

# **O DIREITO À PRIVACIDADE NAS COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS: COMUNICAÇÕES NÃO SOLICITADAS E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**

## **THE RIGHT OF PRIVACY IN THE ELECTRONICS COMMUNICATIONS: SPAM AND CONSUMER PROTECTION**

Fernanda Maria Neves Rebelo

*Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal*

**Resumo:** No presente trabalho analisa-se em que medida as novas tecnologias da informação e da comunicação tornaram necessária a imposição de mecanismos legais para a salvaguarda do direito à proteção da privacidade dos destinatários de comunicações publicitárias eletrónicas. A questão é suscitada aqui no confronto direto entre a proclamada “liberdade constitucional de iniciativa económica”, reconhecida aos anunciantes, e o grau de efetividade e de suficiência de tais instrumentos de proteção do direito fundamental ao respeito pela vida privada. O recebimento pelos consumidores de mensagens publicitárias individualizadas difundidas através da Internet pode constituir uma grave perturbação e intromissão na esfera da sua privacidade, afetando a liberdade de decisão na receção dessas comunicações ou mesmo a possibilidade da sua recusa. Conclui-se que, na correlação de forças presente no binómio *marketing* direto/proteção da vida privada, tem vindo a ganhar terreno aos poucos a proteção da privacidade das pessoas singulares e a defesa dos interesses do consumidor, sobretudo perante solicitações persistentes e indesejadas (“spam”); reconhecendo-se embora que as soluções encontradas pela lei são ainda insuficientes para assegurar cabalmente a privacidade dos destinatários, oscilando entre a exigência de consentimento prévio do destinatário e a atribuição de um direito de oposição, em função da natureza dos meios de comunicação utilizados e da qualidade de consumidor do destinatário.

**Palavras chave:** direito à privacidade; comunicações electrónicas; proteção do consumidor, comunicações indesejadas; práticas comerciais desleais.

**Abstract:** This paper examines the extent to which new information and communication technologies have made it necessary to impose legal mechanisms to safeguard the right to privacy protection, in particular, consumers of electronic communications. The issue is raised here in the direct confrontation between the proclaimed "constitutional freedom of economic initiative", recognized to advertisers, and the degree of effectiveness and sufficiency of such instruments of protection of the fundamental right to respect for private life. The practice of spam can constitute a serious intrusion in the sphere of their privacy, affecting the freedom of decision receipt of such communications or even the possibility of their refusal. It is concluded that, in the correlation of forces present in the binomial of direct marketing/ protection of private life, the protection of the privacy of natural persons and the protection of the interests of the consumer has gradually gained ground, especially if in the presence of spam. However it is certain that the legal solutions remain insufficient to fully ensure the privacy right, ranging from the requirement of consumer prior consent to the granting of a right of objection, depending on the nature of the media used and the quality of the person.

**Keywords:** right to privacy; electronics communications; consumer protection, spam; unfair commercial practices.

## 1. Introdução

Na sociedade da informação e em rede a reserva da vida privada vem sendo posta em causa devido à penetração das tecnologias da informação e da comunicação na vida social, económica e política. O direito à privacidade decorre do direito ao respeito pela vida privada<sup>1</sup>, sendo as pessoas singulares as beneficiárias de tal direito. Na situação que aqui analisamos está em causa, em particular, a proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada dos destinatários de comunicações eletrónicas indesejadas<sup>2</sup> e o correspondente dever de não ingerência na sua esfera jurídico-privada<sup>3</sup>, no âmbito das comunicações publicitárias individualizadas ou de *marketing* direto, veiculadas através da Internet para o *e-mail* ou por SMS<sup>4</sup> ou outros meios similares por via eletrónica. Na sua ação promocional, os anunciantes empenham-se em acelerar a procura e estimular o mais possível o consumo de bens e serviços, servindo-se para o efeito das potencialidades da tecnologia avançada. A importância da publicidade para a atividade económica é indiscutível, sendo um fator impulsionador da economia produtiva, mas, a publicidade não pode ser entendida separadamente dos seus destinatários, pois, deve-lhes a sua existência. Assim, no desenvolvimento da atividade publicitária, é exigido acima de tudo aos agentes publicitários (*lato sensu*) que preservem a saúde e a segurança dos destinatários na difusão das mensagens e que cumpram os princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e do respeito pelos direitos dos consumidores<sup>5</sup>. Ao mesmo tempo, não se desconhece que as redes de comunicações eletrónicas comportam um risco acrescido de ingerência injustificada na esfera pessoal dos

---

<sup>1</sup> Sobre o conceito de “vida privada”, ver Marques, José Augusto Sacadura Garcia. “Telecomunicações e protecção de dados”. In Monteiro, António Pinto (dir.). *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, 1999, p. 91; Pinto, Paulo Mota. “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1993, n.º 69, pp. 526 ss.; Rodrigues, José Narciso da Cunha. “Informática e reserva da vida privada”. In Monteiro, António Pinto (coord.). *Comunicação e defesa do consumidor*, Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1996, p. 290.

<sup>2</sup> O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada constitui um direito fundamental e simultaneamente um direito de personalidade ligado de forma incindível à pessoa. Em especial, sobre os direitos de personalidade do trabalhador potencialmente atingidos pelo uso do correio eletrónico, v. Redinha, Maria Regina, Guimarães, Maria Raquel. “O uso do correio eletrónico no local de trabalho: algumas reflexões”. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*. 2003, pp. 647-671.

<sup>3</sup> Artigo 26.º (reserva da intimidade da vida privada e familiar) e o artigo 27.º (direito à liberdade e à segurança) da Constituição da República Portuguesa de 1976.

<sup>4</sup> A *comunicação eletrónica não solicitada* pode ser definida como a mensagem de correio eletrónico, independentemente do conteúdo e da tecnologia utilizada que, geralmente em grandes quantidades e/ou de forma repetida, é enviada para aparelhos cuja receção não depende de qualquer ato do destinatário e cujo proprietário ou utilizador não teve qualquer contacto prévio com o emissor.

