

O DIREITO AO SOSSEGO INFORMACIONAL: O CASO DAS COMUNICAÇÕES NÃO SOLICITADAS (SPAM)

Pedro Ferreira

Antigo Aluno da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Macau simboliza o que de mais extraordinário atravessa os nossos tempos: não o slogan “Where the West meets the East”, mas “onde o Global encontra o Local”. Macau representa, efectivamente, esse Aleph, descrito pelo Jorge Luís Borges, por onde se observa todo o mundo e onde se cruzam todas as experiências e, por isso, marca tão profundamente quem por cá passa.

Nesse sentido não se poderia encontrar melhor local para abordar um tema que, ao mesmo tempo, tem uma origem global, tem “o centro em toda a parte, a circunferência em lado nenhum”¹, mas afecta cada um de nós, a nossa autonomia e a nossa liberdade, e afecta independentemente do lugar.

Falo do chamado *spam* ou comunicações não solicitadas, essas pequenas mensagens que todos os dias invadem a nossa caixa de correio electrónica, seja para nos proporem um negócio com um familiar do Cabilá na Nigéria ou para promoverem umas pílulas fantásticas que melhoram o desempenho sexual.

É duvidoso que melhorem de facto o desempenho sexual, mas pioram garantidamente o desempenho do computador e o desempenho da ligação à Internet e, pior que isso, piora a paciência de se estar a apagar as mensagens uma a uma.

É desta faceta insidiosa, aliás, que lhe vem o nome de baptismo. Como é sabido, o termo *spam* resulta de um episódio dos Monty Python em que carne enlatada da marca “spam”, da empresa Homel, era servida num restaurante. Nesse episódio a palavra *spam* era repetida sem sentido até à exaustão por um grupo de Vikings e preenchia a maior parte do texto dos actores. Tal como no caso do

¹ Armand Mattelart, *História da utopia planetária: da cidade profética à sociedade global*, 2000, p. 16.

spam electrónico só que com um efeito bem menos hilariante.

O número de mensagens de *spam* tem vindo a crescer ao longo dos anos, prevendo-se que esse aumento continue à medida que cresce o número de ligações à Internet e a largura de banda oferecida é maior. Em 2001 estimava-se que o *spam* constituía apenas 7% das mensagens, hoje, calcula-se que constitua entre 50% a 80% do correio electrónico mundial².

Quanto à origem do *spam* tem-se verificado alguma diversificação. Segundo dados de 2006 (Comissão Europeia), a Ásia é origem de 42,8% das mensagens de *spam* e a Europa de cerca de 25%.

Mas porquê esta explosão do *spam*? Porque é que o *spam* é tão atractivo?

Em primeiro lugar, a popularidade do *spam* deve-se ao facto deste tipo de marketing ser relativamente mais fácil de efectuar, por comparação a outros métodos publicitários. Um computador de vão de escada consegue ter acesso ao mercado global, potenciando a oferta de produtos que, de outro modo, não teriam qualquer mercado.

Em segundo lugar, a elaboração de uma mensagem publicitária de *spam* não necessita de grandes investimentos em empresas de publicidade, nem a contratação de modelos pagas a peso de ouro ou de grandes slogans.

Em terceiro lugar, o *spam* é atractivo porque os seus custos são passados quase em exclusivo para o destinatário das mensagens (Considerando 40 da Directiva 2002/58/CE). Ou seja, os benefícios para o *spammer* são crescentes enquanto os custos permanecem constantes. Por parte do destinatário acontece exactamente o contrário.

Atente-se, por exemplo, no custo que resultará para o receptor das mensagens não solicitadas que encham a caixa de correio electrónica, obrigando à eliminação de mensagens mais antigas, exigindo a aquisição de mais espaço ou evitando a recepção de outras de maior importância. Atente-se igualmente no acréscimo de tempo pago pela ligação à rede para a leitura e eliminação das mensagens, quer em casa quer no emprego. Segundo dados da Commontouch o custo anual para uma empresa com 1500 empregados é de cerca de meio milhão de Euros (US\$823 681,00). Calcula-se que o custo mundial do *spam* atinja anualmente cerca de 39 000 M€, equivalendo, nas economias europeias a cerca de 3 500 M€ na Alemanha, 1 900 M€ no Reino Unido e 1 400 M€ em França.

Os próprios prestadores de serviços (ISPs) sofrem com a praga porque se podem ver preteridos pelos clientes dada a sua permissividade ao *spam* ou, pelo contrário, à susceptibilidade de eliminarem mensagens legítimas por as terem tomado por *spam*.

² Comunicação da Comissão “Combater o spam, o spyware e o malware”- COM(2006) 688 final, de 15.11.2006. Vide igualmente a Comunicação da Comissão relativa ao Spam, COM (2004) 28 final, de 22.01.2004.

A velocidade do tráfego da Internet é também afectada (Considerando 30 da Directiva 2000/31/CE), podendo exigir a aquisição de servidores mais potentes ou investimentos em segurança e em meios mais eficazes de combate àquelas práticas³.

O *spam* é ainda responsável por outros custos sociais porque aumenta o risco de propagação de “vermes” e vírus, favorece actividades ilícitas como o *phishing* e possibilita a utilização sub-reptícia do próprio computador do utilizador para reenvio de *spam*.

Por tudo isto, o *spam* é um dos maiores obstáculos à confiança dos consumidores no comércio electrónico, a que se junta a circunstância de grande parte das mensagens enviadas conterem conteúdos fraudulentos ou, pelo menos, incorrectos. Estes efeitos nocivos tenderão a aumentar com a chegada de novas tecnologias como os MMS (*spam* no telemóvel) que exigem maior largura de banda e, por essa razão, se tornam mais dispendiosas.

Perante a dimensão económica e social inerente ao *spam*, os visados tentam proteger-se “pagando na mesma moeda”, isto é, utilizando o chamado *flaming* que consiste no reenvio de mensagens ao remetente das mensagens não solicitadas.

Esta estratégia só muito raramente poderá ter sucesso porque os *spammers* normalmente omitem qualquer identificação e, na maioria dos casos, acabam por gerar a confirmação da actividade dos endereços electrónicos abrindo a porta para a recepção de mais *spam*. A alternativa consiste em mudar de endereço de correio electrónico, importando, uma vez mais, custos para o receptor do *spam* (calcula-se que 16% das pessoas mudam de endereço devido ao *spam*).

O problema do *spam* não está na dificuldade de identificação das suas causas, mas antes na escolha da solução. Ou seja, qual deverá ser a resposta do legislador, se é que deva haver alguma?

De facto, há quem defenda que o melhor é não se fazer nada.

Esta seria uma solução baseada no sistema norte-americano onde se crê que o mercado, através da negociação entre as partes e pela aplicação da lei da oferta e da procura, pela auto-regulação⁴ e pelo emprego de meios tecnológicos

³ No caso julgado nos tribunais americanos no Estado de Virginia, AOL v. Prima data Systems Inc, de 12 de Outubro de 1998, considerou-se que o custo real para o ISP por cada mensagens de *spam* era de 0.078 cêntimos, no que resultou numa indemnização contra o responsável pelo *spam* no valor de \$400,000 dólares (dados em Lilian Edwards, Canning the spam, 2000, p. 312). Vide também casos da AOL (<http://legal.web.aol.com/decisions/dljunk/aolarchive.html>) em particular a decisão condenatória da CN Productions, Inc.. Em 1998 o Tribunal condenou esta empresa ao pagamento de \$1.9 milhões de dólares por danos e à inibição de enviar correio não solicitado. Em 2002 a mesma empresa voltou a ser condenada em \$6.9 milhões de dólares. Refira-se, porém, que à data o Estado de Virginia possuía já legislação especialmente dirigida à regulação do *spam* (E-Mail Property and Privacy Protection Act, de 1998). Sobre este ponto cfr. Kenneth C. Amaditz, Canning “Spam” in Virginia: Model Legislation to Control Junk E-mail, 1999.

⁴ Todavia, tem havido a tentativa de se fazerem passar leis no Congresso visando a regulação da privacidade das informações recolhidas na Internet pelas empresas e a instituição de um



mais eficazes⁵ é capaz de dar melhor resposta às questões de privacidade dos consumidores do que aquela que o Governo daria. O cerne da questão está no facto de serem confiados ao Estado poderes para que seja ele a proteger a privacidade dos cidadãos, algo a que se opõem sobretudo os grandes lobbies da indústria norte americana⁶.

