

## **PROPOSTA DE ALTERAÇÃO**

### **ARTIGO 45º DA LEI N.º 51/2011, DE 13 DE SETEMBRO**

## INTRODUÇÃO

A APITED - ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE INFORMAÇÃO, TECNOLOGIA E ENTRETENIMENTO DIGITAL (de ora em diante apenas APITED) é uma associação portuguesa, legalmente constituída, sendo seus associados várias empresas com actividade multinacional, no sector do entretenimento e desenvolvimento das tecnologias digitais prestando serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem, compondo, actualmente, cerca de 85% do referido sector em Portugal.

A razão do envio desta comunicação prende-se com a mais recente alteração à Lei 5/2004, de 10 de Fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas, de ora em diante "LCE"), operada pela Lei 51/2011, de 13 de Setembro, mais precisamente com a redação dada ao n.º 3 do artigo 45º da LCE:

**«As empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público que sirvam de suporte à prestação de serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem, incluindo SMS (short message service) ou MMS (multimedia messaging service), devem garantir, como regra, que o acesso a estes serviços se encontre barrado sem quaisquer encargos, só podendo aquele ser activado, genérica ou selectivamente, após pedido escrito efectuado pelos respectivos assinantes.»**

Pese embora o facto de representar a generalidade das empresas que vêem a sua atividade completamente alterada – e destruída – por esta alteração legislativa, infelizmente, a APITED nunca foi chamada a pronunciar-se num momento prévio à entrada em vigor desta lei, tendo tido, apenas a 20 de Dezembro de 2011, mais de três meses após a entrada em vigor da Lei 51/2011, oportunidade de apresentar a sua tese sobre a opção legislativa do total barramento por defeito dos serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem.

Nessa ocasião, a APITED vaticinou perante a Comissão de Economia e Obras Públicas da Assembleia da República a asfixia destes serviços da sociedade da informação, defendendo que a manutenção do atual quadro legislativo culminaria na sua extinção. Decorrido quase um ano sobre a audiência concedida por esta Comissão, o prognóstico avançado concretizou-se, em prejuízo, em última instância, dos próprios consumidores portugueses que utilizam em massa estes serviços e que ficaram impedidos de o fazer.

Tendo conhecimento que se encontra em discussão uma nova alteração à Lei 5/2004 (Proposta de Lei n.º 98/XII), entende a APITED que se está perante uma oportunidade para alterar uma disposição legal profundamente prejudicial, não apenas para as entidades prestadoras de serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem, mas, principalmente, para os

consumidores, que se vêem privados de todos os inúmeros serviços suscetíveis de serem prestados por esta via.

Após a entrada em vigor da Lei 51/2011, a APITED desenvolveu um importante e incansável trabalho no sentido de, por um lado, atestar a profunda injustiça desta opção legislativa, tendo, e, por outro, demonstrar que há caminhos alternativos ao barramento que passam pela fiscalização e pela autorregulamentação. De entre as várias providências tomadas, destacam-se as seguintes:

- Foi solicitada opinião legal sobre a constitucionalidade e a conformidade ao Direito da União Europeia da alteração legislativa acima referida a um especialista em Direito Constitucional e Comunitário;
- Foram promovidas reuniões os Partidos Políticos com representação parlamentar para, não só apresentar a APITED e o seu trabalho, bem como as propostas que defende para um saudável mercado de serviços de valor acrescentado com base no envio de mensagens;
- Teve lugar uma reunião com o ICP-ANACOM, entidade fiscalizadora, para avaliar o impacto da nova opção legislativa;
- Foi mantida uma reunião com a Associação de Defesa do Consumidor (DECO) para apresentação do trabalho desenvolvido pela APITED, em particular, na gestão de reclamações e, nessa sequência, foram mantidos contactos regulares para tratamento de todas as eventuais queixas de consumidores;
- Foram mantidas regulares reuniões entre empresas associadas da APITED e as operadoras de telecomunicações e, bem assim, com a associação representativa do setor, reuniões no sentido de serem adotadas regras de autorregulação do setor;
- Finalmente, foi desenvolvido um exaustivo trabalho no seio da própria APITED, no sentido identificar as questões suscetíveis de gerar reclamações por parte dos consumidores e de trazer a lume e implementar um Código de Conduta com regras que pretendem dar uma resposta eficaz a essas questões.

Nas páginas que se seguem, procuraremos dar conhecimento à Comissão de todos estes passos e, finalmente, aproveitando o momento legislativo, iremos fazer uma proposta de redação do artigo 45.º que, não pondo em causa o objetivo da lei – a defesa dos interesses dos consumidores –, será vital a sobrevivência de todas as empresas do setor.

## **I – DA (GRAVE) SITUAÇÃO E DAS ASSOCIADAS DA APITED E A NOVA REALIDADE DO MERCADO DOS SERVIÇOS DE VALOR ACRESCENTADO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 51/2011**

Antes de entrar na análise proposta, uma nota, necessariamente breve, sobre a atividade dos serviços de valor acrescentado.

