

Temas
e Referências

ANTEPROJECTO DE DIPLOMA LEGAL
QUE TRANSPÕE PARA O DIREITO NACIONAL
A DIRECTIVA 2000/31/CE DO PARLAMENTO
EUROPEU E DO CONSELHO, DE 8 DE JUNHO DE 2000

Pelos Dr. Manuel Lopes Rocha e Dr. Pedro Amorim

Relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”), elaborado no âmbito da secção de direito das novas tecnologias de informação e comércio electrónico da Ordem dos Advogados

**Relatório Explicativo do enquadramento jurídico proposto
quanto a sua transposição na ordem jurídica nacional**

1. Em primeiro lugar, seja-nos permitido um comentário sobre os termos em que se vem processando esta matéria entre nós, infelizmente, não muito distantes do que quase sempre se passa. Ao invés de se discutir esta questão com tempo e método, deixa-se passar o prazo para a transposição das directivas, elabora-se, à pressa, um anteprojecto que se coloca à discussão pública quando já lá vai o prazo para a adopção de uma lei na ordem interna, sendo tudo feito de afogadilho com escasso tempo para pensar e debater estes temas. Finalmente, apresenta-se um texto, como aquele que o Ministério da Justiça apresentou para debate no passado dia 28 de Janeiro de 2002, incompleto e desacompanhado dos necessários estudos ou explicações que justifiquem determinadas opções de

política legislativa. Eis uma metodologia que urge rever mas que, uma vez mais infelizmente, vem perdurando por razões que seria fastidioso enumerar mas que são por demais conhecidas.

Todavia, esta seria uma matéria que, pela sua complexidade, mereceria outro tipo de tratamento, como sucedeu noutros Estados-membros. É o caso do Reino Unido onde o DTI (Department of Trade and Industry) colocou à discussão pública um documento em 10 de Agosto de 2001, incorporando opções de política legislativa quanto à referida transposição, discussão, essa, que se concluiu em 2 de Novembro de 2001. É o caso, ainda mais relevante, da Bélgica, onde o CRID (Centre de Recherches Informatique et Droit) da Faculdade de Direito da Universidade de Namur trabalhou em estreita colaboração com o Ministério da Economia daquele país, oferecendo, agora, num livro notável, um estudo magnífico e detalhado sobre todos os ângulos da Directiva, culminando com um anteprojecto de diploma legal transpositivo que, não só influenciou o legislador belga, como, claramente, determinou as opções do legislador do país nosso vizinho nos termos que referiremos (cfr. Mireille Antoine e outros, *Le Commerce Électronique Européen Sur Les Rails? — Analyse et propositions de la mise em oeuvre de la Directive sur le Commerce Électronique*, Bruylant, Bruxelles, 2001).

2. Seja como for, bem andou a Ordem dos Advogados, particularmente a sua Comissão de Legislação, sem esquecer o impulso e o entusiasmo do seu Presidente, Bastonário Júlio de Castro Caldas, na elaboração de um anteprojecto alternativo, acompanhado de competente Relatório Explicativo, no que tange à transposição desta importante e decisiva Directiva. A Ordem tem andado, infelizmente, um tanto arredada desta discussão mas é tempo de nela entrar, com o seu prestígio e a sua autoridade, tanto mais que, quanto mais não fosse, esta Directiva tem uma norma de implicação directa na actividade ou, melhor dizendo, no estatuto do Advogado. Contudo, a Directiva tem uma importância tão grande em sede de Comércio Electrónico e este é tão importante, que a transcendência destas tarefas não se esgotam, obviamente, neste ângulo profissional. Finalmente, as opções aqui plasmadas são-no, sobretudo, numa vertente eminentemente prática, própria

da nossa profissão. Ou seja, as soluções propostas remetem para uma ulterior aplicação efectiva da lei, despojando-a de soluções que podem vir a revelar-se como obstáculos à sua operatividade, quer pelas partes contratuais, quer pelos diversos “actores” nesta sede, incluindo os órgãos judiciais.

3. A primeira questão a dilucidar na nossa tarefa é a de saber como se vai operar a adaptação no direito interno daquele parâmetro comunitário? Qual o modelo a escolher? Que tipo de política legislativa recomendar?

Aqui chegados, a alternativa que, naturalmente, se nos coloca é a de saber como proceder: recomendar a transposição, incluindo-a numa lei “específica” cujo escopo seja precisamente esse ou, ao invés, “espalhar” os conteúdos da directiva pela ordem jurídica, procurando e identificando os instrumentos legais onde acolher as suas normas?

Na verdade, é patente que para muitas das directrizes contidas naquele documento comunitário se pode facilmente identificar o local na ordem jurídica onde poderiam (quicá deveriam) inserir-se. Há, contudo, questões que ocupam transversalmente qualquer ordem jurídica. Saliente-se que a directiva é, também ela, um documento “horizontal” na medida em que os seus comandos não se limitam a uma região do Direito, antes estendem o seu domínio a toda a ordem jurídica. É o que se passa, por exemplo, com a Responsabilidade dos Intermediários na Internet. Por outro lado, há questões novas nesta directiva, matérias que se impõem ao legislador por decorrerem da evolução tecnológica vertiginosa. É o caso, por exemplo, do art. 3.º e da cláusula do mercado interno no que tange a esta nova figura do “fornecedor de serviços” via Internet.

Parece militarem em favor da transposição “concentrada” num único diploma legal, um conjunto mais sólido de razões. Desde logo, uma que se nos afigura premente, ou seja, o tempo. Com efeito, estando já precludido o prazo de transposição da directiva (17 de Janeiro de 2002) e se bem que nem todos os Estados-membros já tenham procedido a tal tarefa, a verdade é que Portugal é, seguramente, um dos mais atrasados neste plano. Assim, pretender agora alterar um conjunto de diplomas legais para incorporar, de forma disseminada, o conjunto de normas da directiva,

parece-nos tarefa muito difícil. Depois, temos um argumento de índole comparatística, a verdade é que todos os Estados-membros estão a transpor a directiva mediante um documento autónomo, ainda que alguns, como o Luxemburgo, aproveitem para nele concentrar a transposição de outras directivas. Por outro lado, é verdade que o tratamento de determinadas matérias de forma disseminada, comprometeria gravemente a coerência da transposição da directiva. Já nos referimos supra à Responsabilidade dos Intermediários mas o mesmo se poderia dizer do art. 3.º da directiva, a denominada “cláusula do mercado interno”. Onde a colocaríamos?

De todo o modo, se propendemos para esta transposição unificada e “horizontal” por contraposição à transposição “éclaté”, também a verdade é que seria inaceitável que, por efeito da transposição, se inserissem ainda mais assimetrias na nossa ordem jurídica logrando fazer beneficiar o “ambiente digital” de determinados meios permitidos nesta nova “lei específica”, denegando-os, por essa opção estanque, a outras áreas de actividade. Adiante abordaremos, com mais detalhe, esta matéria a propósito do art. 18.º (Acções Judiciais) da Directiva.

Finalmente, cumpre recordar que ainda vivemos sob o efeito daquela prática conhecida no jargão juscomunitário de “regulamentarização” das directivas, ou seja, estas deixam de ser um instrumento auxiliar de uma “obrigação de resultado” para os Estados, deixando-lhes alguma maleabilidade criativa, não só na escolha dos meios mas, igualmente, dando-lhes possibilidade de exprimir alguma capacidade de ideação de soluções normativas, para se configurarem quase como “cláusulas de adesão” ou lei-modelo que os Estados se limitam a “copiar” na respectiva ordem jurídica.

Ora, assim sendo, e sobretudo pela complexidade e novidade de que esta directiva se reveste, áreas subsistem em que será muito difícil contornar essa prática algo “seguidista”. Nem sempre isso é assim, mas, no caso vertente, pouca margem têm os Estados para buscarem soluções próprias, autónomas ou criativas. Mas há, apesar de tudo, uma interessante margem em que é possível contribuir-se com algo mais que uma simples cópia dos comandos da directiva e que, a seu tempo, claramente identificaremos (cfr. sobre a problemática do modelo de lei que adopta a directiva, Emmanuel

Crabit, La directive sur le commerce électronique. Le projet "Méditerranée", Revue du Droit de L'Union Européenne, 4/2000, pág. 749 e Étienne Montero, Réflexions de Synthèse-L'Intégration de la Directive sur le Commerce Électronique en Droit Interne, "Le Commerce Électronique...", cit, pág. 31 e segs).

4. Se esta é a opção de fundo quanto ao modelo, em termos muito gerais, de transposição da directiva no nosso ordenamento jurídico, cumpre, agora, focalizar mais a nossa atenção nos enunciados normativos que nos cumpre apresentar. É óbvio que o nosso labor está, condicionado pelos vários ângulos de análise a que supra aludimos, pelo que, tal assunção, desde logo comprime a nossa tarefa. Por outro lado, o facto de serem entretanto conhecidas algumas das experiências legislativas dos Estados-membros que, ou já adoptaram leis de transposição, ou têm o seu processo legislativo interno em fase mais adiantada, constitui, um guia que, de algum modo, também condiciona a nossa actividade. Ao que se sabe, na data fixada na directiva como limite até ao qual os vários Estados deveriam ter incorporado a directiva nas suas ordens jurídicas, apenas a Áustria, a Finlândia, a Alemanha, a Irlanda e o Luxemburgo, o tinham feito. Mas, além destas diplomas, temos ainda disponíveis para análise o Projecto da Espanha que tanta polémica tem desencadeado na Imprensa e nos meios interessados (Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de La Información y de Comercio Electrónico do Ministério de Ciência y Tecnología) e o anteprojecto do Ministério da Justiça e do "Ministere des Affaires Economiques" da Bélgica (Avant-Projet de Loi sur certains aspect juridiques des services de la Société de La Information).

