

■ PREFÁCIO

1. Mais do que um fruto da globalização, a Internet representa um dos principais instrumentos desta.

Foi insistentemente fomentada, no âmbito de uma política destinada a alcançar a circulação da informação em tempo real em todo o mundo.

Para isso, começou por se assegurar o veículo. Os meios de telecomunicações foram objecto, sobretudo na viragem dos anos 90, duma acelerada privatização, numa simultaneidade em quase todo o mundo que não pode deixar de impressionar. Ainda quando esta não se conseguisse, impôs-se a “rede aberta”, pela qual as empresas de comunicação deveriam deixar transitar todas as mensagens, qualquer que fosse a sua proveniência.

Sobre esta base, acompanhando o desenvolvimento tecnológico, se arquitecta a Internet, como rede das redes mundial.

Isto levou a que praticamente em todo o mundo passassem a estar disponíveis auto-estradas da comunicação que permitem conexão e interactividade permanentes. Através delas a comunicação ponto a ponto ou multiponto é sempre possível, e com isto pode-se difundir em tempo real a informação que se deseja.

Este é aliás uma motivação fundamental neste processo porque, para usar uma síntese politicamente incorrecta: quem domina a informação domina o mundo.

Mas outro objectivo se desenha desde cedo, agora no plano económico. A Internet pode representar mais que rede desinteressada de comunicação entre cientistas ou de diálogo entre internautas. Pode ser um poderoso veículo de negócios. Com isto vemos a Internet, nos anos mais recentes, transformar-se rapidamente numa rede comercial.

Esta rede comercial oferece vantagens muito grandes. Permite com um investimento mínimo que as empresas façam negócios em todo o mundo. Deixam de ter de abrir lojas físicas ou de fazer qualquer outro tipo de localização nos países de destino. Os sítios (*sites*) são lojas “virtuais” que disponibilizam produtos ou serviços por cima das regras económicas que pautam o comércio dos países de destino, ou mesmo das regras internacionais. As barreiras comerciais e aduaneiras, bem como os sistemas tributários nacionais, são com facilidade ultrapassados. A globalização económica consegue um progresso flagrante.

Há uma boa globalização e uma má globalização. A má globalização revela-se na posição de predomínio que a si mesmos se reservam aqueles que têm as rédeas do sistema. É muito elucidativo o que se passa com os nomes de domínio. São geridos

pelo ICANN, entidade privada norte-americana cujo controlo pelo Governo dos Estados Unidos é obvio. Nem mesmo na aparência a estrutura implantada é internacional. Aqui apenas há globalização no sentido que um só país detém as chaves de um sistema que constitui uma estrutura básica de todo o mundo de hoje.

2. O significado económico do comércio electrónico é revolucionário, e será analisado na primeira parte deste livro. Natural é porém que nos preocupemos mais com as suas repercussões a nível nacional e a nível comunitário.

A Comunidade Europeia defronta-se com o grande avanço alcançado pelos norte-americanos no domínio da informática e da Internet em geral, e no do comércio electrónico em particular. Mesmo assim, e no seguimento de deliberações do G-7, não adoptou uma atitude restritiva, muito pelo contrário, tomou como objectivo prioritário impulsionar o desenvolvimento do comércio electrónico e da Internet em geral.

As razões são várias. A que foi principalmente invocada foi a necessidade de conseguir competitividade em relação às empresas norte-americanas. Outras porém existem, de carácter mais localizado.

Uma das principais preocupações da Comunidade foi sempre a de assegurar uma comunicação fluida entre os países que a integram. Sirva de exemplo o que se passou com as vias de comunicação terrestre. Com isto ficava assegurada a comunicação e a coesão, que davam a base para a livre circulação de mercadorias e de serviços que se desejava. Foi por isso que a vantagem mais visível que Portugal retirou da sua adesão ao Mercado Comum foi a transformação radical das suas infra-estruturas de circulação terrestre.

As comunicações electrónicas em rede trouxeram por sua vez oportunidade de dar outro salto em frente no domínio das comunicações. Elas permitiam um intercâmbio constante de dados em tempo real entre os países comunitários e destes com o exterior. Com o que se alcançava uma igualdade de condições de todos os operadores, onde quer que se localizassem na Comunidade, porque se afastavam os obstáculos de espaço e de tempo à concorrência intracomunitária.

Com isto as empresas dos vários países comunitários estavam em condições de concorrer nos mercados dos outros sem necessidade de se localizarem. Por exemplo, uma empresa pode concorrer a uma empreitada de obras públicas em país longínquo sem que os seus agentes pisem sequer o país de destino. Basta que os termos do concurso constem da Internet e que as propostas possam ser enviadas

por via electrónica. O espaço real da concorrência intercomunitária alargou-se assim subitamente de modo considerável.

