feita através da exigência de características técnicas específicas em redes de comunicações electrónicas, os Estados-Membros informarão a Comissão nos termos do procedimento previsto na Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação⁹.

3. Caso seja necessário, poderão ser adoptadas medidas para garantir que o equipamento terminal seja construído de uma forma compatível com o direito de os utilizadores protegerem e controlarem a utilização dos seus dados pessoais, em conformidade com o disposto na Directiva 1999/5/CE e na Decisão 87/95/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à normalização no domínio das tecnologias da informação e das telecomunicações¹⁰.

9 JO L 204 de 21.7.1998, p. 37. Directiva alterada pela Directiva 98/48/CE (JO L 217 de 5.8.1998, p. 18).

10 JO L 36 de 7.2.1987, p. 31. Decisão com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão de 1994.

Artigo 15º

Aplicação de determinadas disposições da Directiva 95/46/CE

1. Os Estados-Membros podem adoptar medidas legislativas para restringir o âmbito dos direitos e obrigações previstos nos artigos 5º e 6º, nos n.ºs 1 a 4 do artigo 8º e no artigo 9º da presente directiva sempre que essas restrições constituam uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a detecção e a repressão de infracções penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações electrónicas, tal como referido no n.º 1 do artigo 13º da Directiva 95/46/CE. Para o efeito, os Estados-Membros podem designadamente adoptar medidas legislativas prevendo que os dados sejam conservados durante um período limitado, pelas razões enunciadas no presente número. Todas as medidas referidas no presente número deverão ser conformes com os princípios gerais do direito comunitário, incluindo os mencionados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 6º do Tratado da União Europeia.

2. O disposto no capítulo III da Directiva 95/46/CE relativo a recursos judiciais, responsabilidade e sanções é aplicável no que respeita às disposições nacionais adoptadas nos termos da presente directiva e aos direitos individuais decorrentes da presente directiva.

3. O Grupo de Protecção das Pessoas no que respeita ao Tratamento de Dados Pessoais, instituído nos termos do artigo 29º da Directiva 95/46/CE, realizará também as tarefas previstas no artigo 30º da mesma directiva no que respeita às matérias abrangidas pela presente directiva, nomeadamente a protecção dos direitos e liberdades fundamentais e dos interesses legítimos no sector das comunicações electrónicas.

Artigo 16º

Disposições transitórias

1. O disposto no artigo 12º não é aplicável às edições de listas já elaboradas ou colocadas no mercado, em formato impresso ou electrónico *off-line*, antes da entrada em vigor das disposições nacionais adoptadas nos termos da presente directiva.

2. No caso de os dados pessoais dos assinantes de serviços públicos fixos ou móveis de telefonia vocal terem sido incluídos numa lista pública de assinantes, em conformidade com o disposto na Directiva 95/46/CE e no artigo 11º da Directiva 97/66/CE, antes da entrada em vigor das disposições nacionais adoptadas nos termos da presente directiva, os dados pessoais desses assinantes podem manter-

-se nessa lista pública nas suas versões impressa ou electrónica, incluindo versões com funções de pesquisa inversa, a menos que os assinantes se pronunciem em contrário depois de terem recebido informação completa sobre as finalidades e as opções, em conformidade com o disposto no artigo 12º da presente directiva.

Artigo 17º

Transposição

1. Antes de 31 de Outubro de 2003, os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições necessárias para dar cumprimento à presente directiva e informar imediatamente a Comissão desse facto.

Quando os Estados-Membros aprovarem essas disposições, estas devem incluir uma referência à presente directiva ou ser acompanhadas dessa referência aquando da publicação oficial. As modalidades de referência são aprovadas pelos Estados-Membros.

2. Os Estados-Membros devem comunicar à Comissão as disposições de direito interno que aprovarem nas matérias reguladas pela presente directiva, bem como quaisquer alterações a essas disposições.

Artigo 18º

Cláusula de revisão

A Comissão apresentará ao Parlamento Europeu e ao Conselho, no prazo de três anos a contar da data referida no n.º 1 do artigo 17º, um relatório sobre a sua aplicação e os respectivos efeitos nos operadores económicos e nos consumidores, nomeadamente no respeitante às disposições relativas a comunicações não solicitadas, e tendo em consideração o ambiente internacional. Para tal, a Comissão pode solicitar informações aos Estados-Membros, as quais devem ser fornecidas sem atraso indevido. Caso se revele apropriado, a Comissão apresentará propostas de alteração da presente directiva com o objectivo de ter em consideração os resultados do relatório atrás mencionado e quaisquer mudanças observadas no sector, bem como toda e qualquer outra proposta considerada necessária para reforçar a eficácia da presente directiva.

Artigo 19º

Revogação

A Directiva 97/66/CE é revogada a partir da data referida no n.º 1 do artigo 17º.

As remissões para a directiva revogada devem entender-se como sendo feitas para a presente directiva.

Artigo 20º

Entrada em vigor

A presente directiva entra em vigor no dia da sua publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

Artigo 21º

Destinatários

Os Estados-Membros são os destinatários da presente directiva.

Feito em Bruxelas, em 12 de Julho de 2002.

Pelo Parlamento Europeu

O Presidente

P. Cox

Pelo Conselho

O Presidente

T. Pedersen

■ ■ 3.2. NACIONAL

■ ■ ■ 3.2.1. DECRETO-LEI N.º 7/2004, DE 7 DE JANEIRO

1 - O presente diploma destina-se fundamentalmente a realizar a transposição da Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000.

A directiva sobre comércio electrónico, não obstante a designação, não regula todo o comércio electrónico: deixa amplas zonas em aberto ou porque fazem parte do conteúdo de outras directivas ou porque não foram consideradas suficientemente consolidadas para uma harmonização comunitária ou, ainda, porque não carecem desta. Por outro lado, versa sobre matérias como a contratação electrónica, que só tem sentido regular como matéria de direito comum e não apenas comercial.

Na tarefa de transposição, optou-se por afastar soluções mais amplas e ambiciosas para a regulação do sector em causa, tendo-se adoptado um diploma cujo âmbito é fundamentalmente o da directiva. Mesmo assim, aproveitou-se a oportunidade para, lateralmente, versar alguns pontos carecidos de regulação na ordem jurídica portuguesa que não estão contemplados na directiva.

A transposição apresenta a dificuldade de conciliar categorias neutras próprias de uma directiva, que é um concentrado de sistemas jurídicos diferenciados, com os quadros vigentes na nossa ordem jurídica. Levou-se tão longe quanto possível a conciliação da fidelidade à directiva com a integração nas categorias portuguesas para tornar a disciplina introduzida compreensível para os seus destinatários. Assim, a própria sistemática da directiva é alterada e os conceitos são vertidos, sempre que possível, nos quadros correspondentes do direito português.

2 - A directiva pressupõe o que é já conteúdo de directivas anteriores. Particularmente importante é a directiva sobre contratos à distância, já transposta para a lei portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril. Parece elucidativo declarar expressamente o carácter subsidiário do diploma de transposição respectivo. O mesmo haverá que dizer da directiva sobre a comercialização à distância de serviços financeiros, que está em trabalhos de transposição.

Uma das finalidades principais da directiva é assegurar a liberdade de estabelecimento e de exercício da prestação de serviços da sociedade da informação na União Europeia, embora com as limitações que se assinalam. O esquema adoptado consiste na subordinação dos prestadores de serviços à ordenação do Estado membro em que se encontram estabelecidos. Assim se fez, procurando

esclarecer quanto possível conceitos expressos em linguagem generalizada mas pouco precisa como «serviço da sociedade da informação». Este é entendido como um serviço prestado a distância por via electrónica, no âmbito de uma actividade económica, na sequência de pedido individual do destinatário - o que exclui a radiodifusão sonora ou televisiva.

O considerando 57) da Directiva n.º 2000/31/CE recorda que «o Tribunal de Justiça tem sustentado de modo constante que um Estado membro mantém o direito de tomar medidas contra um prestador de serviços estabelecido noutra Estado membro, mas que dirige toda ou a maior parte das suas actividades para o território do primeiro Estado membro, se a escolha do estabelecimento foi feita no intuito de iludir a legislação que se aplicaria ao prestador caso este se tivesse estabelecido no território desse primeiro Estado membro».

3 - Outro grande objectivo da directiva consiste em determinar o regime de responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços. Mais precisamente, visa-se estabelecer as condições de irresponsabilidade destes prestadores face à eventual ilicitude das mensagens que disponibilizam.

Há que partir da declaração da ausência de um dever geral de vigilância do prestador intermediário de serviços sobre as informações que transmite ou armazena ou a que faculta o acesso. Proceder-se também ao enunciado dos deveres comuns a todos os prestadores intermediários de serviços.

Segue-se o traçado do regime de responsabilidade específico das actividades que a própria directiva enuncia: simples transporte, armazenagem intermediária e armazenagem principal. Aproveitou-se a oportunidade para prever já a situação dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos (como os instrumentos de busca e as hiperconexões), que é assimilada à dos prestadores de serviços de armazenagem principal.

Introduz-se um esquema de resolução provisória de litígios que surjam quanto à licitude de conteúdos disponíveis em rede, dada a extrema urgência que pode haver numa composição *prima facie*. Confia-se essa função à entidade de supervisão respectiva, sem prejuízo da solução definitiva do litígio, que só poderá ser judicial.

4 - A directiva regula também o que se designa como *comunicações comerciais*. Parece preferível falar de «comunicações publicitárias em rede», uma vez que é sempre e só a publicidade que está em causa.