Como o nome indica, estes serviços de telecomunicações implicam necessariamente um custo adicional ao normal custo de uma comunicação, podendo os mesmos ser prestados por voz (Audiotexto e IVR – *interactive Voice Response*) ou por mensagem.

A atividade de prestação de serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem foi regulamentada, no ano de 2009, pelo Decreto-lei n.º 63/2009, de 10 de Março, que alterou o Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, que já regulava os serviços de audiotexto.

Note-se que só, e a partir da entrada em vigor deste diploma, foi criado, pela primeira vez em Portugal, um regime jurídico próprio para a prestação destes serviços tendo sido determinada a extensão das regras impostas ao audiotexto e introduzidas muitas outras normas, que só a estes serviços lhe são aplicáveis, decorrentes da especial especificidade das suas características e da prestação dos mesmos.

Passamos a descrever, de forma sucinta, o atual regime legal aplicável, com destaque para as inúmeras obrigações que impendem sobre os prestadores destes serviços e as medidas especialmente adotadas no mercado por fornecedores de conteúdos e operadores móveis para a proteção dos direitos dos consumidores, a saber:

- a) Obrigação de registo junto do ICP-ANACOM para o exercício da atividade de prestador de serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem;
- b) Apertadas regras de contratação que passam pela disponibilização de informação completa via SMS sobre o serviço a prestar, preço, cancelamento do serviço e obrigação de obtenção de uma dupla confirmação da solicitação de todos os serviços que consistam no envio de um conteúdo e e/ou que impliquem o envio de mensagens de forma periódica ou continuada<sup>1</sup>;

---

<sup>1</sup> Recebida uma solicitação do consumidor (por SMS ou via web), o prestador de SVA baseado no envio de mensagem envia ao cliente, antes da prestação do serviço e gratuitamente, mensagem clara e inequívoca, suportada no serviço de comunicações eletrónicas que é utilizada para a disponibilização do serviço que contenha:

- (i) a identificação do prestador do serviço;
- (ii) a natureza do serviço a prestar, período contratual mínimo, quando aplicável, e tratando-se de uma prestação continuada a forma de proceder à rescisão do contrato;
- (iii) o preço total do serviço ou tratando-se de serviço que deva ser proporcionada de forma continuada o preço de cada mensagem a receber e o preço a pagar periodicamente; e
- (iv) o pedido de confirmação da solicitação do serviço.

- c) Regras de faturação e pagamento de SVA que obrigam a que estes serviços constem de modo separado de todas as faturas emitidas pelo Operador de Telecomunicações e a proibição suspensão dos serviços de telecomunicações devido a falta de pagamento dos serviços de valor acrescentado;
- d) Regras próprias para a publicidade deste tipo de serviços, com particular enfoque na proteção dos menores;
- e) Possibilidade de barramento dos serviços de valor acrescentado, a pedido do consumidor.

Agora, para além deste regime que, por si, era de si o mais apertado de toda a realidade da contratação eletrónica, surge uma regra que vem, por defeito, barrar o acesso aos serviços de valor acrescentado com base no envio de mensagem.

Conforme foi previsto pela APITED logo após a entrada em vigor do diploma acima referido, a implementação do barramento por defeito do acesso a serviços de valor acrescentado com base no envio de mensagem veio praticamente destruir um setor que, em 2010, representava um volume de negócios anual de aproximadamente 200 milhões de euros e dava emprego direta ou indiretamente a cerca de 1.000 pessoas.

A verdade é que, desde Setembro de 2011, tudo mudou.

Como consequência desta opção legislativa, e com a impossibilidade prática dos consumidores acederem a este tipo de serviços com a prontidão necessária à sua efetivação, os prestadores destes serviços, empresas tecnologicamente avançadas e de ponta, estão a ver-se obrigadas a fechar as suas portas em Portugal, tendo como única opção criar novas funcionalidades e a trabalhar no seu melhoramento noutros países. Tal medida de obrigatoriedade de barramento tem serviço apenas ditar a ruína destas empresas ou para deslocar o investimento de Portugal para outros mercados.

Em números, temos o seguinte:

- Com a implementação desta medida o Setor e o Estado perderam:
  - Postos de Trabalho: Comparado o número de funcionários e colaboradores das empresas do setor, de antes e depois do barramento por defeito, houve uma **redução** de funcionários de 50%;
  - Pagamento de IVA: Comparando os pagamentos de IVA das empresas do setor dos meses de Abril até Setembro de 2011 com os pagamentos de IVA dos mesmos meses de 2012 (IVA pago por semestre antes e depois do barramento), houve um **decrécimo de 39,8%** (equivale a mais de 5.000.000€ em 2012);

- Se a alteração legislativa não tiver lugar em breve prazo, muitas das empresas do Setor ver-se-ão obrigadas a fechar as portas em Portugal e ir exercer suas atividades em outros países onde a opção foi regular os SVA em vez de proibir sua existência.

Assiste-se, pois, a uma morte mais ou menos lenta de todo um setor de atividade que assenta na tecnologia com base no envio de mensagens por dispositivos móveis.

Mas que não se pense que todos os serviços de valor acrescentado estão na mesma situação. Pelo contrário, outros serviços existem que muito beneficiaram com o barramento por defeito dos serviços de valor acrescentado com base no envio de mensagem.