Deixada à lei da oferta e da procura, o nível de privacidade requerida pelos consumidores deverá traduzir-se num esforço equivalente de protecção de dados por parte das empresas, oferecendo as soluções tecnológicas mais avançadas, na mira de obterem maior quota de mercado, em detrimento de empresas concorrentes que não consigam oferecer o mesmo nível de protecção.

Este modelo não significa que o *spam* seja de todo livre.

Em 2003, os EUA adoptaram legislação anti-spam⁷ que prevê um sistema de “opt-out”, ao mesmo tempo que institui uma lista nacional de “opt-out” (Do-Not-Email Registry) junto da Federal Trade Commission e estabelece sanções penais para quem envie intencionalmente mensagens não solicitadas falsas, enganosas ou de cariz sexual. Aquela lei prevê ainda a obrigatoriedade das mensagens incluírem o endereço físico do remetente e um endereço válido de correio electrónico e proíbe a indicação enganosa do assunto (obrigação de utilização da designação “ADV” no assunto).

Porém, esta é uma protecção que legitima o *spam* em detrimento do consumidor porque este tem que receber as mensagens (*opt out*) e coloca nas mãos dos *spammers* a oferta de outros meios de protecção como as listas negativas e as obrigações de transparência.

órgão regulador destas práticas (Kenneth Brown, *The Internet privacy debate*, 2001, p. 2-3). A auto-regulação pode funcionar positivamente por intermédio de regras criadas pelas empresas a que estas se declaram submeter, mas também negativamente pelo efeito das grandes empresas não se relacionarem com quem não garantir certos padrões de política de dados, normalmente garantidos por empresas de certificação. Podem ainda ser inseridas em medidas de auto-regulação a proposta de Colin Bennet para a criação de uma norma ISO sobre a privacidade, a qual, embora não fosse apta a substituir a lei, poderia, pelo menos, determinar as condições de exercício da auto-regulação como o reconhecimento mútuo, a acreditação de auditores, os procedimentos de criação de códigos de conduta, etc. (*Privacy: the protection of personal information – a report to the standards Council of Canada* – www.e-com.ic.ca.gc/English/privacy/632d295.htm).

5 Aponta David Lyon: “where older moral makers have vanished, where nation-states experience a reduction of their role to maintaining law and order, where capitalist restructuring is occurring and where technique has a culturally privileged position, technological solution will readily be sought” (David Lyon, *Globalizing surveillance*, 2004, p. 136).

6 Ruwantissa Abeyratne, *The Exchange of airline passenger information*, 2001, p. 155.

7 “Controlling the Assault of Non-Solicited pornography and Marketing Act of 2003” - CAN-SPAM Act -, adoptado pelo Senado em 22.10.03, promulgado pelo Presidente dos EUA em 16.12.03 e entrou em vigor em 1.1.04.



De modo que esta abordagem leva a que se diga, com alguma dose de ironia, que as leis da privacidade norte-americanas contêm lacunas na mesma proporção do seu conteúdo, transformando o quadro legal num “privacy horror show”⁸.

Sem dizermos tanto, não podemos deixar de registar alguns aspectos menos positivos do modelo norte-americano:

Em primeiro lugar, a protecção da privacidade é parcelar e resulta de casos práticos que correram especialmente mal face aos olhos da opinião pública. Por exemplo, o Driver’s Privacy Protection Act de 1994, foi aprovado em sequência do assassinato da actriz Rebecca Schaeffer por um fã que obteve a sua morada através de um detective privado que, por sua vez, a havia obtido de uma entidade pública, ou o Video Privacy Protection Act de 1988, na sequência da publicação pelos jornais de uma lista de vídeos alugados pelo juiz Robert Bork enquanto decorria o seu processo de nomeação para o Supremo Tribunal.

Em segundo lugar, não deixa de ser paradoxal que a atitude extremamente liberal que preconiza o não envolvimento governamental na protecção da privacidade reclama, ao mesmo tempo, essa protecção a propósito dos direitos de propriedade intelectual na Internet. Há, com efeito, uma contradição entre a abertura e a partilha que os meios de comunicação podem propiciar e a segmentarização e privatização desses meios e conteúdos pela imposição de restrições ao seu acesso.

Em terceiro, este modelo coloca em dúvida a própria necessidade dos direitos fundamentais e reduz as relações pessoais e os direitos de cada um ao resultado de uma negociação individual. A protecção do “free speech”⁹ parece valer mais do que qualquer

⁸ P. M. Schwartz, *Privacy and democracy in cyberspace*, 1999, pp. 30 e 31.

⁹ Tese defendida pelo Supreme Court em *Janet Reno, Attorney General of the United States v. American Civil Liberties Union et. al.*, de 26.06.1997, ainda que o Tribunal se tenha centrado no carácter indiscriminado e excessivo da restrição. Cabe, a este propósito, citar o Tribunal do Distrito Este da Pensilvânia na sentença que antecedeu o recurso para o Tribunal Supremo dos EUA – “Just as the strength of the Internet is chaos, so the strength of our liberty depends upon the chaos and cacophony of the unfettered speech the First Amendment protects (*American Civil Liberties Union, et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States*, No. 96-963, June 11, 1996). Há quem veja aqui revelar-se a prioridade da Primeira Emenda, porque consagra explicitamente o direito constitucional à liberdade de expressão, face a um direito à privacidade apenas implicitamente reconhecido e face a outros direitos de privacidade informacional consagrados em legislação (Cfr. Andrew Charlesworth, *Data privacy in cyberspace*, 2000, p. 99). O supremo Tribunal dos EUA, em *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (n.º 03-218), de 29.06.04, culminando um conjunto de decisões de tribunais inferiores sobre o *Child Online Protection Act* (1998), acabou por reiterar a defesa da liberdade de expressão por considerar que aquele diploma não constituía o meio menos restritivo, defendendo, consequentemente, a utilização de filtros em detrimento do controlo legislativo da pornografia.

outro direito. A opção por um sistema de *opt out* para o *spam* é disto exemplo.

Em quarto lugar, fazer depender a defesa de direitos fundamentais de medidas tecnológicas não é resolver o problema, é apenas adiá-lo. A verdade é que as soluções tecnológicas positivas ficam sempre aquém das soluções tecnológicas negativas. Ou seja, para cada medida preventiva descobrem-se duas ou três medidas invasivas. Tal não significa que não se deva dar relevo às medidas técnicas, mas tão só que devem ser entendidas conjuntamente com medidas regulamentares e de auto-regulação¹⁰.

Um segundo modelo é o modelo Europeu e também, em parte, o modelo seguido em Macau.

Este modelo caracteriza-se por admitir restrições à privacidade e sobretudo o processamento de dados pessoais apenas nos casos contemplados pela lei que, grosso modo, são o consentimento do titular dos dados e interesses legalmente protegidos de quem processa os dados. De um ponto de vista institucional este sistema exige uma lei geral, a criação de um “garante” e a criminalização de certas condutas.

É este modelo que passamos agora a ver com maior detalhe.

O sistema de direitos, liberdades e garantias vigente em Portugal e em Macau, está voltado para a exteriorização pessoal, para a comunicação e para o diálogo. Ser um cidadão da Sociedade da Informação exige um conjunto de direitos: de acesso às redes e à liberdade de expressão, à confidencialidade das comunicações, à protecção dos conteúdos e à protecção de dados.

Estes direitos visam proteger os aspectos positivos dos fluxos comunicacionais: protege-se a comunicação e o que se comunica.

Porém, há que se ter em conta uma outra vertente, essencialmente negativa. As comunicações pessoais incluem também a exclusão da intromissão, ou seja, contemplam o direito a um espaço de reserva que tem por função proteger a pessoa dos estímulos que, a todo o passo, a Sociedade da Informação proporciona.

Neste sentido, o direito passivo à autodeterminação informacional, em sentido amplo, traduz-se numa exigência de deixar só quem não quer comunicar (receber ou enviar informações) ou, noutros termos, significa o direito negativo à comunicação, também designado sossego informacional.

Uma primeira tutela do sossego informacional é de âmbito penal¹¹ com

¹⁰ O Anti-Spam Toolkit da OCDE é exemplo de uma proposta que procura integrar estas três componentes.