Aqui surge a problemática das comunicações não solicitadas, que a directiva deixa em grande medida em aberto. Teve-se em conta a circunstância de entretanto ter sido aprovada a Directiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho,

de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas), que aguarda transposição. O artigo 13.º desta respeita a comunicações não solicitadas, estabelecendo que as comunicações para fins de *marketing* directo apenas podem ser autorizadas em relação a destinatários que tenham dado o seu consentimento prévio. O sistema que se consagra inspira-se no aí estabelecido. Nessa medida este diploma também representa a transposição parcial dessa directiva no que respeita ao artigo 13.º (comunicações não solicitadas).

5 - A contratação electrónica representa o tema de maior delicadeza desta directiva. Esclarece-se expressamente que o preceituado abrange todo o tipo de contratos, sejam ou não qualificáveis como comerciais.

O princípio instaurado é o da liberdade de recurso à via electrónica, para que a lei não levante obstáculos, com as excepções que se apontam. Para isso haverá que afastar o que se oponha a essa celebração. Particularmente importante se apresentava a exigência de forma escrita. Retoma-se a fórmula já acolhida no artigo 4.º do Código dos Valores Mobiliários que é ampla e independente de considerações técnicas: as declarações emitidas por via electrónica satisfazem as exigências legais de forma escrita quando oferecem as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

Outro ponto muito sensível é o do momento da conclusão do contrato. A directiva não o versa, porque não se propõe harmonizar o direito civil. Os Estados membros têm tomado as posições mais diversas. Particularmente, está em causa o significado do aviso de recepção da encomenda, que pode tomar-se como aceitação ou não.

Adopta-se esta última posição, que é maioritária, pois o aviso de recepção destina-se a assegurar a efectividade da comunicação electrónica, apenas, e não a exprimir uma posição negocial. Mas esclarece-se também que a oferta de produtos ou serviços em linha representa proposta contratual ou convite a contratar, consoante contiver ou não todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a aceitação.

Procura também regular-se a chamada contratação entre computadores, portanto a contratação inteiramente automatizada, sem intervenção humana. Estabelece-se que se regula pelas regras comuns enquanto estas não pressupuserem justamente a actuação (humana). Esclarece-se também em que moldes são aplicáveis nesse caso as disposições sobre erro.

6 - Perante a previsão na directiva do funcionamento de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios, inclusive através dos meios electrónicos adequados, houve que encontrar uma forma apropriada de transposição deste princípio.

As muitas funções atribuídas a entidades públicas aconselham a previsão de entidades de supervisão. Quando a competência não couber a entidades especiais, funciona uma entidade de supervisão central: essa função é desempenhada pela ICP-ANACOM. As entidades de supervisão têm funções no domínio da instrução dos processos contra-ordenacionais, que se prevêem, e da aplicação das coimas respectivas.

O montante das coimas é fixado entre molduras muito amplas, de modo a serem dissuasoras, mas, simultaneamente, se adequarem à grande variedade de situações que se podem configurar.

Às contra-ordenações podem estar associadas sanções acessórias; mas as sanções acessórias mais graves terão necessariamente de ser confirmadas em juízo, por iniciativa oficiosa da própria entidade de supervisão.

Prevêem-se providências provisórias, a aplicar pela entidade de supervisão competente, e que esta pode instaurar, modificar e levantar a todo o momento. Enfim, é ainda objectivo deste diploma permitir o recurso a meios de solução extrajudicial de litígios para os conflitos surgidos neste domínio, sem que a legislação geral traga impedimentos, nomeadamente à solução destes litígios por via electrónica.

Foi ouvida a Comissão Nacional de Protecção de Dados, o ICP — Autoridade Nacional de Comunicações, o Banco de Portugal, a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, o Instituto de Seguros de Portugal, a Unidade de Missão Inovação e Conhecimento, o Instituto do Consumidor, a Associação Portuguesa para a Defesa dos Consumidores, a Associação Fonográfica Portuguesa e a Sociedade Portuguesa de Autores.

Assim:

No uso da autorização legislativa concedida pelo artigo 1.º da Lei n.º 7/2003, de 9 de Maio, e nos termos das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

CAPÍTULO I OBJECTO E ÂMBITO

Artigo 1.º

Objecto

O presente diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (Directiva sobre Comércio Electrónico) bem como o artigo 13.º da Directiva n.º 2002/58/CE, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à Privacidade e às Comunicações Electrónicas).

Artigo 2.º

Âmbito

1 - Estão fora do âmbito do presente diploma:

- a) A matéria fiscal;
- b) A disciplina da concorrência;
- c) O regime do tratamento de dados pessoais e da protecção da privacidade;
- d) O patrocínio judiciário;
- e) Os jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas, em que é feita uma aposta em dinheiro;
- f) A actividade notarial ou equiparadas, enquanto caracterizadas pela fé pública ou por outras manifestações de poderes públicos.

2 - O presente diploma não afecta as medidas tomadas a nível comunitário ou nacional na observância do direito comunitário para fomentar a diversidade cultural e linguística e para assegurar o pluralismo.

CAPÍTULO II PRESTADORES DE SERVIÇOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Artigo 3.º

Princípio da liberdade de exercício

1 - Entende-se por «serviço da sociedade da informação » qualquer serviço prestado a distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no

âmbito de uma actividade económica na sequência de pedido individual do destinatário.

2 - Não são serviços da sociedade da informação os enumerados no anexo ao Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de Abril, salvo no que respeita aos serviços contemplados nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 daquele anexo.

3 - A actividade de prestador de serviços da sociedade da informação não depende de autorização prévia.

4 - Exceptua-se o disposto no domínio das telecomunicações, bem como todo o regime de autorização que não vise especial e exclusivamente os serviços da sociedade da informação.

5 - O disposto no presente diploma não exclui a aplicação da legislação vigente que com ele seja compatível, nomeadamente no que respeita ao regime dos contratos celebrados a distância e não prejudica o nível de protecção dos consumidores, incluindo investidores, resultante da restante legislação nacional.

Artigo 4.º

Prestadores de serviços estabelecidos em Portugal

1 - Os prestadores de serviços da sociedade da informação estabelecidos em Portugal ficam integralmente sujeitos à lei portuguesa relativa à actividade que exercem, mesmo no que concerne a serviços da sociedade da informação prestados noutro país comunitário.

2 - Um prestador de serviços que exerça uma actividade económica no país mediante um estabelecimento efectivo considera-se estabelecido em Portugal seja qual for a localização da sua sede, não configurando a mera disponibilidade de meios técnicos adequados à prestação do serviço, só por si, um estabelecimento efectivo.

3 - O prestador estabelecido em vários locais considera-se estabelecido, para efeitos do n.º 1, no local em que tenha o centro das suas actividades relacionadas com o serviço da sociedade da informação.

4 - Os prestadores intermediários de serviços em rede que pretendam exercer estavelmente a actividade em Portugal devem previamente proceder à inscrição junto da entidade de supervisão central.

5 - «Prestadores intermediários de serviços em rede» são os que prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço.

Artigo 5.º

Livre prestação de serviços

1 - Aos prestadores de serviços da sociedade da informação não estabelecidos em Portugal mas estabelecidos noutro Estado membro da União Europeia é aplicável, exclusivamente no que respeita a actividades em linha, a lei do lugar do estabelecimento:

a) Aos próprios prestadores, nomeadamente no que respeita a habilitações, autorizações e notificações, à identificação e à responsabilidade;

b) Ao exercício, nomeadamente no que respeita à qualidade e conteúdo dos serviços, à publicidade e aos contratos.

2 - É livre a prestação dos serviços referidos no número anterior, com as limitações constantes dos artigos seguintes.

3 - Os serviços de origem extra-comunitária estão sujeitos à aplicação geral da lei portuguesa, ficando também sujeitos a este diploma em tudo o que não for justificado pela especificidade das relações intra-comunitárias.

Artigo 6.º

Exclusões

Estão fora do âmbito de aplicação dos artigos 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1:

a) A propriedade intelectual, incluindo a protecção das bases de dados e das topografias dos produtos semicondutores;

b) A emissão de moeda electrónica, por efeito de derrogação prevista no n.º 1 do artigo 8.º da Directiva n.º 2000/46/CE;

c) A publicidade realizada por um organismo de investimento colectivo em valores mobiliários, nos termos do n.º 2 do artigo 44.º da Directiva n.º 85/611/CEE;

d) A actividade seguradora, quanto a seguros obrigatórios, alcance e condições da autorização da entidade seguradora e empresas em dificuldades ou em situação irregular;

e) A matéria disciplinada por legislação escolhida pelas partes no uso da autonomia privada;

f) Os contratos celebrados com consumidores, no que respeita às obrigações deles emergentes;

g) A validade dos contratos em função da observância de requisitos legais de forma, em contratos relativos a direitos reais sobre imóveis;

h) A permissibilidade do envio de mensagens publicitárias não solicitadas por correio electrónico.

Artigo 7.º

Providências restritivas

1 - Os tribunais e outras entidades competentes, nomeadamente as entidades de supervisão, podem restringir a circulação de um determinado serviço da sociedade da informação proveniente de outro Estado membro da União Europeia se lesar ou ameaçar gravemente:

a) A dignidade humana ou a ordem pública, incluindo a protecção de menores e a repressão do incitamento ao ódio fundado na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade, nomeadamente por razões de prevenção ou repressão de crimes ou de ilícitos de mera ordenação social;

b) A saúde pública;

c) A segurança pública, nomeadamente na vertente da segurança e defesa nacionais;

d) Os consumidores, incluindo os investidores.