Estranhamente, o barramento implementado deixa de fora os serviços de valor acrescentado de resposta interativa por voz, mais conhecidos por serviços IVR ou, ainda, por 760's.

Beneficiando deste monopólio oferecido pelo legislador, os prestadores destes serviços florescem no mercado já que, para além de não terem qualquer serviço que lhe possa concorrer, podem ser promovidos, exercidos e explorado sem que contenham uma única restrição ou, sequer, normativo legal<sup>2</sup>.

**Urge, pois, alterar o atual quadro legislativo, em concreto o artigo 45º da LCE, eliminando o barramento por defeito do acesso aos serviços de valor acrescentado com base no envio de mensagem, permitindo, deste modo, a sobrevivência de muitas empresas e ainda mais postos de trabalho e reposição da igualdade no setor dos serviços de valor acrescentado.**

## **II – ANÁLISE JURÍDICA DA OPÇÃO LEGISLATIVA ADOTADA NA REDAÇÃO DO ARTIGO 45º**

Sobre este ponto, e conforme referido *supra*, a APITED solicitou autorizada opinião legal sobre a constitucionalidade e a conformidade ao Direito da União europeia das alterações ao Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, introduzidas pela Lei 51/2011, de 13 de Setembro, em matéria de acesso a serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem ao Exmo. Senhor Pro. Rui Medeiros, Professor Associado da Faculdade e Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Do douto Parecer solicitado, transcrevem-se, pela sua relevância, as conclusões, constituindo o documento na sua íntegra, um anexo à presente exposição:

<sup>2</sup> Basta ligar a televisão nos dias de hoje para notar a proliferação de concursos "760" que, ao arrepio da Lei do Jogo e da legislação da publicidade, prometem prémios milionários a todos os que ligarem para o número indicado...

«Conclusões:

- 1ª.** *Seja por via do apelo ao princípio constitucional do Estado de Direito, seja pelo recurso ao princípio geral de direito da boa fé, o princípio da tutela da segurança jurídica e da confiança legítima é um princípio ético-jurídico que se impõe a todos os poderes públicos.*
- 2ª.** *De modo esquemático, pode afirmar-se que, segundo o Tribunal Constitucional tem entendido, para que se possa invocar o princípio da protecção da segurança jurídica na sua vertente subjectiva, é necessário que: (i) as expectativas dos particulares sejam legítimas e justificadas com base em certa actuação do Estado; (ii) sobrevenha um comportamento inesperado do Estado, que abale a confiança dos particulares; e (iii) se verifique a prevalência das expectativas legítimas dos particulares sobre os direitos ou interesses cuja protecção tenha sido visada pelo Estado através da sua nova conduta.*
- 3ª.** *No caso concreto, não se vislumbram as razões de interesse público que justificam uma alteração legislativa tão onerosa para as empresas gravemente afectadas nos seus interesses patrimoniais pelo novo regime de acesso aos SVA, instituído pela Lei n.º 51/2011, e que confiaram, legitimamente, no quadro normativo que havia sido aprovado dois anos antes.*
- 4ª.** *Ao consagrar a iniciativa económica privada no n.º 1 do artigo 61.º, a Constituição considera-a seguramente, pelo menos após a primeira revisão constitucional, como um direito fundamental e não apenas como um princípio objectivo da organização económica.*
- 5ª.** *A Constituição consagra expressamente o princípio da intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos fundamentais de natureza análoga, como é o caso da liberdade de empresa.*
- 6ª.** *A liberdade de empresa compreende, além da liberdade de criação de empresa e de acesso ao mercado e – em articulação com a garantia da propriedade privada – da protecção constitucional da existência da empresa já constituída, a liberdade de organização, de direcção e de actuação da empresa.*
- 7ª.** *O empresário há-de ter, portanto, a liberdade de dirigir a sua empresa e de escolher aquilo que quer produzir ou os serviços que pretende prestar, decidindo sobre a escolha dos meios de financiamento, sobre a espécie de actividades a realizar e da respectiva dimensão económica e sobre a concentração de capitais próprios a empreender.*
- 8ª.** *O regime jurídico instituído pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, na medida em que*

*erige obstáculos à prestação de SVA de tal monta que, com toda a probabilidade, resultarão na insustentabilidade do negócio prosseguido pelos prestadores desses serviços – impossibilitando, na prática, o exercício dessa actividade empresarial –, traduz-se, seguramente, numa compressão do direito fundamental de iniciativa privada e da liberdade de empresa.*

