

PRINCÍPIOS DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO (BREVE APONTAMENTO AO DL 7/2004, 7.1) *

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: Introdução. 1. O princípio da liberdade de exercício (ou da desnecessidade de autorização prévia) de actividades económicas na Internet e o primado do direito comunitário na regulação do mercado interno do comércio electrónico. 2. O princípio da transparência. 3. O princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos, e a protecção do consumidor no *tele-shopping* electrónico. 4. O princípio da liberdade de comunicação e de navegação na Internet, e o reforço da propriedade intelectual na Internet. 5. O princípio da informalização dos meios de resolução de litígios (ADR).

Introdução

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, foi transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 7/2003, de 9 de Maio, quase dois anos depois de terminado o prazo de transposição dado pela directiva (17 de Janeiro de 2002 - art. 22, 1).¹

Em termos de *técnica legislativa*, optou o legislador por transpor a directiva comunitária mediante a técnica do legislar avulso adoptando um instrumento legislativo especial, ao invés de introduzir alterações na legislação vigente, em especial nos Códigos. Esta é, de resto, uma técnica já com tradições firmadas na legislação portuguesa sobre matérias informáticas, ainda que a nosso ver não represente a melhor solução possível. Porém, nada obsta a que o legislador decida interromper o processo de descodificação, modernizando *inter alia* o Código Civil com as novidades de regime trazidas nomeadamente pelo comércio electrónico.

Quanto às suas *linhas orientadoras*, o diploma nacional pretende, fundamentalmente, regular os aspectos do comércio electrónico abrangidos pela directiva², a qual não se dirige a todo o comércio electrónico além de pressupor o acervo comunitário em vigor

* Miscelâneas, n.º 3, IDET, Coimbra, Almedina, 2004, 75-112.

¹ De resto, o próprio período de duração da autorização legislativa foi excedido (art. 6.º da Lei n.º 7/2003, de 9 de Maio), comprometendo a constitucionalidade do diploma. Este atraso é tanto mais difícil de justificar, em vista das diversas iniciativas nacionais para o comércio electrónico e a sociedade da informação desde 1997, acompanhadas de farta produção literária em matéria de documentos orientadores - como iniciativas governamentais e respectivos documentos, ver, por ex., a *Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico* (Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, de 1 de Setembro, e o Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico (aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99); e a *Iniciativa Internet - Portugal Digital* (Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000)...

² Apesar de se cingir fundamentalmente ao conteúdo normativo da directiva, o diploma interno acrescentou lateralmente "alguns pontos carecidos de regulação na ordem jurídica portuguesa".

(para o qual remete)³. Note-se também que não é exacto o termo “comércio”, no sentido de um direito comercial electrónico⁴; trata-se antes sobretudo de aspectos jurídicos do tráfego electrónico, que pode ser realizado por não comerciantes⁵ e que não é, nem por lei nem por natureza, uma actividade comercial⁶. Daí que certas matérias como a contratação electrónica devem ser reguladas como matérias “de direito comum e não apenas comercial”. Para além desta dificuldade de ordem sistemática, a transposição procurou enquadrar as chamadas “categorias neutras” da directiva nos moldes conceptuais tradicionais da nossa ordem jurídica.

Assim, nos termos do art. 1.º, o diploma interno transpõe a directiva sobre comércio electrónico e o artigo 13 da directiva sobre a privacidade nas comunicações electrónicas.⁷ O art. 2.º exclui do âmbito do diploma sobre comércio electrónico a matéria fiscal, a disciplina da concorrência, o regime do tratamento de dados pessoais e da protecção da privacidade⁸, o patrocínio judiciário, os jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas, em que é feita uma aposta em dinheiro, e a actividade notarial ou equiparadas, enquanto caracterizadas pela fé pública ou por outras manifestações de poderes públicos, ressalvando ainda as medidas tomadas a nível comunitário ou nacional na observância do

³ É o que sucede, nomeadamente, com a directiva sobre os contratos à distância, transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, e com a directiva sobre a comercialização à distância de serviços financeiros “em trabalhos de transposição”.

⁴ Para uma noção indicativa do comércio electrónico e suas modalidades, *vide Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (97) 157 final.

⁵ Por exemplo, sujeitos que exercem profissões regulamentadas, nomeadamente médicos, advogados, arquitectos, etc. Por essa razão e tendo em conta que as actividades exercidas por estes grupos profissionais são especialmente atingidas pela Directiva comunitária, também outras entidades deveriam ter sido ouvidas, nomeadamente a Ordem dos Médicos e a Ordem Advogados. Como se pode ler no preâmbulo, foram ouvidas diversas entidades no âmbito do processo legislativo, a saber: 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.

⁶ O facto de o comércio electrónico assentar nos chamados serviços da sociedade da informação, entendidos no acervo comunitário como qualquer serviço prestado à distância por via electrónica, no âmbito de uma actividade económica, na sequência de pedido individual do destinatário (com exclusão, portanto, da radiodifusão sonora ou televisiva), tal não significa que estes serviços revistam natureza comercial, por qualificação directa (que não resulta), por analogia *legis* ou por analogia *iuris*. Nada obsta, com efeito, a que serviços tradicionalmente não qualificados como comerciais, nomeadamente no âmbito das profissões regulamentadas, integrem a noção de serviços da sociedade da informação e constituam, nessa medida, comércio electrónico sem serem uma actividade juridicamente comercial. Estas considerações não pretendem negar, contudo, a natureza comercial de muitas das actividades que dão corpo ao comércio electrónico, sendo novas algumas delas, de resto: pense-se, por exemplo, na actividade dos prestadores de serviços da Internet que operam servidores que permitem o acesso à rede, a transmissão de mensagens, o armazenamento temporário, o alojamento de páginas, o correio electrónico (gratuito ou não), os «chats», serviços de informação e motores de busca e a publicidade. Claro que, com excepção da publicidade legalmente qualificada como actividade comercial, a actividade dos prestadores de serviços que não é legalmente regulamentada pode ser também exercida, por exemplo, por uma Universidade (por ex., o CIUC) ou por uma associação sem fim lucrativos. De todo o modo, poder-se-á sustentar a comercialidade jurídica desta actividade por analogia *iuris* com um princípio geral da comercialidade do sector terciário.

⁷ 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 nas comunicações electrónicas).

⁸ Não obstante a transposição do art. 13.º da directiva sobre privacidade nas comunicações electrónicas...

direito comunitário para fomentar a diversidade cultural e linguística e para assegurar o pluralismo.