Com isto a “loja” ou empresa virtual passa a ser também um objectivo comunitário, por força do impulso de grandes empresas em condições de melhor dominarem esse meio de actuação. A política comunitária tem como um dos pilares fomentar a equiparação ao comércio real daquilo que passou a chamar-se o “virtual”.

A Directiva n.º 00/31/CE, de 8 de Junho, marca no plano jurídico o culminar desta política, e marca também simultaneamente o ponto de partida para novas etapas. O art. 9/1 estabelece o princípio da equiparação dos contratos celebrados por via electrónica aos contratos celebrados pelos meios comuns. É uma posição muito arrojada e mesmo, tendo em vista as condições existentes, prematura, mas exprime uma vontade e impõe uma política. Os problemas suscitados terão agora de ser resolvidos a esta luz. Mas a penetração nos vários países da Comunidade tem doravante uma base nova e indiscutível.

3. Há depois as repercussões nacionais do comércio electrónico. A situação não é a mesma nos vários países: os melhor equipados para este tipo de comércio ganham uma vantagem substancial sobre os restantes.

Ocupemo-nos da situação portuguesa. As empresas portuguesas não têm normalmente uma posição favorecida no comércio comunitário, quer pela dimensão, quer pela fragilidade financeira média, quer por outros factores. A técnica informática, sendo embora em Portugal apreciável no ponto de vista do conhecimento, fraqueja quando se trata do aproveitamento prático generalizado desse conhecimento. Não se expandiu ainda a muitas pequenas e médias empresas. O que significa que a concorrência em base informática traz para a empresa portuguesa comum uma nova desvantagem.

A medalha tem também o seu reverso. As empresas portuguesas que, pela sua pequena dimensão, não podiam aspirar a ter delegações no exterior têm agora a possibilidade de suprir essa falta pela actuação em rede. Poderão penetrar em mercados que lhes estavam na prática vedados, desde que consigam apetrechar-se ou reconverter-se de maneira a competir através do novo veículo. Os mais capazes poderão com isto sobressair.

Isso não impede que haja que reconhecer que, em conjunto, a situação para a empresa portuguesa é problemática. A vantagem que algumas empresas possam ganhar no exterior é ultrapassada pelo facto de a empresa estrangeira passar

a concorrer em Portugal através da rede, sem investimento local e em igualdade de condições com os concorrentes portugueses.

Já se anuncia que concursos ou adjudicações importantes passarão a fazer-se exclusivamente em rede. É sem dúvida muito vantajoso para empresas estrangeiras mas tem um custo pesado: a maioria das empresas portuguesas ficará impedida de concorrer, porque não tem a técnica que lhe permita dominar o veículo informático. Haverá assim, pelo menos de início, um recuo na possibilidade de intervenção da empresa nacional. Por mais fatal que seja viver e afrontar esta transição, é indispensável que não ignoremos as circunstâncias, nem se percam de vista os tempos necessários para que se complete.

4. A partir de agora, é um princípio fundamental da ordem jurídica portuguesa o da equiparação da negociação virtual à real. E isso abre simultaneamente um mundo de indagações.

Parece prudente começar por questionar a exactidão do próprio princípio. Verdadeiramente, há muito mais uma equiparação dos efeitos que a das realidades, que não podem deixar de ser diversas.

Uma substituição açodada dos veículos pode trazer más surpresas, pelo que haverá toda a vantagem em preveni-las ou antecipá-las.

Comecemos por um exemplo em sector conexo. Parece excelente substituir a papeleta que o médico preenche no hospital e deixa à cabeceira do doente por uma mensagem que fica disponível na rede informática do hospital.

Mas a informática é facilmente vulnerável, como o demonstram as infundáveis histórias dos *hackers* que desafiam os mais sofisticados sistemas de segurança na rede. E assim passa a ser possível o homicídio informático hospitalar: basta substituir a medicação prescrita pelo médico por uma dosagem mortal, o que não deve ser nada difícil dada a fragilidade das redes informáticas internas. A papeleta, tão primitiva, dava afinal maiores garantias.