- 9ª.** *Tomando como base este juízo de prognose, as alterações legislativas em causa traduzem-se mesmo numa compressão total ou aniquilante da liberdade de empresa, tendo o efeito prático de erradicar uma actividade empresarial que, em si mesma, não é contrária, nem à Constituição, nem à lei.*
- 10ª.** *Em tal contexto, as regras impostas pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, devem considerar-se materialmente inconstitucionais, por violação do conteúdo essencial do direito de iniciativa privada e da liberdade de empresa.*
- 11ª.** *Ainda que assim não fosse – como é –, sempre a constitucionalidade dessas normas legais dependeria da observância dos demais requisitos materiais de admissibilidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais e, em especial, do princípio da proporcionalidade.*
- 12ª.** *É o próprio n.º 2 do artigo 18.º da Constituição que, em matéria de restrições de direitos, liberdades e garantias e de direitos fundamentais de natureza análoga, faz apelo ao princípio da proporcionalidade.*
- 13ª.** *Estando em causa uma relação entre bens de valor constitucional, não basta que a decisão sindicada não envolva um sacrifício desproporcionado de um bem constitucionalmente protegido, sendo ainda necessário que se observem os ditames da proporcionalidade particularmente qualificada impostos pelo princípio da concordância prática.*
- 14ª.** *O regime instituído pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, sobre o acesso aos SVA, não pode considerar-se conforme nem ao princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, nem às exigências de concordância prática entre os valores constitucionais conflitantes (no caso concreto, a liberdade de empresa, de um lado, e a protecção dos consumidores, do outro).*
- 15ª.** *Recorde-se que a liberdade de empresa surge, na situação vertente, de tal forma intensamente comprimida que o exercício da actividade comercial de prestação de SVA acabará por ser, na prática, totalmente inviabilizado, segundo refere a CONSULENTE.*
- 16ª.** *Que o novo regime jurídico incorreu num vício de excesso de protecção dos consumidores,*

*em detrimento das empresas que prestam SVA, é coisa que resulta da incursão no direito comparado, evidenciando o estudo facultado pela CONSULENTE que a lei portuguesa contempla solução claramente mais gravosa do que as adoptadas noutros Estados-Membros da União Europeia.*

- 17<sup>a</sup>.** *Nomeadamente, em Espanha, está implementando um sistema misto, fundamentalmente baseado da regra do livre acesso aos SVA – embora com excepções onde vigora a regra do bloqueio – e onde transparecem importantes dimensões de concertação e auto-organização do sector.*
- 18<sup>a</sup>.** *Por outro lado, constata-se que a imposição, como regra, do barramento dos SVA é contraditória com outra finalidade expressamente assumida na Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, qual seja a interoperabilidade dos serviços de telecomunicações, que constitui manifestação de um conhecido fenómeno de convergência multimédia e representa uma das marcas salientes da hodierna sociedade da informação.*
- 19<sup>a</sup>.** *A lei portuguesa foi, portanto, longe demais no grau de protecção atribuído ao consumidor, em detrimento da liberdade de empresa dos prestadores de SVA, havendo soluções alternativas igualmente eficientes e menos gravosas.*
- 20<sup>a</sup>.** *Além dos intensos deveres de informação e protecção que resultam já da lei em vigor e, em especial, do artigo 9.º-A do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 63/2009, de 10 de Março, teria sido possível conceber soluções gradativas, que não resultassem no bloqueio generalizado do acesso aos SVA, e reforçar os instrumentos de vigilância e sancionamento, bem como a concertação e a auto-regulação no sector.*
- 21<sup>a</sup>.** *Seguindo a via, um tanto fundamentalista, do bloqueio generalizado, o legislador português estabeleceu uma desproporção na relação meios-fim subjacente, violando a Constituição.*
- 22<sup>a</sup>.** *As Directivas comunitárias relativas às comunicações electrónicas foram recentemente revistas pela Directiva 2009/140/CE, que, justamente, visou dar mais um passo no sentido da construção do “inexistente” mercado interno das comunicações electrónicas, com o objectivo de pôr fim, se possível, à “diversidade regulatória e [à]s incoerências entre as actividades das autoridades reguladoras nacionais [que] punham em causa não só a competitividade do sector mas também os benefícios substanciais que poderão advir para os consumidores da concorrência transfronteiras”.*
- 23<sup>a</sup>.** *Com efeito, como a mesma directiva fez notar, o objectivo da recente reforma da*

*legislação das comunicações electrónicas consistiu "em reduzir progressivamente a regulamentação ex ante específica do sector para acompanhar a evolução da concorrência nos mercados e, em última análise, para que as comunicações electrónicas sejam regidas exclusivamente pela lei da concorrência. Considerando que, nos últimos anos, os mercados das comunicações electrónicas revelaram uma forte dinâmica competitiva, é essencial que só sejam impostas obrigações regulamentares ex ante nos casos em que não exista uma concorrência efectiva e sustentável".*