2 - As providências restritivas devem ser precedidas:

a) Da solicitação ao Estado membro de origem do prestador do serviço que ponha cobro à situação;

b) Caso este o não tenha feito, ou as providências que tome se revelem inadequadas, da notificação à Comissão e ao Estado membro de origem da intenção de tomar providências restritivas.

3 - O disposto no número anterior não prejudica a realização de diligências judiciais, incluindo a instrução e demais actos praticados no âmbito de uma investigação criminal ou de um ilícito de mera ordenação social.

4 - As providências tomadas devem ser proporcionais aos objectivos a tutelar.

Artigo 8.º

Actuação em caso de urgência

Em caso de urgência, as entidades competentes podem tomar providências restritivas não precedidas das notificações à Comissão e aos outros Estados membros de origem previstas no artigo anterior.

Artigo 9.º

Comunicação à entidade de supervisão central

1 - As entidades competentes que desejem promover a solicitação ao Estado membro de origem que ponha cobro a uma situação violadora devem comunicá-lo à entidade de supervisão central, a fim de ser notificada ao Estado membro de origem.

2 - As entidades competentes que tenham a intenção de tomar providências restritivas, ou as tomem efectivamente, devem comunicá-lo imediatamente à autoridade de supervisão central, a fim de serem logo notificadas à Comissão e aos Estados membros de origem.

3 - Tratando-se de providências restritivas de urgência devem ser também indicadas as razões da urgência na sua adopção.

Artigo 10.º

Disponibilização permanente de informações

1 - Os prestadores de serviços devem disponibilizar permanentemente em linha, em condições que permitam um acesso fácil e directo, elementos completos de identificação que incluam, nomeadamente:

- a) Nome ou denominação social;
- b) Endereço geográfico em que se encontra estabelecido e endereço electrónico, em termos de permitir uma comunicação directa;
- c) Inscrições do prestador em registos públicos e respectivos números de registo;
- d) Número de identificação fiscal.

2 - Se o prestador exercer uma actividade sujeita a um regime de autorização prévia, deve disponibilizar a informação relativa à entidade que a concedeu.

3 - Se o prestador exercer uma profissão regulamentada deve também indicar o título profissional e o Estado membro em que foi concedido, a entidade profissional em que se encontra inscrito, bem como referenciar as regras profissionais que disciplinam o acesso e o exercício dessa profissão.

4 - Se os serviços prestados implicarem custos para os destinatários além dos custos dos serviços de telecomunicações, incluindo ónus fiscais ou despesas de entrega, estes devem ser objecto de informação clara anterior à utilização dos serviços.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS EM REDE

Artigo 11.º

Princípio da equiparação

A responsabilidade dos prestadores de serviços em rede está sujeita ao regime comum, nomeadamente em caso de associação de conteúdos, com as especificações constantes dos artigos seguintes.

Artigo 12.º

Ausência de um dever geral de vigilância dos prestadores intermediários de serviços

Os prestadores intermediários de serviços em rede não estão sujeitos a uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam ou de investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito.

Artigo 13.º

Deveres comuns dos prestadores intermediários dos serviços

Cabe aos prestadores intermediários de serviços a obrigação para com as entidades competentes:

- a) De informar de imediato quando tiverem conhecimento de actividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam;
- b) De satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem;
- c) De cumprir prontamente as determinações destinadas a prevenir ou pôr termo a uma infracção, nomeadamente no sentido de remover ou impossibilitar o acesso a uma informação;
- d) De fornecer listas de titulares de sítios que alberguem, quando lhes for pedido.

Artigo 14.º

Simple transporte

1 - O prestador intermediário de serviços que prossiga apenas a actividade de transmissão de informações em rede, ou de facultar o acesso a uma rede de comunicações, sem estar na origem da transmissão nem ter intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na selecção destas ou dos destinatários, é isento de toda a responsabilidade pelas informações transmitidas.

2 - A irresponsabilidade mantém-se ainda que o prestador realize a armazenagem meramente tecnológica das informações no decurso do processo de transmissão, exclusivamente para as finalidades de transmissão e durante o tempo necessário para esta.

Artigo 15.º

Armazenagem intermediária

1 - O prestador intermediário de serviços de transmissão de comunicações em rede que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na selecção destas ou dos destinatários e respeite as condições de acesso à informação é isento de toda a responsabilidade pela armazenagem temporária e automática, exclusivamente para tornar mais eficaz e económica a transmissão posterior a nova solicitação de destinatários do serviço.

2 - Passa, porém, a aplicar-se o regime comum de responsabilidade se o prestador não proceder segundo as regras usuais do sector:

- a) Na actualização da informação;
- b) No uso da tecnologia, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação.

3 - As regras comuns passam também a ser aplicáveis se chegar ao conhecimento do prestador que a informação foi retirada da fonte originária ou o acesso tornado impossível ou ainda que um tribunal ou entidade administrativa com competência sobre o prestador que está na origem da informação ordenou essa remoção ou impossibilidade de acesso com exequibilidade imediata e o prestador não a retirar ou impossibilitar imediatamente o acesso.

Artigo 16.º

Armazenagem principal

1 - O prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento de actividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação.

2 - Há responsabilidade civil sempre que, perante as circunstâncias que conhece, o prestador do serviço tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação.

3 - Aplicam-se as regras comuns de responsabilidade sempre que o destinatário do serviço actuar subordinado ao prestador ou for por ele controlado.

Artigo 17.º

Responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos

Os prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos em rede, por meio de instrumentos de busca, hiperconexões ou processos análogos que permitam o acesso a conteúdos ilícitos estão sujeitos a regime de responsabilidade correspondente ao estabelecido no artigo anterior.

Artigo 18.º

Solução provisória de litígios

1 - Nos casos contemplados nos artigos 16.º e 17.º, o prestador intermediário de serviços, se a ilicitude não for manifesta, não é obrigado a remover o conteúdo contestado ou a impossibilitar o acesso à informação só pelo facto de um interessado arguir uma violação.

2 - Nos casos previstos no número anterior, qualquer interessado pode recorrer à entidade de supervisão respectiva, que deve dar uma solução provisória em quarenta e oito horas e logo a comunica electronicamente aos intervenientes.

3 - Quem tiver interesse jurídico na manutenção daquele conteúdo em linha pode nos mesmos termos recorrer à entidade de supervisão contra uma decisão do prestador de remover ou impossibilitar o acesso a esse conteúdo, para obter a solução provisória do litígio.

4 - O procedimento perante a entidade de supervisão será especialmente regulamentado.

5 - A entidade de supervisão pode a qualquer tempo alterar a composição provisória do litígio estabelecida.

6 - Qualquer que venha a ser a decisão, nenhuma responsabilidade recai sobre a entidade de supervisão e tão-pouco recai sobre o prestador intermediário de serviços por ter ou não retirado o conteúdo ou impossibilitado o acesso a mera solicitação, quando não for manifesto se há ou não ilicitude.

7 - A solução definitiva do litígio é realizada nos termos e pelas vias comuns.

8 - O recurso a estes meios não prejudica a utilização pelos interessados, mesmo simultânea, dos meios judiciais comuns.

Artigo 19.º

Relação com o direito à informação

1 - A associação de conteúdos não é considerada irregular unicamente por haver conteúdos ilícitos no sítio de destino, ainda que o prestador tenha consciência do facto.

2 - A remissão é lícita se for realizada com objectividade e distanciamento, representando o exercício do direito à informação, sendo, pelo contrário, ilícita se representar uma maneira de tomar como próprio o conteúdo ilícito para que se remete.

3 - A avaliação é realizada perante as circunstâncias do caso, nomeadamente:

- a) A confusão eventual dos conteúdos do sítio de origem com os de destino;
- b) O carácter automatizado ou intencional da remissão;
- c) A área do sítio de destino para onde a remissão é efectuada.

CAPÍTULO IV

COMUNICAÇÕES PUBLICITÁRIAS EM REDE E *MARKETING* DIRECTO

Artigo 20.º

Âmbito

1 - Não constituem comunicação publicitária em rede:

a) Mensagens que se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador económico ou identifiquem objectivamente bens, serviços ou a imagem de um operador, em colectâneas ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação;

b) Mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

2 - A comunicação publicitária pode ter somente por fim promover a imagem de um operador comercial, industrial, artesanal ou integrante de uma profissão regulamentada.

Artigo 21.º

Identificação e informação

Nas comunicações publicitárias prestadas à distância, por via electrónica, devem ser claramente identificados de modo a serem apreendidos com facilidade por um destinatário comum:

- a) A natureza publicitária, logo que a mensagem seja apresentada no terminal e de forma ostensiva;
- b) O anunciante;
- c) As ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos promocionais, bem como os condicionalismos a que ficam submetidos.

Artigo 22.º

Comunicações não solicitadas

1 - O envio de mensagens para fins de *marketing* directo, cuja recepção seja independente de intervenção do destinatário, nomeadamente por via de aparelhos de chamada automática, aparelhos de telecópia ou por correio electrónico, carece de consentimento prévio do destinatário.

2 - Exceptuam-se as mensagens enviadas a pessoas colectivas, ficando, no entanto, aberto aos destinatários o recurso ao sistema de opção negativa.