¹¹ No contexto protecção dos sistemas informáticos, em certas circunstâncias, as mensagens não solicitadas podem configurar-se como um crime de sabotagem informática (artº 6º da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto). Cfr. A. G. Lourenço Martins, *Criminalidade Informática*, 2003, p. 26 e F. Bruto da Costa e R. Bravo, *Spam e mail bomb*, 2005, p. 17. Menos compreensível é a proposta destes últimos autores de considerarem o spam como acesso ilegítimo punível nos termos do artº 7º da citada Lei (idem, p. 26 e 33), porque se trata de mensagens enviadas em redes públicas onde a “autorização” para o acesso é compreendida no serviço de correio electrónico. Questão diferente é se o acesso cumpre os termos da “autorização”.

o tipo que se consubstancia na execução de telefonemas para a habitação com “intenção de perturbar a vida privada, a paz e o sossego de outra pessoa”.

Como se antevê pela epígrafe do art.º 190º do CP de Portugal e 182º do CP de Macau – “Violação de domicílio” – o que está aqui em causa é a protecção do direito ao sossego na habitação, excluindo qualquer extrapolação desse direito para situações de mobilidade, não obstante esta ser a característica mais marcante das comunicações actuais.

Tanto é assim que já no artº 187º do CPP de Portugal e 172º do CPP de Macau se prevê o telefone, fixo ou móvel, como meio de violação de perturbação da paz e sossego, mas também de injúria, de ameaça ou de coacção, nestes casos, não restrito a situações fixas. Aliás, não se vê porque deve merecer maior protecção a perturbação da pessoa dentro da habitação, quando os dispositivos de comunicação que possibilitam essa intromissão a acompanham permanentemente.

Já fora do âmbito penal, a eliminação da apresentação da linha chamadora tendo em vista a determinação da origem de chamadas “mal intencionadas ou incomodativas”, é um segundo momento de salvaguarda do direito à não comunicação, sem prejuízo de actuar como garantia de outros direitos fundamentais.

Em Portugal, conforme estipula o n.º 1 do art.º 10 da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, as empresas que oferecem redes ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público devem, quando tal for compatível com os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade, anular por um período de tempo não superior a 30 dias a eliminação da apresentação da linha chamadora, a pedido, feito por escrito e devidamente fundamentado, de um assinante que pretenda determinar a origem de chamadas não identificadas perturbadoras da paz familiar ou da intimidade da vida privada. Adicionalmente, o número de telefone dos assinantes chamadores que tenham eliminado a identificação da linha é registado e comunicado ao assinante chamado. A anulação da eliminação da apresentação da linha chamadora deve ser precedida de parecer obrigatório por parte da Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd). O operador está obrigado a informar previamente o titular dos dados sobre a transmissão dos mesmos, nos termos do n.º 4 da referida disposição, que é omissa quanto ao que sucederá se o titular se opuser.

O que nos coloca algumas reservas sobre a adequação constitucional desta disposição é a faculdade do operador emitir juízos sobre o que podem ser consideradas “chamadas não identificadas perturbadoras da paz familiar ou da intimidade da vida privada” ou avaliar o incómodo e a dimensão do assédio. Estando em causa direitos fundamentais, de um lado a protecção de dados e do outro o direito ao sossego, não cremos que o juízo sobre o conflito possa ser deixado, em exclusivo, ao critério do operador de telecomunicações, mesmo sob

pedido de uma das partes da relação comunicativa.

O parecer da CNPD também parece deslocado porque a avaliação não incide sobre os dados pessoais mas sobre a paz familiar e a intimidade da vida privada. O operador ou prestador do serviço deveria limitar-se, avaliado o fundamento do pedido de eliminação, a anotar e a guardar o número chamador, cujo acesso se deveria processar por via judicial. O argumento da morosidade desta via não deverá ser razão para se desvirtuar todo o sistema de Direito, antes o deveria incentivar na reforma no sentido da sua flexibilização, porventura introduzindo mecanismos de comunicação “em linha” com o Tribunal.

Uma terceira tutela, eminentemente preventiva, é conferida pelo direito à protecção de dados pessoais, garantindo-se que o titular se possa opor, “a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito [...], ou de ser informado, antes de os dados pessoais serem comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de marketing directo ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem despesas, a tais comunicações ou utilizações.” Assim, o artº 12º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, (Lei de Protecção de Dados Pessoais – LPDP), em Portugal, e a Lei n.º 8/2005, em Macau, institui que, no caso de endereços de correio electrónico colectados por empresas directamente junto dos consumidores com a finalidade de enviarem publicidade, o titular dos dados deve ter a oportunidade de expressar o seu consentimento no momento da recolha dos dados, assim como, num momento posterior, deve ter o direito a objectar à continuação da sua utilização para aquele fim (Opinião 1/2000, do Grupo de Trabalho do Artº 29º).

Esta disposição merece três reparos:

Em primeiro lugar, a referida disposição tem aqui um efeito mais pedagógico, do que propriamente regulamentar. Como é sabido, esta protecção tem-se revelado absolutamente inócua face à internacionalização das empresas que tratam os dados, bem como face às técnicas utilizadas que permitem camuflar a identidade do responsável.

Em segundo lugar, não se vê porque é que o tratamento de dados pessoais para fins de *spam* há-de ser diferente do restante regime de protecção de dados. E não me parece que seja. As empresas de *spam*, enquanto responsáveis pelo tratamento de dados, sujeitam-se plenamente ao disposto na LPDP.

Em terceiro lugar, o direito de *opt out* é absolutamente incongruente com o regime de protecção contra o *spam*. Como veremos este é um regime que se baseia no *opt-in* (só se pode receber mensagens com autorização).

A protecção dispensada ao titular dos dados, agora investido na qualidade de destinatário de comunicações, não se fica por aqui.

Com efeito, as comunicações não solicitadas, independentemente da localização do receptor e dos meios de comunicação utilizados, podem ser

avaliadas por duas vias concorrentes: numa perspectiva, como dissemos, pode-se questionar a sua licitude na medida em que envolvem o tratamento de dados pessoais, em especial no momento da recolha, sendo de difícil aceitação a sua licitude e, noutra perspectiva, pode-se avaliar, no momento da recepção das comunicações, a sua adequação a outros direitos ou interesses, nomeadamente, a reserva da intimidade da vida privada, o direito ao sossego, a protecção dos interesses económicos dos consumidores ou o direito de propriedade¹².

Por esta razão, cremos justificar-se perfeitamente a autonomização da abordagem das mensagens não solicitadas (ou *spam*) face à protecção de dados e falarmos de uma quarta dimensão garantística do direito à não comunicação. Esta autonomia conceptual e legislativa é evidente nos termos utilizados pela al. b) do citado artº 12º, quando estabelece uma clara destrição entre o tratamento e a própria acção de marketing directo. De facto, por um lado, os dados podem ser tratados num momento anterior ao envio das comunicações (recolha de dados, elaboração de listas, etc.) situação em que se justifica a aplicação do artº 12º e, por outro lado, o envio de mensagens para todas as possibilidades de endereços de um determinado servidor pode não exigir a individualização do endereço dos destinatários ou a sua identificação o que exclui, por si, a sujeição ao regime da LPDP, por não se registar sequer um processamento de dados pessoais.

Então como resolveu o legislador europeu o problema do *spam*?

Primeiro, há que identificar os diferentes interesses que se confrontam e que se podem sintetizar em interesses de quem envia as mensagens e em interesses de quem as transporta ou recebe. A regulação do *spam* explana-se, num horizonte mais vasto, na tentativa de conciliação das necessidades distintas ou mesmo antagónicas da Sociedade da Informação, permitindo às empresas utilizar os meios de comunicação electrónica para promoção dos seus produtos e serviços, aspecto que poderá mesmo valer em proveito do consumidor, com a necessidade de protecção dos consumidores na sua reserva de comunicação, colocando-se limites à liberdade de comunicação das empresas e de certas instituições, públicas ou privadas.

Por conseguinte, a problemática não se esgota na mera descrição técnica do *spam* (o envio de mensagens para um conjunto de destinatários), antes remetendo para o domínio da autonomia comunicacional do destinatário face aos

¹² Sobre esta última possibilidade (direito de propriedade) defendida no direito norte-americano vide Pamela Samuelson, *Unsolicited Communications as Trespass?*, 2003. Não reconhecendo a existência de “trespass to personal property” veja-se a sentença do Supremo Tribunal da Califórnia em *Intel Corp. v. Hamidi*, de 30 de Junho de 2003.

fins e conteúdo das mensagens e daí as diferentes alternativas que se colocam no combate ao *spam* – administrativas, penais, civis – de âmbito nacional e internacional¹³.