Da análise a que procedemos de todos estes elementos disponíveis, resulta para nós que aquele modelo que julgamos nos deve guiar com maior proximidade é, efectivamente, o anteprojecto belga. Tal documento é praticamente idêntico ao anteprojecto elaborado no CRID e apresentado no citado livro "Le Commerce Électronique Européen sur les rails?" Por outro lado, é também patente a influência do referido anteprojecto no projecto do Ministério da Ciência e Tecnologia do país vizinho. Não nos surpreende que assim seja, pois de há muito que o CRID nos habituou à grande qualidade das suas investigações e dos seus projectos e, no caso

vertente, o anteprojecto que apresentam tem a suportá-lo um impressionante estudo no qual se fundamentam as opções tomadas.

5. O nosso anteprojecto (tal como o “espanhol”, o “belga”, mas também as leis alemã ou austríaca) recupera, em grande medida, os artigos 1.º e 2.º da directiva nos seus artigos 1.º e 2.º.

Estes dois artigos não são daqueles que nos deixem de “consciência tranquila”, uma vez que sabemos bem como são controversos e contestáveis, num plano de política legislativa, ou, até, de estética da lei. Dissertarmos sobre a “funcionalização” do texto legal levar-nos-ia, certamente, muito longe e não é este o local adequado. Efectivamente, começar por dizer numa “norma” que ela é meramente indicativa, de que se trata de transpor uma directiva ou continuar com um artigo 2.º pleno de definições, não é metodologia do nosso agrado. No entanto, muitas das leis de Direito Tecnológico dos nossos dias (cfr., por exemplo, o recente DL n.º 143/2001, de 26 de Abril que transpõe a directiva “contratos à distância”) contêm estes pequenos “dicionários” ou glossários com que se iniciam as leis. É certo que as definições deste tipo, tal como a tecnologia, estão sujeitas a obsolescência e até, aqui e ali, podem ser inúteis. A verdade, porém, é que a estabilidade das leis é algo que hoje é frontalmente posto em causa, não só por que as leis “correm” atrás da tecnologia e esta é mutável, como o próprio modo de fazer leis da União Europeia se presta a este tipo de unificação e, também, à sua revisão frequente.

Se bem que este artigo siga de muito perto a directiva, optamos por, sempre que possível, remeter para as definições pré-existentes na lei nacional.

Uma opção deliberada e que afasta alguns dos problemas que têm surgido no que tange à discussão do anteprojecto espanhol, foi a limitação do âmbito deste anteprojecto aos serviços com carácter comercial, excluindo as páginas Web pessoais sem qualquer intuito comercial. Temos para nós que esta não deve ser uma lei geral da Sociedade da Informação mas, antes, uma lei que regula alguns aspectos do Comércio Electrónico.

6. O art. 3.º recupera, em grande medida, o n.º 3 e n.º 5 do art. 1.º da directiva, “excluindo” o n.º 4, que não só é um número

“programático”, como, até, constitui uma afirmação muito controversa (cfr. Alexandre Cruquenaire, “La Clause de Marche Intérieur: ‘Clef de Voûte’ de la Directive sur le Commerce Électronique”, “Le Commerce Électronique Européen Sur les Rails?”, cit, pág. 41 e seguintes). Aqui se alude ao carácter complementar desta legislação, enfatizando-se a protecção dos consumidores como uma das traves-mestras da directiva, sendo certo que tal nível de protecção pode não ser uniforme, justamente pela cláusula do mercado interno do art. 3.º da directiva, bem como se incluem as excepções ao escopo da directiva.

7. O art. 3.º da directiva é dividido no anteprojecto entre os artigos 4.º, 5.º, 6.º e 7.º, inspirando-se nas opções dos anteprojectos belga e espanhol. A epígrafe “Princípios fundamentais” não é meramente anódina, se dissermos que, na verdade, o art. 3.º da directiva, o tal que contém a cláusula do mercado interno, é provavelmente o mais importante da directiva, o mais complexo e aquele que, se mal utilizado, pode comprometer a livre circulação em sede de comércio electrónico, pondo em causa um dos princípios fundamentais em que repousa o sistema dos tratados.

O primeiro princípio, do art. 4.º, o princípio de não-autorização prévia é, neste contexto, aquele mais fácil de entender, independentemente de estar plasmado no n.º 2 do art. 3.º da directiva. A directiva refere-se, todavia, à possibilidade de os Estados-membros criarem regimes voluntários de acreditação para os prestadores de serviços, um tanto à semelhança do que acontece com as entidades de certificação das assinaturas electrónicas.

Este princípio aparece, depois, algo temperado para atender àqueles casos em que é necessário continuar a permitir exigências que não são específicas da Sociedade da Informação e que, no entanto, são absolutamente necessárias e incontornáveis, como são, por exemplo, as condições de que se rodeia o exercício da profissão de advogado.

Nestes artigos detalha-se, como dissemos, a importante “cláusula de mercado interno”. Não entraremos aqui em maiores detalhes de articulação entre a directiva e a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, assunto exaustivamente

tratado por Alexandre Cruquenaire na citada obra “Le Commerce Électronique Européen sur les rails?”.

Contudo, cumpre chamar a atenção para a consagração do importante princípio da aplicação da lei do país de origem do prestador de serviços ou de estabelecimento, as questões da “fraude” a esse princípio, questão muito tratada na doutrina belga, por exemplo, e a importante questão das derrogações. Embora, esta seja uma matéria herdada da directiva “Televisão sem Fronteiras”, trata-se de uma questão melindrosa, a intervenção do Estado deve ser mitigada e o sistema, tal como se encontra desenhado, obriga a uma intensa colaboração entre os Estados-membros.

Quer no anteprojecto do Ministério da Justiça português, quer no controverso projecto do país vizinho, remete-se o tratamento destas matérias para uma figura supostamente nuclear, a *autoridade de controle*. Depreende-se que seria esta autoridade que teria poderes para implantar ou promover as intromissões na livre prestação de um serviço ditadas por uma das derrogações previstas na lei. Temos dúvidas sobre esta solução. Repare-se que no anteprojecto do nosso Ministério da Justiça nem se diz qual será essa autoridade, se existente, se a criar, e sabe-se o que, quase sempre, implica, no nosso país, a criação de uma estrutura do género. Sabe-se que, em Espanha, as críticas ao projecto do Governo gravitam, sobretudo, à volta da ambiguidade desta “autoridade competente”, da sua natureza administrativa ou judicial (cfr. El País, de 28 de Fevereiro de 2002, pág. 29: *El PSOE pedirá la retirada de la ley de Internet del Gobierno*).

O anteprojecto belga abstém-se de qualquer criação dessa nova figura da “autoridade” e entendemos ser esse o caminho mais prudente, pelo menos nesta fase, até para afastar o espectro de uma qualquer “censura administrativa” (cfr. um interessante caso jurisprudencial de um tribunal de Frankfurt envolvendo já a noção da derrogação relativa à protecção da saúde pública in *The European Legal Fórum*, n.º 8-2000/01, pág. 538 e segs.).

8. Nos artigos 8.º, 9.º e 11.º é patente a permeabilização dos princípios da transparência e do respeito estrito pelos consumidores. Na esteira do anteprojecto belga, o nosso anteprojecto enfatiza o respeito pelos Códigos de Conduta ou Deontológicos, ainda que

o nosso anteprojecto enquadre de forma mais detalhada esta matéria. O facto de se ter pormenorizado estas matérias relativas à transparência na Rede é mais um argumento em favor da criação de uma lei específica como esta que se propõe. De outra forma, onde se deveria colocar esta matéria? Na prática, seria criar pequenas leis particulares o que adensaria ainda mais o carácter repartido e confuso do tratamento destas matérias.

9. O art. 9.º tem a ver com um aspecto de relevante importância para as profissões liberais, ou seja, pretende regular os aspectos da publicidade on-line. Este artigo poderá implicar alterações estatutárias e configura-se como um limite mínimo, sendo certo que esta abertura está limitada, igualmente, pelos deveres deontológicos e profissionais. Seja como for, é recomendado, ainda, a adopção de um Código de Conduta, expressão de auto-regulação e quadro em que estas matérias melhor serão tratadas.

10. O art. 10.º, na transposição da directiva, atendeu ao quadro legal nacional pré-existente para o qual remete.

11. Os artigos 12.º, 13.º e 14.º tratam de uma das mais controversas matérias do Direito da Sociedade da Informação e a opção da directiva vai no sentido de uma composição de interesses, sobretudo após o conhecimento de um sem-número de decisões contraditórias de vários tribunais europeus. De alguma forma, ecoa na solução encontrada para a directiva, aquela que foi encontrada no *Digital Millenium Copyright Act* dos Estados-Unidos da América, ainda que aqui o escopo da lei americana seja menos transversal e focalizado num determinado ramo do Direito. Esta matéria, pela sua delicadeza e controvérsia, é daquelas que reclama uma transposição “automática”, sob pena de se criar uma enorme confusão na Comunidade Europeia, fomentando a criação de verdadeiros “paraísos legislativos” nesta área.