<sup>5</sup> Utilizamos aqui o termo “consumidor” em sentido técnico, conforme se encontra definido no artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho) para as relações de consumo em geral. No entanto, na contratação a distância, a lei adota um conceito restrito de consumidor que abrange apenas as pessoas singulares, nos termos do artigo 3.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.

utilizadores, na medida em que oferecem possibilidades técnicas adicionais de escuta e vigilância das comunicações que têm lugar nessas redes. E o meio de comunicação utilizado para veicular essa publicidade tende a agravar a situação descrita, podendo ser muito “intrusivo”, especialmente se for feito através de meios de comunicação a distância como, por exemplo, por telefone, fax ou Internet. Este é o paradigma do chamado *marketing direto* que permite a absoluta e total individualização do *target* ou círculo de destinatários e atinge pela via eletrônica a máxima efetividade do esforço da publicidade<sup>6</sup>. Em consequência, tornou-se necessário adotar uma regulamentação especial em matéria de proteção da privacidade que minimizasse os riscos específicos suportados pelos utilizadores dos serviços de comunicações, nomeadamente, entre outros, quanto à utilização das redes para enviar mensagens de *marketing* direto ou *spam*<sup>7</sup>, bem como a instalação de testemunhos de ligação<sup>8</sup>. No entanto, o limite até onde a publicidade pode ou não ser apresentada ao consumidor é difícil de estabelecer perante a garantia constitucional da “liberdade de iniciativa económica privada” e as “liberdades de expressão e informação” reconhecidas aos agentes económicos que operam na atividade publicitária. A problemática é geralmente suscitada a propósito das comunicações difundidas através da Internet e convoca-nos para uma reflexão acerca da posição que, do ponto de vista normativo, é legítimo e necessário adotar. Poderá o legislador simplesmente não intervir para combater ou impedir tais práticas, ancorando-se nas liberdades constitucionais ou, no limite, remetendo para a autorregulamentação? Ou, pelo contrário, caber-lhe-á estabelecer uma proibição absoluta em nome da proteção do direito à privacidade da vida privada e outros direitos? Estas questões serão respondidas adiante neste trabalho. Teremos em conta que, no plano europeu, diversas convenções e iniciativas no campo da proteção da privacidade, relacionadas com as práticas de *marketing* direto, foram adotadas<sup>9</sup>, cabendo mencionar a Diretiva

<sup>6</sup> Tato Plaza, Anxo. "Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones Comerciales en Internet". In Gómez Segade, José Antonio (Dir). *Comercio Electrónico en Internet*. 2001, p. 189.

<sup>7</sup> As mensagens não solicitadas que, por assim dizer, “invadem” as caixas de correio eletrónico são designadas geralmente por *spam* ou *junk e-mail* (poderá significar: *sending and posting advertising in mass*). A atividade é mundialmente conhecida por *spamming* e os seus autores chamados *spammers*.

<sup>8</sup> Também chamados “cookies”, que são um *software* que monitoriza e regista ações dos utilizadores dos computadores. Para a sua instalação é necessário o consentimento dos utilizadores (*cf.* o artigo 5.º da Diretiva 2002/58/CE, com as alterações introduzidas pela Diretiva 2009/136/CE).

<sup>9</sup> O “direito à privacidade” (*right to privacy*) desenvolveu-se originalmente na jurisprudência e na doutrina dos EUA, mas foi na Europa que surgiram os principais conjuntos normativos de carácter nacional e multinacional. Por exemplo: a *Carta de Proteção do Consumidor* (1973); e a “Convenção 108” para a Proteção dos Indivíduos face ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981. Em 1995, o Conselho da Europa adotou uma *Recomendação Relativa à Proteção de Dados no Domínio das Telecomunicações, em Especial dos Serviços Telefónicos*, na qual foi dada especial atenção

2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa à privacidade e às comunicações electrónicas, que foi parcialmente alterada pela Diretiva 2009/136/CE<sup>10</sup>. Estas diretivas foram transpostas para o direito nacional, respetivamente, pela Lei n.º41/2004, de 18 de agosto, e pela Lei 46/2012, de 29 de agosto<sup>11</sup>.

## 2. O princípio constitucional de “liberdade publicitária”

A publicidade, como já foi realçado, é um elemento importante na moderna sociedade industrial enquanto fator de informação e, sobretudo, de incitamento e persuasão dos consumidores ao consumo de bens e serviços<sup>12</sup>. Daí que, ao longo dos tempos, a publicidade tenha contribuído fortemente para o aumento das vendas, para o escoamento e colocação dos bens e serviços, facilitando a sua comercialização e distribuição. Ora, essa contribuição tem sido e vai continuar a ser sem dúvida positiva; por um lado, numa perspetiva de mercado e empresarial<sup>13</sup>, na medida em que fomenta as estratégias comerciais, constituindo um fortíssimo estímulo para a concorrência<sup>14</sup>. Por outro lado, também deve ser reconhecido que a publicidade tem desempenhado um importante papel na informação do consumidor<sup>15</sup>, conferindo-lhe a possibilidade de conhecer as características, a composição, as propriedades e as condições relativas aos produtos publicitados de forma a tomar uma decisão de transação livre e informada<sup>16</sup>.

---

à utilização das redes de comunicações para enviar mensagens de *marketing* direto. Disponível em CM (1995) Recomendação n.º (95) 4, de 7 de fevereiro de 1995.

<sup>10</sup> Diretiva do Parlamento e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, ver Marques, José Augusto Sacadura Garcia. "Telecomunicações e protecção de dados...", p. 86.

<sup>11</sup> A necessidade de proteção da privacidade dos destinatários de comunicações eletrónicas e dos seus dados pessoais relativamente ao *marketing* direto, entre outros, estiveram na origem da intervenção do legislador comunitário.

<sup>12</sup> Silva, João Calvão da. "Protecção do Consumidor". *Direito das empresas*. 1990, p. 145; Ascensão, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 519, qualifica a publicidade em informativa e sugestiva, consoante se destine meramente a informar ou visa persuadir o destinatário a adotar um certo comportamento. Sobre os argumentos e as críticas subjacentes às teorias em confronto, ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da publicidade. Apontamentos*. 1999/2000, pp. 21 ss.

<sup>13</sup> Na linguagem jurídica a expressão “publicidade” pode ter vários sentidos; aqui é entendida como sinónimo de publicidade comercial ou publicidade-propaganda. *Cfr.* o artigo 3.º do Código da Publicidade português. Sobre os diversos elementos que o conceito de publicidade encerra, ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da Publicidade...*, pp. 7 ss.

<sup>14</sup> A importância e o alcance da publicidade são realçados no Preâmbulo do Código da Publicidade – o Decreto-Lei n.º 339/90, de 23 de outubro-, enquadrando a publicidade “como grande motor do mercado”.

<sup>15</sup> Note-se que o destinatário não tem de ser um consumidor nem tem de ser a pessoa que recebe efetivamente a mensagem; a comunicação pode ser dirigida ao público em geral ou ser direccionada a pessoas delimitadas pelo anunciante ou individualizadas, segundo os seus dados pessoais [artigo 5.º, alínea d), do Código da Publicidade]. Ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da Publicidade...*, p. 14.