Procuraremos compreender de que modo estão consagrados na lei portuguesa os princípios do comércio electrónico que em nosso entender constituem as “traves-mestras” do regime legal do comércio electrónico, quais sejam: o princípio da liberdade de exercício (ou da desnecessidade de autorização prévia) de actividades económicas na Internet, articulado com o primado do direito comunitário na regulação do mercado interno do comércio electrónico (1); o princípio da transparência (2); o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos, e a protecção do consumidor no *tele-shopping* electrónico (3), o princípio da liberdade de comunicação e de navegação na Internet, e o reforço da protecção da propriedade intelectual (4), e o princípio da informalização dos meios (alternativos) de resolução de litígios (5).

1. O princípio da liberdade de exercício (ou da desnecessidade de autorização prévia) de actividades económicas na Internet e o primado do direito comunitário na regulação do mercado interno do comércio electrónico

O princípio da liberdade de exercício (ou da desnecessidade de autorização prévia) de actividades económicas na Internet aplica-se, de pleno, às empresas da Internet em sentido estrito, isto é, as empresas que prestam serviços de acesso, alojamento de páginas, informação, motores de pesquisa e correio electrónico, bem como às empresas de certificação de assinaturas electrónicas. Além disso, este princípio vale para todas as actividades comerciais e profissionais, na medida em que não se exija uma autorização prévia para o exercício da respectiva actividade, tal como sucede no que respeita à prestação de serviços financeiros, à realização de leilões, às actividades de jogo, aos serviços de radiodifusão (*webcasting*) e, ainda, às profissões regulamentadas (por ex., advocacia).

Este princípio articula-se com o primado do direito comunitário na regulação do mercado interno do comércio electrónico, projectando-se na regra do controlo *a priori* do Estado-Membro de estabelecimento do prestador de serviços, bem como na liberdade de prestação intra-comunitária de serviços, sendo que as derrogações a esta liberdade são condicionadas ao respeito pelo direito comunitário.

Ora, o diploma português, na linha da directiva, prossegue a realização do mercado interno ao nível do comércio electrónico, subordinando os prestadores de serviços ao princípio do controlo do país de estabelecimento («home country control»). Com limitações, todavia, e tendo presente a jurisprudência do TJCE segundo a qual a escolha do

local de estabelecimento não impede o Estado-membro de acolhimento de tomar as medidas contra o prestador de serviços se aquela escolha foi feita no intuito de iludir ou contornar a legislação desse Estado.

1.1. Para começar, a actividade de prestação de serviços da sociedade da informação⁹ é subordinada ao princípio da liberdade de exercício, nos termos do qual a actividade de prestador de serviços da sociedade da informação não depende de autorização prévia (art. 3.º, 3).¹⁰ Todavia, os chamados prestadores intermediários de serviços em rede¹¹ que pretendam exercer estavelmente a actividade em Portugal ficam sujeitos a um dever de inscrição prévia junto da entidade de supervisão central.

Depois, os prestadores de serviços estabelecidos em Portugal¹² ficam sujeitos ao princípio do controlo do país de origem, nos termos do qual os prestadores 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 (art.

⁹ Que define como 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, com exclusão expressa dos serviços 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 (art. 3.º, 1 e 2). A definição de serviços da sociedade da informação é importante, uma vez que recorta o tipo de actividade que fica sujeito ao regime estabelecido no diploma. Desde logo, o princípio da liberdade de exercício não prejudica 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 (art. 3.º, 4).

O preâmbulo da directiva (cons. 18) recorta negativamente a noção de serviços da sociedade da informação no sentido de excluir diversas actividades, como sejam: os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da Directiva 98/34/CE que não envolvem tratamento e armazenamento de dados (1); actividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha (2); a radiodifusão televisiva, na acepção da Directiva 89/552/CEE, e a radiodifusão, dado não serem prestados mediante pedido individual (3); 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 (4); a relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal (5); e, de um modo geral, 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 (6).

¹⁰ Certas exigências legais, nomeadamente em matéria de protecção dos consumidores, que podem colocar obstáculos à liberdade de prestação destes serviços são ressalvadas, uma vez que o 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" (art. 3.º, 5). Todavia, em face do teor literal da norma, parece que só as disposições restritivas que forem compatíveis com o disposto no diploma é que poderão ser aplicadas. Assim, o legislador terá dado prevalência à liberdade do comércio electrónico em detrimento da protecção dos consumidores. Não obstante, a *ratio* do art. 1.º, 3, *in fine*, da directiva, é impedir que a aplicação nacional do direito do consumidor se traduza em protecção económica contrário à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno, pelo que as soluções de protecção do consumidor consagradas no diploma ficam também sujeitas a esse controlo.

¹¹ Isto é, os prestadores de serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço (art. 4.º, 5).

¹² Para o efeito, à semelhança do previsto na directiva, considera-se estabelecido em Portugal um prestador de serviços que exerça uma actividade económica no país mediante um estabelecimento efectivo, 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; se o prestador tiver estabelecimentos em vários locais considera-se estabelecido no local em que tenha o centro das suas actividades relacionadas com o serviço da sociedade da informação (art. 4.º, 2 e 3).

4.º, 1).¹³ O princípio do país de origem, no sentido da sujeição à lei do lugar do estabelecimento, aplica-se também aos prestadores de serviços da sociedade da informação não estabelecidos em Portugal mas estabelecidos noutro Estado membro da União Europeia, exclusivamente no que respeita a actividades em linha, relativamente aos próprios prestadores, nomeadamente no que respeita a habilitações, autorizações e notificações, à identificação e à responsabilidade, e ao exercício no que respeita, designadamente à qualidade e conteúdo dos serviços, à publicidade e aos contratos (art. 5.º, 1). Assim, em princípio, os serviços prestados em Portugal por operadores estabelecidos noutros Estados-membros da União Europeia não estão sujeitos a requisitos adicionais em Portugal, sendo portanto livre a sua prestação.¹⁴

1.2. Todavia, o princípio do controlo no país de estabelecimento sofre diversas excepções, não se aplicando a um conjunto significativo de situações (art. 6), a saber: a propriedade intelectual, incluindo a protecção das bases de dados e das topografias dos produtos semicondutores (1)¹⁵, 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 (2), 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 (3), a actividade seguradora, quanto a seguros obrigatórios, alcance e condições da autorização da entidade seguradora e empresas em dificuldades ou em situação irregular (4), a matéria disciplinada por legislação escolhida pelas partes no uso da autonomia privada (5), os contratos celebrados com consumidores, no que respeita às obrigações deles emergentes (6), a validade dos contratos em função da observância de requisitos legais de forma, em contratos relativos a direitos reais sobre imóveis (7), e a permissibilidade do envio de mensagens publicitárias não solicitadas por correio electrónico (8). Isto significa que relativamente a todas estas matérias o Estado-membro no qual o serviço é prestado pode impor os requisitos da sua legislação interna à prestação desse serviço. Vigora, portanto, quanto a estas matérias, o princípio do controlo pelo país de destinação/recepção do serviço.