- 24ª.** *A imposição do barramento genérico e apriorístico não parece, desde logo, amiga destes objectivos de reduzir a diversidade regulatória e de limitar as obrigações administrativas ex ante àquelas que se revelarem adequadas a resolver problemas de concorrência.*
- 25ª.** *Subjacente à norma do n.º 3 do artigo 45.º da Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, está a relação contratual à distância entre adquirente e fornecedor, regida pela Directiva 97/7/CE, relativa aos contratos à distância (em particular os artigo 6.º e 9.º).*
- 26ª.** *O n.º 2 do artigo 7.º desta Directiva consagra o regime de "opt-out", nos termos do qual: "[s]em prejuízo da Directiva 97/7/CE e da Directiva 97/66/CE, os Estados-Membros deverão tomar medidas que garantam que os prestadores de serviços que enviem comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico consultem regularmente e respeitem os registos de opção negativa ("opt-out") onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações", solução que se mostra a mais conforme e proporcional à regulação da matéria e mesmo ao objectivo de protecção dos consumidores.*
- 27ª.** *Esta directiva foi, com outras, codificada na Directiva 2005/29/CE, sendo de salientar que o artigo 4.º da Directiva 2005/29/CE não permite aos Estados membros "restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objecto de aproximação por força da presente directiva".*
- 28ª.** *Mesmo que estas normas não demonstrem, como pensamos que demonstram, a incompatibilidade do artigo 45.º n.º 3, da Lei n.º 51/2011 com o direito da UE, impõe-se considerar que uma solução uniforme de base pode ser restritiva da liberdade de circulação dos serviços.*
- 29ª.** *Com efeito, aplicando-se as normas em causa também ao estabelecimento em Portugal de entidades de outros Estados membros que oferecem SVA ou a prestação de SVA em Portugal por entidades de outros Estados membros (ou, inversamente, a contratação de*

*SVA por consumidores nacionais a entidades de outros Estados membros), poderá concluir-se que a norma em apreço constitui uma restrição à livre prestação de serviços.*

- 30ª.** *Caberia ao Estado demonstrar – o que em ponto algum é feito – que a restrição à livre prestação de serviços (i) é justificada pelo interesse geral; (ii) é indistintamente aplicável (formalmente não discriminatórias); (iii) não é exigida a submissão no país de origem a regras comparáveis; e (iv) é justificada à luz do princípio da proporcionalidade.*
- 31ª.** *Num eventual litígio judicial, os tribunais estarão obrigados a não aplicar, no caso concreto, as normas inconstitucionais da Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, decidindo-o como se as mesmas nunca tivessem entrado em vigor, consequência que decorre, com clareza, do sistema de fiscalização concreta e difusa da constitucionalidade instituído pela Constituição no respectivo artigo 204.º.*
- 32ª.** *Não está excluído, por outro lado, que as próprias entidades administrativas – no caso concreto, o Estado e a ANACOM – estejam também obrigadas a desaplicar as normas em causa, não podendo exigir às empresas associadas da APITED e aos prestadores de serviços de suporte que com as mesmas se conforme.*
- 33ª.** *Nos termos do novo RRCEE, uma actuação ilícita do legislador ou das autoridades administrativas pode ainda fundar pretensões indemnizatórias das empresas afectadas pela aplicação da nova norma.*
- 34ª.** *A título subsidiário, importa ainda referir que, mesmo quando os interesses públicos concretamente prosseguidos se mostrem prevaletentes – e, portanto, não se verifique uma actuação ilícita do Estado legislador –, uma medida legislativa que frustre a confiança legítima dos particulares não deixará de gerar o dever de indemnizar por parte do Estado.*
- 35ª.** *Uma expectativa empresarial deve ser protegida, mediante a garantia de indemnização por sacrifício, quando a empresa não se limita a aproveitar uma situação legal que lhe é favorável, mas antes confia numa situação de confiança criada pelo Estado.*
- 36ª.** *Essa indemnização por sacrifício encontra-se subordinada aos pressupostos hoje constantes do artigo 16.º do RRCEE, sendo que, no caso concreto, mesmo a considerar-se que as disposições legais em causa não violam a Constituição ou o Direito da União Europeia – hipótese que se admite apenas para efeitos de raciocínio e mais completa exposição dos direitos que assistem à APITED e respectivas associadas –, nem por isso deixaria o Estado de estar obrigado a indemnizar as empresas de prestação de SVA, as quais viram frustrada a respectiva confiança legítima na estabilidade do anterior quadro*

*normativo.»*

### **III – ALTERNATIVA: A AUTORREGULAÇÃO**

A APITED está atenta aos problemas dos consumidores reconhecendo que os serviços de valor acrescentado com base no envio de mensagem são já utilizados de forma massiva e consciente pelos seus utilizadores, havendo, no entanto, espaço para que os mesmos possam ser melhorados.

No seio da APITED e de forma muito construtiva, desenvolvemos e já implementamos medidas tendentes a uma mais proficua autorregulação introduzindo alterações ao Código de Conduta da Associação com a criação de regras mais detalhadas para a prestação dos serviços de valor acrescentado com base no envio de mensagem com o objetivo da maior proteção dos direitos dos consumidores, visando nomeadamente, mas não só, os serviços de subscrição.

Refira-se que o sistema de autorregulação assente em códigos de conduta concebidos pelos próprios *players* no mercado tem sido a solução adotada por muitos países em todo o mundo, nomeadamente por aqueles onde os serviços de valor acrescentado têm um papel mais ativo<sup>3</sup>.

As alterações vão muito mais além da lei existente assente nos seguintes vetores:

- Melhor e mais clara informação;
- Eliminação de serviços enganosos;
- Uniformização da informação acerca dos serviços que permite a familiarização dos utilizadores e conhecimento dos SVA o que otimiza a forma como poderão vir a usufruir destes serviços.