<sup>16</sup> Em sentido contrário, acerca da relação entre a publicidade comparativa e o direito à informação do consumidor, merece referência o estudo levado a cabo por Barrio Garcia, Salvador, Luque Martinez, Teodoro. "La Publicidad comparativa y sus potenciales beneficios sobre la information del consumidor:

Mas o valor da publicidade na sociedade moderna não faz esquecer, obviamente, certos aspetos menos positivos do fenómeno: os anunciantes, no ímpeto de “incitação à compra”, mormente pela utilização das tão propaladas “técnicas agressivas de persuasão”, não raro cometem abusos e excessos que afetam a boa fé, a confiança e a credulidade dos destinatários, muito especialmente se estes são consumidores. Estes factos revelam bem as dificuldades e os problemas que a publicidade coloca aos destinatários e agentes económicos participantes na atividade publicitária e explicam a intervenção legislativa em ordem a regular as relações jurídicas entre todos os sujeitos participantes no processo, procurando conciliar os seus interesses contraditórios. Nesta conformidade, a publicidade é uma atividade protegida constitucional e legalmente<sup>17</sup>, sendo que a proteção constitucional da publicidade resulta em boa parte da consagração da liberdade de iniciativa económica privada e das liberdades de expressão e informação, acima referidas, podendo por isso falar-se de um princípio de “liberdade publicitária”<sup>18</sup>. Por força da tutela constitucional, esta “liberdade” apenas pode ser limitada ou sofrer restrições para salvaguardar outros direitos ou interesses garantidos pela Constituição da República Portuguesa<sup>19</sup>, inclusive os “direitos dos consumidores”<sup>20</sup>; e será sempre afastada, como é óbvio, perante publicidade oculta,

---

Um estudio empírico". *Estudios sobre Consumo*, 2001, n.º 56, pp. 27-40, em que os dados analisados de forma empírica demonstram que a publicidade comparativa *não contribui* para melhorar substancialmente a informação que o consumidor recebe nem o ajuda no processo de decisão no confronto com a publicidade não comparativa. Sobre a incidência concreta do movimento de proteção do consumidor na evolução do regime jurídico da publicidade comparativa em algumas leis nacionais europeias, ver Tato Plaza, Anxo. "Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el derecho comparado". *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, n.º 206, pp. 863-904. Ver ainda Oliveira, Elsa Dias. "Práticas comerciais proibidas". Em Leitão, Luís Manuel Menezes de (coord). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Coimbra: Almedina, 2006, vol. III, pp. 160-163.

<sup>17</sup> Sobre a proteção legal e constitucional da publicidade e problemas jurídicos que levanta, ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da Publicidade...*, pp. 29 ss. (Pinto, Paulo Mota. "Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro - Publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia". *Estudos de Direito do Consumo*, 1999, n.º 1, p.132).

<sup>18</sup> Artigos 37.º e 61.º, respetivamente. Sobre o princípio da liberdade publicitária, Silva, João Calvão da. "A publicidade na formação do contrato". In *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Almedina, 2006. vol. II, p. 690; Pinto, Paulo Mota. "Notas sobre a Lei n.º 6/99..." p. 135; Sobre estas liberdades, Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "Publicidade e liberdade de expressão". In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011, vol. III, p. 121 ss.; e Madaleno, Cláudia. "Informação e publicidade. Em especial, a publicidade de produtos financeiros". In *Liber Amicorum Mário Frota. A Causa dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 62.

<sup>19</sup> Artigo 18.º, ns. 2 e 3, da Constituição da República Portuguesa.

<sup>20</sup> Pereira, Alexandre Dias. "Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais". *Estudos de Direito do Consumo*, 2005, n.º 7, p. 363, nota 35. A Constituição da República Portuguesa proíbe a publicidade que atente contra os direitos do consumidor previstos e elencados no artigo 60.º, n.º 1, e consagra o direito à intimidade da vida privada no artigo 26.º. Por seu turno, o Código Civil estabelece a inviolabilidade do domicílio e da informação (artigo 80.º). No Código da Publicidade, devem ser destacados o artigo 12.º, que estabelece o princípio do respeito pelos direitos do consumidor, e o artigo 13.º, que impõe o respeito pelos aspetos essenciais da saúde e da segurança física. Ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da publicidade...*,

indireta ou dolosa<sup>21</sup>. Tem assim o consumidor o direito de autodeterminação informativa, ou seja, o direito de selecionar as mensagens publicitárias que deseja receber para que possa livremente decidir pela aquisição ou não do bem ou serviço apresentado. Portanto, a matéria atinente ao envio de mensagens publicitárias para fins de *marketing* direto suscita delicadas questões por contender com liberdades e direitos constitucionais. Neste domínio coexistem direitos fundamentais antagónicos que a regulamentação não pode deixar de ter em linha de conta: de um lado, a comunicação publicitária encontra-se constitucionalmente protegida, pelo que, uma eventual proibição geral do envio de comunicações publicitárias indesejadas viria colidir com a liberdade de expressão e informação<sup>22</sup>; do outro lado, encontram-se os princípios da defesa do consumidor e dos seus direitos<sup>23</sup>, podendo a restrição às liberdades constitucionais ser justificada pela necessidade de proteção daqueles direitos<sup>24</sup>. Em consequência, o alcance das limitações a implementar por via legislativa, ou outra, não poderá ser dissociado da necessidade de assegurar um justo equilíbrio entre os referidos valores.

### **3. Consentimento prévio (sistema *opt-in*) ou direito de oposição (sistema *opt-out*): os interesses em confronto**

A disciplina jurídica das comunicações indesejadas coloca a questão da conciliação da garantia constitucional do “princípio da liberdade publicitária” com o direito fundamental à proteção da privacidade, como já deixámos antever. E convocamos para uma reflexão acerca da posição, que do ponto de vista normativo, é legítimo e necessário adotar. Em teoria é possível equacionar pelo menos três situações, com as correspondentes vias de solução para o problema: 1) o legislador não intervém para combater ou impedir tais práticas, ancorando-se nas liberdades constitucionais ou, simplesmente, remetendo para a autorregulação através de códigos de conduta; 2) o

---

p. 93; e Cordeiro, António Meneses. *Tratado de direito civil II - Parte geral, negócio jurídico*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 527.