A este primeiro círculo de restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação junta-se um outro grupo de providências restritivas¹⁶, autorizado pela

¹³ Trata-se do sistema do passaporte comunitário com reconhecimento mútuo de padrões normativos.

¹⁴ Os serviços de origem extra-comunitária estão sujeitos à aplicação geral da lei portuguesa, bem como ao diploma do comércio electrónico em tudo o que não for justificado pela especificidade das relações intra-comunitárias (art. 5.º, 3). Esta disposição é susceptível de gerar dúvidas de interpretação, desde logo no que respeita ao princípio da liberdade de exercício de actividades de comércio electrónico. Será este princípio justificado pela especificidade das relações intra-comunitárias?

¹⁵ Esta excepção ao princípio do controlo no país de origem pode entender-se como uma expressão de um princípio de reforço da protecção da propriedade intelectual no ambiente de risco do comércio electrónico.

¹⁶ Ou de intervenção do controlo no país de destinação.

directiva comunitária. Com efeito, nos termos do art. 7.º, 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 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 (1), a saúde pública (2)¹⁷, a segurança pública, nomeadamente na vertente da segurança e defesa nacionais (3), e os consumidores, incluindo os investidores (4).

A adopção destas medidas restritivas deve cumprir certos deveres de notificação¹⁸ e só é admitida em *ultima ratio*, uma vez que¹⁹ devem ser precedidas da solicitação ao Estado membro de origem do prestador do serviço para pôr cobro à situação e, 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 (art. 7.º, 2).²⁰

Em todo o caso, as providências tomadas devem ser proporcionais aos objectivos a tutelar (art. 7.º, 4). Com efeito, poder-se-á tratar de uma restrição injustificada à liberdade de prestação de serviços, competindo à Comissão, nos termos do art. 3.º, 6, analisar, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário e, 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.²¹

¹⁷ Pense-se, nomeadamente, no regime de produção e comercialização de medicamentos, cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos.

¹⁸ Com efeito, é devida comunicação à entidade de supervisão central (art. 9.º) por parte das entidades competentes que desejem promover a solicitação ao Estado membro de origem que ponha cobro a uma situação violadora, a fim de ser notificada ao Estado membro de origem, bem como pelas entidades competentes que tenham a intenção de tomar providências restritivas, ou as tomem efectivamente, que o devem fazer imediatamente, a fim de serem logo notificadas à Comissão e aos Estados membros de origem; em caso de providências restritivas de urgência devem ser também indicadas as razões da urgência na sua adopção.

¹⁹ Sem prejuízo da 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 (art. 7.º, 4).

²⁰ O artigo 8.º dispõe que, 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. Assim, literalmente, parece que a actuação de urgência não prescinde todavia da solicitação ao Estado-membro de origem para pôr cobro à situação. Todavia, parece-nos que a urgência da situação poderia justificar a dispensa dessa solicitação. A directiva, aliás, permite-o, dispondo que os Estados-Membros podem, em caso de urgência, derrogar as 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 n.º 1, indicando as razões pelas quais consideram que existe uma situação de urgência." (art. 3, 5).

²¹ A Decisão da Comissão poderá ser objecto de contencioso comunitário.

2. O princípio da transparência

O princípio da transparência traduz-se em exigências de informação e em restrições à publicidade. Por um lado, este princípio significa que quem fizer comércio electrónico em Portugal terá que fornecer um conjunto de informações em língua portuguesa sobre a sua empresa e os seus produtos e/ou serviços na respectiva página (ou loja virtual), nomeadamente no que respeita aos preços. Por outro lado, o princípio da transparência implica que a publicidade na Internet, seja nas páginas web, seja por correio electrónico, esteja sujeita ao Código da Publicidade (por ex., não pode ser nem subliminar nem enganosa) e terá que respeitar as regras de protecção da privacidade («*spamming*»), ficando o anunciante por e-marketing directo contratualmente vinculado ao conteúdo das suas mensagens publicitárias. Além disso, a publicidade das profissões regulamentadas é permitida segundo os termos a definir pelas respectivas ordens profissionais e, em princípio, as leis da publicidade aplicam-se à publicidade radiodifundida pela Internet (webcasting).

2.1. Nos termos do diploma interno, um dos requisitos impostos aos prestadores dos serviços da sociedade de informação para o exercício das suas actividades é a disponibilização permanente de informações (art. 10), de modo a que se possa saber quem é quem no comércio electrónico. As informações a disponibilizar variam consoante os prestadores de serviços estejam ou não sujeitos a autorização prévia. Relativamente a estes últimos, os prestadores de serviços são obrigados a disponibilizar permanentemente em linha, em condições que permitam um acesso fácil e directo, elementos completos de identificação que incluam, nomeadamente, nome ou denominação social (1), endereço geográfico em que se encontra estabelecido e endereço electrónico, em termos de permitir uma comunicação directa (2), inscrições do prestador em registos públicos e respectivos números de registo (3), e o número de identificação fiscal (4); além disso, 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 (5).

Quanto aos prestadores sujeitos a autorização prévia, a estas informações acresce a informação relativa à entidade que a concedeu ou, tratando-se de prestador que exerce uma profissão regulamentada, o título profissional e o Estado membro em que foi concedido, a entidade profissional em que se encontra inscrito, bem como as regras profissionais que disciplinam o acesso e o exercício dessa profissão.

2.2. Por outro lado, a directiva regula as chamadas comunicações comerciais, a que o legislador nacional chama «comunicações publicitárias em rede», designação que lhe “parece preferível” porquanto “é sempre e só a publicidade que está em causa”.²² Neste contexto, a regulação do legislador nacional não se esgota na tradução da directiva sobre comércio electrónico, uma vez que, na problemática das comunicações não solicitadas, transpõe parcialmente a directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas, a saber: o artigo 13.º sobre as comunicações não solicitadas, que determina que as comunicações para fins de marketing directo apenas podem ser autorizadas em relação a destinatários que tenham dado o seu consentimento prévio.

Mais em pormenor, as comunicações publicitárias em rede e marketing directo são reguladas no capítulo IV. Começa, no art. 20.º, por delimitar o âmbito de aplicação. Embora não forneça um conteúdo positivo de comunicação publicitária em rede, dispõe que ela pode ter somente por fim promover a imagem de um operador comercial, industrial, artesanal ou integrante de uma profissão regulamentada.²³ Além disso, à semelhança da directiva, exclui da noção de comunicação publicitária em rede as 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 (a), e as mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições (b).