3 - É também permitido ao fornecedor de um produto ou serviço, no que respeita aos mesmos ou a produtos ou serviços análogos, enviar publicidade não solicitada aos clientes com quem celebrou anteriormente transacções, se ao cliente tiver sido explicitamente oferecida a possibilidade de o recusar por ocasião da transacção realizada e se não implicar para o destinatário dispêndio adicional ao custo do serviço de telecomunicações.

4 - Nos casos previstos nos números anteriores, o destinatário deve ter acesso a meios que lhe permitam a qualquer momento recusar, sem ónus e independentemente de justa causa, o envio dessa publicidade para futuro.

5 - É proibido o envio de correio electrónico para fins de *marketing* directo, ocultando ou dissimulando a identidade da pessoa em nome de quem é efectuada a comunicação.

6 - Cada comunicação não solicitada deve indicar um endereço e um meio técnico electrónico, de fácil identificação e utilização, que permita ao destinatário do serviço recusar futuras comunicações.

7 - Às entidades que promovam o envio de comunicações publicitárias não solicitadas cuja recepção seja independente da intervenção do destinatário cabe manter, por si ou por organismos que as representem, uma lista actualizada de pessoas que manifestaram o desejo de não receber aquele tipo de comunicações.

8 - É proibido o envio de comunicações publicitárias por via electrónica às pessoas constantes das listas prescritas no número anterior.

Artigo 23.º

Profissões regulamentadas

1 - As comunicações publicitárias à distância por via electrónica em profissões regulamentadas são permitidas mediante o estrito cumprimento das regras deontológicas de cada profissão, nomeadamente as relativas à independência e honra e ao sigilo profissionais, bem como à lealdade para com o público e dos membros da profissão entre si.

2 - «Profissão regulamentada» é entendido no sentido constante dos diplomas relativos ao reconhecimento, na União Europeia, de formações profissionais.

CAPÍTULO V

CONTRATAÇÃO ELECTRÓNICA

Artigo 24.º

Âmbito

As disposições deste capítulo são aplicáveis a todo o tipo de contratos celebrados por via electrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais.

Artigo 25.º

Liberdade de celebração

1 - É livre a celebração de contratos por via electrónica, sem que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio.

2 - São excluídos do princípio da admissibilidade os negócios jurídicos:

a) Familiares e sucessórios;

b) Que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que exerçam poderes públicos, nomeadamente quando aquela intervenção condicione a produção de efeitos em relação a terceiros e ainda os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais;

c) Reais imobiliários, com excepção do arrendamento;

d) De caução e de garantia, quando não se integrem na actividade profissional de quem as presta.

3 - Só tem de aceitar a via electrónica para a celebração de um contrato quem se tiver vinculado a proceder dessa forma.

4 - São proibidas cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores.

Artigo 26.º

Forma

1 - As declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

2 - O documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação.

Artigo 27.º

Dispositivos de identificação e correcção de erros

O prestador de serviços em rede que celebre contratos por via electrónica deve disponibilizar aos destinatários dos serviços, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, meios técnicos eficazes que lhes permitam identificar e corrigir erros de introdução, antes de formular uma ordem de encomenda.

Artigo 28.º

Informações prévias

1 - O prestador de serviços em rede que celebre contratos em linha deve facultar aos destinatários, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca que inclua:

- a) O processo de celebração do contrato;
- b) O arquivamento ou não do contrato pelo prestador de serviço e a acessibilidade àquele pelo destinatário;
- c) A língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado;
- d) Os meios técnicos que o prestador disponibiliza para poderem ser identificados e corrigidos erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda;
- e) Os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar;
- f) Os códigos de conduta de que seja subscritor e a forma de os consultar electronicamente.

2 - O disposto no número anterior é derogável por acordo em contrário das partes que não sejam consumidores.

Artigo 29.º

Ordem de encomenda e aviso de recepção

1 - Logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente electrónica, o prestador de serviços deve acusar a recepção igualmente por meios electrónicos, salvo acordo em contrário com a parte que não seja consumidora.

2 - É dispensado o aviso de recepção da encomenda nos casos em que há a imediata prestação em linha do produto ou serviço.

3 - O aviso de recepção deve conter a identificação fundamental do contrato a que se refere.

4 - O prestador satisfaz o dever de acusar a recepção se enviar a comunicação para o endereço electrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço.

5 - A encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida.

Artigo 30.º

Contratos celebrados por meio de comunicação individual

Os artigos 27.º a 29.º não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

Artigo 31.º

Apresentação dos termos contratuais e cláusulas gerais

1 - Os termos contratuais e as cláusulas gerais, bem como o aviso de recepção, devem ser sempre comunicados de maneira que permita ao destinatário armazená-los e reproduzi-los.

2 - A ordem de encomenda, o aviso de recepção e a confirmação da encomenda consideram-se recebidos logo que os destinatários têm a possibilidade de aceder a eles.

Artigo 32.º

Proposta contratual e convite a contratar

1 - A oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar.

2 - O mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato.

Artigo 33.º

Contratação sem intervenção humana

1 - À contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é aplicável o regime comum, salvo quando este pressupuser uma actuação.

2 - São aplicáveis as disposições sobre erro:

- a) Na formação da vontade, se houver erro de programação;
- b) Na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina;
- c) Na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino.

3 - A outra parte não pode opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de detecção de erros de introdução.

Artigo 34.º

Solução de litígios por via electrónica

É permitido o funcionamento em rede de formas de solução extrajudicial de litígios entre prestadores e destinatários de serviços da sociedade da informação, com observância das disposições concernentes à validade e eficácia dos documentos referidas no presente capítulo.

CAPÍTULO VI

ENTIDADES DE SUPERVISÃO E REGIME SANCIONATÓRIO

Artigo 35.º

Entidade de supervisão central

1 - É instituída uma entidade de supervisão central com atribuições em todos os domínios regulados pelo presente diploma, salvo nas matérias em que lei especial atribua competência sectorial a outra entidade.

2 - As funções de entidade de supervisão central serão exercidas pela ICP - Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM).

Artigo 36.º

Atribuições e competência

1 - As entidades de supervisão funcionam como organismos de referência para os contactos que se estabeleçam no seu domínio, fornecendo, quando requeridas, informações aos destinatários, aos prestadores de serviços e ao público em geral.

2 - Cabe às entidades de supervisão, além das atribuições gerais já assinaladas e das que lhes forem especificamente atribuídas:

- a) Adostrar as providências restritivas previstas nos artigos 7.º e 8.º;
- b) Elaborar regulamentos e dar instruções sobre práticas a ser seguidas para cumprimento do disposto no presente diploma;
- c) Fiscalizar o cumprimento do preceituado sobre o comércio electrónico;
- d) Instaurar e instruir processos contra-ordenacionais e, bem assim, aplicar as sanções previstas;
- e) Determinar a suspensão da actividade dos prestadores de serviços em face de graves irregularidades e por razões de urgência.

3 - A entidade de supervisão central tem competência em todas as matérias que a lei atribua a um órgão administrativo sem mais especificação e nas que lhe forem particularmente cometidas.

4 - Cabe designadamente à entidade de supervisão central, além das atribuições gerais já assinaladas, quando não couberem a outro órgão:

- a) Publicitar em rede os códigos de conduta mais significativos de que tenha conhecimento;
- b) Publicitar outras informações, nomeadamente decisões judiciais neste domínio;
- c) Promover as comunicações à Comissão Europeia e ao Estado membro de origem previstas no artigo 9.º;
- d) Em geral, desempenhar a função de entidade permanente de contacto com os outros Estados membros e com a Comissão Europeia, sem prejuízo das competências que forem atribuídas a entidades sectoriais de supervisão.

Artigo 37.º

Contra-ordenação

1 - Constitui contra-ordenação sancionável com coima de € 2500 a € 50 000 a prática dos seguintes actos pelos prestadores de serviços:

a) A não disponibilização ou a prestação de informação aos destinatários regulada nos artigos 10.º, 13.º, 21.º, 22.º, n.º 6, e 28.º, n.º 1, do presente diploma;

b) O envio de comunicações não solicitadas, com inobservância dos requisitos legais previstos no artigo 22.º;

c) A não disponibilização aos destinatários, quando devido, de dispositivos de identificação e correcção de erros de introdução, tal como previsto no artigo 27.º;

d) A omissão de pronto envio do aviso de recepção da ordem de encomenda previsto no artigo 29.º;

e) A não comunicação dos termos contratuais, cláusulas gerais e avisos de recepção previstos no artigo 31.º, de modo que permita aos destinatários armazená-los e reproduzi-los;

f) A não prestação de informações solicitadas pela entidade de supervisão.

2 - Constitui contra-ordenação sancionável com coima de € 5000 a € 100 000 a prática dos seguintes actos pelos prestadores de serviços:

a) A desobediência a determinação da entidade de supervisão ou de outra entidade competente de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de transmissão ou de armazenagem, tal como previsto na alínea b) do artigo 13.º;

b) O não cumprimento de determinação do tribunal ou da autoridade competente de prevenir ou pôr termo a uma infracção nos termos da alínea c) do artigo 13.º;

c) A omissão de informação à autoridade competente sobre actividades ilícitas de que tenham conhecimento, praticadas por via dos serviços que prestam, tal como previsto na alínea a) do artigo 13.º;

d) A não remoção ou impedimento do acesso a informação que armazenem e cuja ilicitude manifesta seja do seu conhecimento, tal como previsto nos artigos 16.º e 17.º;

e) A não remoção ou impedimento do acesso a informação que armazenem, se, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, tiverem conhecimento que foi retirada da fonte, ou o acesso tornado impossível, ou ainda que um tribunal ou autoridade administrativa da origem ordenou essa remoção ou impossibilidade de acesso para ter exequibilidade imediata;

f) A prática com reincidência das infracções previstas no n.º 1.