Seja como for, acreditamos que esta matéria possa vir a sofrer uma inflexão “intervencionista” por efeito de instrumentos convencioneis e nacionais como a Convenção Europeia sobre o Cybercrime ou o *US Patriot Act*, embora esta não seja uma questão que já esteja na agenda imediata dos Estados.

12. Neste Capítulo VI plasma-se uma das questões mais transcendentais da directiva mas, também, uma daquelas que mais interesse tem para os práticos do Direito. Justamente o art. 18.º da directiva comina aos Estados a adopção de “acções judiciais” rápidas e destinadas a por termo a alegadas infracções e a evitar prejuízos às partes interessadas.

Se bem que o artigo citado pareça limitar a adopção destas medidas “em relação às actividades de serviços da sociedade da informação”, não vemos razão para que, em sede de transposição da directiva, se limite a inclusão de tais medidas no nosso Direito a tais sectores, tanto mais que, actualmente, delas não dispomos seja em que área for.

Aquilo que imediatamente nos ocorre quando pensamos nestas medidas é o disposto no art. 381.º e seguintes do Código de Processo Civil, os denominados procedimentos cautelares. Sabem bem aqueles que andam nos tribunais até que ponto o actual enquadramento jurídico de tais medidas e, sobretudo, a sua efectivação prática, está longe de obedecer aos requisitos enunciados no art. 18.º da directiva.

Daí que seja absolutamente necessário que o legislador português, de uma vez por todas, encare de frente esta problemática, pois tudo o que seja passar sob silêncio esta questão é, não tenhamos dúvidas, uma “fraude” na transposição da directiva.

Se repararmos no anteprojecto belga, nele se inclui um novo tipo de acção, a “*action en cessation*” que visa responder ao desafio da directiva. Este tipo de acção já consta de vários diplomas avulsos publicados na Bélgica (cfr. Sobre esta matéria, Priscilla DE LOCHT, *Les recours juridictionnels*, in “Le Commerce Électronique Européen sur les rails?”, cit, pág. 363 e segs.).

Esta é uma figura de tipo novo em que o tribunal julga quanto ao fundo num prazo muito curto e por isso se distingue da figura do *référé* mais dirigido a uma decisão “descomprometida” quanto ao fundo, tomada para compelir a, ou impedir, uma determinada conduta e tão-só.

Torna-se curioso reflectir sobre a situação de o anteprojecto do país vizinho “copiar”, em certa medida, o anteprojecto belga e, do mesmo modo, nele incluir uma “acção de cessação”.

Mas há aqui uma outra base legal que deve ser tomada em conta e que aponta no mesmo sentido da criação de acções rápidas e eficazes, ou seja, a Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998 relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores.

Creemos ser conveniente afastar esta técnica de particularizar em cada diploma o conjunto de medidas rápidas e eficazes disponíveis, embora essa seja uma técnica já seguida pelo legislador nacional.

Daí que a nossa proposta seja a de inserir no Código de Processo Civil esta figura ou, no mínimo, inserir algumas características do *référé*, cujo mero ensaio aqui deixamos no artigo correspondente. Trata-se de uma mera hipótese de trabalho, no sentido de acelerar este tipo de processo e de dar resposta ao pretendido com a directiva. Tratou-se de incrustar na correspondente norma do CPC aspectos do *référé*, tal como tratado no art. 484.º do Código de Processo Civil francês. Admitimos, como perfeitamente natural, que haja outras formas ou meios mais expeditos do que este. Repete-se que se trata aqui de um mero contributo.

Repare-se, no entanto, que o projecto belga fixa um prazo de oito dias para uma decisão da “acção de cessação”. Ora, sabe-se que os prazos de decisão dos procedimentos cautelares nos nossos tribunais são bem superiores a este.

13. A questão dos **Códigos de Conduta** que ocupa o Capítulo VII é das matérias inovadoras que a legislação comunitária vem promovendo, nomeadamente nas Directivas de Protecção de Dados Pessoais e, agora, nesta Directiva “Comércio Electrónico”. Parece ser, mesmo, uma das apostas da Comissão da União Europeia. Trata-se, igualmente, de uma área onde é possível alguma criação nacional. Pelo nosso lado, propomos uma norma que combine o incentivo e o apoio na criação desses Códigos de Conduta com a necessidade óbvia de fazer com que tais enunciados normativos sejam adequados ao Direito do Estado e não constituam formas de subversão e derrogação desse Direito. Trata-se de impedir a sua degeneração em verdadeiras subordens feudais em que cada grupo organizado teria as suas normas, as suas sanções, as suas polícias e os seus tribunais. A nossa opção filia-se na lição do Prof. Yves

Poulet, expressa, entre outros, no seu notável artigo *Les diverses techniques de réglementation d'Internet: l'autorégulation et le role du droit étatique*, Revue Ubiquité, N.º 5, Juin 2000.

Na prática trata-se de assegurar que as normas deontológicas obedeam a três parâmetros essenciais: **legitimidade**, no sentido de que sejam os verdadeiros interessados a regularem a sua actividade; **efectividade**, no sentido de as eventuais sanções que contenham sejam apropriadas, não-excessivas e dissuasoras e, finalmente, a **conformidade a norma superior**, seja ela nacional ou internacional, assegurando princípios fundamentais como a autonomia contratual, a concorrência, a responsabilidade, o contraditório, prevenindo o abuso do direito.

14. Finalmente, temos a considerar a questão das sanções a aplicar para determinados comportamentos ilícitos. Em primeiro lugar, cumpre ponderar qual a natureza da sanção a propor. Deve dizer-se que sobre esta questão reina a maior confusão entre nós *maxime* nas normas que transpõem Direito Comunitário. De um lado, temos que na transposição da Directiva Software (91/250/CE, de 14 de Maio) se legislou considerando tipos de ilícito penal, embora com o grave esquecimento de um determinado tipo, esquecimento, esse, que deve ser urgentemente reparado (cfr. Manuel Lopes Rocha/Pedro Cordeiro, *Protecção Jurídica do Software*, Cosmos, Lisboa, 1995, nota ao art. 13.º do DL 252/94, de 20 de Outubro). Por outro lado, para condutas idênticas legislou-se através da tipificação de ilícitos contra-ordenacionais no recente DL n.º 287/2001, de 8 de Novembro (artigos 10.º e 12.º). Temos as maiores dúvidas quanto a esta última opção, sendo certo que aquela estranha opção, até pela gravidade das condutas, pode até implicar a violação do “princípio da assimilação” consagrado na jurisprudência do Tribunal de Justiça e aflorado no art. 20.º da directiva que ora adoptamos. Ou seja, para condutas idênticas, ambas tendo por base normas comunitárias, num caso optou-se pelo ilícito penal, noutro caso já se optou pelo ilícito de mera ordenação social (!)

Seja como for e tudo ponderado, nesta fase propendemos ainda para a tipificação dos ilícitos relativos a esta directiva, como contra-ordenações. Trata-se de uma fase, também ela experimen-

tal, em que não se corre o risco, à primeira vista, de violação do referido princípio da assimilação. Repare-se, todavia, que o anteprojecto belga vai mais longe cominando mesmo sanções penais. Juntou-se uma sanção acessória que nos parece não só eficaz, como até, dissuasória de condutas idênticas no futuro (publicidade). Quanto aos montantes das coimas, não nos pronunciando desde já sobre quais devam ser, a verdade é que não podem ser de molde a “compensar” quem pratica o ilícito ou, até, a repercutir tal sanção nos seus proveitos, anulando o seu efeito.

Lisboa, 6 de Março de 2002.

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

(Objecto)

O presente diploma integra o processo de transposição para a ordem jurídica nacional da Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre o comércio electrónico”).

Artigo 2.º

(Definições)

Para efeitos do presente diploma, os termos e expressões abaixo mencionados tem o significado seguinte:

- a) “Serviços da Sociedade da Informação”: toda a venda de bens ou prestação de serviços efectuada normalmente a título oneroso, à distância, por via electrónica e a pedido individual do destinatário. O conceito de serviço da sociedade de informação compreende também as vendas e serviços não remunerados pelos seus destinatários, na medida

- em que constituam uma actividade económica para o prestador de serviços.
- b) “Prestador de Serviços”: qualquer pessoa, singular ou colectiva, que preste um Serviço da Sociedade da Informação;
 - c) “Prestador de serviços estabelecido”: o prestador que exerça efectivamente um Serviço da Sociedade da Informação em território português, através de uma instalação estável e por um período de tempo indefinido. A mera localização dos meios tecnológicos necessários a prestação ou ao acesso a Serviços da Sociedade da Informação não constitui, por si só, um estabelecimento do prestador;
 - d) “Destinatário do Serviço”: qualquer pessoa, singular ou colectiva, que utilize um Serviço da Sociedade da Informação;
 - e) “Consumidor”: qualquer pessoa a quem se aplique a Lei n.º 6/99 de 27 de Janeiro (regime da defesa dos consumidores) ⁽¹⁾
 - f) “Comunicação comercial”: Qualquer forma de comunicação susceptível de ser enquadrada no conceito constante do numero 4 do artigo 1.º da Lei n.º 6/99 de 27 de Janeiro (regula a publicidade domiciliária por telefone e por telecópia) ⁽²⁾.

(1) “Artigo 2.º — (Definição e âmbito) 1 — Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”

(2) Artigo 1.º — (Objecto e âmbito)

...

4 — Para efeitos da presente lei, considera-se publicidade:

- a) Qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de promover com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços ou promover ideias princípios iniciativas ou instituições;
- b) Qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista na alínea anterior, que tenha por objectivo, directo ou indirecto, promover o fornecimento de bens ou serviços.