As comunicações publicitárias ficam sujeitas a certos requisitos. Desde logo em matéria de *identificação e informação*, dispendo o art. 21.º que 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. Esta disposição pouco acrescenta em relação ao princípio da identificabilidade já consagrado no Código da Publicidade. Melhor teria sido que tivesse previsto modos de cumprimento da obrigação de identificabilidade da publicidade, nomeadamente através de banners e outros meios análogos adequados ao ambiente interactivo do comércio electrónico (por ex., em matéria de exploração publicitária de *browsers* e *meta-tags*, e na técnica *pop-up*).

²² Melhor seria que se tivesse bastado com o termo “publicidade” consagrado no direito português no sentido de abranger as comunicações promocionais cuja natureza comercial é definida por lei. Além disso, ao legislador cumpre fazer leis, não editar pareceres com valor normativo.

²³ Esta noção parece abranger o patrocínio publicitário (*sponsorship*).

Por outro lado, quanto às comunicações não solicitadas, dispõe o art. 22.º que 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.²⁴ Este princípio da necessidade de autorização prévia do destinatário não se aplica, todavia, às mensagens enviadas a pessoas colectivas, ficando, no entanto, aberto aos destinatários o recurso ao sistema de opção negativa.²⁵ Além disso, o fornecedor de um produto ou serviço, no que respeita aos mesmos ou a produtos ou serviços análogos, pode 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.

Porém, nas situações em que a lei permite o envio de publicidade não solicitada sem autorização prévia do destinatário, este 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. Para o efeito, 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, devendo cada comunicação não solicitada indicar um endereço e um meio técnico electrónico, de fácil identificação e utilização, que permita ao destinatário do serviço recusar futuras comunicações.

2.3. Um aspecto inovador respeita à publicidade das profissões regulamentadas, como a medicina, a advocacia, a arquitectura, os ROC, etc. Dispõe o art. 23.º, 1, que 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. Não obstante esta abertura à publicidade das profissões regulamentadas imposta pela directiva, resta saber em que termos as ordens profissionais darão expressão a esta liberdade num domínio tradicionalmente muito restritivo, e se é que afinal a publicidade

²⁴ Este era, de resto, o regime que a nosso ver resultava da aplicação da lei sobre a privacidade nas telecomunicações (Lei n.º 69/98 de 28 de Outubro, que transpõe a Directiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997) ao correio electrónico, e antes já consagrado expressamente para a publicidade por telefone e telecópia pela Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro (art. 5.º), não obstante esta lei excluir o correio electrónico do seu âmbito de aplicação (art. 1.º, 2).

²⁵ Neste sentido, as entidades que promovam o envio de comunicações publicitárias não solicitadas cuja recepção seja independente da intervenção do destinatário têm o dever de 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, sendo proibido o envio de comunicações publicitárias por via electrónica a essas pessoas.

que permitirão não corresponderá a simples informação excluída da noção de comunicação publicitária.

3. O princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos e a protecção do consumidor no *tele-shopping* electrónico

O princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos significa reconhecer a declaração electrónica como meio idóneo de manifestação da vontade e que os contratos electrónicos satisfazem a exigência legal de forma escrita, salvo nos casos permitidos pela directiva comunitária (por ex., contratos reais imobiliários *quod effectum* e negócios pessoais, como o casamento). Por outro lado, o documento com assinatura electrónica certificada por empresa acreditada pelo ITIJ tem força probatória plena, dependendo a certificação acreditada da verificação de um conjunto de requisitos humanos, técnicos e financeiros (v.g., seguro obrigatório de responsabilidade civil). Ainda em matéria contratual, rege, em princípio, a teoria da recepção em matéria do momento da celebração dos contratos. Além disso, parece-nos que os contratos reais *quod constitutionem* poderão ter lugar através do comércio electrónico directo (por ex., depósito de software) apesar da orientação comunitária remeter estas entregas para a categoria genérica dos serviços.

3.1. Em matéria de contratação electrónica, a directiva consagrou o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos, de modo a não levantar obstáculos legais ao recurso a esta forma de contratação. Admitindo excepções, todavia. O legislador nacional teve em atenção a “delicadeza” desta matéria e teve o cuidado de esclarecer que o regime consagrado é de aplicação geral a todos os tipos de contratos, independentemente da sua qualificação civil ou comercial.

Assim, sujeitam-se os contratos ao princípio da liberdade de recurso à via electrónica para a celebração de contratos, no sentido de a exigência de forma escrita ser satisfeita por essa via. Isto não constitui, todavia, um desvio ao princípio geral da liberdade de forma das declarações negociais (art. 219.º do Código Civil). Trata-se antes de esclarecer, quando a lei exige forma escrita para a validade do negócio, que essa forma é satisfeita, salvo nos casos excepcionados, através dos documentos electrónicos. Nesse sentido, retomou algo que já constava do art. 3.º, 1, do diploma das assinaturas electrónicas.²⁶ Mas, aparentemente, ao invés de remeter para o regime deste diploma, retomou a fórmula “ampla e independente de considerações técnicas” constante do artigo 4.º do Código dos

²⁶ Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril (transpõe a Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas).

Valores Mobiliários: as declarações emitidas por via electrónica satisfazem as exigências legais de forma escrita quando oferecem as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

3.2. Mais em pormenor, a chamada contratação electrónica vem regulada no capítulo V. Define-se o âmbito de aplicação das disposições sobre contratação electrónica no art. 24.º, no sentido de abranger todo o tipo de contratos celebrados por via electrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais.²⁷ As regras da contratação electrónica tratam de vários aspectos, nomeadamente a validade da celebração de negócios jurídicos por forma electrónica, os dispositivos de identificação e correcção de erros, as informações prévias a prestar à outra parte, o valor da ordem de encomenda e do aviso de recepção, e ainda os chamados agentes electrónicos (contratação automatizada sem intervenção humana).

Para começar, o art. 25.º consagra o *princípio da liberdade de celebração de contratos por via electrónica*, no sentido de impedir que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio. Todavia, ficam excluídos deste princípio os negócios jurídicos: familiares (por ex., casamento) e sucessórios (por ex., testamento); os negócios 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 notariais²⁸; reais imobiliários (por ex., compra e venda ou hipoteca de imóvel), com excepção do arrendamento²⁹; de caução e de garantia, quando não se integrem na actividade profissional de quem as presta.

²⁷ A referência legal aos contratos não parece dever ser entendida como excluindo do âmbito de aplicação das regras da contratação electrónica os negócios jurídicos unilaterais, como sejam a promessa pública (art. 459.º do Código Civil).