3 - Constitui contra-ordenação sancionável com coima de € 2500 a € 100 000 a prestação de serviços de associação de conteúdos, nas condições da alínea e) do

n.º 2, quando os prestadores de serviços não impossibilitem a localização ou o acesso a informação ilícita.

4 - A negligência é sancionável nos limites da coima aplicável às infracções previstas no n.º 1.

5 - A prática da infracção por pessoa colectiva agrava em um terço os limites máximo e mínimo da coima.

Artigo 38.º

Sanções acessórias

1 - Às contra-ordenações acima previstas pode ser aplicada a sanção acessória de perda a favor do Estado dos bens usados para a prática das infracções.

2 - Em função da gravidade da infracção, da culpa do agente ou da prática reincidente das infracções, pode ser aplicada, simultaneamente com as coimas previstas no n.º 2 do artigo anterior, a sanção acessória de interdição do exercício da actividade pelo período máximo de seis anos e, tratando-se de pessoas singulares, da inibição do exercício de cargos sociais em empresas prestadoras de serviços da sociedade da informação durante o mesmo período.

3 - A aplicação de medidas acessórias de interdição do exercício da actividade e, tratando-se de pessoas singulares, da inibição do exercício de cargos sociais em empresas prestadoras de serviços da sociedade da informação por prazo superior a dois anos será obrigatoriamente decidida judicialmente por iniciativa oficiosa da própria entidade de supervisão.

4 - Pode dar-se adequada publicidade à punição por contra-ordenação, bem como às sanções acessórias aplicadas nos termos do presente diploma.

Artigo 39.º

Providências provisórias

1 - A entidade de supervisão a quem caiba a aplicação da coima pode determinar, desde que se revelem imediatamente necessárias, as seguintes providências provisórias:

a) A suspensão da actividade e o encerramento do estabelecimento que é suporte daqueles serviços da sociedade da informação, enquanto decorre o procedimento e até à decisão definitiva;

b) A apreensão de bens que sejam veículo da prática da infracção.

2 - Estas providências podem ser determinadas, modificadas ou levantadas em qualquer momento pela própria entidade de supervisão, por sua iniciativa ou a requerimento dos interessados e a sua legalidade pode ser impugnada em juízo.

Artigo 40.º

Destino das coimas

O montante das coimas cobradas reverte para o Estado e para a entidade que as aplicou na proporção de 60 % e 40 %, respectivamente.

Artigo 41.º

Regras aplicáveis

1 - O regime sancionatório estabelecido não prejudica os regimes sancionatórios especiais vigentes.

2 - A entidade competente para a instauração, instrução e aplicação das sanções é a entidade de supervisão central ou as sectoriais, consoante a natureza das matérias.

3 - É aplicável subsidiariamente o regime geral das contra-ordenações.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 42.º

Códigos de conduta

1 - As entidades de supervisão estimularão a criação de códigos de conduta pelos interessados e sua difusão por estes por via electrónica.

2 - Será incentivada a participação das associações e organismos que têm a seu cargo os interesses dos consumidores na formulação e aplicação de códigos de conduta, sempre que estiverem em causa os interesses destes. Quando houver que considerar necessidades específicas de associações representativas de deficientes visuais ou outros, estas deverão ser consultadas.

3 - Os códigos de conduta devem ser publicitados em rede pelas próprias entidades de supervisão.

Artigo 43.º

Impugnação

As entidades de supervisão e o Ministério Público têm legitimidade para impugnar em juízo os códigos de conduta aprovados em domínio abrangido por este diploma que extravasem das finalidades da entidade que os emitiu ou tenham conteúdo contrário a princípios gerais ou regras vigentes.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 31 de Outubro de 2003. – *José Manuel Durão Barroso – Maria Manuela Dias Ferreira Leite – Maria Teresa Pinto Basto Gouveia – Maria Celeste Ferreira Lopes Cardona – José Luís Fazenda Arnaut Duarte – Carlos Manuel Tavares da Silva – Maria da Graça Martins da Silva Carvalho.*

Promulgado em 19 de Dezembro de 2003.

Publique-se.

O Presidente da República, JORGE SAMPAIO.

Referendado em 23 de Dezembro de 2003.

O Primeiro-Ministro, *José Manuel Durão Barroso.*

■ ■ ■ 3.3. OUTRA LEGISLAÇÃO RELEVANTE NO ÂMBITO DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO

■ ■ ■ 3.3.1. FACTURA ELECTRÓNICA

Legislação comunitária

- Directiva 2001/115/CE do Conselho, de 20 de Dezembro de 2001, que altera a Directiva 77/388/CEE, tendo em vista simplificar, modernizar e harmonizar as condições aplicáveis à facturação em matéria de imposto sobre o valor acrescentado

Legislação nacional

- Decreto-Lei n.º 256/2003, de 21 de Outubro, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/115/CE, do Conselho, de 20 de Dezembro.

■ ■ ■ 3.3.2. ASSINATURA ELECTRÓNICA

Legislação comunitária

- Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas

- Decisão da Comissão 2000/709/CE, de 6 de Novembro de 2000, sobre os critérios mínimos a ter em conta pelos Estados-Membros ao designarem as entidades previstas no n.º 4 do artigo 3 da Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro comunitário para as assinaturas electrónicas

Legislação nacional

- Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que aprova o regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril

- Decreto-Lei n.º 146/2000, de 18 de Julho, que aprova a Lei Orgânica do Ministério da Justiça

- Portaria n.º 1370/2000 (2ª série), de 12 de Setembro, que define as características do contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil a que se refere a alínea d) do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto

- Decreto-Lei n.º 234/2000, de 25 de Setembro, que cria o Conselho Técnico de Credenciação como estrutura de apoio ao Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça no exercício das funções de autoridade credenciadora de entidades certificadoras de assinaturas digitais

■ ■ ■ 3.3.3. PROTECÇÃO DE DADOS

Legislação comunitária

- Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados

- Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas

Legislação Nacional

- Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados

- Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro, que transpõe a Directiva 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento dos dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações

■ ■ ■ 3.3.4. PAGAMENTOS ELECTRÓNICOS

Legislação comunitária

- Recomendação da Comissão 87/598/CEE, de 8 de Dezembro de 1987, relativa a um código europeu de boa conduta em matéria de pagamento electrónico (relações entre instituições financeiras, comerciantes-prestadores de serviços e consumidores)

- Recomendação da Comissão 97/489/CE, de 30 de Julho de 1997, relativa às transacções realizadas através de um instrumento de pagamento electrónico e, nomeadamente, às relações entre o emitente e o detentor

■ ■ ■ 3.3.5. MOEDA ELECTRÓNICA

Legislação comunitária

- Directiva 2000/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro de 2000, relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial

Legislação Nacional

- Decreto-Lei n.º 42/2002, de 2 de Março, que transpõe para o ordenamento jurídico interno a Directiva 2000/28/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro, que altera a Directiva 2000/12/CE, do Conselho, de 20 de Março, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício, e a Directiva 2000/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro, relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial, estabelecendo o regime jurídico das instituições de moeda electrónica.

■ ■ 3.4. DIPLOMAS DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 2000/31/CE DE OUTROS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA *

Estado-Membro: Alemanha

Diploma: Legal Framework for Electronic Commerce Act 2001

www.iid.de/iukdg/EGG/index.html

Entrada em vigor: 20-Dez-01

Estado-Membro: Áustria

Diploma: E-commerce Act 2001

wko.at/finanzdienstleister/E-Commerce-gesetz.pdf

Entrada em vigor: 01-Jan-02

Estado-Membro: Bélgica

Diploma: Act on certain legal aspects of Information Society Services

www.droit-technologie.org/legislations

[/loi_commerce_electronique_belgique_110303.pdf](http://loi_commerce_electronique_belgique_110303.pdf)

Entrada em vigor: 17-Mar-03

Estado-Membro: Dinamarca

Diploma: Electronic Commerce Act 2002

www.retsinfo.dk/_GETDOC_/ACCN/A20020022730-REGL

Entrada em vigor: 23-Abr-02

Estado-Membro: Espanha

Diploma: Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

www.lssi.es/futuretense_cs/ccurl/Ley%20SSICE.pdf

Entrada em vigor: 12-Out-02

Estado-Membro: Finlândia

Diploma: Act on the Offering of Information Society Services

www.finlex.fi/pdf/sk/02/vihko072.pdf

Entrada em vigor: 01-Jul-02

* Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee – First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic Commerce) (COM(2003) 702)*, 21 de Novembro de 2003, acessível em europa.eu.int/comm/internal_market/en/ecommerce, pp. 23 a 25.