Já directamente dentro do nosso tema estão a assinatura electrónica e a certificação. Afirma-se enfaticamente que a assinatura electrónica é o mesmo que a assinatura manual. Mas não é. A assinatura manual identifica como autor uma pessoa. A assinatura electrónica dá uma identificação electrónica: é uma expressão que vale por si, sem dependência de qualquer demonstração de quem foi o operador humano que em concreto a fez emitir. A assinatura manual falsificada é a que não provém da pessoa que é identificada como autor. A assinatura electrónica pode não provir da pessoa que seria identificada como autor e todavia estar (electronicamente)

perfeita. Não foi falsificada: é genuína. O facto de ter sido utilizada abusivamente por terceiro não tira nada à genuinidade da assinatura: esse facto já está fora do universo e da coerência virtuais.

E que dizer da contratação electrónica, e da sua equiparação à contratação real? Serão o mesmo? A experiência terá uma palavra muito importante a dizer neste domínio, que é aliás objecto de exame específico neste livro. Para já, o regime da conclusão dos contratos no mundo real e no virtual não é idêntico. O esquema simples da proposta-aceitação é substituído por um bem mais complexo, em que haverá nos casos-padrão que passar por uma disponibilização em linha, uma ordem de encomenda, um aviso de recepção e uma confirmação da ordem de encomenda. A análise dirá se tudo isto se reconduz aos quadros da contratação tal como prevista até agora¹.

São assim variados os aspectos, como resulta destes exemplos, sobre os quais se abre a necessidade da reflexão, após proclamado o princípio da equiparação do comércio virtual ao comércio real. Os casos que apresentámos são meras ilustrações. Este livro pretende abrir a reflexão, oferecendo uma primeira reacção sistemática ao diploma recém-aprovado.

5. O comércio electrónico implica também uma mudança de rumo por parte da Administração.

A Administração tem os seus hábitos. Tem de tomar posição perante as posições e pretensões dos particulares, para resolver ou prevenir litígios, mas fá-lo seguindo praxes que tendem por defesa a tornar-se rotineiras e reservando-se largos tempos para que os processos “corram”.

Mas tudo tem de mudar perante a emergência de um veículo de comunicação **que está disponível para todos permanentemente e em tempo real.**

E nomeadamente, a Administração terá de intervir quando surjam conteúdos em rede que sejam flagrantemente ilícitos; ou quando se levantem litígios cuja irresolução imediata lesaria gravemente a operacionalidade da rede.

Verificar-se-á que a Internet exige o funcionamento da Administração por 24 em cada 24 horas, sete dias por semana, de maneira a dar resposta atempada às demandas que ponham em causa o funcionamento da rede.

Isto começa a ser reconhecido. Assim, a Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa de 23.XI.01 prevê no seu art. 35 a “rede 24/7”: ou seja, que “cada parte designa uma entidade contactável 24 horas por dia nos sete dias da semana, para assegurar a assistência imediata a investigações relativas

¹ Não queremos deixar de acentuar que, sendo embora este ponto o de maior complexidade na transposição da directiva sobre comércio electrónico e tendo sido solicitadas observações, recebemo-las numerosas sobre muitos outros pontos; mas não recebemos uma única sobre a contratação electrónica!

a infracções penais ligadas a sistemas e dados informáticos, ou para recolher provas sob forma electrónica duma infracção penal”. Isso permitirá a cooperação na colecta em tempo real de dados relativos ao tráfego (art. 33), bem como em matéria de interceptação de dados relativos ao conteúdo (art. 34).

No que respeita aos litígios que tenham como causa os conteúdos disponibilizados na rede, o Dec.-Lei n.º 7/04, de transposição da directiva sobre comércio electrónico, trouxe uma solução pioneira.

Baseia-se na ponderação que um conteúdo ilícito disponibilizado na Internet pode, se não for rapidamente atalhado, ter consequências gravíssimas, pela velocidade de propagação de que é susceptível. Os provedores de armazenagem em servidor devem, a partir do momento em que tenham conhecimento da ilegalidade da mensagem, actuar com diligência no sentido de indisponibilizar o seu acesso; mas não podem ser sobrecarregados com uma função de peritos jurídicos, pois não é exigível que tenham preparação técnica para tal nem que se lhes imponha essa actuação.

Por isso, quer a directiva (art. 14/3) quer a lei portuguesa (art. 18) prevêm a possibilidade de intervenção de uma autoridade administrativa que pode ordenar a remoção ou impossibilitação de acesso a uma informação.

O sistema do art. 18 respeita à solução provisória de litígios. Um determinado conteúdo em rede pode ser contestado por terceiro, por violação de direitos intelectuais, por ofensas pessoais, por concorrência desleal e por tantas outras razões. O interessado pode pedir ao provedor intermediário de serviços a retirada daquele conteúdo. Mas o provedor intermediário de serviços, que não é juiz, não pode arriscar-se, dando satisfação, a ofender os direitos de quem colocou o conteúdo em rede e a ser em consequência responsabilizado por isso. Pelo que só é obrigado a satisfazer o pedido se a ilegalidade for **manifesta**.