²⁸ Significa isto que a promessa obrigacional de compra e venda de imóvel não pode ser concluída por meios electrónicos quando seja exigida a intervenção do notário tal como previsto no art. 410.º, 3, do Código Civil? Sendo a autenticação notarial mera formalidade *ad probationem* que não *ad substantiam*, então as exigências de valor probatório do documento poderiam ser satisfeitas através da aposição de assinatura electrónica qualificada certificada por empresa credenciada, nos termos do diploma sobre as assinaturas electrónicas. Com efeito, em ambos os casos gozaria o documento de força probatória plena. Todavia, o diploma interno fez lei do preâmbulo da directiva sobre comércio electrónico, excluindo do princípio da liberdade de celebração por meios electrónicos os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais, certamente em atenção à importância do papel do notário no nosso direito e por razões de protecção da parte mais fraca. Todavia, na medida em que essa intervenção não seja requerida, não há obstáculos legais à celebração por meios electrónicos de contratos-promessa obrigacionais de compra e venda de imóveis.

²⁹ Ao excepcionar o arrendamento, não nos parece que o legislador tenha tomado posição sobre a questão da natureza jurídica do arrendamento, à semelhança da directiva. Claro que se fosse óbvio que os direitos de arrendamento não são direitos reais então não seria necessário excluí-los da derrogação. Mas sempre se poderá dizer que o arrendamento não é tratado como os demais negócios reais imobiliários, justamente por não ser contrato real *quoad effectum*, isto é, por não se tratar de negócio constitutivo de direitos reais.

O princípio da liberdade de celebração de negócios por via electrónica significa também que só tem de aceitar a via electrónica para a celebração de um contrato quem se tiver vinculado a proceder dessa forma (nº 3). De resto, em ordem a proteger os consumidores são proibidas cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores (nº 4).

Por outro lado, consagra-se, em matéria de forma, o princípio da equiparação do documento electrónico ao documento escrito, dispondo o art. 26.º, que 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; e que o documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação.

3.3. Um outro aspecto do regime jurídico da contratação electrónica respeita aos dispositivos de identificação e correcção de erros. O art. 27.º prescreve uma regra imperativa para as relações com consumidores nos termos da qual o prestador de serviços em rede que celebre contratos por via electrónica deve disponibilizar aos destinatários dos serviços meios técnicos eficazes que lhes permitam identificar e corrigir erros de introdução, antes de formular uma ordem de encomenda.

Em matéria de informações prévias prescreve o art. 28.º uma regra imperativa nas relações com consumidores, nos termos da qual 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 inclui³⁰: o processo de celebração do contrato (1); o arquivamento ou não do contrato pelo prestador de serviço e a acessibilidade àquele pelo destinatário (2); a língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado (3); os meios técnicos que o prestador disponibiliza para poderem ser identificados e corrigidos erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda (4); os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar (5); e os códigos de conduta de que seja subscritor e a forma de os consultar electronicamente (6).

3.4. Ainda em matéria de contratação, o legislador nacional versou sobre uma questão discutida que não é resolvida na directiva. Trata-se do problema do momento da conclusão do contrato, em especial saber se o aviso de recepção da encomenda pode ser

³⁰ A esta informação mínima acresce a informação prévia devida ao consumidor nos termos, nomeadamente, do art. 4.º da lei dos contratos à distância - Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços).

considerado como aceitação ou não. O diploma interno optou pela resposta negativa, apoiando-se no entendimento considerado maioritário segundo o qual “o aviso de recepção destina-se a assegurar a efectividade da comunicação electrónica, apenas, e não a exprimir uma posição negocial.” Contudo, dispõe que a ordem de encomenda só se torna definitiva “com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida” (art. 29.º, 5).

Isto significa a introdução de um regime especial, de natureza imperativa, no comércio electrónico B2C, uma vez que, apesar de se repetir o critério geral segundo o qual 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, parece que a aceitação só se dá à segunda vez, aquando da confirmação, e não logo no momento da aceitação inicial por parte do destinatário no caso de proposta contratual.

Com efeito, o art. 29.º, sobre a ordem de encomenda e o aviso de recepção, dispõe uma regra imperativa nas relações com consumidores, nos termos da qual logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente electrónica, o prestador de serviços deve acusar a recepção³¹ igualmente por meios electrónicos³², salvo se houver imediata prestação em linha do produto ou serviço. Com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção de modo a reiterar a ordem emitida, a encomenda torna-se definitiva («dupla consensualidade»). Por isso dispõe o art. 32.º, 2, que o mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato.

Todavia, se ao invés desse aviso houver imediata prestação em linha do produto ou serviço (por ex., compra e venda electrónica de música ou jogo de computador), parece que o contrato estará concluído à primeira, a menos que se entenda que o contrato se concluirá com a prestação em linha do produto ou serviço, o que significaria a introdução de uma excepção ao princípio da consensualidade, no sentido de se exigir um modo para a perfeição do negócio traduzido na entrega da coisa encomendada. Todavia, não nos parece que assim seja, pelo que, salvo quando a natureza do negócio assim o exija (por ex., no caso do depósito), a imediata prestação em linha (isto é, no domínio do chamado comércio electrónico directo) do produto ou serviço encomendado deve entender-se não como

³¹ Devendo o aviso de recepção conter a “identificação fundamental” do contrato a que se refere. Resta saber o que se entende por informação fundamental, embora nos pareça que este conceito deverá ser normativamente preenchido por remissão nomeadamente para o regime dos contratos à distância.

³² Ainda que mediante envio da comunicação para o endereço electrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço.

condição de conclusão do negócio mas antes como cumprimento do mesmo, já anteriormente concluído à primeira com a aceitação da oferta contratual.³³

As regras sobre dispositivos de identificação e correcção de erros, informações prévias e ordem de encomenda e aviso de recepção, para além de a sua imperatividade ser limitada às relações com consumidores, não se aplicam aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 31.º).

3.5. Por outro lado, o art. 31.º estabelece critérios sobre a apresentação dos termos contratuais e cláusulas gerais, dispondo que 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 (1). O n. 2 consagra a teoria da recepção consagrada no art. 224.º do Código Civil, dispondo que 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 (ou seja, a nosso ver, quando a mensagem é recebida na memória do computador utilizado na negociação ou, consoante o caso, na caixa de correio electrónico do destinatário – não apenas no servidor, portanto). Também o art. 32.º, 1, sobre proposta contratual e convite a contratar, repete a regra geral, dispondo que 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. De resto, salvo critério especial, o regime geral é o do Código Civil, para o qual o diploma poderia ter remetido.