Portanto, a admissibilidade ou a proibição do *spam* há-de ser o resultado da ponderação dos bens em jogo: entre a liberdade de expressão e a protecção dos interesses económicos, entre a protecção da personalidade (sossego informacional) e o direito à publicidade, entre a iniciativa privada e a protecção dos consumidores, entre o livre acesso às redes e a protecção de dados pessoais.

Em qualquer caso, as restrições resultantes da ponderação destes direitos inscrevem-se no âmbito do art.º 18º da Constituição da República Portuguesa (CRP). A proibição pura e simples do *spam* seria inconstitucional¹⁴.

Neste contexto, a solução do Direito Europeu vertida no art.º 7º da Directiva 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000 (Directiva sobre os aspectos legais dos serviços da Sociedade da Informação, em especial do comércio electrónico) e no art.º 13º da Directiva 2002/58/CE, transposta para a lei nacional através do art.º 22º do DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, sem contudo revogar expressamente a Lei n.º 69/98 nessa parte¹⁵, porque desenvolvida em redor de uma dimensão informacional objectiva, de modo a que o consumidor não seja incomodado em virtude de comunicar em linha, parece-nos a mais adequada a regular os interesses em jogo. Remete para a esfera do destinatário a escolha da recepção de comunicações, ao mesmo tempo que controla certo tipo de conteúdos por

¹³ A dimensão internacional é cada vez mais importante, pois, na sua ausência, as restrições nacionais continuarão a ser contornadas por intermédio de “paraísos legislativos”. Releve-se neste aspecto o ponto 12-d) do Plano de Acção e o ponto 37 da Declaração de Princípios da Cimeira Mundial da Sociedade de Informação, promovida pela ONU, Genebra, 12.12.2003. Igualmente a Agenda de Tunis da Cimeira, adoptada em Novembro de 2005, apela à resolução eficaz dos problemas significativos e crescentes criados pelo *spam* (ponto 41). Igualmente a ter em conta as Linhas de Orientação da OCDE sobre a protecção dos consumidores por práticas comerciais transfronteiriças fraudulentas ou enganadoras, de 2003 e, também da OCDE, o “Anti-spam Law Enforcement Report” (DSTI/CP/ICCP/SPAM(2004)3/FINAL, de 13.05.2005). Em 19 de Abril de 2006, a OCDE adoptou uma recomendação sobre cooperação transfronteiriça na repressão do *spam*.

¹⁴ Assim, Luís Menezes Leitão, A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (Spam), 2003, p. 208.

¹⁵ No direito anterior a protecção variava consoante o meio utilizado. No caso de acções de marketing directo com “aparelhos de chamada automáticos ou de aparelhos de fax”, era necessário o consentimento prévio do assinante chamado – princípio *opt-in* (n.º 1 do art.º 12º da Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro). No caso de serem utilizados outros meios além do telefone e fax (por exemplo correio electrónico), as garantias eram menores, admitindo-se apenas que o assinante se opusesse, gratuitamente, a receber essas comunicações – princípio de *opt-out* (n.º 2 do art.º 12º da Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro).

via da publicidade proibida¹⁶.

Assim, o referido artigo 22º do DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, aborda a questão de dois ângulos: contempla obrigações impostas a quem envia *spam* lícito (medidas preventivas) e um reforço do princípio do consentimento dos destinatários do *spam* (regimes de opção).

Quanto ao primeiro ponto, a lei prevê algumas medidas de ordem preventiva e complementares ao regime de opção, designadamente a obrigação de identificação da pessoa em nome de quem é enviada a comunicação e a obrigação de inclusão em cada comunicação de um endereço e um meio electrónico que permita ao destinatário recusar “futuras comunicações” (n.ºs 5 e 6 do art.º 22º).

É notório que o legislador tem dúvidas sobre a eficácia da disciplina que ele próprio institui, pois a consagração de um princípio de *opt in* tornaria desnecessária a obrigação de identificação do *spam*¹⁷.

Mas se esta é a atitude do legislador nacional, ciente das dificuldades práticas do *opt in*, então poderia ter ido mais longe e prever igualmente a obrigação da indicação de certas palavras na zona do assunto e a possibilidade dos prestadores de serviços de acesso à Internet (ISPs) oferecerem a possibilidade de se apagar a mensagem de correio electrónico, visionando apenas o assunto, sem ter necessariamente que a abrir (carregar). Esta hesitação do legislador reflecte também as dificuldades na construção de regimes diferenciados para as pessoas colectivas e para as pessoas singulares.

Outras medidas poderiam ainda ser pensadas no contexto da cultura de segurança, como a disponibilização de informação aos clientes sobre o nível de segurança oferecido e a obrigação de instalação de filtros por parte dos ISPs de forma a corresponderem aos pedidos dos seus clientes e apenas nesse caso, facultando toda a informação necessária (configuração do filtro, finalidade e opções). O Considerando 30 da Directiva 2000/31/CE refere que nos Estados-Membros que autorizem o *spam* deveriam ser incentivadas e facilitadas iniciativas de colocação de “filtros” por parte das empresas. Esta afirmação revela a situação com a qual se convive internacionalmente: a filtragem de conteúdos existe mas está longe de ser harmonizada¹⁸.

¹⁶ Apenas para se dar um exemplo no âmbito do sector das comunicações electrónicas, a al. c) do n.º 3 do art.º 104º da LCE proíbe a utilização de comunicações comerciais para a promoção de dispositivos ilícitos, isto é, o equipamento ou programa informático concebido ou adaptado para o acesso a um serviço protegido sob forma inteligível sem autorização do prestador do serviço.

¹⁷ A Comissão Europeia reconhece igualmente que as medidas legislativas não são suficientes para resolver o problema do spam (Comunicação da Comissão relativa ao Spam, COM (2004) 28 final, de 22.01.2004). Neste contexto, a Comissão criou um grupo informal - a chamada Contact Network of Spam Authorities (CNSA) -, e pensa implementar diversos projectos ao abrigo do Programa “Safe Internet Plus”, além de continuar a desenvolver acções nos *fora* internacionais.

¹⁸ Sobre a dimensão internacional da filtragem Cfr. “A starting point: legal implications of internet filtering”. [Toronto]: OpenNet Initiative, 2004. <http://www.opennetinitiative.org>

O que parece não ser aceitável é a instalação compulsiva de filtros, pois constituiria uma restrição inadmissível da liberdade de expressão nas suas diversas facetas e faria das empresas censores certificados pelo próprio Estado com “autorização” para violarem a confidencialidade das comunicações. A única excepção que nos parece ser de admitir relaciona-se com a protecção da rede contra ataques de vírus disseminados no *spam*.

Quanto ao segundo ponto a que nos referimos (regime de opção), o legislador consagrou um direito à não recepção deste tipo de mensagens, ao mesmo tempo que acautelou as condições em que esse direito poderia ser exercido:

- Para as pessoas colectivas¹⁹ estabelece-se um princípio de opção negativa, direito de oposição ou *opt-out* (n.º 2 do art.º 22º) – pode-se negar a continuação da recepção.

- Para as pessoas singulares aplica-se um princípio de opção positiva ou *opt-in* (n.º 1 do art.º 22º) – apenas se pode receber as comunicações após consentimento -, o qual deverá ser exercida de modo explícito e prévio.

Houve, neste ponto, a necessidade de se conciliar o disposto na Directiva 2002/58/CE com a Directiva 2000/31/CE, quanto às mensagens enviadas por correio electrónico, porque enquanto esta última impunha aos prestadores de serviços a obrigação de consultarem regulamente listas e respeitarem os registos de opção negativa (“*opt out*”), no que se poderia entender como um princípio de “*opt-out com lista*” (listas negativas), para pessoas singulares. Já a Directiva 2002/58/CE instituiu o “*opt in*” em todos os meios de comunicação, incluindo o correio electrónico.