Vantagens da autorregulação:

- **Maior acuidade das regras.** Estes serviços das tecnologias da informação são complexos e muito variados dificultando o papel do legislador e também das instituições reguladoras para conhecer em profundidade as suas mecânicas;
- **Maior flexibilidade** na criação/implementação de normas com vantagens na adaptação a um mercado especialmente dinâmico como o dos SVA.

<sup>3</sup> **Alemanha:** "Code of Conduct for Premium SMS/Wireless Services and Web-Based Services"; **Suíça:** "Code of Conduct mobile Premium services", version 4, 23.06.2010; **Itália:** "Policies for the provision of Premium SMS/MMS", CASP Version 2.0, November 2009; **Reino Unido:** "Phonepay Plus, Code of Practice for regulating Premium Rate Services under section 121 of the Communications Act 2003", 12<sup>th</sup> Edition, 30 March 2011; **Espanha:** "Código de Conducta de la Asociación de Empresas de Servicios a Móviles (AESAM)"; **Holanda:** "SMS Service Provision Code of Conduct", 1/06/2011.

- **Maior eficácia.** Enquanto serviços da sociedade da informação estão proliferados na internet e, como tal, dificulta o seu controlo e fiscalização por parte de entidades exteriores ao mercado.
- **Experiência comprovada.** Os mais maduros mercados na Europa (Reino Unido, Suécia ou Espanha) e no mundo (como por ex. Brasil), adotaram soluções de autorregulação como forma de monitorização dos serviços e de garantir de uma maior proteção dos direitos dos consumidores.

Os prestadores dos serviços em colaboração com os restantes intervenientes do mercado (operadores móveis, regulador e organizações de defesa dos consumidores) são as melhores entidades capazes de regular com eficácia estes serviços.

Garantias de cumprimento do Código de Conduta:

- Os Operadores de telecomunicações móveis terão um papel ativo no processo, mediante a aceitação do Código (ou através outra forma juridicamente legítima que possa garantir que todos os prestadores de serviços, dentro e fora da Associação se comprometem e respeitam o cumprimento do Código);
- O ónus de monitorizar o mercado caberá à APITED;
- Operadores com poderes para sancionar os prestadores incumpridores após notificação de uma irregularidade, nomeadamente através do corte da utilização de números e/ou eventuais sanções pecuniárias;
- O Código de Conduta já foi apresentado aos Operadores, estando neste momento em análise quer quanto ao conteúdo, quer quanto à forma de possível acolhimento das suas regras.

Anteriormente à Lei nº 51/2011, as empresas prestadoras de serviços já estavam obrigadas a (i) enviar um SMS de dupla-confirmação (grátis), após a 1ª. solicitação do consumidor, com informação de: preço por serviço e preço total por período de prestação do serviço; identificação do prestador do serviço; forma de cancelamento e pedido de confirmação (mediante inserção de PIN) da solicitação do serviço e , na Publicidade, havia a obrigação de (ii) informar a identidade ou denominação social do prestador do serviço, as condições da prestação do serviço, descrição do conteúdo e se se trata de SVA ou não, e indicação do preço.

No atual do Código de Conduta, nas subscrições, foram acrescentadas as seguintes normas:

- **Alteração e unificação dos *websites* dos Serviços ou respetivas *landing pages***, de forma a que o consumidor seja informado previamente à celebração do contrato e de forma clara que se trata de um Serviço de Subscrição.

- **A palavra Subscrição** está obrigatoriamente em destaque no canto superior direito da página;
- Passa a ser obrigatória (em layouts pré-definidos) que a súmula das principais condições do contrato a celebrar esteja **bem visível e à primeira vista, sem que o consumidor tenha necessidade de realizar *scroll*down** da página;
- Estão facultados ao consumidor os **Termos e Condições**, por ex. na base da página do website;
- Nos sms de dupla-confirmação passa a ser obrigatório constar a **palavra Subscrição por extenso**.

De forma a incrementar e reforçar a já existente auto-vigilância dos serviços prestados em Portugal, a APITED já implementou um serviço de auto-fiscalização dos serviços, e passará a remeter às entidades competentes denúncias das situações irregulares

Nos últimos 5 meses foram já realizadas ações de fiscalização no sentido de avaliar a conformidade às novas regras do Código de Conduta e os resultados foram:

	Junho	Julho	Agosto	Setembro	Outubro	-	Objetivo
Campanhas analisadas	23	46	42	31	73		
Campanhas encontradas em não conformidade	23	39	19	12	23		
Campanhas encontradas em conformidade	0	7	23	19	50		
% Em conformidade	0%	15%	55%	61%	68%		95%
Corrigidas no prazo	19	35	9	11	16		
Corrigidas fora do prazo	4	4	4	1	7	(*)	
Não corrigidas	0	0	6	0	0		
Proposta para votação de denúncia	0	0	6	0	0		
Absoluções	n.a.	n.a.	2	n.a.	n.a.		
Em processo de votação	n.a.	n.a.	2	n.a.	n.a.		
Denúncias a Instituições relevantes	n.a.	n.a.	2	n.a.	n.a.	(**)	

(\*) por limitações técnicas

(\*\*) Denúncias à AF/KLM: 17/8, Apple: 07/09, Facebook: 14/09, DGC: 20/09

#### IV – REUNIÕES COM OS PARTIDOS

Conforme havia sido sugerido aquando da primeira audição mantida com a Comissão de Economia e Obras Públicas da Assembleia da República, a APITED solicitou reuniões com todos os partidos com assento parlamentar para, não apenas apresentar a APITED e dar a conhecer o seu trabalho na melhoria destes serviços como para transmitir a sua posição sobre a alteração ao artigo 45ª da Lei das Comunicações Eletrónicas e as alterações que propõe a um cenário de total barramento.