3.6. Inovadora no quadro jurídico português é a regulação da chamada contratação entre computadores, isto é, inteiramente automatizada, sem intervenção humana (através dos chamados agentes electrónicos). Remete-se para as regras comuns na medida em que estas não pressuponham a actuação (humana) e são definidos os termos em que se aplicam em tais casos as disposições sobre erro.

Assim, o art. 33.º sobre contratação sem intervenção humana, dispõe que à contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é

³³ Com efeito, no que respeita ao B2C, parece o regime jurídico considerar a posição do prestador como de oferta negocial ou proposta contratual (cfr. art. 4.º, 1-h, do diploma dos contratos à distância), que não de mero convite a contratar. Além disso, poderá sustentar-se que o art. 29.º, 5, ao invés de estabelecer uma regra especial sobre o momento da celebração do contrato, limita-se a a sujeitar estes negócios a confirmação, conferindo ao consumidor um “direito de arrependimento” que lhe permite desfazer o negócio mediante não confirmação da encomenda. Porém, esse direito está previsto noutras lugares da legislação do consumidor, parecendo que se trata aqui realmente do problema do momento da conclusão do contrato.

aplicável o regime comum, salvo quando este pressupuser uma actuação. Mais acrescenta que são aplicáveis as disposições sobre erro na formação da vontade, se houver erro de programação (1); na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina (2); e na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino (3). Além disso, 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.

Finalmente, numa matéria também inovadora e procurando dar cumprimento à directiva no que toca à solução de litígios por via electrónica, dispõe o art. 34.º que 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 capítulo sobre a contratação electrónica (cap. V).

3.7. A regulação do comércio electrónico é fortemente marcada pelo princípio da protecção do consumidor no «tele-shopping» electrónico, uma vez que da confiança do consumidor na comercialização electrónica depende em larga medida o crescimento deste novo meio de actuação económica. Sendo consumidor quem actua para fins diferentes da sua actividade profissional e se da outra parte estiver um profissional no exercício da sua actividade (B2C vs. B2B), o consumidor tem direito a receber informações prévias sobre os bens e os contratos à distância, assumindo relevo contratual a informação fornecida. Além disso, o consumidor tem o direito de «resolver» *ad nutum e sem despesas* os contratos à distância no prazo geral de 14 dias, e não são permitidas cláusulas contratuais abusivas. Uma outra dimensão em que este princípio se projecta consiste no regime de tratamento mais favorável em matéria de jurisdição (tribunal competente e lei aplicável) bem como nas possibilidades de recurso a meios alternativos de resolução de conflitos.

Com efeito, a protecção do consumidor no *iter* negocial do comércio electrónico justifica a imposição de vários limites à liberdade contratual, mediante normas imperativas de protecção. Estes limites estão previstos na lei do comércio electrónico³⁴, que em alguns aspectos não se quedou pela transposição da directiva. Desde logo, é proibida a publicidade oculta (art. 21.º).³⁵ De igual modo, o envio automático de mensagens electrónicas para fins de marketing directo depende em princípio de autorização do consumidor (art. 22.º). Depois, são inválidas as cláusulas que imponham ao

³⁴ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, 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.

³⁵ O princípio da identificabilidade das mensagens publicitárias é de resto um princípio geral do nosso direito publicitário, encontrando-se expressamente consagrado no Código da Publicidade (Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, com alterações posteriores).

consumidor o recurso à contratação automática (art. 25.º, 4).³⁶ Além disso, o fornecedor tem que colocar à disposição do consumidor dispositivos de identificação e correcção de erros (art. 27.º), bem como prestar-lhe um conjunto de informações prévias à ordem de encomenda e ao aviso de recepção (art. 28.º), devendo acusar imediatamente a recepção da encomenda no comércio electrónico indirecto (art. 29.º), salvo no que respeita aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação equivalente (art. 30.º). Também para proteger o consumidor o contrato só se celebra “à segunda”, mediante confirmação da ordem de encomenda dada na sequência do aviso de recepção (art. 29.º, 5) do prestador, que parece dever estar em situação de oferta negocial.

Por outro lado, os contratos negociados e concluídos por consumidores através da internet constituem uma espécie de contratos à distância, encontrando-se, nessa medida, sujeitos ao respectivo regime³⁷, que impõe vários limites à liberdade contratual. Com efeito, o consumidor tem direito a um conjunto de informações prévias à celebração do contrato, que acrescem às previstas na lei do comércio electrónico, podendo ser atribuído relevo contratual a essa informação nos termos da lei geral do consumidor.³⁸ Além disso, o consumidor tem o direito de «resolver» *ad nutum* e sem despesas os contratos à distância no prazo geral de 14 dias.

Um outro aspecto da protecção do consumidor traduz-se num regime de jurisdição favorável, quer em termos de tribunal competente quer de lei aplicável, uma vez que, verificados certos requisitos, o consumidor poderá intentar acções contra a outra parte no tribunal do seu domicílio, o qual aplicará a respectiva legislação. Esta solução decorre do regulamento comunitário sobre competência judiciária em acções civis e comerciais³⁹, e da convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.⁴⁰ Este regime de jurisdição favorável não cede em princípio em face da regra do controlo no país de origem, a qual, para além de se dirigir sobretudo à supervisão administrativa, admite a

³⁶ Isto acresce à proibição das cláusulas contratuais abusivas prevista na lei das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro (que transpõe a Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores), e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de Julho).

³⁷ Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços). No domínio dos serviços financeiros, veja-se 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.

³⁸ Lei do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho).

³⁹ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

⁴⁰ Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980).

possibilidade de controlo no país de destino ainda que condicionado ao respeito pelo direito comunitário.

4. O princípio da liberdade de comunicação e de navegação na Internet, e o reforço da propriedade intelectual na Internet

O princípio da liberdade de comunicação e de navegação na Internet consubstancia-se na «irresponsabilidade» dos prestadores de serviços de simples transporte, de armazenagem temporária e em servidor, de hiper-ligações e motores de pesquisa, bem como na ausência de uma obrigação geral de vigilância a seu cargo. Não obstante, no que respeita aos fornecedores de conteúdos, este princípio sofre importantes derrogações resultantes de restrições à prestação de conteúdos a menores, conteúdos para adultos e ilegais, nomeadamente por violação dos reforçados direitos de propriedade intelectual.