Não se consideram comunicações comerciais:

- a informação que permita o mero acesso a actividade da pessoa singular ou colectiva, designadamente um endereço de correio electrónico;
 - as comunicações relativas aos bens, aos serviços ou a imagem das pessoas singulares, inseridas em compilações elaboradas de forma imparcial e sem contrapartidas financeiras;
- g) “Actividade profissional regulamentada”: a actividade profissional nos termos da alínea *d*) do artigo 1.º da Directiva 89/48/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro, relativa a um sistema geral de reconhecimento de diplomas de ensino superior que sancionam formações profissionais com uma duração mínima de três anos, ou da alínea *f*) do artigo 1.º da Directiva 92/5 1/CEE, do Conselho, de 18 de Junho, relativo a um segundo sistema geral de reconhecimento das formações profissionais, que completa a Directiva 89/48/CEE;
- h) “Domínio coordenado”: um nível mínimo de exigências, de natureza geral ou específica, definidas na legislação dos Estados-membros para os Prestadores de Serviços ou para a prossecução da actividade de um Serviço da Sociedade da Informação. O domínio coordenado não abrange as normas relativas aos bens físicos, a sua transacção física, nem aos serviços que não sejam prestados por meios electrónicos.

Artigo 3.º

(Âmbito de aplicação)

1. O presente diploma aplica-se aos Serviços da Sociedade da Informação, sem prejuízo de outras disposições relativas à protecção de dados pessoais, à protecção da saúde pública e a defesa do consumidor.

2. O presente diploma não é aplicável nas seguintes matérias:

- a) À tributação dos Serviços da Sociedade da Informação;

- b) Aos acordos ou práticas regidos por convenções internacionais;
- c) À representação em juízo;
- d) Aos contratos que criam ou transferem direitos sobre bens imóveis;
- e) Aos contratos para os quais a lei exija a intervenção de tribunais, de autoridades públicas ou de profissionais que exercem poderes públicos;
- f) Aos contratos em matéria de Direito da Família e das Sucessões.
- g) Aos jogos de fortuna ou azar e outros jogos ou concursos com prémios em dinheiro.

CAPÍTULO II

Princípios fundamentais

Artigo 4.º

(Princípio da não autorização prévia)

Com excepção dos regimes de autorizações e licenças no domínio dos serviços de telecomunicações, o acesso e o exercício da actividade de Prestador de Serviços não pode ser sujeito a autorização prévia ou a outras exigências de efeito equivalente.

Artigo 5.º

(Princípio da liberdade de estabelecimento)

1. Sem prejuízo das derrogações previstas nos artigos 6.º e 7.º gozarão de igualdade de tratamento em relação aos estabelecidos em Portugal os Prestadores de Serviços da Sociedade de Informação estabelecidos noutro Estado-Membro da União Europeia, que respeitem os requisitos legais desse Estado-Membro para o exercício da actividade de prestação de um serviço da sociedade de informação nomeadamente os requisitos relativos a habilitações, autorizações ou notificações, bem como os relativos à conduta e responsabilidade do prestador de serviços, à qualidade ou conduta do serviço, a publicidade ou aos contratos.

2. Sem prejuízo das derrogações previstas nos artigos 6.º e 7.º, a prestação de Serviços da Sociedade da Informação por um Prestador de Serviços da Sociedade da Informação estabelecidos noutra Estado-Membro da União Europeia, está sujeita ao ordenamento jurídico do Estado onde este exerça de forma efectiva uma actividade económica ou tenha um estabelecimento estável com carácter permanente.

A mera localização dos meios tecnológicos necessários à prestação ou ao acesso a Serviços da Sociedade da Informação não constitui, por si só, um estabelecimento estável do Prestador de Serviços.

Artigo 6.º

(Derrogações gerais ao princípio da liberdade de estabelecimento)

1. O artigo 5, não é aplicável nas seguintes matérias:

- a) Em matéria contratual, por expressa vontade das partes;
- b) Obrigações contratuais derivadas de contratos celebrados por consumidores;
- c) Direitos de autor e direitos conexos, direitos de propriedade industrial, direitos de protecção de bases de dados e direitos de protecção das topografias de produtos semicondutores;
- d) Emissão de moeda electrónica por instituições relativamente às quais os Estados-membros tenham aplicado uma das derrogações previstas no número 1 do artigo 8.º da Directiva 2000/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro;
- e) Disposições legais relativas a fundos de investimento e outros organismos para investimentos conjuntos no âmbito dos serviços financeiros;
- f) Obrigações das companhias de seguros;
- g) Validade formal dos contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, sempre que esses contratos estejam sujeitos a requisitos de forma obrigatórios por força da legislação do Estado-membro onde se situa o bem imóvel;
- h) Actividade de notários e actividade de membros de profissões equivalentes na medida em que exerçam poderes no âmbito do direito público;

- i) Representação de uma parte e a sua defesa perante os tribunais ou perante autoridades administrativas independentes;
- f) Autorização de comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico.

Artigo 7.º

(Derrogações específicas ao princípio da liberdade de estabelecimento)

1. Não obstante o disposto no artigo 5.º, poderá o Governo tomar medidas específicas com vista à restrição da livre circulação de um Serviço da Sociedade da Informação fornecido por uma entidade estabelecida noutro Estado-membro da União Europeia, desde que tais medidas sejam justificadas por, pelo menos, um dos seguintes motivos:

- ordem pública, particularmente a prevenção, investigação, detecção e prossecução em matéria penal; especialmente na protecção de menores, e na luta contra a incitação ao ódio por razões de raça, sexo, religião ou nacionalidade, e contra os atentados à dignidade da pessoa humana,
- protecção da saúde pública,
- segurança pública, incluindo a protecção da segurança e defesa nacionais,
- protecção dos direitos dos consumidores ou dos investidores.

2. As medidas enunciadas no número anterior deverão ser sempre proporcionais em relação aos seus objectivos ou ao interesse que pretendam tutelar.

3. Sem prejuízo dos procedimentos judiciais, o Governo deverá, sempre que se justifique, solicitar ao Estado-membro onde esteja estabelecido o Prestador de Serviços que tome medidas necessárias à salvaguarda dos objectivos enunciados no número 1.

4. Se Estado-membro onde esteja estabelecido o Prestador de Serviços não satisfizer as diligências solicitadas, pode o Governo adoptar medidas específicas conforme o número 1, após

notificação conjunta da Comissão Europeia e do outro Estado-membro das medidas tomadas e dos motivos que as justificam.

5. Nos casos urgentes, é dispensada a notificação prévia prevista no número anterior.

CAPÍTULO III

Informação e transparência

Artigo 8.º

(Informações a prestar)

1. Sem prejuízo das disposições legais em vigor, os Prestadores de Serviços devem assegurar aos Destinatários dos Serviços e às autoridades competentes o acesso fácil, directo e permanente às seguintes informações:

- a)* Nome ou denominação social do Prestador de Serviços;
- b)* Endereço geográfico em que se encontra estabelecido;
- c)* Endereço electrónico, bem como outras informações que permitam uma comunicação directa, célere e efectiva com o Prestador de Serviços;
- d)* A identificação da conservatória e o número de registo do Prestador de Serviços, ou outros meios equivalentes de o identificar nesse registo nos casos em que o Prestador de Serviços se encontre inscrito em Conservatória de Registo Comercial ou outro registo público equivalente;
- e)* Número de identificação fiscal nos casos em que o Prestador de Serviços da Sociedade de Informação exerça uma actividade sujeita e não isenta de Imposto sobre o Valor Acrescentado face à Directiva 77/388/CEE, de 13 de Junho de 1997.

2. No caso de profissões regulamentadas os Prestadores de Serviços da sociedade de informação devem ainda assegurar informação sobre:

- a)* Organização profissional ou associação em que o Prestador de Serviços se encontre inscrito;

- b) Título profissional e Estado-membro em que esse título foi concedido;
- c) Regras profissionais aplicáveis no Estado-membro em que o Prestador de Serviços se encontra estabelecido, bem como a forma de as consultar electronicamente.

3. Sem prejuízo das disposições legais em vigor, sempre que os Serviços da Sociedade de Informação indiquem preços e condições de venda da prestação de serviços, essa referência deve ser clara e inequívoca e deve explicitar obrigatoriamente o valor dos impostos devidos e todos os encargos adicionais.

4. Nas encomendas feitas por meios electrónicos, o Prestador de Serviços deverá emitir, por via electrónica, uma nota de recepção discriminada da encomenda contendo os elementos enunciados nos números anteriores.

5. Às notas de recepção e restantes documentos electrónicos transmitidos entre o Prestador e os Serviços e o Destinatários dos Serviços é aplicável o regime do artigo 60.º do DL 290-D/99, de 2 de Agosto ⁽³⁾.

6. Cabe ao Prestador de Serviços, fazer prova do cumprimento das obrigações consagradas nos artigos 7.º e 8.º.

(3) Artigo 6.º — (Comunicação de documentos electrónicos)

1 — O documento electrónico comunicado por um meio de telecomunicações considera-se enviado e recebido pelo destinatário se for transmitido para o endereço electrónico definido por acordo das partes e neste for recebido.

2 — São oponíveis entre as partes e a terceiros a data e a hora da criação, da expedição ou da recepção de um documento electrónico que contenha uma validação cronológica emitida por uma entidade certificadora.