O que parece certo é que, mesmo na ausência de referência expressa, a

¹⁹ No nosso entendimento devem incluir-se aqui também os trabalhadores e corpos sociais das pessoas colectivas quando agem nessa qualidade. Os telefones e as caixas de correio electrónico (não os n.ºs de telefone e os endereços como dados pessoais) mesmo quando atribuídos em exclusivo a um trabalhador devem ter-se como pertencentes à pessoa colectiva para efeitos do regime de recepção de mensagens não solicitadas. Isto deve ser assim, sobretudo, porque do n.º de telefone ou do endereço de correio electrónico não decorre, por si só, a indicação de que se trata de uma pessoa singular ou colectiva. Essa indicação resulta do registo com o prestador, ou seja, da qualidade de assinante ou da titularidade do servidor. Porém, como por parte do remetente das comunicações não solicitadas se desconhece esta qualidade o problema continuará, caso o legislador não intervenha, no domínio da insegurança jurídica. Poderia ser pensada como solução, a exemplo da Itália e da Suécia, a extensão do regime de *opt in* a todas as comunicações não solicitadas, independentemente do destinatário ser ou não pessoa singular. Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio jurídico da Sociedade de Informação*, 2004, p. 920, defende que em caso de dúvida sobre a qualidade do destinatário “o remetente deve considerá-lo como pertencente a pessoa singular”.

Directiva 2000/31/CE foi revogada, quanto ao “*opt in*” de pessoas singulares em mensagens não solicitadas por correio electrónico, pela Directiva 2002/58/CE.

A Comissão Europeia, embora não reconhecendo esta revogação, sempre admite que “o n.º 2 do art.º 7º da Directiva sobre Comércio Electrónico, aplicável exclusivamente às pessoas singulares, deve agora ser interpretado à luz da Directiva 2002/58” (Primeiro Relatório sobre a Aplicação da Directiva 2000/31/CE, COM (2003) 702, de 21.11.2003). Esta diferença substantiva entre ambas as Directivas suscita um problema de inconstitucionalidade do art.º 22º, já que a lei de autorização legislativa não previa a transposição do art.º 13º da Directiva 2002/58/CE. Esta é uma questão peculiar porque a inconstitucionalidade se baseia no que o legislador disse a mais (a indicação expressa de que estava a transpor o art.º 13º) e não pela matéria objecto da transposição. Quanto a esta estava perfeitamente habilitado²⁰ porque a Lei 7/2004 tinha por objecto a transposição da Directiva 2000/31/CE (Directiva do Comércio Electrónico), que regulava o *spam* das pessoas colectivas segundo um sistema de “*opt-out com lista*” (listas negativas).

Quanto ao âmbito, ambos os regimes de opção legalmente previstos (*opt in* e *opt out*) valem para todas as chamadas não solicitadas para fins de comercialização directa sem intervenção do destinatário, em especial através de aparelhos de chamadas automáticas, aparelhos de fax e de correio electrónico²¹.

Note-se dois pontos muito importantes e que vão contra a percepção comum do que é o *spam*:

As mensagens são qualificadas como *spam* independentemente da quantidade enviada (uma ou milhões) e independentemente do meio utilizado (independente da intervenção do destinatário), desde que o tipo de comunicação e o conteúdo possam ser subsumidos à denominação de marketing directo.

De modo que a avaliação do tipo de mensagem, para efeitos do art.º 22º, é feita na perspectiva do receptor e não do emissor²².

²⁰ Defendendo a inconstitucionalidade, Manuel Lopes Rocha, et. al., Guia da lei do comércio electrónico, 2004, p. 21, e Pedro Simões Dias, O datado, o laxismo, a desadequação da fórmula: um céptico na visita a alguns temas da cyberlaw, apresentação de powerpoint na Ciberlaw-2004, Lisboa, 11 de Maio de 2004, que se refere a um “problema de deslegitimação do padrão constitucional”.

²¹ Defendendo o sistema de *opt out* para o correio electrónico cfr. Celso António Serra, Publicidade ilícita e abusiva na Internet, 2003, p. 551.

²² A validação do *spam* pelo lado do emissor exige uma distinção entre o remetente da mensagem (o que identifica o destinatário) e terceiros que adicionem conteúdo à mensagem enviada. Pode dar-se o caso da mensagem enviada não incluir marketing directo, mas o prestador que oferece o serviço de correio electrónico adicioná-lo automaticamente.

Na qualificação do receptor deve ser privilegiada uma interpretação o mais aberta possível. A utilização do termo “destinatário”, seguida pela legislador nacional (artº 22º) em vez de “subscritor” ou “utilizador”, conforme resultaria da simples transposição da Directiva 2002/58/CE, facilita em muito a aplicação do artº 22º. Temos, quanto a nós, que nenhuma razão justifica um diferente tratamento dos subscritores e dos utilizadores, pois essa qualidade em nada importa à salvaguarda que a lei pretende conferir, pretende, isso sim, distinguir uma diferente protecção consoante se trate de pessoas colectivas e de pessoas singulares como se pode depreender do Considerando 12²³.

A simplicidade do regime de opção (*opt in* e *opt out*) esconde, infelizmente, um conjunto de dificuldades que se colocam ao intérprete, algumas provenientes do texto original comunitário, outras, da lavra do legislador nacional. Irei apenas referir seis dessas dificuldades²⁴.

A primeira é que a redacção do artº 22º, abrangendo todas as mensagens sem intervenção do destinatário torna, à primeira vista, despicienda a enumeração exemplificativa, passando a construção do regime a assentar na forma como as mensagens são enviadas e recebidas, abrangendo todo e qualquer meio, e não no seu aspecto tecnológico.

Em segundo lugar, o legislador nacional deixou em aberto o preenchimento do conceito de “correio electrónico”, porque não incluiu a definição deste na Lei 7/2004, apesar de constar da Directiva 2002/58/CE²⁵. Este aspecto é muito importante porque correio electrónico, para o Direito Comunitário, não é apenas o serviço a que acedemos no Outlook da Microsoft, isto é, correio electrónico não designa só o serviço de envio e recepção de mensagens electrónicas via Internet, mas sim qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através

²³ Em contrário do defendido no texto, o Relatório do IViR (“Regulating Spam: Directive 2002/58 and beyond”, 2004, p. 36) admite que a lacuna quanto aos utilizadores (não subscritores), tal como os restantes membros da família do subscritor, imporia menor protecção, sendo-lhes aplicável um regime de *opt-out* ou, quanto muito, poderiam beneficiar do *opt in* suavizado no contexto de uma relação comercial.

²⁴ Há ainda outros aspectos menos positivos da regulação do *spam* em Portugal que nos absteremos de comentar aqui por falta de tempo. Só para as enunciar: desadequação com outros diplomas legais e a atribuição contraditória das mesmas competências a entidades distintas, a que não é alheia a circunstância de se considerar erradamente que a competência sancionatória está dividida entre a CNPD, para as pessoas singulares, e a ANACOM, para as pessoas colectivas.

²⁵ Uma solução seria entender-se que a definição de correio electrónico teria sido recebida em bloco, atento o facto do artº 1º do DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro referenciar a transposição do artº 13º da Directiva 2002/58/CE. A Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto não contempla a definição de “correio electrónico”.

de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário a recolher, incluindo portanto o SMS (alínea h) do art.º 2º e Considerando 40 da Directiva 2002/58/CE). É uma definição que acompanha os sinais dos tempos. A integração de aplicações obrigará a uma reformulação do próprio conceito de plataformas no sentido de promover a integração dos conceitos, por exemplo, entre o SMS e o correio electrónico. Criticamente não se pode deixar de apontar que aquela definição entende o correio electrónico como meio e não como mensagem e deve ser a esta luz que se deve interpretar o art.º 22º, do DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro. O que tipicamente define o correio electrónico para efeitos de spam será a circunstância de se tratar de uma comunicação entre partes determinadas e a mensagem ser enviada/recebida sem a intervenção simultânea do remetente e do destinatário. O que não equivale a dizer que se deva estender o *opt in* a todas as mensagens recebidas sem intervenção do destinatário.

A terceira dificuldade prende-se com o facto da redacção do n.º 1, definir o âmbito da regulação das mensagens não solicitadas de um modo que nos parece excessivamente mais lato do que resultaria do art.º 13º da Directiva de 2002. Uma vez que a recepção de uma chamada telefónica não exige nem mais nem menos intervenção do seu destinatário do que uma mensagem de correio electrónico, é possível integrar-se na previsão do n.º 1 do artº 22º as chamadas manuais (marcação por operador embora conteúdo possa ser pré-gravado). Note-se que, ao contrário do texto da Directiva, a lei nacional limita a previsão do artigo à finalidade das mensagens mas já não aos meios de comunicação, limitando-se a designar exemplificativamente alguns deles (“nomeadamente”).

A Directiva aplica-se apenas aos meios de comunicação (sistemas de chamada automáticos, fax e correio electrónico), estabelecendo taxativamente que só se aplica a estes meios. Quanto aos restantes, será a lei nacional a determinar a respectiva regulação. Quais os meios não previstos pela Directiva? Não sendo exaustivos, incluem-se aqui, pelo menos, as chamadas não automáticas (as que são feitas por operador).