<sup>21</sup> Artigo 60.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

<sup>22</sup> Neste sentido, ANACOM. *O comércio eletrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio*. Lisboa: ANACOM, 2004, p. 180; Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "Comunicações não solicitadas (spam)". In *Lei do comércio eletrónico anotada*. 2005, pp. 232-323.

<sup>23</sup> É proibida a publicidade que atente contra os direitos do consumidor (artigo 60.º, ns.º 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa). Note-se, contudo, que a garantia constitucional da publicidade pode ela própria resultar do direito fundamental dos consumidores à informação (artigo 60.º, n.º 1, da Constituição), que está desenvolvido nos artigos 3.º, 7.º e 8.º da Lei de Defesa do Consumidor. Neste sentido, ver Pinto, Paulo Mota. *Direito da publicidade...*, p. 30.

<sup>24</sup> Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "Comunicações não solicitadas...", p. 232.; e Madaleno, Cláudia. "Informação e publicidade..." , p. 64.

legislador, pelo contrário, estabelece uma proibição absoluta em nome da proteção do direito à privacidade da vida privada e outros direitos; 3) ou ainda, por fim, é criado um regime legal que, tendo em consideração os direitos e liberdades em confronto, e sem deixar de os garantir, preveja algumas restrições, ainda que (parafraseando o já referido preceito constitucional) limitadas «ao necessário para salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». Quanto à primeira situação equacionada, diremos que a simples admissibilidade das comunicações não solicitadas ignoraria a necessidade de salvaguardar os interesses dos consumidores e certos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos; e deixar à autorregulação a iniciativa de elaborar códigos de conduta não resolveria inteiramente o problema, embora deva ser normalmente incentivada<sup>25</sup>. Por seu turno, a solução de proibição geral do envio de comunicações publicitárias não solicitadas (*spam*) colidiria também com a livre iniciativa económica e a liberdade de expressão<sup>26</sup>. Para respeitar os imperativos constitucionais e, ao mesmo tempo, salvaguardar os direitos em confronto, foi propugnada a intervenção legislativa com restrições, através da adoção de um sistema optativo, com possibilidade de manifestação da vontade<sup>27</sup>. No centro deste sistema optativo está ou o consentimento prévio -sistema de opção positiva (*opt-in*)<sup>28</sup>- ou a oposição do destinatário das comunicações não solicitadas - sistema de opção negativa (*opt-out*). Pelo primeiro, o destinatário declara prévia e expressamente aceitar receber comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto; pelo segundo sistema, a declaração do destinatário é de oposição a tal recebimento. Assim, o sistema de opção positiva estabelece uma proibição de recurso a tais comunicações, a menos que tenham sido prévia e expressamente consentidas pelo destinatário. Enquanto que a opção negativa permite tal prática, até declaração em contrário do destinatário. O sistema da opção positiva tem a grande virtualidade de assegurar a proteção dos dados pessoais e a privacidade dos destinatários<sup>29</sup>, mas poderá ser desfavorável para os anunciantes. Para

<sup>25</sup> Ver Pinto, Paulo Mota. "Notas sobre a Lei n.º 6/99...", pp. 158 e 160. Note-se que a Comissão Europeia desde cedo chamou a atenção para as virtualidades da autorregulação através da *Recomendação de 7 de abril de 1992 relativa aos códigos de conduta para a proteção dos consumidores em matéria de contratos a distância*.

<sup>26</sup> Pronunciando-se sobre a publicidade domiciliária não solicitada, Pinto, Paulo Mota. "Notas sobre a Lei n.º 6/99...", pp. 158-159, entende que a solução de proibição poderia considerar-se inconstitucional.

<sup>27</sup> *Idem, ibidem*, p.160.

<sup>28</sup> A expressão "consentimento prévio" tem aqui o sentido de "manifestação de vontade, livre, específica e informada", dada pela pessoa a quem os dados pessoais respeitam, nos termos da alínea *h*), do artigo 3.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro.

<sup>29</sup> A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) aponta quatro razões que justificam a aplicação do sistema *opt-in*, a saber: de outro modo os destinatários de mensagens que não as solicitaram ver-se-iam

alguns, constitui uma péssima solução para o *marketing* direto, tendo em conta a tendência natural das pessoas para a inércia e os elevados custos da existência de uma lista positiva<sup>30</sup>. No entanto, se olharmos de outra perspetiva até poderá ter aspetos muito positivos para os anunciantes e que devem ser valorizados na medida em que, com a opção positiva, só recebe comunicações publicitárias quem efetivamente deseja recebê-las<sup>31</sup>; o que contribui certamente para a valorização da relação entre o anunciante e o destinatário. Na verdade, o sistema de opção positiva favorece o estabelecimento de um clima de confiança no comércio eletrónico e na sociedade da informação. Este sistema respeita ao máximo a privacidade e evita os custos que a atividade publicitária pode implicar<sup>32</sup>. Alguns especialistas em *marketing* direto vão mais longe e aconselham os operadores económicos a apenas enviar publicidade àquelas pessoas que realmente a desejam receber. Estudos mostram que, quando alguém recebe sob qualquer forma publicidade indesejada, verifica-se o efeito contrário ao pretendido, isto é, o destinatário associa a partir desse momento a marca ou o produto inserido na mensagem publicitária à sensação desagradável de ter recebido publicidade que não solicitou<sup>33</sup>. O sistema de opção negativa, que permite o envio de comunicações publicitárias não solicitadas até declaração de recusa do destinatário, por seu turno, promove o *marketing* direto e, ao mesmo tempo, pretende salvaguardar a vontade dos destinatários. Só a partir da declaração de recusa fica vedado ao emissor das comunicações o envio de comunicações publicitárias, competindo-lhe a obrigação de possibilitar ao destinatário, no momento em que recebe a comunicação, manifestar expressamente que não deseja receber posteriormente mais mensagens publicitárias não solicitadas. Ambos os sistemas tornam-se efetivos, respetivamente, mediante listas de exclusão, também

---

obrigados a destinar grande parte do tempo e avultados recursos a manifestar a sua intenção de não receber as mensagens não solicitadas; existe a prática de o emissor não respeitar a oposição dos destinatários ao envio de mensagens para os seus terminais; a oposição do receptor revela aos emissores que aquele cidadão é um utilizador atento e cioso do seu terminal, o que ainda incentiva mais os emissores a enviarem mensagens de *marketing* direto; as frequentes transmissões de vírus informáticos e a possibilidade de obstrução de linhas (derivadas dos envios em massa).

<sup>30</sup> Sobre os prós e contras dos sistemas *opt-in* e *opt-out*, ver Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (spam)". *Direito da Sociedade da Informação*, 2003, vol. IV, p. 227.