3 — A comunicação do documento electrónico, assinado de acordo com os requisitos do presente diploma, por meio de telecomunicações que assegure a efectiva recepção equivale à remessa por via postal registada e, se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário com assinatura digital e recebida pelo remetente, equivale à remessa por via postal registada com aviso de recepção.

4 — Os dados e documentos comunicados por meio de telecomunicações consideram-se em poder do remetente até à recepção pelo destinatário.

5 — Os operadores que assegurem a comunicação de documentos electrónicos por meio de telecomunicações não podem tomar conhecimento do seu conteúdo, nem duplicá-los por qualquer meio ou ceder a terceiros qualquer informação, ainda que resumida ou por extracto, sobre a existência ou sobre o conteúdo desses documentos, salvo quando se trate de informação que, pela sua natureza ou por indicação expressa do seu remetente, se destine a ser tornada pública.

Artigo 9.º**(Publicidade no âmbito das actividades profissionais regulamentadas)**

1. No âmbito das Actividades Profissionais Regulamentadas é permitida a publicidade que faça parte de um Serviço da Sociedade da Informação, ou que constitua por si só um Serviço da Sociedade da Informação, sem prejuízo das disposições legais relativas ao acesso à profissão e às regras deontológicas aplicáveis às Actividades Profissionais Regulamentadas, e desde que sejam respeitadas cumulativamente as seguintes condições:

- a) Seja fornecida por um membro de uma Organização Profissional ou de uma associação em que o Prestador de Serviços se encontre inscrito;
- b) Respeite os princípios e regras profissionais que visem a independência, a dignidade e a honra profissionais, bem como o sigilo profissional e a lealdade para com os clientes e outros membros da profissão.

2. As organizações ou associações de Actividades Profissionais Regulamentadas deverão emitir e publicitar Códigos de Conduta sobre a publicidade no âmbito dos Serviço da Sociedade da Informação que, nomeadamente, explicitem os princípios elencados na alínea *b*) do número anterior.

CAPÍTULO IV**Contratos celebrados por meios electrónicos****Artigo 10.º****(Validade dos contratos celebrados por meios electrónicos)**

1. Os contratos celebrados por meios electrónicos satisfazem o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita.

2. Nos casos onde sejam necessárias menções particulares com fins informativos ou de tutela dos consumidores, esta exigência considera-se satisfeita se forem prestadas as informações enunciadas no artigo 11.º.

3. Nos casos em que uma norma exija uma assinatura no decurso do processo contratual, esta exigência é satisfeita sempre que se verifiquem as condições previstas no DL 290-D/99, de 2 de Agosto.

4. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, deverá o Governo adaptar todas as disposições legais que possam constituir um obstáculo à celebração de contratos por meios electrónicos.

Artigo 11.º

(Informações a prestar nos contratos celebrados por meios electrónicos)

1. Sem prejuízo de outras normas em matéria de celebração de contratos e salvo acordo em contrário das partes que não sejam Consumidores, antes de ser celebrado um contrato celebrado por meios electrónicos, o Prestador de Serviços deverá prestar em termos exactos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação ao Destinatário do Serviço:

- a) As línguas em que o contrato pode ser celebrado;
- b) As diferentes etapas técnicas da celebração do contrato;
- c) Os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda.
- d) Se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo Prestador do Serviço e se será acessível ao Destinatário do Serviço.

2. As cláusulas contratuais deverão ser apresentadas ao Destinatário do Serviço de um forma que permita a sua conservação e reprodução.

CAPITULO V

Responsabilidade dos intermediários

Artigo 12.º

(Actividade de simples transporte de informação)

1. Nos casos em que o Serviço da Sociedade da Informação consista na mera transmissão, por um meio de telecomunicações,

de informações fornecidas pelo Destinatário do Serviço ou o fornecimento de acesso ao meio de comunicação, o Prestador de Serviços não é responsável pela informação transmitida desde que:

- a) não seja ele a origem dessa informação;
- b) não seleccione o destinatário da transmissão;
- c) e não seleccione nem modifique a informação objecto dessa transmissão.

2. O Prestador de Serviços não é igualmente responsável pela informação transmitida que armazene de forma temporária e automatizada (caching), desde que este armazenamento seja feita com único propósito de tornar mais eficiente a transmissão posterior da informação a outros destinatários.

Artigo 13.º

(Actividade de alojamento de informação)

1. Nos casos em que o Serviço da Sociedade da Informação consista no armazenamento de informações fornecidas pelo Destinatário dos Serviços, o Prestador de Serviços não é responsável pela informação armazenada a pedido do Destinatário dos Serviços, desde que:

- não tenha conhecimento efectivo que a actividade ou as informações fornecidas pelo Destinatário dos Serviços são ilícitas.
- desconheça que a informação ou as condições que as informações são fornecidas pelo Destinatário dos Serviços são susceptíveis de causar danos indemnizáveis a terceiros.
- e actue com prontidão, assim que tome conhecimento que se verificou uma das circunstâncias acima descritas, por forma a retirar a informação, ou a torná-la inacessível.

2. O Governo deverá, depois de consultar as organizações de protecção dos consumidores, a Comissão de Protecção de Dados e, pelo menos, uma associação representativa dos Prestadores de Serviços e dos intermediários, emitir procedimentos que regulamentem o procedimento de retirada de informação.

Artigo 14.º
(Obrigações de vigilância)

1. Sobre os Prestadores dos Serviços da Sociedade da Informação enunciados nos artigos 11.º e 12 não incumbe um dever geral de vigilância sobre a informação que transmitem ou armazenem.

2. O princípio enunciado no número anterior, não impede que as autoridades judiciais competentes possam, nos casos previstos na lei, ordenar temporariamente a vigilância em casos específicos.

CAPÍTULO VI
Publicidade

Artigo 15.º
(Comunicações comerciais não solicitadas — spam)

1. As comunicações comerciais não solicitadas devem permitir ao utilizador identificar, desde que recebe a comunicação, de que se trata de uma comunicação comercial não solicitada.

2. O Prestador do Serviço deverá sempre dar, por ocasião de cada mensagem, aos Destinatários do Serviço a possibilidade de recusarem, de forma gratuita, fácil o envio de comunicações comerciais não solicitadas ou utilização das suas coordenadas electrónicas de contacto.

3. Os Prestadores de Serviços da Sociedade da Informação devem consultar regularmente os registos de opção negativa onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejam receber comunicações comerciais não solicitadas (“opt-out”)

CAPÍTULO VII
Ilícitos

Artigo 16.º
(Contra-Ordenações)

1. Constitui contra-ordenação punida com coima de...a... a infracção ao disposto no art. 7.º, 9.º e 11.º;

2. Às infracções ao disposto no artigo 15.º são punidas com as contra-ordenações previstas no artigo 8.º da Lei n.º 6/99 de 27 de Janeiro. (4)

Artigo 17.º **(Sanções Acessórias)**

1. Poderão, ainda, ser aplicadas as seguintes sanções acessórias, em função da gravidade da infracção e da culpa do agente:

- a) Encerramento do estabelecimento;
- b) Interdição do exercício da actividade.

2. Será dada publicidade à punição por contra-ordenação nos termos desta lei.

CAPITULO VIII **Disposições Finais**

Artigo 18.º **(Códigos de Conduta)**

1 — O Estado promoverá todas iniciativas, em colaboração com entidades representativas dos mais diversos sectores, para elaboração e difusão de Códigos de Conduta reguladores dessas actividades.

2 — Tais Códigos de Conduta deverão ser adequados aos fins prosseguidos, deverão ser aprovados pelas entidades representativas dos interesses em causa e devem ser conformes à lei.

(4) Artigo 8.º — (Sanções)

1 — Constitui contra-ordenação, punível com coima de 200.000\$00 a 500.000\$00 ou de 400.000\$00 a 5.000.000\$00, consoante se trate, respectivamente, de pessoas singulares ou de pessoas colectivas, a infracção ao disposto nos artigos 2.º, 3.º, 4.º e 5.º, n.ºs 1, 3 e 4.

2 — Podem ainda ser aplicadas as sanções acessórias previstas no artigo 35.º do Código da Publicidade.

3 — A negligência é sempre punível, nos termos gerais.

4 — É aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 36.º do Código da Publicidade.

3 — A Comissão Nacional de Protecção de Dados promoverá a criação de uma base de dados nacional contendo tais Códigos de Conduta, devendo informar periodicamente a Comissão da União Europeia do teor dos mesmos.

Artigo 19.º
(Alteração ao Código de Processo Civil)

1. É acrescentado um parágrafo 3.º ao artigo 382.º do Código de Processo Civil:

.....
3 — *O requerente pode dirigir um requerimento fundamentado ao juiz que tendo em conta o direito do requerente, a ameaça séria de lesão grave e dificilmente reparável, nomeadamente por os actos serem praticados através de meio de comunicação electrónico, determinar as medidas necessárias provisórias a fazer cessar aquela ameaça.*

NOTAS SOBRE O ANTEPROJECTO DE DIPLOMA LEGAL DO
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA QUE TRANSPÕE A DIRECTIVA
“COMÉRCIO ELECTRÓNICO” ELABORADO NO ÂMBITO DA
SECÇÃO DE DIREITO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE
INFORMAÇÃO E COMÉRCIO ELÉCTRÓNICO
DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Este anteprojecto tem uma limitação óbvia: é uma lei de transposição e tem de ser, claro, fiel ao parâmetro que visa integrar na nossa ordem jurídica. A própria directiva está longe de ser modelar. Trata-se do habitual resultado compromissório das normas just-comunitárias, principalmente como estas, que são sempre o fruto de intensas negociações.