Ora, o legislador nacional não só não seguiu o texto comunitário como acabou, inexplicavelmente, por reforçar o regime anteriormente existente quanto às tais chamadas manuais por operador. Antes o n.º 2 do art.º 12 da Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro, estabelecia o *opt out* para estes sistemas de chamadas por operador, agora o artº 22 estabelece um regime de *opt in*.

Provavelmente o legislador disse mais do que queria dizer. A integração das mensagens não automáticas lado a lado com os sistemas automáticos, o fax e



o correio electrónico²⁶ é, quanto a nós, excessiva, porquanto os sistemas manuais são bastante limitativos em termos de universo de destinatários e dos custos que impendem sobre a empresa, só se justificando em situações publicitárias excepcionais, por exemplo, para o lançamento de novos serviços, cabendo essa restrição dentro dos limites admitidos pelo art.º 18º da CRP. Além disso, faria vigorar para o mundo digital um princípio distinto daquele que existe no mundo analógico.

Então como solucionar o excesso do legislador?

Quanto a nós deve-se entender que o consentimento para que o número de telefone conste de uma lista telefónica pública afasta a protecção do *opt in* do “marketing manual”. Ou seja, os subscritores ao autorizarem que o seu número de telefone conste de uma lista, estão com isso a consentir receberem chamadas independentemente do conteúdo. Os excessos são protegidos pela tutela penal do direito ao sossego.

Além disso, cremos que não entram na disciplina do artº 22º as mensagens enviadas por meios de comunicações electrónicas, que não se dirijam a utilizadores ou assinantes identificados, ou seja, as comunicações que não ocorram entre um número finito de partes. É o que resulta do termo “directo” no sentido de “pessoal” ao adjectivar o marketing e também o que resulta da própria definição de “comunicação”. Nos termos da al. d) do art.º 2º da Directiva 2002/58/CE “comunicação” é “qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes, através de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível, excluindo 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”.

Por outro lado, embora o objecto da norma seja restrito às comunicações entre um número finito de partes em linha, ainda assim, porque o artº 22º fala em mensagens “sem intervenção do destinatário”, abarcaria as mensagens publicitárias não desejadas geradas automaticamente pelo acesso a um site na Internet, os chamados pop-ups²⁷. Também aqui existe, tal como no correio electrónico, um endereço IP específico

²⁶ A expressão na lei portuguesa “cuja recepção seja independente de intervenção do destinatário” adquire um novo sentido porque, ao contrário do texto da Directiva, a lei portuguesa limita a previsão do artigo à finalidade das mensagens mas já não aos meios de comunicação, limitando-se a designar exemplificativamente alguns deles (“nomeadamente”). Defendendo já antes do DL n.º 7/2004 a abertura do princípio de *opt in* a situações sem mecanismos automáticos de marcação de telefone, vide Paulo Mota Pinto, Publicidade domiciliária não desejada, 1998, p. 289.

²⁷ O Relatório do IViR, “Regulating spam: Directive 2002/58 and beyond, 2004, p. 67, não hesita em considerar os pop-ups como spam, submetendo-os, todavia, a um regime de *opt out*, partindo do pressuposto que os Estados Membros têm a obrigação de providenciar algum nível de protecção

associado ao destinatário e um número finito de partes. Só que, deste modo, toda e qualquer mensagem publicitária, assim total ou parcialmente considerada, não solicitada pelo destinatário, enviada por meios electrónicos, em especial se fizessem uso de um endereço IP permanente, teria que se submeter a um regime de *opt in*, inviabilizando o funcionamento normal da grande maioria das comunicações actuais.

Pensamos que os *pop-ups* ou mensagens semelhantes estão fora do âmbito do regime das comunicações não solicitadas (*opt in* ou *opt out*) por duas ordens de razão. Desde logo, porque este tipo de mensagens não se integra no conceito de tipicidade que o legislador teve em mente ao referir-se expressamente ao correio electrónico, aos aparelhos de chamada automática e aparelhos de telecópia (n.º 1 do art.º 22º), todo eles vocacionados em primeira linha para as comunicações pessoais e não para as comunicações abertas como as da grande maioria de acesso às páginas de Internet e para as conversas em chats (não pessoais). Por outro lado, não cremos que se possam integrar essas comunicações no conceito subjacente à Directiva 2002/58/CE, não sendo informação que possa ser relacionada com o assinante ou utilizador identificável que recebe a informação.

Uma quarta nota crítica tem a ver com a definição de “marketing directo” seguido pela lei portuguesa, na medida em que coloca, para além da inconsistência na utilização do *nomen iuris*, problemas na delimitação do âmbito do princípio de *opt-in*.

Há, desde logo, uma verborreia de designações ao longo dos 8 números do art.º 22º e no art.º 23º onde são utilizadas designações como “comunicações não solicitadas” (epígrafe e n.º 6), “mensagens para fins de marketing directo (n.º 1), “publicidade não solicitada” ou “comunicações publicitárias não solicitadas” (n.º 3 e n.º 7) e “comunicações publicitárias à distância por via electrónica” (n.º 1 do art.º 23º). Podíamos ter como explicação para tal leque terminológico que o legislador considerou basicamente dois tipos de comunicações não solicitadas consoante se referissem a publicidade em rede, de que falámos nos parágrafos precedentes, e a marketing directo. Isto porque no art.º 20º se procede, por via negativa, a uma definição de mensagem publicitária em rede (diz-se o que não é) e a epígrafe Capítulo IV, onde também se integra o art.º 22º, distingue entre “comunicações publicitárias em rede” e “marketing directo”. O legislador ganharia em ter sido mais claro porque numa primeira leitura é fácil inserir e confundir o “marketing directo” na “publicidade em rede”, sendo verdade que em ambos os casos se tratam de “comunicações...por via electrónica”.

Mesmo não tendo em consideração as designações legais, deparamo-nos com um problema de compatibilização entre o previsto na Directiva 2002/58/CE e na Directiva 2000/31/CE que foi resolvido, quanto a nós erradamente, pelo legislador nacional. De um lado temos as comunicações comerciais “que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade de informação” (art.º 6º da Directiva 2000/31/CE) e, de outro lado, a comunicação comercial não solicitada enviada por meios de comunicação electrónica (art.º 7º da Directiva 2000/31/CE e art.º 13º da Directiva 2002/58/CE).



Um e outro aspecto beneficiariam com uma mais rigorosa autonomização²⁸, mas, mesmo na dúvida sobre as suas intercepções, tendemos para interpretar o art.º 22º do DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, como incluindo sob a designação de “marketing directo” não só as mensagens com fins de venda de bens e serviços mas também quaisquer mensagens não solicitadas, incluindo, entre outras, as mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições²⁹ (que são excluídas como comunicação publicitária em rede pela alínea b) do art.º 20º do DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, ao contrário do que resultaria da aplicação do Código da Publicidade). De resto, a interpretação útil da designação “marketing directo” escolhida pelo legislador nacional, no lugar de “comercialização directa” utilizada na Directiva 2002/58/CE, não que esta permitisse outra interpretação³⁰, parece indicar a intenção de se incluírem ali as comunicações não estritamente

contra o spam. Igualmente Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio jurídico da Sociedade da Informação*, p. 125, considera que “actualmente o spam estende-se igualmente à utilização dos programas “Mensageiros” (MSN Messenger, Windows Messenger, etc.) com inserção de janelas sobre o ambiente de trabalho dos utilizadores”.

²⁸ Refira-se que a Directiva 98/48/CE (Anexo V, 2-f) e, na sua sequência, o próprio DL n.º 58/2000, de 18 de Abril (al. vii do anexo I) exclui expressamente o “marketing directo por telefone ou telecópia” do âmbito de regulação dos serviços da sociedade de informação.

²⁹ O mesmo parece defender Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio jurídico da Sociedade da Informação*, 2004, p. 918, quando afirma que “uma associação civil, fundação, instituição de solidariedade social, um partido político ou um particular podem ser alvo da imputação da violação do dispositivo [artº 22º], desde que a mensagem seja remetida para fins de marketing directo, ainda que não tenha um fim comercial”.