Em geral, foram estas as conclusões comuns que a APITED retirou das reuniões mantidas:

- Não houve a reflexão necessária ao aprovar a medida do barramento por defeito. A alteração da Lei foi imposta a pretexto da transposição de uma Diretiva Comunitária (a qual não contempla esta medida) e foi feita de modo apressado, sem o trabalho de audição das partes interessadas, e só porque à primeira vista, parecia melhorar a proteção dos direitos dos consumidores;
- O assunto foi, com efeito, votado pelos deputados sem o conhecimento devido do que estava em causa. A proposta de alteração do art. 45º em concreto surgiu pouco antes da aprovação, não tendo havido tempo para perceber as implicações do barramento;
- A decisão do barramento foi uma iniciativa aprovada por unanimidade, mas isso não será considerado um impedimento para que a medida seja alterada no que diz respeito a aprovação de alterações ao barramento;
- É considerada a possibilidade de emendar o erro, havendo um consenso parlamentar.

Ou seja, e em conclusão, a APITED constatou que houve o reconhecimento, por parte da generalidade dos partidos, que todo o processo legislativo foi algo apressado e que não foram devidamente ponderadas as consequências desta alteração. Mas mais do que isso, nenhum dos partidos fechou a possibilidade a uma alteração legislativa que pudesse retirar, ou de algum modo, alterar, o atual regime do barramento total dos serviços de valor acrescentado, desde que houvesse um consenso generalizado sobre esta material.

## **V – REUNIÕES COM OUTRAS ENTIDADES**

Para além dos partidos com assento na Assembleia da República, responsáveis, em última análise, pela aprovação desta alteração legislativa, a APITED tomo, igualmente a iniciativa de reunir com outras entidades envolvidas neste assunto, nomeadamente em sede de fiscalização na atividade das telecomunicação e em sede de proteção dos direitos dos consumidores.

Da reunião com o ICP-ANACOM, extraíram-se as seguintes conclusões:

- Receberam com total surpresa esta alteração legislativa – não apenas no que respeita ao barramento como no que tange a outras alterações na Lei das Comunicações Eletrónicas – uma vez que o ICP-ANACOM não foi chamado a intervir no processo legislativo;
- O volume de reclamações sobre este tipo de serviços reduziu drasticamente desde 2009 até 2011, fruto da entrada em vigor do Decreto-Lei 63/2009, que veio, pela primeira vez, regular a atividade do serviço de valor acrescentado com base no envio de mensagem, não sendo uma questão, ao contrário de outras, que necessitasse de intervenção legislativa.

Por seu turno, da reunião com a Associação Portuguesa de Defesa do Consumidor (DECO), decorreu o seguinte:

- Houve um decréscimo das reclamações resultantes de serviços de valor acrescentado com base no envio de mensagem, embora permanecem divergências quanto às razões que levaram a esse decréscimo;
- Ficou estabelecido uma metodologia de trabalho comum no sentido de dar o melhor desfecho às reclamações provenientes da DECO, comprometendo-se a APITED a intervir junto dos associados no sentido dos mesmos procederem à devolução dos valores pagos pelos consumidores sempre que estes referissem que não tiveram intenção
- Ainda no âmbito da metodologia de trabalho fixada, foi acordado que todas as reclamações fossem encaminhadas para a APITED, para uma melhor gestão do volume de reclamações.

**Em conclusão, das reuniões com estas duas entidades ficou muito claro que o volume de reclamações neste tipo de serviços não assumia, à data da implementação da Lei 51/2011, um valor alarmante quer em sede de ilícitos na área de telecomunicações, quer em sede de violação dos direitos dos consumidores em geral. Por outras palavras, após 2009, as reclamações decorrentes de serviços de valor acrescentado com base no envio de mensagem deixou de ser um problema.**

## **VI –PROPOSTA DE ALTERAÇÃO**

Tendo em conta tudo o que se expôs em cima, a APITED entende que é essencial uma alteração imediata da redação do artigo 45<sup>a</sup> da Lei das Comunicações Eletrónicas.

Propõe-se, assim, aproveitando um momento em que se procede a uma nova alteração à Lei das Comunicações Eletrónicas, nomeadamente através da Proposta de Lei n.º 98 de/XII, entende a APITED que se trata do momento certo para proceder à alteração do artigo 45.º da Lei 5/2004, de 10 de Fevereiro.