Estado-Membro: Grécia

Diploma: Presidential Decree n.º 131

www.acci.gr/ecommm/legal/pdf/pd131_03.pdf

Entrada em vigor: 16-Mai-03

Estado-Membro: Irlanda

Diploma: Regulamentos da Comunidade Europeia 2003 – S.I. n.º 68 de 2003

www.entemp.ie/ecd/ebusinfo.htm

Entrada em vigor: 24-Fev-03

Estado-Membro: Itália

Diploma: Decreto Legislativo de 9 Abril, n.º 70

www.senato.it/parlam/leggi/deleghe/03070dl.htm

Entrada em vigor: 14-Mai-03

Estado-Membro: Luxemburgo

Diploma: Electronic Commerce Act 2000

www.etat.lu/memorial/memorial/a/2000/a0960809.pdf

Entrada em vigor: 14-Ago-00

Estado-Membro: Reino Unido

Diploma: The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002:

Statutory Instrument 2002, n.º 2013

www.legislation.hmso.gov.uk/si/si2002/20022013.htm

Entrada em vigor: 21-Ago-02

Estado-Membro: Suécia

Diploma: Act on Electronic Commerce and other information

www.regeringen.se

Entrada em vigor: 06-Jun-03

SITES DE REFERÊNCIA

■ 4. SITES DE REFERÊNCIA

■ ■ 4.1. ENTIDADES SECTORIAIS

AACS – Alta Autoridade para a Comunicação Social

<http://www.aacs.pt>

Banco de Portugal

<http://www.bportugal.pt>

CMVM – Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários

<http://www.cmvm.pt>

CNPD – Comissão Nacional de Protecção de Dados

<http://www.cnpd.pt>

Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade
(Ministério da Economia)

http://www.min-economia.pt/port/ministerio/p_cacmep.html

ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

<http://www.erse.pt/frontoffice/index.html>

ICS – Instituto da Comunicação Social

<http://www.ics.pt>

Inspeção-Geral das Actividades Culturais

<http://www.igac.pt>

Inspeção-Geral das Actividades Económicas

<http://www.igae.pt>

Instituto do Consumidor

<http://www.ic.pt/pls/icnew/homepage>

ISP – Instituto de Seguros de Portugal

<http://www.isp.pt>

■ ■ 4.2. ENTIDADES DE SUPERVISÃO DE OUTROS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA

ALEMANHA

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
(Ministério da Economia e do Trabalho)
<http://www.iid.de/iukdg/index.html>

ÁUSTRIA

Bundesministerium für Justiz
(Ministério da Justiça)
<http://www.bmj.gv.at>

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
(Ministério da Economia e do Trabalho)
<http://www.bmwa.gv.at/BMWA/default.htm>

Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie
(Ministério dos Transportes, Inovação e Tecnologia)
<http://www.bmvit.gv.at/sixcms/detail.php/template/mainindex>

REINO UNIDO

The Department of Trade and Industry
(Departamento do Comércio e da Indústria)
http://www.dti.gov.uk/industries/ecomunications/electronic_commerce_directive_0031ec.html

ESPAÑA

Ministerio de Ciencia y Tecnología
(Ministério da Ciência e da Tecnologia)
<http://www.setsi.mcyt.es>

FINLÂNDIA

Consumer Agency et Ombudsman
(Agência de Defesa dos Consumidores)
<http://www.kuluttajavirasto.fi>

Finnish Communications Regulatory Authority (FICORA)
(Autoridade Reguladora Finlandesa das Comunicações)
<http://www.ficora.fi/englanti/tietoturva/kaupankaynti.htm>

IRLANDA

Department of Enterprise, Trade and Employment
(Departamento da Empresa, Comércio e Trabalho)
<http://www.entemp.ie>

Office of the Director of Consumer Affairs
(Gabinete do Director para a Defesa dos Consumidores)
<http://www.odca.ie>

■ ■ 4.3. ENTIDADES DE SUPERVISÃO DE OUTROS ESTADOS

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Advisory Commission on Electronic Commerce
(Comissão Consultiva para o Comércio Electrónico)
<http://www.ecommercecommission.org>

Department of Commerce
(Departamento do Comércio)
<http://www.commerce.gov>

Federal Trade Commission
(Comissão Federal para o Comércio)
<http://www.ftc.gov>

■ ■ 4.4. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

CIC – Câmara Internacional do Comércio
<http://www.iccwbo.org/index.asp>
http://www.iccwbo.org/home/menu_electronic_business.asp

GBDE – Global Business Dialogue on Electronic Commerce
<http://www.gbde.org/gbde2003.html>

OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económicos
http://www.oecd.org/topic/0,2686,en_2649_37441_1_1_1_1_37441,00.html

OMC – Organização Mundial do Comércio
http://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/ecom_e.htm

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law
<http://www.uncitral.org/en-index.htm>

UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development
<http://r0.unctad.org/ecommerce>

WIPO – World Intellectual Property Organization
<http://ecommerce.wipo.int>

■ ■ 4.5. OUTROS LINKS (PORTUGUESES)

OBERCOM – Observatório da Comunicação
<http://www.obercom.pt>

POSI – Programa Operacional Sociedade da Informação
<http://www.posi.pcm.gov.pt>

SPI – Sociedade Portuguesa de Inovação
<http://www.spi.pt/pt>

UMIC – Unidade de Missão Inovação e Conhecimento
<http://www.umic.gov.pt/UMIC>

Associação do Comércio Electrónico de Portugal
<http://www.portugalacep.org>

Associação Portuguesa de Direito do Consumo
<http://www.apdconsumo.pt>

Associação Portuguesa de Direito Intelectual
<http://www.apdi.pt>

APDC – Associação Portuguesa para o Desenvolvimento das Comunicações
<http://www.apdc.pt>

APEDI – Associação Portuguesa para o Desenvolvimento do Comércio
Electrónico e do EDI
<http://www.apedi.pt>

■ ■ 4.6. OUTROS LINKS (UNIÃO EUROPEIA)

European Commission – The Information Society Website

http://europa.eu.int/information_society/topics/ebusiness/ecommerce/index_en.htm

European Commission – E-Business: Information and Communication Technology, Industries and Services

<http://europa.eu.int/comm/enterprise/ict/statistics/e-commerce.htm>

EITO – European Information Technology Observatory

<http://www.eito.com/start.html>

EuroISPA – European Internet Services Providers Association

<http://www.euroispa.org>

The European e-Business Market Watch

<http://www.ebusiness-watch.org/marketwatch/index.htm>

The European Regulators Group

http://erg.eu.int/index_en.htm

The eBusiness legal portal – eBusinesslex.net

<http://www.ebusinesslex.net>

TRIS – Technical Regulations Information System

<http://www.europa.eu.int/comm/enterprise/tris>

■ ■ 4.7. OUTROS LINKS (INTERNACIONAIS)

ERA – Electronic Retailing Association

<http://www.retailing.org>

ITU – The International Telecommunication Union

<http://www.itu.int/home/index.html>

U.S. Census Bureau

<http://www.census.gov/eos/www/ebusiness614.htm>

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

■ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AAVV, *As leis do comércio electrónico*, Edições Centro Atlântico, Portugal, 2000.
- ABBOUD, MATHIEU, *Marketing direct: la communication commerciale non sollicitée face à la réglementation concernant les nouvelles technologies*, in “Juriscom.net”, 11 de Junho de 2001, acessível em www.juriscom.net/pro/2/cns20010611.htm.
- ALEXANDRINO, JOSÉ ALBERTO DE MELO, *Estatuto constitucional da actividade de televisão*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, Coimbra, Almedina, 2003.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., 1994.
- AMORIM, PEDRO PATRÍCIO, *A transposição da Directiva Comércio Electrónico*, in “Direito na Rede”, Ordem dos Advogados, acessível em www.oa.pt.
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., 2001.
- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, Parecer 1/2000 relativo a certos aspectos da protecção de dados no comércio electrónico, DG MARKT 5007/00, Fevereiro de 2000.
- , *Documento de trabalho: Privacidade na Internet – Uma abordagem integrada da UE no domínio da protecção de dados em linha*, DG MARKT 5063/00, Novembro de 2000.
- , *Parecer 7/2000 sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho apresentada pela Comissão Europeia relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas de 12 de Julho de 2000 - COM (2000) 385*, DG MARKT 5042/00, Novembro de 2000.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *A reserva constitucional de jurisdição*, in “O Direito”, Ano 123, II-III, 1991.
- , A liberdade de referências em linha e os seus limites, in “ROA”, Ano 61, II, 2001.
- , As novas tecnologias e os direitos de exploração das obras intelectuais, in Idem, in “Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação”, Coimbra, Almedina, 2001.

- , Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (Comércio Electrónico), in “Relatório, conclusões e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, Anexo 4, publicado em DAR II, série A, n.º 79/IX/1 – Suplemento 2003.03.20.
- , Contratação electrónica, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume IV, APDI, Coimbra Editora, 2003.
- , *Direito Civil – Teoria Geral – II – Acções e Factos Jurídicos*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2003, n.º 258.
- , Hyperlinks, frames, metatags – a segunda geração de referências na Internet, in Idem, in “Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação”, Coimbra, Almedina, 2001.
- BARATA, JOSÉ FERNANDO NUNES, *Censura*, in “Dicionário Jurídico da Administração Pública”, Volume II, Lisboa, 2.ª ed., 1990.
- BRUNKER, MIKE, *In the trenches of the spam wars (The Spam Wars)*, in “MSNBC News”, 7 de Agosto de 2003, acessível em msnbc.msn.com/id/3078650.
- , How lawmakers want to can spam (The Spam Wars), in “MSNBC News”, 12 de Agosto de 2003, acessível em www.msnbc.com/news/spam_front.asp?0sl=-10.
- BUGIOLACCHI, LEONARDO, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in “Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica”, Ano XVI, n.º 6, 2000.
- BUSINESS WIRE, *Spam volume increases by 64%*, 18 de Novembro de 2003, acessível em home.businesswire.com/portal/site/home/?epi_menuItemID=989a6827590d7dda9cdf6023a0908a0c&epi_menuID=c791260db682611740b28e347a808a0c&epi_baseMenuID=384979e8cc48c441ef0130f5c6908a0c&newsId=20031118005479&ndmViewId=news_view&newsLang=en&div=-751075195.
- CANOTILHO, GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 6.ª ed., 2002.
- CANOTILHO, GOMES E MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª ed., 1993.
- CARDOSO, JOSÉ LUCAS, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

- CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela Internet*, Almedina, Coimbra, 2000.
- CASTELLS, MANUEL, *A galáxia Internet – Reflexões sobre Internet, negócios e sociedade*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004.
- , *A sociedade em rede – A era da informação: Economia, sociedade e cultura*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002.
- CHOI, SOON-YONG, STAHL, DALE O. AND WHINSTON, ANDREW B., *The economics of electronic commerce*, Macmillan, New York, 1997.
- CHOI, SOON-YONG AND WHINSTON, ANDREW B., *The Internet economy: Technology and practice*, SmartEcon Publishing, Austin, 2000.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, *Comércio Electrónico e Serviços Financeiros*, COM (2001) 66, 07.02.2001.
- , Aplicação aos serviços financeiros dos n.ºs 4 a 6 do artigo 3.º da Directiva relativa ao comércio electrónico, COM (2003) 259, 14.05.2003.
- , *Comércio Electrónico e Seguros*, DG Mercado Interno, (Documento de discussão para o grupo de trabalho), MARKT/2522/02 – PT Rev. 1 Orig.EN, Dezembro 2002.
- , Comunicação sobre as comunicações comerciais não solicitadas, ou “spam”, COM (2004), 28, 22.01.2004.
- , Primeiro relatório relativo à aplicação da Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno, COM (2003), 702, 21.11.2003.
- , SPAM: Commission discusses with public and private stakeholders how to fight spam, Bruxelas, 13 de Outubro de 2003, acessível em http://www.food-mac.com/Doc/Presse/ICT/Discussions_how_to_fight_SPAM_EN.pdf.
- , SPAM: European Commission goes on the offensive, Bruxelas, 15 de Julho de 2003, acessível em http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/03/1015|0|RAPID&lg=EN&display.
- COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS, *Deliberação 75/96 (Normas internas aplicáveis aos pedidos de legalização de ficheiros utilizados para mala directa)*, 1996.

—, Parecer 12/2003 sobre um Projecto de Decreto-lei que transpõe a Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho, 2003.

—, Parecer 13/2003 sobre um Projecto de Decreto-lei que transpõe a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho, 2003.

COMITÉ DAS COMUNICAÇÕES (COCOM), *Practical follow-up to the opt-in approach regarding unsolicited electronic mail for direct marketing as included in Directive 2002/58/EC*, Direcção Geral da Sociedade de Informação, 2003, acessível em forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/Home/main.

—, *Practical follow-up to the opt-in approach regarding unsolicited electronic mail for direct marketing as included in Directive 2002/58/EC – Follow-up to the consultation and recommended action plan*, Direcção Geral da Sociedade de Informação, 2003, acessível em forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/Home/main.

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL DA UNIÃO EUROPEIA, *Parecer do Comité Económico e Social sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos jurídicos do comércio electrónico no mercado interno*, in “Jornal Oficial das Comunidades Europeias”, C 169, de 16 de Junho de 1999.

—, *Parecer do Comité Económico e Social sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas*, in “Jornal Oficial das Comunidades Europeias”, C 123, de 25 de Abril de 2001.

CORDEIRO, ANTÓNIO DE MENEZES, *Direito das obrigações*, Vol. II, Lisboa, AAFDL (polic.), 1999 (1.ª ed.: 1980).

—, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Tomo I, Almedina, 2000.

CORREIA, MIGUEL PUPO, *Comércio electrónico: Forma e segurança*, in “As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação – Actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de Abril de 1998”, coordenação de António Pinto Monteiro, Instituto Jurídico da Comunicação e FDUC, Coimbra, 1999.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 7.ª edição, 1999 (1.ª ed.: 1968).

DECO, *Comentário*, incluído como Anexo 8 do “Relatório, conclusões e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, Anexo 4, publicado em DAR II, série A, n.º 79/IX/1 – Suplemento 2003.03.20.

- DIGUIDO, AL, *Spam: The ISP solution*, in "Clickz", 18 de Dezembro de 2003, acessível em www.clickz.com/em_mkt/opt/print.php/3290221.
- DIRECÇÃO-GERAL DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO, *An issue paper for the EU Workshop on unsolicited commercial communications or spam to be held in Brussels on 16 October 2003*, 2003.
- EPRIVACY GROUP, *Spam by the numbers*, 2003, acessível em www.eprivacygroup.com.
- EUROSTAT (2002), *E-Commerce in europe: Results of the pilots surveys carried out in 2001*, European Commission, Eurostat, Luxembourg, July 2002.
- FASANO, CHRISTOPHER D., *Getting rid of spam: Addressing spam in Courts and in Congress*, in "Syracuse Law and Technology Journal", 3, 2000, acessível em www.law.syr.edu/studentlife/pdf/fasano1.pdf.
- FERNÁNDEZ-DÍEZ, IGNACIO GARROTE, *El derecho de autor en Internet - Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, 2.ª ed., Colección Estudios de Derecho Privado (dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano), 24, Granada, Editorial Comares, 2003.
- FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, *Vinho novo em odres velhos? A responsabilidade civil das "operadoras de Internet" e a doutrina comum da imputação de danos*, in "ROA", Ano 59, II, 1999.
- GAUTHRONET, SERGE E DROUARD, ÉTIENNE, *Comunicações comerciais não solicitadas e Protecção de Dados*, Comissão Europeia, Direcção Geral do Mercado Interno, 2001.
- GERARD, PHILIPPE, *Public workshop on unsolicited commercial communications or spam*, Direcção-Geral da Sociedade da Informação, Bruxelas, 16 Outubro 2003.
- GONÇALVES, MARIA EDUARDA, *Direito da informação – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, Coimbra, Almedina, 2003.
- GOUVEIA, JORGE BACELAR, *A 4.ª Revisão da Constituição Portuguesa*, in "Direito e Cidadania", Ano II, n.º 5, Praia, 1998/1999.
- GREENSPAN, ROBYN, *The deadly duo: spam and viruses*, in "Internet News", 6 de Novembro de 2003, acessível em www.internetnews.com/stats/article.php/3105181.
- INSTITUT FÜR HÖHERE STUDIEN (IHS), *Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States (Estudo realizado para a Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia)*, Viena, 2003.

- INTERNATIONAL DATA CORPORATION, IDC (2000a), *Internet home: Mercado e tendências em Portugal, 1997-2003*, Lisboa, IDC Portugal, Março de 2000.
- , IDC (2000b), *Internet home: Mercado e tendências em Portugal, 1997-2003 (actualização)*, Lisboa, IDC Portugal, Novembro de 2000.
- , IDC (2001a), *Mercado e tendências da Internet e do comércio electrónico, 2001-2005: Sector doméstico em Portugal*, Lisboa, IDC Portugal, Dezembro de 2001.
- , IDC (2001b), *Mercado e tendências do investimento em eBusiness em Portugal, 2000-2004*, Lisboa, IDC Portugal, Julho de 2001.
- , IDC (2002a), *eBusiness: Análise do mercado e tendências de investimento, 2001-2005*, Lisboa, IDC Portugal, Maio de 2002.
- , IDC (2002b), *Internet e o comércio electrónico: Representatividade do sector doméstico, 2001-2005 (1ª edição)*, Lisboa, IDC Portugal, Abril de 2002.
- , IDC (2002c), *Internet e o comércio electrónico: Representatividade do sector doméstico, 2001-2005*, Lisboa, IDC Portugal, Setembro de 2002.
- INGDAHL, WALDEMAR E LUNDBLAD, NICKLAS, *Why legislation on spam is not only unnecessary but dangerous*, in “The Scotsman”, 23 de Dezembro de 2003, acessível em www.news.scotsman.com/opinion.cfm?id=1404252003.
- JESUS, RUI A., *O Net-Comércio em Portugal: A actuação das empresas na World Wide Web*, Braga, Universidade do Minho, 1997.
- JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1999, (1.ª ed.: 1968).
- JULIÁ-BARCELÓ, ROSA, *Liability for on-line intermediaries: a European perspective*, in “EIPR”, 1998.
- JUNNARKAR, SANDEEP, *Net heavyweights unite to KO spam*, in “CNET News”, 28 de Abril de 2003, acessível em www.news.com.com/2100-1025-998511.html.
- KEIZER, GREGG, *Spam summit calls for global coalition to fight junk e-mail*, in “Wall Street & Technology Online”, 1 Julho de 2003, acessível em www.internetwk.com/story/showArticle.jhtml?articleID=10817878.
- KÖHLER, CLAUS E BURMEISTER, KAI, *Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the EU)*, in “EIPR”, Vol. 21, n.º 10, 1999.