³⁰ Neste particular, não se nos afigura negativa a opção da Directiva ao preferir “comercialização directa” a “marketing directo”. Marketing (aceitável também mercadologia) refere-se sempre a uma estratégia comercial, daí ser possível a utilização do termo “comercialização”, pois este é um dos actos em que se expressa essa estratégia. O que queremos frisar é que, dada a equivalência semântica de marketing e de comercialização, não será pela escolha de um ou de outro termo que se chegará a uma diferenciação de âmbito atribuindo ao marketing um sentido mais amplo (incluindo comunicações não comerciais) e à comercialização um sentido mais estrito (incluindo apenas comunicações comerciais), se bem que aceitemos que tenha sido essa a motivação do legislador. Na realidade, melhor teria sido se o legislador utilizasse o termo “publicidade”, conforme resulta do Código da Publicidade e da Lei n.º 6/99, incluindo claramente a comercialização ou alienação de quaisquer bens ou serviços ou a promoção de ideias, princípios, iniciativas ou instituições. O art.º 12º da LPDP utiliza também expressão aceitável, porque mais ampla, quando se diz aplicável ao “marketing directo ou qualquer outra forma de prospecção”. Tenha-se, por fim, em conta a definição de comunicação comercial do n.º 12 do art.º 4º da Directiva 2006/123/CE, de 12.12.06, relativa aos serviços no mercado interno, que inclui “qualquer forma de comunicação destinada a promover, directa ou indirectamente, bens, serviços ou a imagem de uma empresa, de uma organização ou de uma pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma actividade comercial, industrial ou artesanal.” (sublinhado nosso).

A CNPD, nos “Princípios gerais aplicáveis ao marketing político no âmbito das comunicações electrónicas”, adoptados em 20 de Setembro de 2005, defende ao contrário de nós que o legislador concebeu o “Marketing Directo como um conceito distinto do conceito da comercialização directa”.

comerciais, as quais, para o efeito, podem ter repercussões tão negativas quanto as estritamente comerciais.

Caso fosse outra a interpretação (exclusão das mensagens não comerciais) ficaria por saber qual o princípio que vigoraria para as mensagens de cariz político ou religioso: *opt in*, *opt out* ou obrigação de receber as mensagens, por mais perniciosas que fossem? Teria então que se recorrer à LPDP (al. b) do artº 12º quando fala em “qualquer outra forma de prospecção”), o que é paradoxal quando se está perante legislação que quis regular unitariamente a questão. Além disso, parece pouco proporcional a distinção entre o princípio de *opt in* para as mensagens de marketing e um eventual *opt out* para as restantes mensagens não desejadas.

A inclusão destas mensagens é aliás reconhecida no Considerando 30 da Directiva 95/46/CE, indicando que os Estados Membros podem precisar as condições em que a comunicação a terceiros de dados pessoais pode ser efectuada para fins de mala directa ou de prospecção feita por uma instituição de solidariedade social ou outras associações ou fundações, por exemplo de carácter político, desde que respeitem as disposições que permitem à pessoa em causa opor-se, sem necessidade de indicar o seu fundamento ou de suportar quaisquer encargos, ao tratamento dos dados que lhe dizem respeito. Esta ideia é reafirmada, se bem que em termos não coincidentes, pelo Considerando 44 da Directiva 2002/58/CE. A diferença consiste no facto do Considerando 44 excluir do conceito de marketing directo as mensagens das organizações políticas que expressem pontos de vista, ideias ou pensamentos. A razão subjacente que protege mais fortemente, caso tivesse assim sido transposta para o direito nacional, a liberdade de constituição de partidos políticos e a liberdade de expressão do que algumas acções auxiliares dessa liberdade como a recolha de fundos, a angariação de novos membros ou a promoção de iniciativas partidárias (manifestações, reuniões, etc.). A verdade é que, na prática, não apenas se irão registar diferenças nas leis de transposição³¹, como, por outro lado, será muito difícil verificar-se se uma mensagem tem por objectivo difundir ideias ou apelar à participação partidária e cívica.

³¹ A Comissão considera ser este um caso que suscita questões de harmonização de interpretação. Cfr. Documento COCOM03-33, apresentado no Comité das Comunicações em 2003 intitulado “Practical follow-up to the opt-in approach regarding unsolicited electronic mail for direct marketing as included in Directive 2002/58/EC”. Vide ainda Opinião n.º 5/2004 do Grupo de Trabalho do artº 29º onde se chama a atenção para o facto deste grupo ter aprovado o Código de Conduta da FEDMA (Federation of European Direct Marketing) contendo uma definição mais ampla (“any advertising or marketing material which is directed to particular individuals”). Em versão anterior deste código de conduta as comunicações comerciais eram definidas, seguindo o Livro Verde da Comissão (COM (96) 192 final, de 08.05.96, como incluindo “all types of promotional communications for products or services, covering advertising, direct marketing and sales promotion.” O Can Spam Act dos EUA define a mensagem comercial como toda e qualquer mensagem cujo principal propósito seja o anúncio ou promoção de um produto ou serviço.

O previsto no n.º 3 do art.º 22º merece-nos um outro comentário. Esta disposição aborda o envio de mensagens não solicitadas no contexto das relações clientes-empresa relativamente aos mesmos produtos ou serviços que foram objecto de transacções anteriores, ou análogos. Atento o elemento histórico (proposta do Parlamento Europeu) e inserção sistemática (distinta do n.º 1 do art.º 22º e iniciando-se por “É também permitido...” referenciando desse modo o n.º 2 onde se prevê o *opt-out*), esta disposição poderia ser interpretada no sentido de consagrar uma excepção ao n.º 1, um princípio *opt-in suavizado* ou mesmo de *opt out*, ou seja, só após a mensagem recebida seria lícito negarem-se futuras recepções³².

Não pensamos que assim seja. Uma leitura atenta do n.º 3 do artº 22º leva-nos a concluir que também aqui vale plenamente e sem reservas o princípio de *opt in* que o n.º 1 daquela disposição consagra, pois se é oferecida explicitamente a possibilidade do destinatário recusar o envio dessa publicidade, então é porque esta ainda não foi enviada. O consentimento é, desta forma, exigido anteriormente a qualquer comunicação tal qual resulta do princípio de *opt in* contemplado no n.º 1 do art.º 22º (não diz que se trata de futuras comunicações). Só é permitido o envio de mensagens não solicitadas (existindo ou não relação contratual anterior) caso o destinatário nisso tenha consentido. Não existe qualquer excepção. A única diferença consiste na possibilidade da oferta da recusa exigir a manifestação de uma vontade negativa, ao passo que no *opt in* normal essa manifestação de vontade teria que ser positiva.

Diga-se, em abono da verdade, que o n.º 1 (e o 2) e o n.º 3 do artº 22 não se colocam no mesmo plano. O n.º 1 atenta ao exercício do consentimento por referência ao momento da recepção das comunicações não solicitadas (antes será “*opt in*”, depois será “*opt out*”), enquanto o n.º 3 afere a manifestação de vontade no momento da transacção realizada, possibilitando a aceitação ou rejeição para futuras comunicações. Por isso, o n.º 3 acaba por beneficiar as empresas porque oferece ao consumidor uma possibilidade de optar “por ocasião da transacção realizada” (a falta de recusa vale como aceitação e apenas nessa parte se pode designar como um “*opt in*” suavizado), que, de outro modo, ele provavelmente não se incomodaria a efectivar.

Infelizmente, o legislador nacional ficou uma vez mais aquém da protecção que era concedida aos consumidores pelo direito comunitário, já que o citado n.º 3 do art.º 22º não contempla a obrigação daquelas empresas oferecerem aos seus clientes a possibilidade de recusarem futuras comunicações por ocasião de cada mensagem recebida, quando o cliente não tenha inicialmente recusado essa

³² No Parecer 13/2003 da CNPD entende-se esta disposição no sentido de que o “consentimento prévio pode ser dispensado”.



utilização (n.º 2 do art.º art.º 13º *in fine* da Directiva 2002/58/EC), sendo certo que o cliente o pode fazer a todo o tempo mas por sua iniciativa.

Embora esta seja a interpretação que propugnamos, há que relevar que, uma vez mais, o legislador português resolveu inovar relativamente ao texto comunitário.

Primeiro, a lei de transposição não respeitou nem o conteúdo nem a inserção sistemática do n.º 2 do art.º 13º da Directiva 2002/58/CE que pretendia transpor. Enquanto o n.º 2 do art.º 13º da Directiva se liga ao n.º 1 que prevê o “opt in” (“2. Sem prejuízo do n.º 1,...”), a lei nacional relaciona as comunicações no contexto de uma relação comercial em particular com o n.º 2 do art.º 22º (“É também permitido...” o qual respeita ao *opt out* das pessoas colectivas).