A redação que se propõe é a que constava do projeto inicial de revisão da Lei (Proposta de Lei 3/XII) e que é a seguinte:

### **«Artigo 45.º**

#### ***Barramento seletivo de comunicações***

***1 -As empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público que sirvam de suporte à prestação de serviços de audiotexto devem garantir, como regra, que o***

**acesso a estes serviços se encontre barrado sem quaisquer encargos, só podendo aquele ser ativado, genérica ou seletivamente, após pedido escrito efetuado pelos respetivos assinantes.**

- 2 -Excluem-se do disposto no número anterior os serviços de audiotexto de televoto cujo acesso é automaticamente facultado ao utilizador.**
- 3 -A pedido dos respetivos assinantes, as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público que sirvam de suporte à prestação de serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem, incluindo SMS (short message service) ou MMS (multimedia messaging service), devem, sem quaisquer encargos, barrar as comunicações, de saída ou de entrada, para tais serviços, independentemente da existência ou não de contrato com o prestador desses serviços, ou da sua eventual resolução.**
- 4 -Para efeitos do número anterior, o barramento deve ser efetuado até vinte e quatro horas após a solicitação do assinante, através de qualquer suporte durável de comunicação, não lhe podendo ser imputados quaisquer custos associados à prestação dos serviços cujo barramento foi solicitado, após esse prazo.**
- 5 -A ARN pode fixar os elementos necessários exigíveis para fazer prova da legitimidade para requerer o barramento ou desbloqueio dos serviços previstos nos números anteriores.**
- 6 -Sempre que considere adequado, a ARN pode determinar às empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público que, a pedido dos respetivos assinantes, assegurem o barramento seletivo e gratuito de comunicações, de saída ou de entrada, de aplicações análogas às referidas no n.º 3 ou para outros tipos definidos de números.**
- 7 -Sempre que lhes seja determinado pelas autoridades competentes, com fundamento na existência de fraude ou utilização abusiva, as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público devem bloquear, caso a caso, o acesso a determinados números ou serviços e reter as receitas provenientes da interligação com os mesmos.»**

Se tal solução legal não for acolhida, a título subsidiário, e sempre preferível à atual situação de total barramento, propõe a APITED que seja mantido o barramento dos serviços de valor

acrescentado com base no envio de mensagem para os serviços para adultos, funcionando a regra do barramento a pedido para os demais casos:

**«Artigo 45.º**

**Barramento seletivo de comunicações**

**1 - As empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público que sirvam de suporte à prestação de serviços de audiotexto devem garantir, como regra, que o acesso a estes serviços se encontre barrado sem quaisquer encargos, só podendo aquele ser ativado, genérica ou seletivamente, após pedido escrito efetuado pelos respetivos assinantes.**

**2 - Excluem-se do disposto no número anterior os serviços de audiotexto de televoto cujo acesso é automaticamente facultado ao utilizador.**

**3 - As empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público que sirvam de suporte à prestação de serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem, incluindo SMS (short message service) ou MMS (multimedia messaging service), devem garantir, como regra, que o acesso aos serviços mencionados na alínea a) do n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, se encontre barrado sem quaisquer encargos, só podendo aquele ser ativado, genérica ou seletivamente, após pedido escrito efetuado pelos respetivos assinantes.**

**4 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público que sirvam de suporte à prestação de serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem, incluindo SMS (short message service) ou MMS (multimedia messaging service), a pedido dos respetivos assinantes, devem, sem quaisquer encargos, barrar as comunicações, de saída ou de entrada, para tais serviços, independentemente da existência ou não de contrato com o prestador desses serviços, ou da sua eventual resolução.**

**5 - Para efeitos do número anterior, o barramento deve ser efetuado até vinte e quatro horas após a solicitação do assinante, através de qualquer suporte durável de comunicação, não lhe podendo ser imputados quaisquer custos associados à prestação dos serviços cujo barramento foi solicitado, após esse prazo.**

**6 - A ARN pode fixar os elementos necessários exigíveis para fazer prova da legitimidade para requerer o barramento ou desbloqueio dos serviços previstos nos números anteriores.**

**7 - Sempre que considere adequado, a ARN pode determinar às empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público que, a pedido dos respetivos assinantes, assegurem o barramento seletivo e gratuito de comunicações, de saída ou de entrada, de aplicações análogas às referidas no n.º 3 ou para outros tipos definidos de números.**

**8 - Sempre que lhes seja determinado pelas autoridades competentes, com fundamento na existência de fraude ou utilização abusiva, as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público devem bloquear, caso a caso, o acesso a determinados números ou serviços e reter as receitas provenientes da interligação com os mesmos.»**

## **VII - ANEXOS**

Constituem anexos à presente proposta, os seguintes documentos;

I - Parecer do Senhor Professor Rui Medeiros intitulado "SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE E A CONFORMIDADE AO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA DAS ALTERAÇÕES AO DECRETO-LEI N.º 177/99, DE 21 DE MAIO, INTRODUZIDAS PELA LEI N.º 51/2011, DE 13 DE SETEMBRO, EM MATÉRIA DE ACESSO A SERVIÇOS DE VALOR ACRESCENTADO BASEADOS NO ENVIO DE MENSAGEM";

II - Código de Conduta da APITED.

Lisboa, 21 de Novembro de 2012.

O Presidente da APITED

(José Santos Rodríguez)