<sup>31</sup> Este sistema é defendido por Oliveira, Elsa Dias. "Tutela do consumidor na Internet". *Direito da Sociedade da Informação*, 2004, vol. V, p. 352.

<sup>32</sup> Vários exemplos podem ser dados: o custo do meio de comunicação, o custo de utilização de recursos eletrónicos, a perda de tempo, os materiais utilizados e outros custos associados, além de contribuir para a má imagem pública do anunciante. Neste sentido, ver Pinto, Paulo Mota. "Notas sobre a Lei n.º 6/99...", p. 126.

<sup>33</sup> Guillén Catalán, Raquel. *SPAM y comunicaciones comerciales no solicitadas*. 2005, p. 108. A lei estabelece sanções para punir tais práticas e prevê mecanismos de reação e meios de defesa dos destinatários.

conhecidas como listas *Robinson*<sup>34</sup>, ou através de listas de consentimento explícito, chamadas listas brancas. A informação contida nas listas é guardada numa base de dados específica e está disponível a todas as empresas interessadas mediante assinatura anual, à qual correspondem quatro atualizações trimestrais. Os dois sistemas apresentam vantagens e inconvenientes que são enfatizados pelas partes envolvidas segundo os respetivos interesses<sup>35</sup>.

#### 4. A proteção da privacidade nas comunicações eletrónicas não solicitadas (spam)

Estabelecida a distinção e os prós e contras dos dois sistemas, a questão que se pode colocar é saber como, e através de que mecanismos, pode o destinatário exercer o seu direito de oposição ou mesmo manifestar o seu consentimento prévio ao envio de mensagens. No caso de envio de comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto, a opção pela aplicação do sistema de opção positiva ou de opção negativa não tem uma resposta uniforme, dependendo do meio de comunicação utilizado pelo anunciante para o envio de publicidade. Por exemplo, se o consumidor não deseja receber publicidade domiciliária não endereçada, o problema é facilmente resolvido pelo art. 3.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, mediante a afixação na sua caixa de correio de um dístico indicando essa vontade<sup>36</sup>. Mas a situação muda tratando-se de publicidade domiciliária endereçada que o consumidor não quer receber: nos termos do artigo 4.º da referida Lei n.º 6/99, o destinatário pode opôr-se ao recebimento de tal publicidade (*opt-out*), devendo para o efeito dirigir-se à Associação Portuguesa de *Marketing Direto* (AMD)<sup>37</sup> ou através da rede de entidades de apoio ao Consumidor,

---

<sup>34</sup> A lista “Robinson”, lista de oposição ou lista negra é uma lista de pessoas que não desejam receber comunicações publicitárias. *Cfr.* Bensoussan, Alain. *Internet: Aspects Juridiques*. 2.ª edição. Paris: Hermès, 1998. Em Portugal, a lista “Robinson” é administrada pela Associação de *Marketing Direto* (AMD) sob a supervisão da CNPD. Designa-se: “Lista de Oposição” e está registada na CNPD. O procedimento de inscrição, com a declaração de que não se deseja receber publicidade, está acessível no *site* da AMD: <http://www.amd.pt/>. Note-se que as comunicações com utilização de aparelhos de chamada automática, fax ou por via eletrónica, estão fora deste sistema dado que para estas, como vimos, torna-se necessário o consentimento prévio (*opt-in*).

<sup>35</sup> Pinto, Paulo Mota. “Notas sobre a Lei n.º 6/99...”, pp.161-162, que defendia ser razoável aplicar um ou outro sistema de acordo com a “natureza mais fortemente intrusiva” ou “menos intrusiva” do meio de comunicação utilizado: assim, nas comunicações publicitárias por telefone e fax (ou equivalente) deveria ser adotado o sistema da opção positiva; nas restantes comunicações indesejadas no domicílio e por correspondência seria suficiente o exercício do direito de oposição.

<sup>36</sup> A publicidade domiciliária não endereçada é feita geralmente através de panfletos, folhetos desdobráveis, jornais, entre outros. A Direção-Geral do Consumidor produziu um autocolante para o efeito que pode ser importado, bastando aceder ao *site* da referida instituição.

<sup>37</sup> A AMD - Associação Portuguesa de Marketing Direto, Relacional e Interativo, fundada em 1987, é uma associação empresarial que reúne as principais empresas do setor de atividade de *marketing* direto e de venda a distância em Portugal.

manifestando esse desejo, sendo disponibilizado nos *sites* da AMD ou a Direção-Geral do Consumidor (DGC) um formulário para registo por correio ou por *e-mail*<sup>38</sup>. Em matéria de envio de comunicações eletrónicas, a lei não dá uma resposta única de proibição pura ou de mera permissão. Nos termos do artigo 13.º-A da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto<sup>39</sup>, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, em especial por telefone e Internet<sup>40</sup>, o envio de comunicações publicitárias não solicitadas pelos destinatários para fins de *marketing* direto<sup>41</sup> é permitido, embora sujeito a certas condições legais de natureza subjetiva e objetiva, a saber: mediante o consentimento prévio e expresso do destinatário que seja pessoa singular, através de aparelhos de chamada automática, de telecópia ou de correio eletrónico incluindo serviços de mensagens SMS e outros meios similares<sup>42</sup>; e até declaração de oposição à receção de futuros envios pelos destinatários que sejam pessoas coletivas e se inscrevam numa lista nacional atualizada pela Direção-Geral do Consumidor (DGC) para o efeito<sup>43</sup>. Após a introdução das alterações impostas pela Lei n.º 46/2012, passou a exigir-se que o consentimento prévio do destinatário seja “expresso”. O cumprimento deste requisito depende de as entidades, que promovam o envio de comunicações para fins de *marketing* direto, manterem uma lista atualizada onde conste a identidade das pessoas singulares que manifestaram expressamente e de forma gratuita o consentimento para a receção deste tipo de comunicações, conforme

<sup>38</sup> AMD propôs a organização de uma lista e âmbito nacional, surgindo assim a assinatura de um Protocolo de Cooperação com o ex-Instituto do Consumidor, hoje a Direção-Geral do Consumidor, que criou a “Lista de Oposição/Robinson”.

<sup>39</sup> *Cfr.* o artigo 13.º-A, n.º 1, da Lei n.º 41/2004, introduzido pela Lei n.º 46/2012 e o (revogado) artigo 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, relativo ao comércio eletrónico na sociedade da informação.

<sup>40</sup> A Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto (que transpôs a Diretiva 2002/58/CE relativa à privacidade e às comunicações electrónicas), contém as regras essenciais destinadas a assegurar a confiança dos utilizadores nos serviços e nas tecnologias das comunicações electrónicas.