Em segundo lugar, ainda no âmbito do n.º 3 do art.º 22º, importa notar que o DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, vai para além da Directiva 2002/58/CE, estendendo o hipotético “opt in suavizado” não apenas ao correio electrónico mas a todos os meios de comunicação electrónica, uma opção que parece ser de aplaudir atenta a orientação de neutralidade tecnológica que deve presidir à regulação destas matérias.

Por fim, a Directiva 2002/58/CE está redigida numa perspectiva de protecção de dados, pelo que o objecto do consentimento são as “coordenadas electrónicas de contacto”, enquanto a nossa lei de transposição segue uma via de regulação do comércio electrónico, ou seja, o consentimento dirige-se ao próprio envio das comunicações.

Esta crítica estende-se, aliás, a todo o art.º 22º. Com efeito, enquanto que para a Directiva 2002/58/CE o consentimento (*opt in*) tem como objecto os dados pessoais (com a designação de “coordenadas electrónicas de contacto”) e só indirectamente a preferência sobre a recepção ou não de comunicações não solicitadas, o DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, evita a referência aos dados pessoais e prefere colocar como objecto primacial do consentimento a recepção daquelas comunicações.

Esta opção do legislador nacional não é censurável em si, muito pelo contrário, mas peca por cortar radicalmente o regime das comunicações não solicitadas do regime de utilização de dados pessoais no contexto daquele tipo de comunicações. Pensamos mesmo que o legislador ficou aquém do que era exigido pela Directiva 2002/58/CE, sobretudo o Considerando 10 e o n.º 2 do artº 1º quando referem explicitamente que o consentimento para efeitos de *spam* corresponde ao consentimento exigido nos termos da Directiva Quadro da Protecção de Dados (al. f).

Ainda assim, cremos que se poderá entender, por analogia (o consentimento quanto ao tratamento deve valer em termos semelhantes para o consentimento à recepção de comunicações), que o consentimento deve ser exercido nos termos



dos art.ºs 12º e 3º da LPDP – consentimento livre, específico, informado, além de prévio (Considerando 40 da Directiva 2002/58/CE³³), a que se pode acrescentar “a qualquer momento [...] sem ónus e independentemente de justa causa” (nº 4 do artº 22º do DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro).

Além disso, o consentimento tem que ser rodeado dos restantes deveres que incumbem ao responsável pelo tratamento como a indicação dos fins (que bens e serviços serão objecto das mensagens) ou a indicação da possibilidade de utilização por terceiros. Esta interpretação é ainda confortada pelo facto da Directiva 2000/31/CE fazer referência no seu art.º 7º a outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, podendo, também por essa via, considerar-se que há lugar a uma remissão para os requisitos relacionados com a protecção de dados, obrigando as empresas de marketing ao seu respeito. Isto é tanto mais importante quanto se sabe que, na prática, o consentimento para a recepção de *spam* poderá ser simultâneo com o consentimento para efeito de tratamento de dados para outros fins.

Se bem que os termos do consentimento para o *spam* sejam em tudo semelhantes aos do consentimento para efeitos de tratamento de dados pessoais, algumas particularidades devem ser registadas. A exigência para que o consentimento seja específico afasta a possibilidade de se considerar válida a resposta a uma mensagem de correio electrónico genérica solicitando-se ao destinatário autorização para receber *spam*. A mensagem deve ser clara e apontar expressamente o responsável e os produtos e serviços a que se refere. A exemplo do tratamento de dados pessoais será válido o consentimento através da marcação de um quadrado ou *metatag* de aceitação desde que a mensagem de solicitação cumpra os demais requisitos (Considerando 17 da Directiva 2002/58/CE). Já não será válido o consentimento que tenha sido dado por envio de uma mensagem em que a resposta de aceitação tenha sido gerada indirectamente ou se o quadrado de aceitação estiver previamente preenchido.

O regime nacional para o *spam* suscita-nos ainda uma sexta e última nota.

Como dissemos supra, a Directiva 2000/31/CE foi revogada, quanto ao “*opt in*” de pessoas singulares em mensagens não solicitadas por correio electrónico, pela Directiva 2002/58/CE. Todavia, julgamos que o legislador nacional não retirou todas as consequências desta revogação, já que o n.º 7 do art.º 22º, do

³³ É verdade que o Considerando 40 exige também que o consentimento seja “explicito”. Os considerandos podem ser um auxiliar precioso na interpretação do articulado, não podem é regular para além do que consta na parte dispositiva como sucederia ao adicionar-se um requisito que não resulta da letra do art.º 13º e que entraria em confronto com o disposto na própria LPDP.



DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, continua a prever a obrigação das entidades que promovam o envio de comunicações não solicitadas de manterem, por si ou por organismos que as representem, listas actualizadas de pessoas que tenham manifestado o desejo de não receber aquele tipo de comunicações. Ora, embora a lei não discrimine, estas listas só fazem sentido no caso de pessoas colectivas, pois apenas para estas vale um princípio de *opt out*. Se para as pessoas singulares se segue um princípio de *opt in* (o consentimento é sempre exigido previamente) as listas (negativas) são pouco atractivas para os consumidores ou, senão mesmo, irrelevantes. E são irrelevantes mesmo para os casos em que, após se ter acedido à recepção, se venha posteriormente a revogar essa intenção. Em rigor, não se trata, nesta circunstância, do exercício de *opt out* mas a revogação do *opt in* anteriormente manifestado.

Porventura, as listas positivas (consumidores que querem receber comunicações) fariam aqui algum sentido, desde que dotadas de mecanismos garantísticos adequados. Através destas listas os consumidores informados podem controlar o processamento dos seus dados pessoais, além de que pode ser vantajoso para o seu titular ver o seu nome incluído contra o pagamento de uma certa quantia ou como contrapartida de outras vantagens. Essencial é que os consumidores estejam cientes de que estariam a facultar os dados pessoais a entidades com as quais não têm necessariamente qualquer relação, potenciando o perigo da sua utilização indevida, e que as listas conferem uma protecção enfraquecida face à manifestação expressa do não consentimento perante o responsável pelo tratamento dos dados por ocasião da sua recolha.

Para finalizar, uma nota sobre Macau.

Em Macau, a protecção dos consumidores face às comunicações não solicitadas rege-se pelo n.º 2 do art.º 12º da Lei n.º 8/2005, a qual copia o também art.º 12º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, de Portugal.

Diz este artigo que o “titular dos dados tem ainda o direito de se opor, a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito previsto pelo responsável pelo tratamento para efeitos de marketing directo ou qualquer outra forma de prospecção comercial, ou de ser informado, antes de os dados pessoais serem comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de marketing directo ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem despesas, a tais comunicações ou utilizações.”

Ou seja, em Macau consagrou-se um direito de “opt out”. Os *spammers* são livres de enviar o *spam* que entenderem até ao momento em que o destinatário se opõe a esse envio. Como já notámos, esta protecção é insuficiente:

Em primeiro lugar, são quase inexistentes os casos em que os *spammers* oferecem uma possibilidade real de se exercer o *opt out*. Normalmente, oferecem

somente essa aparente opção com o intuito de confirmarem se o endereço de correio electrónico está activo.

Em segundo lugar, como é que o consumidor se pode opor a uma mensagem quando não se exige que esta tenha a identificação de quem a envia?

Este comentário sobre o regime do *spam* em Macau, remete-nos para duas ideias em jeito de conclusão:

Primeiro, dizer que o Direito Europeu, embora não perfeito, contém uma dimensão garantística dos direitos fundamentais, nomeadamente do direito ao sossego informacional, inexistente noutros ordenamentos jurídicos. O legislador português não seguiu com rigor a transposição do direito comunitário, mas não será por ausência de mecanismos legais que o *spam* continua a ser um dos principais problemas da nossa vida digital. Os problemas estão a jusante na detecção dos *spammers*.

Segundo, quanto a Macau, já que olhou para o modelo europeu para a recente lei de protecção de dados pessoais, deveria olhar mais atentamente e inspirar-se igualmente em outras iniciativas legislativas como a directiva de protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas. Hoje em dia, protecção de muitos dos direitos pessoais é sobretudo um problema em linha e deve ser aí que se devem criar as condições de uma vida digital segura e, retomando o título da apresentação, “sossegada”.