Por outro lado, entre nós, imiscuem-se sempre as consequências do “discurso do método” que nos levam, fatalmente, às mesmas conclusões: legisla-se tarde, em mora, não se tendo cuidado, com tempo, da necessária discussão com os interessados.

Depois, cumpre-se “calendário”: faz-se um texto, coloca-se num site ⁽¹⁾ e inaugura-se um espaço de *soi-disant* discussão “pública”. Daqui resulta, quase sempre, um tímido conjunto de propostas esquálidas, representando interesses sectoriais, sem qualquer perspectiva de conjunto, tentando cada um influir no texto apresentado a final. Provavelmente, no fim, todos se sentirão aliviados e com a sensação de “dever cumprido”. Mas esta é a pior e mais amadoresca forma de encarar as situações e bom seria que este ciclo fosse quebrado e pudéssemos fazer como vemos fazer nos outros Estados-membros, ou em algum deles, sem que nos resignemos a este modo opaco de proceder e legislar, a esta ausência de debate a sério, nos locais próprios e de produção de reflexão local.

Daí que o anteprojecto que agora temos em mãos seria, então, o resultado da tal “discussão”, local de chegada de contributos vários canalizados adrede durante o tal debate. Se alguém pensa assim e fica contente com isso, então o que dizer da metodologia seguida na Bélgica, onde o Ministério da Economia encarregou o Centre de Recherches Informatique et Droit da Faculdade de Direito de Namur, de realizar um estudo, acompanhado de um anteprojecto. Daqui resultou um livro notável que nos deveria, a todos, fazer meditar seriamente. O resto é a habitual retórica insuportável de que se cumpre sempre, de que estamos atrasados mas os outros também e mais uma série interminável de causas virtuais de exclusão da culpa, escondendo sempre a nossa propensão para a mediocridade, o facilitismo e o desinteresse por matérias de transcendente importância. Toda a gente se queixa: universidades, práticos, a Ordem dos Advogados, as empresas do sector e só isso deveria fazer-nos meditar...

O Ministério da Justiça tem seguido uma metodologia pouco recomendável. Apresenta um anteprojecto de transposição da directiva desacompanhado de qualquer estudo, mínimo que seja, explicando as opções tomadas, por que se seguiu esta via e não a outra, o que fundamenta determinadas opções de política legislativa, que razões lhes subjazem, quem pediu, quem recomendou,

(1) Uma versão de 7 de Junho DE 2002 deste anteprojecto poder se consultada em <http://www.gplp.mj.pt/>

que dados da experiência de entidades nacionais se retiram que proporcionem ou aconselhem determinadas opções.

A única sessão pública de discussão foi completamente desadequada, uma reunião plenária em que se juntaram entidades as mais diversas, sem critério, em alguns casos, tendo, logo, alguns dos representantes presentes começado por afirmar não terem recebido o novo anteprojecto a tempo de participarem na discussão. Esta arrasta-se sempre à volta de pontos meramente sectoriais, nunca se esclarecendo nada, nem se percebendo, pois nunca nos é dito, por que razão determinadas posições são assumidas. Daí que nos debrucemos hoje sobre uma nova versão do anteprojecto, desconhecendo se até à altura da sua discussão parlamentar não surgirão mais versões, mais incisos no texto pretérito, ou se alguém explica por que se rejeitaram determinadas soluções e se privilegiaram outras...

Nem se diga que esta é uma consequência da mudança de Governo, ou seja, depreende-se que, se tal situação não tivesse ocorrido, outro seria o resultado, para melhor. Mas esta é outra falsa questão. Os Governos, nesta sede, só deveriam ter intervenção no plano da decisão política, de tomada de posições concretas, escolhas de política legislativa em grandes temas. O resto deveria ter sido um cuidado levantamento técnico-jurídico e um conhecimento mínimo do que se vem fazendo na Europa em centros especializados ou, até, no plano da criação legislativa.

Mas nada disso foi feito, o trabalho prévio de preparação do anteprojecto foi, como supra se referiu, mais um episódio a que infelizmente estamos habituados entre nós. Nem sempre é assim, é verdade, *maxime*, quando se entregam estas tarefas a quem tem experiência, estudo, tradição e conhecimento. De contrário, é o que se conclui, uma vez mais.

A Ordem dos Advogados apresentou, oportunamente, um anteprojecto alternativo, acompanhado de um relatório explicativo. Este documento buscou fonte inspiradora nos trabalhos do CRID⁽²⁾, hoje um dos mais prestigiosos centros de investigação do Direito e das Novas Tecnologias do mundo.

(2) "Centre de Recherches Informatique et Droit" — <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/>

Os autores do anteprojecto, ao invés, procuraram na recente lei espanhola a sua verdadeira fonte inspiradora, lançando mão de outro, infelizmente, típico “recurso” nacional que é o de copiar as leis do vizinho. Curiosamente, como veremos, foi essa escolha algo selectiva, deixando de fora dessa “harmonização” ibérica alguns tópicos que, certamente, teria tido interesse em “importar”.

Mas o pior é que os autores do anteprojecto parecem não ter acompanhado, nem tirado, quaisquer ilações do longo processo de discussão parlamentar da lei espanhola ⁽³⁾, que teve uma enorme repercussão na opinião pública (veja-se os sucessivos destaques dados pelos maiores periódicos espanhóis à LSSI e as várias dezenas de páginas web que foram aparecendo e que contestavam o seu articulado, sobretudo a “censura administrativa” que estava ínsita nas versões iniciais da lei) e terá mesmo contribuído para o afastamento da Ministra da *Ciencia y Tecnologia* na recente remodelação governamental ocorrida em Espanha.

Em síntese:

O anteprojecto revela um conjunto de opções que, embora legítimas, é certo, deveriam ter vindo acompanhadas de competente relatório explicativo para se perceber o alcance e o fundamento de algumas delas. Recorde-se que, ainda recentemente (31 de Julho de 2002) o Governo Britânico publicou um documento intitulado “Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002-Public Consultation Government Response” ⁽⁴⁾ no qual se sintetizam opções de política legislativa, respondendo, fundamentadamente, do mesmo modo, às sugestões apresentadas pelas diversas entidades consultadas.

O anteprojecto aparece completamente desenquadrado do ordenamento jurídico português, ignorando, entre outros, o DL 290-D/99, de 2 de Agosto (que regula a validade, eficácia e valor probatórios dos documentos electrónicos e da assinatura digi-

⁽³⁾ O texto integral da “Ley de Servicios de la Sociedad de Información” pode ser consultado em http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_068-13.PDF

⁽⁴⁾ Sobre o processo de consulta pública promovido pelo “Department of Trade and Industry” http://www.dti.gov.uk/cii/e-commerce/europeanpolicy/e-commerce_directive_chapter1.shtml

tal), a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (regime da defesa dos consumidores, onde vamos encontrar a definição legal de consumidor) e mesmo a própria Lei n.º 6/99 de 27 de Janeiro (regula a publicidade domiciliária por telefone e por telecópia, onde pode ser encontrada a pertinente definição de “comunicação comercial”).

Além disso, é absolutamente límpida uma opção, aliás incompreensível, de afastamento dos tribunais do quadro legal que resultará da transposição da Directiva. Tanto mais chocante quando se sabe que, por exemplo, na lei espanhola esta questão é tratada de modo frontal, sem subterfúgios. Não deixa de ser curiosa esta opção, uma vez mais inexplicada, quando muitas das entidades consultadas vincaram a necessidade de dar cumprimento estrito ao art. 18.º da Directiva.

Do anteprojecto:

Desde logo, o “título” do anteprojecto é, no mínimo, estranho. A directiva tem outro “nome”, admite-se que esta circunstância não vincule os Estados-membros e é verdade que este “regime” é o único capítulo relativamente “fechado” da directiva mas para quê ser tão afirmativo?

Repare-se, por exemplo, que a lei espanhola tem um nome muito mais compreensivo, para já não falar da lei alemã, austriaca, anteprojecto belga, entre outros. A verdade é que o próprio texto do anteprojecto acaba por desmentir este escopo tão redutor que o título evidencia.

1. Os artigos 1.º e 2.º adoptam a mesma disposição da directiva, optou-se por começar com uma “cópia”. Nem está de todo mal, poderia, com tempo, ter-se tentado outro tipo de enquadramento, mas, pelos vistos, não foi possível.

Ignora-se por que razão, então, se deixou de fora a definição de “domínio coordenado” que, por exemplo, figura na muito recente lei espanhola que opera a transposição da mesma directiva.

Atevemo-nos quase a dizer que tal omissão se deve à incompreensão do conceito de “domínio coordenado”, que é, de resto, o conceito chave da Directiva. Com efeito, o principal escopo da Directiva é justamente criação de um “domínio coordenado”, ou seja um nível mínimo de regulamentação e de tutela comum a

todos os Estados-membros que permita “o desenvolvimento dos serviços da sociedade da informação num espaço sem fronteiras internas” (Considerando 1).

Por exemplo, no que respeita à responsabilidade dos prestadores de serviços agindo na qualidade de intermediários, a criação de um domínio coordenado visa evitar “divergências actuais ou futuras, entre as legislações e jurisprudências nacionais”, que podem impedir “...o bom funcionamento do mercado interno, perturbando particularmente o desenvolvimento dos serviços transfronteiriços e produzindo distorções de concorrência.” (Considerando 40).