4.1. A directiva prossegue também a regulação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços no sentido de os 'irresponsabilizar' - e de com isso promover a liberdade de navegação e de comunicação por via da redução dos custos de seguros, que se repercutiriam sobre os utilizadores - da ilicitude das mensagens que disponibilizam. Em vista da directiva, o diploma interno (cap. III) não estabelece nenhum dever geral de vigilância do prestador intermediário de serviços sobre as informações que transmite ou armazena ou a que faculta o acesso, e enuncia os deveres comuns a todos os chamados intermediários; depois, consagra o regime de responsabilidade específico das actividades de simples transporte, armazenagem intermediária (ou temporária) e armazenagem principal (ou em servidor).

Sobre esta matéria, em dois aspectos deixados em aberto pela directiva, o legislador nacional avançou com a assimilação dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos (como os instrumentos de busca e as hiperconexões) aos prestadores de serviços de armazenagem principal, e, certamente inspirado na solução da DMCA estadunidense, introduziu, por razões de celeridade, um esquema administrativo de resolução provisória de litígios - sem prejuízo da solução definitiva do litígio por via judicial - que surjam quanto à licitude de conteúdos disponíveis em rede que confiou à entidade de supervisão respectiva.

4.2. Assim, o diploma do comércio electrónico submete o regime da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede ao princípio da equiparação (art. 11.º), que consiste em sujeitar ao regime comum a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede, incluindo nos casos de associação de conteúdos, ainda que com algumas especificações. O

regime comum será, em matéria de responsabilidade civil, o regime previsto no Código Civil. Além disso, o diploma estabelece uma regra de ausência de um dever geral de vigilância dos prestadores intermediários de serviços, no sentido de não sujeitar os prestadores intermediários de serviços em rede a uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam ou de investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito (art. 12.º).⁴¹

Isto não significa que os prestadores intermediários dos serviços fiquem isentos de responsabilidade. Pelo contrário, aos prestadores intermediários dos serviços são impostos certos deveres comuns, que se consubstanciam numa obrigação de colaboração com as entidades competentes (art. 13.º). Com efeito, cabe aos prestadores intermediários de serviços informar de imediato quando tiverem conhecimento de actividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam (1), satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem (2), 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 (3), e fornecer listas de titulares de sítios que alberguem, quando lhes for pedido (4).

4.3. O regime de responsabilidade específico das actividades de simples transporte, armazenagem intermediária (ou temporária) e armazenagem principal (ou em servidor) segue, quase *verbatim*, o texto da directiva.

Quanto ao *simples transporte*, dispõe o art. 14.º que 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, 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.

Quanto à *armazenagem temporária*, dispõe o art. 15.º que 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. Todavia, nos termos

⁴¹ Pode questionar-se o acerto e o efeito útil desta disposição, uma vez que estabelece um genérico “não dever”, como se houvesse um dever fundador de *culpa in vigilando* ou, quiçá, responsabilidade objectiva.

do n. 2 e 3, o prestador fica sujeito ao regime comum de responsabilidade se não proceder segundo as regras usuais do sector relativas à actualização da informação e ao uso da tecnologia (por ex., aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação), bem como se chegar ao seu conhecimento 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.

Relativamente à chamada *armazenagem principal*, prevê o art. 16.º que 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. Todavia, há responsabilidade civil sempre que, perante as circunstâncias que conhece, o prestador do serviço tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação, além de que se aplicam as regras comuns de responsabilidade sempre que o destinatário do serviço actuar subordinado ao prestador ou for por ele controlado (*vide* Código Civil, art. 500.º).

Em dois aspectos deixados em aberto pela directiva, o legislador nacional avançou com a assimilação dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos (como os instrumentos de busca e as hiperconexões) aos prestadores de serviços de armazenagem principal, e, certamente inspirado na solução da DMCA estadunidense, introduziu, por razões de celeridade, um esquema administrativo de resolução provisória de litígios - sem prejuízo da solução definitiva do litígio por via judicial - que surjam quanto à licitude de conteúdos disponíveis em rede que confiou à entidade de supervisão respectiva.

Assim, quanto à responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos dispõe o art. 17.º que 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 art. 16.º para a armazenagem principal. O art. 19.º acrescenta, todavia, na relação desta actividade com o direito à informação, que 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, entendendo-se que 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. A avaliação da licitude ou ilicitude da remissão faz-se perante as circunstâncias do caso, sendo fornecido um elenco ilustrativo de *topoi*, como sejam a confusão eventual dos conteúdos do sítio de origem com os de destino, o carácter automatizado ou intencional da remissão, e a área do sítio de destino para onde a remissão é efectuada. A ilicitude poderá consubstanciar, designadamente, um acto de concorrência desleal.

4.4. A liberdade electrónica acaba onde começa o delito informático, em especial a criminalidade informática ou cibercrime. Sendo que a afirmação de um princípio de liberdade de comunicação e de navegação na Internet é acompanhada, de modo aparentemente paradoxal, pelo princípio do reforço da protecção da propriedade intelectual.⁴²

O reforço da protecção da propriedade intelectual no comércio electrónico traduz-se na proibição geral de utilização de materiais protegidos pelos direitos de autor, incluindo não apenas textos, imagens, músicas, filmes, mas também programas de computador e estruturas originais de bases de dados, bem como na criação de novos direitos de propriedade intelectual, como sejam o direito especial do fabricante de bases de dados e as protecções jurídicas dos sistemas técnicos de protecção e gestão de direitos de autor e conexos,⁴³ ou a protecção jurídica simplesmente dos serviços de acesso condicional enquanto tais.⁴⁴

Além disso, este princípio traduz-se em restrições à utilização de marcas (e outros sinais distintivos) como meta-dados, nomeadamente quanto se trate de utilizações publicitárias, além de que a protecção das marcas (e de outros sinais distintivos) “coloniza” gradualmente o regime dos nomes de domínio, que a contempla.

⁴² E, também, da protecção dos dados pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 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).

⁴³ Veja-se a legislação produzida no domínio dos direitos de autor para adaptar este instituto aos desafios tecnológicos da informática e das redes electrónicas: Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (quinta alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e primeira alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro); Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados); Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa ao regime de protecção jurídica dos programas de computador - alterado pelo Decreto-Lei n.º 334/97 de 27 de Novembro).

⁴⁴ Decreto-Lei n.º 287/2001 de 8 de Novembro (estabelece o regime aplicável à oferta de acesso condicional aos serviços de televisão, de radiodifusão e da sociedade de informação, à respectiva protecção jurídica, bem como aos equipamentos de utilizador que lhe estão associados, e transpõe a Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à protecção jurídica dos serviços de acesso condicional).