<sup>41</sup> Na expressão “os destinatários” das comunicações não solicitadas que sejam pessoas singulares estão abrangidas quer o *consumidor* quer outras pessoas singulares não consumidoras mas profissionais. Quanto aos destinatários que sejam “pessoas coletivas”, são especialmente visados no n.º 2 do preceito. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea *c*), “utilizador” é qualquer pessoas singular que utilize um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público para fins privados ou comerciais, não sendo necessariamente assinante desse serviço.

<sup>42</sup> Artigo 13.º-A, n.º 1, e artigo 13.º-B, n.º 1, da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto. Uma das principais alterações trazidas pela Diretiva 2009/136/CE consistiu em alargar as restrições ao envio de mensagens de *e-mail* para fins de *marketing* direto aos serviços SMS (serviço de mensagens curtas), EMS (serviço de mensagens melhoradas) e MMS (serviços de mensagens multimédia) e a outros tipos de aplicações similares.

<sup>43</sup> Artigo 13.º-A, n.º 2, e artigo 13.º-B, n.º 2, da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto. A manutenção da lista de pessoas coletivas que manifestem expressamente opor-se à receção de comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto compete à Direção-Geral do Consumidor (DGC). A inscrição nesta lista será feita mediante preenchimento de formulário eletrónico disponibilizado na página da DGC. A lista de pessoas coletivas, a atualizar mensalmente, é de consulta obrigatória para as entidades que promovam o envio de comunicações para fins de *marketing* direto, devendo o pedido de consulta ser dirigido à DGC.

dispõe o art. 13.º-B da Lei n.º 41/2004<sup>44</sup>. Atente-se que por “meios similares” (artigo 13.º-A, n.º1) não deve entender-se outras formas de comunicação publicitária que têm lugar no decurso da navegação na Internet, como, por exemplo, os *banners* ou os *pop ups* e, em geral, todas as comunicações que não supõem um “envio” ao destinatário. Consequentemente, não lhes é aplicável a exigência do consentimento prévio e expresso do destinatário. Assim, o regime dos arts. 13.º-A e 13.º-B da Lei n.º 41/2004 não é aplicável às mensagens publicitárias que se encontram integradas nas páginas *Web*. O acima exposto não impede, todavia, que o fornecedor de determinado produto ou serviço, que tenha obtido dos seus clientes no contexto da venda de um produto ou serviço, as respetivas coordenadas eletrónicas de contacto, possa utilizá-las para fins de *marketing* direto dos seus próprios produtos ou serviços análogos aos transacionados, desde que garanta aos clientes em causa, clara e explicitamente, a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização de tais coordenadas no momento da respetiva recolha e, por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha recusado inicialmente essa utilização<sup>45</sup>. Também nesta variante é consagrado o sistema de opção negativa<sup>46</sup>. No tocante aos destinatários que sejam pessoas coletivas, são permitidas as comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto, até que os destinatários recusem futuras comunicações e se inscrevam, gratuitamente, numa lista de pessoas coletivas<sup>47</sup>, o que traduz a manifestação de oposição à receção de comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto, correspondente ao sistema de opção negativa ou de *opt-out*<sup>48</sup>. Por outro lado, embora já se encontrasse prevista na lei a proibição de envio de correio eletrónico para fins de *marketing* direto com ocultação ou dissimulação da identidade da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação, bem como a obrigação de indicar um meio de contacto válido para o qual o destinatário possa enviar um pedido para pôr termo a essas comunicações<sup>49</sup>, passa agora também a estabelecer-se

---

<sup>44</sup> A novidade trazida pelo regime, agora constante do art. 13.º-B da Lei n.º 41/2004, é que as entidades que promovam o envio de comunicações de *marketing* direto, ao invés da obrigação de manterem uma lista de pessoas que não pretendem receber estas comunicações, passarão a ter de manter uma lista de pessoas que manifestaram expressamente o seu consentimento ou não oposição para a receção deste tipo de comunicações.

<sup>45</sup> Artigo 13.º-A, n.º 3, da Lei n.º 41/2004.

<sup>46</sup> *Cfr.* o artigo 22.º, ns.º 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 7/2004

<sup>47</sup> Artigo 13.º-A, n.º 2, da Lei n.º 41/2004.

<sup>48</sup> Esta possibilidade também já resultava do artigo 22.º, ns. 2 e 4, do Decreto-Lei n.º 7/2004.

<sup>49</sup> *Cfr.* o artigo 22.º, ns.º 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 7/2004.

a proibição de indicações que incentivem os destinatários a visitar outros sítios na Internet que não cumpram os requisitos de informação e identificação<sup>50</sup>.

### **5. A proteção da privacidade do consumidor no envio de comunicações não solicitadas através da utilização de técnicas de comunicação a distância e por meio de práticas comerciais desleais**

A utilização de determinadas técnicas nas comunicações publicitárias a distância não solicitadas, no âmbito das relações estabelecidas entre o fornecedor e um consumidor, encontra-se regulada hoje prevista no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro<sup>51</sup>, regulador do regime jurídico de proteção do consumidor na celebração de contratos a distância e fora do estabelecimento comercial<sup>52</sup>. Nesta matéria a qualidade de consumidor assume a maior relevância, fruto da necessidade de garantir acima de tudo a sua proteção contra estas práticas<sup>53</sup>. Em resultado disso, coerentemente, o normativo referido veio adotar o sistema mais protetor para o consumidor - opção positiva-, e estende esse sistema a todas as técnicas de comunicação a distância<sup>54</sup>, e não como até aqui só para algumas técnicas. Mas, ao invés do que resulta da epígrafe do artigo 8.º: “Restrições à utilização de determinadas técnicas de comunicação a distância”, do que se trata aqui é de regular o envio de comunicações não solicitadas através da utilização de toda e qualquer técnica de comunicação a distância e não de “determinadas” técnicas<sup>55</sup>. Em rigor, o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º

---

<sup>50</sup> Artigo 13.º-A, ns.º 4 e 5, da Lei n.º 41/2004. A inobservância dos deveres impostos nos artigos 13.º-A e 13.º-B constitui contraordenação punível com coimas nos montantes previstos no artigo 14.º da referida lei. As entidades de supervisão competentes para fiscalizar o respeito pelas disposições da Lei n.º 41/2004 são a CNPD ou o ICP-ANACOM, consoante as respetivas áreas de competência.