Se bem virmos este nem sequer é um conceito tão novo como isso, existindo já, por exemplo, no quadro legal da patente comunitária, que visa proporcionar um nível mínimo de tutela que é complementado pelos sistemas de patentes nacionais.

Por outro lado, no que concerne à definição de “serviços da sociedade da informação”, parece-nos errada a não limitação do âmbito deste anteprojecto aos serviços com carácter comercial (excluindo, nomeadamente, as páginas Web pessoais sem qualquer intuito comercial). Esta deve ser uma lei que regula alguns aspectos do Comércio Electrónico e não uma espécie de Lei Geral da Sociedade da Informação! A não inclusão no âmbito de aplicação da directiva dos serviços não remunerados e sem carácter eminentemente comercial parece ser uma intenção clara do legislador comunitário (ver Considerandos 17 e 18 da Directiva), tendo esta sido a solução adoptada na generalidade dos Estados-membros.

Nesse mesmo sentido, milita a circunstância de a definição de “serviço da sociedade de informação”, que delimita o âmbito material de aplicação da Directiva 2000/31/CE — e, por conseguinte, deveria ser adoptada sem alteração substancial nesta lei de transposição — ser a mesma que foi já adoptada no n.º 2 do art. 1.º da Directiva 83/34/CE, alterada pela Directiva 98/48/CE, ou seja: «qualquer serviço prestado normalmente contra remuneração, à distância, por via electrónica ou a pedido individual de um destinatário de serviços». Ora, o carácter oneroso da prestação dos serviços, a existência de uma contrapartida económica por parte do destinatário da prestação, constitui elemento caracterizador que o legislador comunitário consagrou. Não se entende, por isso, qual o

motivo da supressão desse elemento na definição constante do art. 2.º, al. a), do Anteprojecto em apreço. É certo que a definição comunitária refere “normalmente contra remuneração”, querendo com isto significar a possibilidade da abrangência de serviços não remunerados. Mas isso não legitima a supressão deste factor na definição do anteprojecto em questão, pois só excepcionalmente ele pode estar ausente e sempre desde que se mantenha intocada a caracterização que a Directiva (e a al. b) do art. 2.º do anteprojecto) atribui ao prestador, que tem de ser um empresário, isto é, uma pessoa singular ou colectiva que exerça de forma permanente uma actividade económica. Daí o cuidado que teve o legislador espanhol — que o anteprojecto aqui faria bem em acompanhar... — de incluir na dita definição uma frase que explicita correctamente a questão.

Seria ainda desejável que a definição fosse redigida por forma a dela resultar claro que não abrange apenas relações de *prestação de serviços*, mas também de *compra e venda de bens* (“venda de mercadorias em linha” — ver considerando 18 da Directiva), como efectivamente sucede. Acresce que a própria Directiva, no seu considerando 18, esclarece que:...” *Os serviços da sociedade da informação abrangem uma grande diversidade de actividades económicas. Tais actividades podem, nomeadamente, consistir na venda de mercadorias em linha. Não são abrangidas actividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha*”

Ora, no nosso ordenamento jurídico, a *compra e venda* e a *prestação de serviços* são contratos típicos e distintos um do outro, pelo que a indispensável correcção jurídica da definição exige que ela mencione essa dupla abrangência. Deste modo, sugere-se a seguinte redacção para esta definição:

“*«Serviço da sociedade de informação»: toda a venda de bens ou prestação de serviços efectuada normalmente a título oneroso, à distância, por via electrónica e a pedido individual do destinatário. O conceito de serviço da sociedade de informação compreende também as vendas e serviços não remunerados pelos seus destinatários, na medida em que constituam uma actividade económica para o prestador de serviços.*”

Ainda a propósito do artigo 2.º impõe-se reiterar a necessidade de as definições constantes das suas alíneas *d)* e *e)* serem decalcadas sobre, respectivamente, as do art. 2.º, 1, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, e do art. 1.º, n.º 4, da Lei n.º 6/99 de 27 de Janeiro.

2. Os artigos 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º e 8.º seguem, relativamente de perto, o que nos diz a directiva, em grande medida. Mas o art. 3.º merece alguma reflexão. Assim, o n.º 3 recupera o que a directiva nos diz na definição de “Prestador de serviços estabelecido” da alínea *c)* do art. 2.º da mesma Directiva que deve ler-se em conjugação com o considerando 19 do correspondente preâmbulo. O artigo em causa segue, de muito perto, o art. 2.º da lei espanhola. Temos, no entanto, as maiores dúvidas sobre a utilização da expressão “representação” neste n.º 2 do art. 3.º. Pensamos, mesmo, que se deveria ter optado por uma remissão genérica, tal como procede o legislador espanhol. A expressão “representação”, por exemplo, tem uma multiplicidade de significados na ordem jurídica, não se percebendo muito bem qual aquele que aqui se pretende circunscrever.

No artigo 4.º, deveria harmonizar-se a epígrafe — que fala, muito bem, em “Matérias excluídas” — com a redacção do “caput” da norma, que fala, inexpressivamente, em “domínios”: Parece que a expressão correcta será “... nas seguintes matérias”.

No art. 5.º, n.º 1 não se entende muito bem, pois parece desnecessária, a referência a um prestador de serviço estabelecido num “outro” Estado-membro. Teria sido preferível a enunciação, sem reservas, de um princípio geral de livre circulação dos serviços. No fundo, seria preferível enunciar claramente que: «*Gozarão de igualdade de tratamento em relação aos estabelecidos em Portugal os prestadores de serviços da sociedade de informação estabelecidos noutra Estado-Membro da União Europeia, que respeitem os requisitos legais desse Estado-Membro para o exercício da actividade de prestação de um serviço da sociedade de informação, nomeadamente os requisitos relativos a habilitações, autorizações ou notificações, bem como os relativos a conduta e responsabilidade do prestador de serviços, à qualidade ou conduta do serviço, à publicidade ou aos contratos*»

Já no que tange ao n.º 2 não se percebe a diferença entre o “exercício” de actividades de um serviço da sociedade da informação e a “prossecação” de um serviço da sociedade da informação, muito menos se tivermos em conta os exemplos que nos são dados em cada alínea. Cremos mesmo que esta “densificação” é desnecessária e meramente sobreposta ao que, mais à frente, é regulado.

Quanto ao art. 6.º, seria desejável e de todo o ponto justificável uma terminologia semelhante, na epígrafe e no “caput”, à do art. 4.º: respectivamente “*Matérias excluídas*” e “... nas seguintes *matérias*”.

No artigo 7.º, n.º 1, e no art. 8.º, n.º 3, parece incorrecta, por redundante e perigosa, a referência aos tribunais: se porventura forem competentes, serão obviamente incluídos na expressão “autoridades competentes”. E não parece correcto condicionar de forma genérica a actuação dos tribunais.

O artigo 9.º é muito deficiente. É certo que recupera a alínea *b*) do n.º 4 do art. 3.º da Directiva mas para quê a referência à aplicação de sanções penais? Não bastaria a referência à “prevenção, investigação e punição criminal”?

Não se percebe, ademais, por que razão o art. 9.º se reduz ao Direito Penal, quando a directiva não o faz, não fazendo, por exemplo, a lei espanhola (n.º 4, do art. 8.º) que se refere, genericamente, a processos judiciais.

3. Do mesmo modo, os artigos 10.º, 11.º e 12.º limitam-se a seguir a Directiva, sem nada de novo que mereça qualquer observação. É óbvio que não podemos “revogar” ou alterar a Directiva na ordem jurídica interna...

Mas já o art. 13.º suscita fortes dúvidas, pela candência da matéria — o chamado “*spamming*” — que aliás já tem assento noutro diploma legal, por sinal bastante recente: o art. 11.º do Decreto-Lei n.º 143/2001 (relativo à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância), bem como da lei de publicidade domiciliária (Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro), da qual não consta, por motivos nunca explicados, qualquer referência às comunicações electrónicas (à excepção da exclusão expressa — n.º 2 do art. 1.º — da publicidade por correio electrónico), o que não implica, aliás, que deva entender-se que lhes não é aplicá-

vel, atento o carácter genérico do n.º 1 do seu art. 1.º, onde é meramente exemplificativo o enunciado dos meios de comunicação.

Assim, melhor será consolidar de vez o tratamento legal desta matéria, tal como aconteceu na recente Lei espanhola, dando às comunicações comerciais não solicitadas o regime consagrado na Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas (Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, publicada no passado dia 12 de Julho de 2002 no JOCE). É que esta directriz comunitária exige, no seu artigo 13.º, o consentimento prévio dos assinantes no caso de sistemas de correio electrónico para fins comerciais.

Parece haver assim uma opção clara pelo designado “opt-in”, embora mitigado no caso das vendas à distância. Deste modo, optar por solução diversa no diploma ora em anteprojecto poderá significar a coexistência de regimes legais diversos e antagónicos após o esgotamento do prazo da transposição para o direito interno da Directiva 2002/58/CE (31 de Outubro de 2003).

Crê-se que, dada a coexistência actual de regimes comunitários divergentes, se impõe uma análise cuidadosa deste tema — aliás consabidamente espinhoso — e a adopção no direito interno de um regime que respeite e harmonize as disposições comunitárias. Não há confiança dos consumidores e agentes económicos que possa resistir a uma constante flutuação entre soluções diversas e pouco claras para o mesmo problema.