5. O princípio da informalização dos meios de resolução de litígios (ADR)

O princípio da informalização dos meios de resolução de litígios traduz-se num apelo significativo à arbitragem e na promoção dos meios alternativos de resolução de conflitos (ADRs, que também poderíamos traduzir por “administrative dispute resolution”...), incluindo a arbitragem por vias electrónicas. Este processo de desjudicialização é acompanhado, ao mesmo tempo, pela emergência de autoridades administrativas, ditas mais expeditas e capazes de lidar com as novas realidades. Por outras palavras, o juiz é tendencialmente substituído pelo árbitro e, talvez, sobretudo, pelo agente da autoridade administrativa.

Ora, justamente quanto ao funcionamento de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios, inclusive através dos meios electrónicos adequados, contemplados na directiva, o legislador nacional permite o recurso a meios de solução extrajudicial de litígios, incluindo por via electrónica, para os conflitos surgidos neste domínio.

5.1. Uma primeira modalidade destes mecanismos é o esquema de *solução provisória de litígios* previsto no art. 18.º, que se aplica à armazenagem principal e à associação de conteúdos (à semelhança dos procedimentos *notice and take down* criados pela norte-americana DMCA). Nestes casos, 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.

Todavia, 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. De igual modo, 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 mediante um procedimento que será especialmente regulado.

Contudo, a amplitude dos poderes da entidade de supervisão contrasta com as suas responsabilidades. Assim, por um lado, a entidade de supervisão pode a qualquer tempo alterar a composição provisória do litígio estabelecida (nº 5), embora, por outro lado, qualquer que venha a ser a decisão, nenhuma responsabilidade recai sobre a entidade de supervisão.⁴⁵ Trata-se, todavia, de uma solução meramente provisória e de natureza alternativa, porventura justificada pela necessidade de adopção de medidas céleres capazes de responder à exigências do tempo real da Internet, já que a solução definitiva do

⁴⁵ Acrescenta o legislador, em estilo pouco comum em actos normativos, que “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”.

litígio é realizada nos termos e pelas vias comuns (nº 7) e o recurso a estes meios não prejudica a utilização pelos interessados, mesmo simultânea, dos meios judiciais comuns (nº 8). Todavia, não deixa de ser uma medida problemática, pois que se uma ilicitude cometida pela internet pode causar elevados danos em pouco tempo, também a decisão da entidade de supervisão pode produzir os mesmos efeitos danosos.

Isto significa, por outro lado, que se confirma a tendência para a tradução dos ADR, em termos de métodos alternativos, por *Administrative Dispute Resolution*. Com efeito, é instituída uma entidade de supervisão, o IPC-ANACOM, com competências residuais no domínio da instrução dos processos contra-ordenacionais previstos e da aplicação das respectivas coimas, cujo montante “é fixado entre molduras muito amplas, de modo a serem dissuasoras, mas, simultaneamente, se adequarem à grande variedade de situações que se podem configurar.” Em matéria de sanções acessórias que podem estar associadas às contra-ordenações, determina-se que as mais graves devem ser judicialmente confirmadas cabendo a iniciativa processual, oficiosamente, à entidade de supervisão. São também previstas providências provisórias ou cautelares, cuja competência de aplicação (incluindo instauração, modificação e levantamento) é atribuída à entidade de supervisão competente. Vejamos mais pormenorizadamente o regime das entidades de supervisão e o regime sancionatório estabelecido no capítulo VI.

5.2. Para começar, nos termos do art. 35.º, é instituída uma entidade de supervisão central com atribuições em todos os domínios regulados pelo diploma do comércio electrónico, salvo nas matérias em que lei especial atribua competência sectorial a outra entidade. As funções da entidade de supervisão central serão exercidas pela ICP - Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM).

Além da entidade de supervisão central, são previstas as entidades de supervisão (simples), que funcionam como organismos de referência para os contactos que se estabeleçam no seu domínio (por exemplo, o Instituto de Seguros de Portugal para a actividade seguradora na Internet), fornecendo, quando requeridas, informações aos destinatários, aos prestadores de serviços e ao público em geral (art. 36.º, 1). Para além das atribuições gerais já assinaladas e das que lhes forem especificamente atribuídas, cabem a estas entidades poderes de fiscalização e de instrução de processos contra-ordenacionais. Nomeadamente, cabe a estas entidades adoptar as providências restritivas previstas nos artigos 7.º e 8.º, instaurar e instruir processos contra-ordenacionais e, bem

assim, aplicar as sanções previstas⁴⁶, e ainda determinar a suspensão da actividade dos prestadores de serviços em face de graves irregularidades e por razões de urgência.⁴⁷

Surge depois uma disposição interessante, nos termos da qual 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 (art. 36.º, 3). Assim, quando a lei atribuir a competência a um órgão administrativo, que todavia não é especificado, cabe essa competência à entidade de supervisão central. Trata-se de um complemento ao disposto no art. 35.º, 1, no sentido de preencher um eventual vazio de autoridade competente no caso de a lei remeter para um órgão administrativo não especificado, levantando-se a questão da determinação do órgão competente. Questão que é resolvida pela lei, atribuindo essa competência à entidade de supervisão central, a saber: a ANACOM (Autoridade Nacional das Comunicações).

Em matéria de competências específicas da entidade de supervisão central, refiram-se nomeadamente a publicitação em rede dos códigos de conduta⁴⁸ mais significativos de que tenha conhecimento e a promoção das comunicações à Comissão Europeia e ao Estado membro de origem relativamente à adopção de medidas restritivas.

⁴⁶ Por exemplo, constitui contra-ordenação sancionável com coima de €2500 a €50000 a prática pelos prestadores de serviços de não disponibilização de informação aos destinatários à qual estão obrigados nos termos do diploma, ou a não prestação de informações solicitadas pela entidade de supervisão (art. 37.º, 1-a/f). A estas contra-ordenações pode ser aplicada a sanção acessória de perda a favor do Estado dos bens usados para a prática das infracções (art. 38.º, 1).

⁴⁷ Nos termos do art. 39.º, a entidade de supervisão competente pode determinar como medidas provisórias e na medida em 'que se revelem imediatamente necessárias', a suspensão da actividade e o encerramento do estabelecimento que é suporte daqueles serviços da sociedade da informação, e a apreensão de bens que sejam veículo da prática da infracção; sendo que estas medidas, pela sua natureza provisória, 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.

⁴⁸ A criação destes códigos será promovida pelas entidades de supervisão, incentivando-se a participação das associações e organismos de protecção dos consumidores quando tal estiver em causa, tendo as entidades de supervisão e o Ministério Público legitimidade para impugnar em juízo os códigos de conduta aprovados em domínio abrangido pelo diploma do comércio electrónico que extravasem das finalidades da entidade que os emitiu ou tenham conteúdo contrário a princípios gerais ou regras vigentes (arts. 42 e 43).