<sup>51</sup> Este diploma transpõe para o direito nacional em parte a Diretiva 2011/85/EU do Parlamento e do Conselho, de 10 de outubro, relativa aos direitos do consumidores.

<sup>52</sup> O preceito remete diretamente para a Lei n.º 46/2012 (e indiretamente para a renovada Lei n.º 41/2004) quanto às especificidades a observar na aplicação do regime de opção positivo. Segundo o Considerando 61) da Diretiva 2011/83/UE, no tocante aos contratos celebrados a distância, a matéria das comunicações não solicitadas é abrangida pela Diretiva 2002/58/CE que garante um elevado nível de defesa dos consumidores, justificando assim a não previsão de um regime próprio.

<sup>53</sup> Com exceção, contudo, das comunicações não solicitadas relativas à prestação de serviços financeiros a distância a consumidores, as quais não sofrem alteração face ao regime consagrado no artigo 8.º (“comunicações não solicitadas”) do Decreto-Lei n.º 95/2006.

<sup>54</sup> Diferentemente, se o destinatário (pessoa singular) da comunicação não solicitada não for um consumidor, aplica-se o regime do artigo 13.º-A da Lei n.º 41/2004. Todavia, se o anunciante utilizar um telefone com assistente, aplicar-se-á o disposto no artigo 5.º da Lei n.º 6/99, que prevê o sistema da opção negativa, e não o artigo 13.º-A, pois este preceito não abrange este meio de comunicação a distância.

<sup>55</sup> Pensamos que a atual epígrafe do artigo 8.º resulta da desatenção do legislador que adotou a epígrafe da disposição homóloga do revogado Decreto-Lei n.º 143/2001, que continha a regulamentação dos contratos a distância, o artigo 11.º. Nesse preceito, de facto, previam-se restrições à *utilização de determinadas técnicas* de comunicação a distância, mas não de todas. O regime legal anterior apenas considerava abrangidas pelo sistema da opção positiva duas técnicas de comunicação a distância: a

24/2014 devia remeter diretamente para o regime dos artigos. 13.º-A e 13.º-B da Lei n.º 41/2004 que atualmente contém o regime das comunicações não solicitadas para fins de *marketing* direto e respetivas listas, e não para a Lei n.º 46/2012, que apenas introduziu alterações naquela<sup>56</sup>. Na articulação entre as citadas normas deve atentar-se nos respetivos âmbitos subjetivo e objetivo. No artigo 8.º está em causa apenas o consumidor [artigo 3.º alínea c)] como destinatário das comunicações não solicitadas, enquanto que o regime dos artigos 13-A e 13.º-B visa os assinantes em geral (pessoas singulares e pessoas coletivas) e os utilizadores. Quanto ao objeto da regulamentação, o artigo 8.º incide sobre a utilização de quaisquer técnicas de comunicação a distância”, devendo entender-se que pretende aplicar o sistema de opção positiva a todas as técnicas sem distinção<sup>57</sup>. Por seu turno, o artigo 13.º-A não é tão generoso na medida em que prevê o sistema de opção positiva apenas no caso da utilização de certos sistemas de comunicação e unicamente quando o destinatário for uma pessoa singular, vigorando o sistema de opção negativa para as restantes situações e sempre que o assinante for uma pessoa coletiva. Importa acrescentar que a não observância da vontade do consumidor no recebimento das comunicações publicitárias implica a sua qualificação como práticas comerciais desleais agressivas em quaisquer circunstâncias<sup>58</sup>. Justamente, outro instrumento comunitário de grande importância no combate às comunicações não solicitadas nas relações com os consumidores, que resulta do disposto na Diretiva 2005/29/CE e do DL 57/2008 que a transpôs, vindo estabelecer um regime de proibição de certas práticas comerciais desleais<sup>59</sup>, com o objetivo de contribuir para o

---

utilização de aparelhos de chamada automática e o telefax. E às técnicas de comunicação a distância que permitiam uma comunicação individual diferente destas aplicava-se o sistema da opção negativa, isto é, dependiam da não oposição do destinatário/consumidor. Esta disposição não tem correspondência na Diretiva 2011/83/CE [a explicação para tal decorre do Considerando 61)], porém, ao contrário do que afirmam Carvalho, Jorge Morais de, Pinto-Ferreira, João Pedro. *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 83, em anotação a esta norma, o preceito tinha correspondência no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 143/2001, conforme resulta das considerações que nesta nota tecemos sobre a evolução do seu teor.

<sup>56</sup> Carvalho, Jorge Morais de, Pinto-Ferreira, João Pedro. *Contratos celebrados à distância...*, p. 83, consideram a “referência à Lei n.º 46/2012 inadequada, uma vez que esta se limita a alterar a Lei n.º 41/2004 e o Decreto-Lei n.º 7/2004”.

<sup>57</sup> Carvalho, Jorge Morais de, Pinto-Ferreira, João Pedro. *Contratos celebrados à distância...*, p. 84, consideram que a principal questão suscitada pela análise do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, em comparação com o disposto no artigo 13.º da Lei n.º 41/2004, consiste nas comunicações telefônicas não solicitadas em que intervenha um assistente, defendendo quanto a este meio de comunicação a aplicação do mesmo regime das restantes técnicas de comunicação, ou seja, o consentimento prévio e expresso do consumidor.

<sup>58</sup> Nos termos do artigo 12.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 57/2008.

<sup>59</sup> Proibição que resulta do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE. Sobre a proibição legal de determinadas práticas comerciais desleais e a necessária articulação deste regime excecional com os princípios gerais do Direito, ver o estudo de Cardoso, Elionora. *As práticas comerciais desleais: uma*

funcionamento correto do mercado interno e alcançar um nível elevado de defesa do consumidor<sup>60</sup>, em estreita articulação com as matérias da publicidade<sup>61</sup>. Assim, a lei veio estabelecer pela primeira vez de forma expressa o carácter desleal das “solicitações persistentes e não solicitadas por telefone, fax, *e-mail*, ou qualquer outro meio de comunicação a distância, qualificando esta prática comercial como agressiva em qualquer circunstância no artigo 12.º, alínea *c*), ou seja, é considerada desleal sem necessidade de recurso a uma avaliação casuística<sup>62</sup>. Para serem consideradas práticas agressivas é necessário, no entanto, que as comunicações, além de não solicitadas, sejam persistentes, reiteradas, facto que tornará a prática realmente incómoda para o consumidor. Acresce que, ainda que a lei não o refira expressamente, a agressividade da prática há-de resultar de envios persistentes sem o consentimento prévio do consumidor em os receber, por força da conjugação do regime das práticas comerciais desleais com o das comunicações eletrónicas e a disciplina das comunicações a distância<sup>63</sup>. Portanto, o carácter leal ou desleal deste tipo de práticas está diretamente relacionado com a vontade dos consumidores (manifestada antecipadamente) de receberem ou não tais comunicações<sup>64</sup>.