4. O art. 14.º é muito escasso, tem uma formulação pobre. Não se deve começar uma norma desta importância por “É permitido...” mais parecendo benesse, uma concessão “régia”. Conviria ter outro enquadramento, remeter para o tratamento cauteloso deontológico, por exemplo. Esta questão não pode ser desligada, aqui sim, de uma perspectiva de auto-regulação que é própria da profissão de advogado, por exemplo.

5. O artigo 15.º, n.º 1, é claramente inspirado no art. 3.º do DL 290-D/99, de 2 de Agosto, parecendo ociosa, porque repetitiva, a inclusão desta norma na lei ora em anteprojecto, já que aqueloutro preceito abrange os documentos respeitantes a todos os actos jurídicos e, portanto, também aos contratos. O que a Directiva diz

é que os Estados-membros assegurarão que os seus sistemas legais permitem a celebração de contratos por meios electrónicos. Era esse o princípio que a nossa lei harmonizada deveria conter. É certo que este art. 9.º da Directiva se configura como um verdadeiro programa legislativo que vai para além deste diploma mas para quê regressar a uma matéria que já constava de outra lei?

6. Os artigos 16.º e 17.º limitam-se a seguir, fielmente, a Directiva, sendo que parte desta matéria já estava regulada no art. 6.º do DL n.º 290-D/99.

7. Os artigos 18.º a 21.º são uma mera reprodução do enquadramento a que a Directiva procede no que respeita à actividade dos chamados intermediários técnicos na Internet.

Mas as soluções adoptadas no anteprojecto merecem alguma observação. Da forma como está a redacção, dá a sensação que podemos vir a ter uma “concorrência” indesejável de funções entre as autoridades de controlo e os tribunais. Deveria haver uma mais nítida separação, embora decorra da filosofia do anteprojecto que este desvaloriza completamente os tribunais, premiando a intervenção administrativa.

8. O art. 21.º da Directiva acaba por remeter para o ano de 2003 uma nova ponderação a respeito de dois tópicos de grande importância, exaustivamente discutidos na doutrina e nos trabalhos preparatórios da directiva. Quanto ao primeiro aspecto, a consagração de regras de “*notice and take down*” à semelhança do que sucede no DMCA, o nosso anteprojecto preferiu não as incluir, confiando, certamente, nas virtudes da auto-regulação. Já quanto à extensão da matéria da Responsabilidade dos Intermediários a outras entidades (prestadores de hiperligações e de instrumentos de localização), o nosso anteprojecto copia celeremente o art. 17.º da lei espanhola. Tanto num caso, como no outro, são opções discutíveis, como tudo, mas são opções. Todavia, ganhar-se-ia muito em que os autores do anteprojecto tivessem explicado as razões que suportam as suas opções. Por exemplo: o legislador inglês não estendeu o quadro legal harmonizado que propôs a estas duas realidades. Um autor tão importante como Etienne Montero critica

asperamente esta opção do legislador espanhol. Era sobre estas questões tão importantes e decisivas que se esperava ler uma justificação.

9. O artigo 22.º é uma “inovação”, a Directiva não o exige e pergunta-se por que foi o nosso legislador consagrá-lo?

10. O artigo 23.º consagra a habitual síndrome nacional das Altas Autoridades. Por exemplo, nada disto consta do anteprojecto belga. Mas espanta que nesta altura ainda não se tenha determinado qual será essa entidade salvífica. É óbvio que isto vai ser mais um obstáculo local...como reza a tradição.

11. Palavras ditas e já se percebeu que resulta do art. 24.º que pode ser mais um “censor” a controlar em nome dos “fins deste diploma”, ou seja, a directiva é libertária, o nosso legislador, não. Atenção que em Espanha, os problemas com a comunidade cibernética, a propósito de lei homóloga, vieram daí! Regressamos à jurisprudência interventora pré-directiva! A alínea *b*) é muito vaga e o standard “fins do presente diploma” nada diz, deixando mil e uma interpretações possíveis. Estas questões devem ter um mínimo de concretização, de outro modo entra-se numa área move-dição e de perigo para os direitos, liberdades e garantias. A alínea *c*) deve conter um lapso pois instruem-se processos, não “coimas”. A alínea *d*) é uma típica sanção acessória, deveria estar no art. 27.º e não aqui. Mas veja-se a articulação desta alínea *d*) com as alíneas *a*) e sobretudo a *b*). Isto é um verdadeiro “cheque em branco”, uma norma penal “aberta”, onde pode caber tudo e mais alguma coisa, com claro menosprezo do princípio da legalidade. Mas será que este “encerramento é o mesmo do art. 27.º? Se calhar não e, então, a situação ainda é pior...

12. A alínea *g*) deste art. 24.º remete, não se sabe bem porquê, para o art. 25.º que vem logo, logo a seguir(!) Até se compreende o artigo mas para quê a alínea *a*) do n.º 2?

Fará algum sentido? Quais são os procedimentos legais em que casos de que litígios? Vamos ter advocacia electrónica patrocinada pelas autoridades de controle? E, afinal, há mais do que uma?

Dizer procedimentos “legais” é quase uma heresia, deveria dizer-se, então, procedimentos “judiciais”.

13. O art. 26.º consagra as sempiternas contra-ordenações, o ilícito sempre à mão, entre nós. Não foi, aliás, para isso que nasceu tal ilícito na nossa ordem jurídica, para esta banalização absurda. A Sociedade Portuguesa de Autores, por exemplo, está contra esta opção neste anteprojecto, há Estados que criminalizam algumas condutas. Deveria haver uma explicação ponderada para esta opção, até é sustentável, admite-se, por precaução inicial mas, como sempre, nada nos é explicado. Ninguém nos explica por que se adoptaram tais montantes, por que são mais baixos do que, por exemplo, as coimas previstas na lei dos contratos à distância (DL n.º 143/2001, de 26 de Abril).

O art. 27.º é excessivo e perigoso. A alínea *b*), então, é uma “bomba atómica”! No limite, uma qualquer autoridade administrativa poderia, em Portugal, “interditar” a um advogado o exercício da sua actividade pois é o que resulta, obviamente, da conjugação deste artigo com o art. 11.º, 2 deste mesmo anteprojecto.

14. O art. 29.º repete a directiva e até ao fim do anteprojecto temos mais dois artigos programáticos, acriticamente recebidos, um projecto “legislativo” para o novo século...

15. E, todavia, o nosso legislador está a passar ao lado do que poderia ser interessante alteração no nosso direito, muito mais apta a cumprir os comandos da directiva. Desde logo, deveria integrar os Códigos de Conduta de uma forma em que se percebesse que a sua existência só se compreende de uma forma subordinada à lei e só se aceitarão aqueles cuja legitimidade dos seus autores seja iniludível.

16. Finalmente, resta a inquietante fuga do nosso legislador ao art. 18.º da Directiva. Não quererá o Ministério da Justiça entrar no tema das medidas rápidas e eficazes? Ou seja, não o fazer, sejamos claros, é entrar na via da “fraude à lei” comunitária. Iremos informar Bruxelas que devemos confiar nos nossos tribunais e que as céleres (!) medidas do nosso Processo Civil bastam (se calhar

até sobram...)? Mas quem anda nos tribunais sabe que não é assim. E sabem-no o legislador belga e espanhol que ponderaram novas medidas processuais para corresponder a este comando da directiva.

O que é ainda mais curioso é que, ao longo do anteprojecto, se alude a intervenções necessariamente rápidas dos tribunais e, em seguida, faz-se confiança nos procedimentos cautelares previstos na nossa actual lei processual civil.

Mas o mais interessante, ainda, é esta constante “desarmonização” interna no que tange à nossa ordem jurídica. Se compulsarmos o recente anteprojecto nacional de transposição da Directiva “Copyright e Sociedade da Informação” temos um artigo sobre providências cautelares. O mesmo sucede no art. 9.º da recente Lei n.º 17/2002, de 15 de Julho que autoriza o Governo a legislar em sede de propriedade industrial. Logo aqui que há uma norma muito clara numa directiva (art. 18.º) é que o “legislador” nacional não sente nenhum sobressalto.

Melhor teria sido o Governo ponderar na proposta que, em tempo, a Ordem dos Advogados apresentou de uma ligeira alteração do Código de Processo Civil, na esteira do anteprojecto belga, a fim de garantir uma maior celeridade processual nesta área. No mínimo, o nosso anteprojecto deveria contemplar a possibilidade de vir a proceder a tal alteração. Deixando tudo como está, não tenhamos dúvidas, está-se a defraudar um comando, uma injunção contida numa directiva comunitária.

Seja-nos permitido uma palavra final para antever que uma transposição “defeituosa” da Directiva Comércio Electrónico poderá, além dos inevitáveis efeitos nefastos para a imagem externa do nosso país e para o desenvolvimento da sociedade da informação, originar numerosas situações em que os fornecedores de Serviços da Sociedade de Informação de outros Estados-membros invoquem o efeito directo da Directiva por deficiente transposição.

É que sobre esta matéria já nenhuma dúvidas se levantam quer nas instâncias judiciais comunitárias que nos tribunais nacionais, basta atentar num recente Acórdão nosso Supremo Tribunal Administrativo que, de uma forma inequívoca conclui: *“Há erro imputável aos serviços quando uma conservatória do registo comercial*

não desaplica uma norma nacional que seja contrária a uma norma de direito comunitário que, por natureza, é de hierarquia superior. As Directivas providas de efeito directo são para serem respeitadas por todos os serviços do Estado, pois os cidadãos não têm culpa de os funcionários não cumprirem com o direito comunitário.”

(Acórdão do STA, de 08.05.2002, Rec. N.º 115/02)