- KOTADIA, MUNIR, *Report: A third of spam spread by rat-infested PCs*, in “ZDNet”, 3 de Dezembro de 2003, acessível em zdnnet.com.com/2100-1105_2-5113080.html.
- KUCHINSKAS, SUSAN, *U.S. Senate Cans Spam*, in “Internet News”, 22 de Outubro de 2003, acessível em www.internetnews.com/IAR/print.php/3097451.
- LACÃO, JORGE, *Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, Texto Editora, 4.ª ed., 2000.
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *A responsabilidade civil na Internet*, in “ROA”, Ano 61, I, 2001.
- , *A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (spam)*, in “Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço”, Volume II, Coimbra, Almedina, 2002.
- LIIKANEN, ERKKI, *Combating spam on all fronts*, Comissão Europeia, Bruxelas, 15 de Julho de 2003.
- LUCAS, ANDRÉ, *La responsabilité civile des acteurs de l'Internet*, in “Auteurs & Media”, n.º 1, 2001.
- MACHADO, JÓNATAS, *Liberdade de expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- MAGALHÃES, JOSÉ, *Dicionário da Revisão Constitucional*, Lisboa, Editorial Notícias, 1999.
- MARTINS, LOURENÇO, *O fulgor dos princípios na penumbra dos interesses comerciais e outros (spam)*, 1 de Agosto de 2003, acessível em www.oa.pt/direitonarede/default.asp?idc=11741.
- MATHIESON, S. A., *Strong arm of the law*, in “The Guardian”, 3 de Julho de 2003, acessível em www.guardian.co.uk/online/spam/story/0,13427,989686,00.html
- MCCULLAGH, DECLAN, *Bush Oks spam bill – but critics not convinced*, in “CNET News.com”, 16 de Dezembro de 2003, acessível em news.com.com/2100-1028_3-5124724.html.
- MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *Valor probatório dos documentos emitidos por computador*, in “BMJ DDC”, 47/48, 1991.

- MESSAGELABS, *Can Spam Act likely to increase record levels of spam*, Comunicado de 30 de Novembro de 2003, acessível em www.message-labs.com/print.asp?contentitemid=614&aspectid=.
- MIKA, KARIN, *Information v. Commercialization: The Internet and Unsolicited Electronic Mail*, in "The Richmond Journal of Law and Technology", Volume IV, 3, Primavera 1998.
- MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional, Tomo V*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- , *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, Coimbra, Coimbra Editora, 3.^a ed., 2000.
- MONTEIRO, JORGE SINDE, *Assinatura electrónica e certificação*, in "Direito da Sociedade da Informação", Volume III, APDI, Coimbra Editora, 1999.
- MOOREFIELD, GARY S., *SPAM – It's not just for breakfast anymore: federal legislation and the fight to free the Internet from unsolicited commercial e-mail*, in "Boston University Journal of Science and Technology Law", Volume 5, 10, Junho 1999.
- MOREIRA, VITAL, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- , *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997.
- MOREIRA, VITAL E MAÇÃS, FERNANDA, *Autoridades reguladoras independentes: Estudo e projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- MORRISSEY, BRIAN, *Senate passes anti-spam bill; calls for do-not-spam list*, in "DMNews – The Online Newspaper of Record for Direct Marketers", 23 de Outubro de 2003, acessível em www.dmnews.com/cgi-bin/artprevbot.cgi?article_id=25370.
- MULDROW, CHRIS, *Enforcing spam bill difficult*, in "Fredericksburg.com", 6 de Novembro de 2003, acessível em www.fredericksburg.com/News/FLS/2003/112003/11012003/1152817.
- , *Unsolicited commercial electronic messages (spam) in OECD countries*, Directorate for Science, Technology and Industry – Committee for Information, Computer and Communications Policy, 2003.
- OLIVEIRA, ELSA DIAS, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet – Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacional-privatista*, Almedina, 2002.

- ORDEM DOS ADVOGADOS, *Parecer* incluído como Anexo 2 do “Relatório, conclusões e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, Anexo 4, publicado em DAR II série A n.º 79/IX/1 – Suplemento 2003.03.20.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, *OECD Communications Outlook 2003*, OCDE, Paris, 2003.
- PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, *Comércio electrónico na sociedade da informação: Da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999.
- PEREIRA, JOEL TIMÓTEO RAMOS, *Direito da Internet e Comércio Electrónico*, in “Quid Juris?”, Lisboa, 2001.
- PILETTE, ALAIN, *La directive “Commerce électronique”: un bref commentaire*, in «Auteurs & Media», n.º 1, 2001.
- PINHEIRO, ALEXANDRE SOUSA E FERNANDES, MÁRIO JOÃO DE BRITO, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 1999.
- PINTO, PAULO MOTA, *Publicidade domiciliária não desejada (junk mail, junk calls e junk faxes)*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, Universidade de Coimbra, Volume LXXIV, Coimbra, 1998.
- RAMASASTRY, ANITA, *Why the new federal Can Spam law probably won't work*, in “CNN.com”, 5 de Dezembro de 2003, acessível em edition.cnn.com/2003/LAW/12/05/findlaw.analysis.ramasastry.spam.
- RAMBERG, CHRISTINA HULTMARK, *The E-commerce Directive and formation of contract in a comparative perspective*, in “European Law Review”, vol. 26, n.º 5, Outubro, 2001.
- RANGEL, PAULO CASTRO, *Reserva de jurisdição: Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Porto, Universidade Católica Editora, 1997.
- REBELO, MARIA DA GLÓRIA CARVALHO, *A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão*, Lisboa, Lex, 1999.
- SÁNCHEZ, LUÍS FILIPE RAGEL, *A Formação dos contratos*, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume III, APDI, Coimbra Editora, 1999.
- SERRA, CELSO ANTÓNIO, *Publicidade ilícita e abusiva na Internet*, in “Direito da Sociedade de Informação”, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003.

- SHAPIRO, CARL AND VARIAN, HAL R., *Information rules: A strategic guide to the network economy*, in “Harvard Business School Press”, Boston, Mass, 1998.
- SILVA, M., SILVA, A., ROMÃO, A. E CONDE, N., *Comércio Electrónico na Internet*, 2ª ed., Lidel, Lisboa, 2003.
- SILVA, PAULA COSTA E, *Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos*, in “Direito da Sociedade da Informação”, Vol. I, FDL/APDI, Coimbra Editora, 1999.
- , A contratação automatizada, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume IV, APDI, Coimbra Editora, 2003.
- SOCIALISTA, GRUPO PARLAMENTAR DO PARTIDO, *Declaração de Voto* aposta ao “Relatório, conclusões e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, Anexo 4, publicado em DAR II, série A, n.º 79/IX/1 – Suplemento 2003.03.20.
- SORKIN, DAVID E., *Technical and legal approaches to unsolicited electronic mail*, in “University of San Francisco Law Review”, Vol. 35, 2001.
- SOUSA, MARCELO REBELO DE, GUEDES, LUÍS MARQUES E MENDES, LUÍS MARQUES, *Uma Constituição Moderna para Portugal*, Lisboa, Grupo Parlamentar do PSD, 1997.
- SOUSA, MARCELO REBELO DE E ALEXANDRINO, JOSÉ ALBERTO DE MELO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, LEX, 2000.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *O valor probatório dos documentos electrónicos*, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume II, APDI, Coimbra Editora, 1999.
- STONE, ANDREA, *Marketers trying to influence Congress on spam*, in “USA Today”, 11 de Novembro de 2003, acessível em www.usatoday.com/news/washington/2003-11-10-spam-congress_x.htm.
- STROWEL, ALAIN E IDE, NICOLAS, *La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualité et question des hyperlinks*, in «Revue Internationale du Droit D’auteur», 185, 2000.
- SULLIVAN, BOB, *Is the spam dam about to burst? (The Spam Wars)*, in “MSNBC News”, 6 de Agosto de 2003, acessível em www.msnbc.com/news/spam_front.asp?0sl=-10.

- , Who profits from spam? Surprise (The Spam Wars), in “MSNBC News”, 8 de Agosto de 2003, acessível em www.msnbc.com/news/spam_front.asp?0sl=-10.
- , How spammers do their work, (The Spam Wars), in “MSNBC News”, 11 de Agosto de 2003, acessível em www.msnbc.com/news/spam_front.asp?0sl=-10.
- TURBAN, E., LEE, J., KING, D. AND CHUNG, H. MICHAEL, *Electronic commerce: A managerial perspective*, Prentice Hall, New Jersey, 2000.
- UNIDADE DE MISSÃO INOVAÇÃO E CONHECIMENTO, *Parecer* incluído como Anexo 5 do “Relatório, conclusões e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, Anexo 4, publicado em DAR II, série A, n.º 79/IX/1 – Suplemento 2003.03.20.
- , Inquérito à utilização das tecnologias da informação e da comunicação pela população portuguesa, UMIC, Lisboa, Setembro de 2003.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *E-Commerce and Development Report 2002*, United Nations, UNCTAD, New York and Geneva, 2002.
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS, *Protecção de dados pessoais e direito à privacidade*, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume I, FDUL/APDI, Coimbra Editora, 1999.
- WARNER, BERNHARD, *Spammers unleash e-mail worm*, in “Reuters”, 2 de Dezembro de 2003, acessível em www.reuters.co.uk/newsArticle.jhtml?type=internetNews&storyID=3924996§ion=news.
- WINN, JANE KAUFMAN, E HAUBOLD, JENS, *Electronic promises: contract law reform and e-commerce in a comparative perspective*, in “European Law Review”, vol. 27, n.º 5, Outubro, 2002.
- ZENO-ZENCOVICH, VINCENZO, *La pretesa estensione alla tematica del regime della stampa: note critiche*, in “Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica”, Ano XIV, n.º 1, 1998.

Edição
ICP - Autoridade Nacional de Comunicação

ISBN
972-786-011-7

Design e produção
Brãndia neodesign

Tiragem
1.000 exemplares

Depósito legal

Data
Março 2004