## 6. Conclusões

A primeira conclusão a retirar é que o regime jurídico aplicável ao envio de comunicações não solicitadas depende da qualificação do destinatário como consumidor

---

*proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual*, 2014, pp. 19 ss.

<sup>60</sup> Cfr. o artigo 1.º da Diretiva 2005/29/CE. Sobre o tema, ver Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas". *Estudos de Direito do Consumo*, 2003, n.º 5, pp. 163 ss.

<sup>61</sup> Cfr. o Considerando 6) da Diretiva. Neste sentido, ver Silva, João Calvão da. "A publicidade na formação...", p. 697; e Pereira, Alexandre Dias. "Publicidade comparativa...", p. 362. Anteriormente, a repressão das práticas comerciais desleais apenas podia ser feita através da legislação comercial e da aplicação de sanções com base na disciplina da concorrência desleal, a qual, como é sabido, apenas permite a reação dos profissionais lesados contra atos de concorrência e não a tutela do consumidor.

<sup>62</sup> Apreciação que a ser exigida teria de se conformar com as especificações do artigo 11.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 57/2008.

<sup>63</sup> No tocante ao regime sancionatório, as violações configuram contra-ordenações punidas com coimas (artigo 21.º) e desencadeiam também efeitos jurídico-privados, como a anulabilidade do contrato (artigo 14.º), a responsabilidade civil (artigo. 15.º) e o recurso à ação inibitória (artigo 16.º) do Decreto-Lei n.º 57/2008.

<sup>64</sup> Esta solução foi aliás a que foi seguida pelo legislador alemão aquando da transposição da Diretiva 2005/29/CE, através da lei contra a concorrência desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG*) que no §7 consagra claramente a exigência de que o consumidor manifeste a sua vontade antes de receber as mensagens publicitárias. Na falta desse consentimento prévio, a mensagem publicitária poderá ser considerada como prática comercial desleal e sujeita a sanção. Portanto, a lei alemã vai além da Diretiva que não estabelece como requisito de lealdade, no envio de comunicações não solicitadas, o consentimento prévio do consumidor.

e das técnicas de comunicação a distância utilizados. A tutela do direito à reserva da vida privada do consumidor vem tornar absolutamente imperativo que este manifeste previamente o seu consentimento livre, específico e informado a tais práticas, em sintonia, aliás, com a disciplina da proibição da prática comercial agressiva de fazer solicitações persistentes e não solicitadas. Não obstante tal exigência, bem como a severidade do regime sancionatório, a verdade é que os resultados alcançados estão longe de serem satisfatórios. Uma das razões para o insucesso prende-se, desde logo, com os próprios “desvios” consentidos pela lei ao sistema da opção positiva: a ressalva da não necessidade de consentimento prévio do destinatário que seja uma pessoa singular, no caso de ter havido anteriormente transações. Outras razões podem encontrar-se na falta de fiscalização efetiva das entidades competentes perante os constantes abusos e violações da lei e na inércia ou falta de reação do próprio consumidor. As entidades que fiscalizam e sancionam estas práticas, ainda que dotadas de amplas competências, só podem atuar com conhecimento da situação o que apenas sucede, dada a natureza própria do *marketing* direto, se e quando o destinatário apresenta queixa formal. A violação das proibições legais por parte dos anunciantes pode e deve, todavia, ser combatida pelo destinatário, mediante a apresentação da competente queixa/reclamação à CNPD, o que nem sempre se verifica. Ora, para dotar o regime sancionatório de maior eficácia, pensamos que devia ser obrigatório o anunciante disponibilizar na comunicação publicitária, não apenas um *link* para a remoção do endereço, como também um *link* que permitisse ao destinatário um contacto direto e imediato com a entidade fiscalizadora, para o efeito de pretender “apresentar uma reclamação”, desde logo. Tal “botão” funcionaria como um “alerta” para a existência de uma prática abusiva, ilícita e agressiva, com a identificação da entidade prevaricadora, do teor da mensagem e a identidade do reclamante. Por fim, ao avaliarmos a evolução da proteção dos direitos económicos do consumidor, percebe-se como se joga nela a busca de um equilíbrio muito difícil de obter: quer porque é desejável que o regime legal respeite, ou não venha tolher de forma grave, a liberdade de iniciativa económica; quer porque é preconizado como objetivo maior consagrar e garantir o direito à privacidade. Pese embora esse esforço, temos evidências de que no tempo atual nesta matéria ainda não se logrou alcançar o tão propalado elevado nível de proteção dos consumidores.

### Referências Bibliográficas

- ANACOM. *O comércio eletrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio*. Lisboa, 2004.
- Ascensão, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002.
- Barrio Garcia, Salvador, Luque Martinez, Teodoro. "La Publicidad comparativa y sus potenciales beneficios sobre la information del consumidor: Um estudio empírico". *Estudios sobre Consumo*, 2001, n.º 56, pp. 27-40.
- Bensoussan, Alain. *Internet: Aspects Juridiques*. 2.ª edição. Paris: Hermès, 1998.
- Cardoso, Elionora. *As práticas comerciais desleais: uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual*, 2014, p. 19.
- Carvalho, Jorge Morais de, Pinto-Ferreira, João Pedro. *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial*. Coimbra: Almedina, 2014.
- Cordeiro, António Meneses. *Tratado de direito civil II - Parte geral, negócio jurídico*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2014.
- Emparanza Sobejano, Alberto. "Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: Un supuesto de prácticas agresivas por acoso". *ADI - Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 2010-2011, vol. 31, pp. 153 ss.
- Guillén Catalán, Raquel. *SPAM y comunicaciones comerciales no solicitadas*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. "Publicidade e liberdade de expressão". In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011, vol. III, p. 121 ss;
- "Comunicações não solicitadas (spam)". *Lei do comércio electrónico anotada*. 2005, pp. 232-323.
- "A proteção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas". *Estudos de Direito do Consumo*, 2003, n.º 5, pp. 163 ss.
- "A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (spam)". *Direito da Sociedade da Informação*, 2003, vol. IV, pp. 191-212.
- Madaleno, Cláudia. "Informação e publicidade. Em especial, a publicidade de produtos financeiros". In *Liber Amicorum Mário Frota. A Causa dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 62.