O provedor de serviços pode errar: ou porque retirou quando não devia, ou porque não retirou e devia fazê-lo. É necessário, a bem da funcionalidade da rede, que haja um meio célere de resolver se aquele conteúdo se mantém sem se afrontarem as delongas dum processo judicial.

O Dec.-Lei n.º 7/04 abre então a possibilidade de recurso a um órgão administrativo para esse efeito. Escolhe, racionalmente, aquele a quem couber a supervisão do sector em causa. Se nalgum domínio não houver órgão especificamente designado, cabe à ANACOM a competência residual para intervir.

Este órgão determinará, em 48 horas, se aquele conteúdo deveria ter sido retirado ou não. Tal como se dispõe para o provedor intermediário de serviços, só o mandará

retirar se a ilicitude do conteúdo for manifesta. Se o não for, aquele conteúdo será mantido. Estabiliza-se assim uma situação de facto provisória, objecto de duas verificações concernentes à ilicitude manifesta, que subsistirá enquanto não sobrevier pronúncia judicial que a revogue ou absorva. Mas a entidade de supervisão não está inibida, no tempo intermédio, de alterar uma ou mais vezes a sua decisão, havendo razões para tanto.

Temos assim uma decisão puramente administrativa, tomada no exercício da atribuição que à Administração cabe de assegurar a funcionalidade da rede; mas que não invade a reserva de jurisdição, pois deixa sempre aberto o recurso a juízo. A Administração não julga nem sanciona, apenas determina qual o estado em que o sítio fica enquanto não surge uma decisão definitiva. Evita que permaneçam imagens ou mensagens manifestamente ilícitas (pedófilas, por exemplo) e que se prolonguem litígios sem que se faça uma primeira apreciação sobre haver ou não uma ilicitude *manifesta*.

Mais do que isso porém – o juízo definitivo sobre a eventual ilicitude só poderá ser emitido em juízo. E os interessados estão sempre livres de recorrer a tribunal, mesmo antes de ter havido pronúncia administrativa, se quiserem. Também qualquer sanção do eventual ilícito só por tribunal pode ser pronunciada.

Esta é a solução original da lei portuguesa. Como é natural, sendo uma solução pioneira assusta os que buscam a tranquilidade dos métodos de transposição por fotocópia. Cremos porém que tem flagrante adequação à problemática da Internet, respeitando ao mesmo tempo os princípios básicos da nossa ordem jurídica.

6. Este livro pretende trazer uma primeira reacção à emergência da disciplina do comércio electrónico, que tem, dissemos, por ponto central a equiparação da via virtual a via real.

Pretende fazê-lo quer no domínio económico quer no domínio jurídico. Pelo contrário, não se ocupa de desenvolvimentos tecnológicos, pois seria deslocado fazê-lo aqui.

No domínio económico estará em causa o fenómeno macro-económico, numa perspectiva global; mas estará igualmente o seu significado no nível empresarial, perguntando-se o que representa para as empresas.

Num e noutro plano, ter-se-ão particularmente em atenção as manifestações e processos em curso na Comunidade Europeia, que dão o enquadramento material para a disciplina contida na Directiva n.º 00/31.

Particularmente no nível empresarial, o realce será dado ao caso português, explorando-se as oportunidades, expectativas e riscos a que a empresa portuguesa está sujeita no novo enquadramento.

Ainda outra perspectiva não pode deixar de ser aprofundada: a do consumidor. Os países mais desenvolvidos procuram hoje contrabalançar, com a outorga duma protecção específica ao consumidor, a protecção muito avançada que atribuem às suas empresas. A situação de inferioridade deste, que se reconhece, seria combatida sobretudo por meio de informação. Isto é muito patente na própria directiva sobre comércio electrónico, pois numerosos preceitos desta estabelecem deveres de informação ao consumidor; deveres esses que ainda se sobrepõem a outros deveres de informação constantes já de diplomas comunitários, sobretudo da directiva sobre contratos a distância, que são expressamente mantidos pela nova directiva.

Parte-se do princípio que, se tiver informação completa, o consumidor deixa de padecer da sua secular vulnerabilidade em relação ao fornecedor. Isto justifica que se mantenham os princípios comuns do *pacta sunt servanda*.

Será assim tão simples? É mais uma questão a ponderar em particular no seio do comércio electrónico. Questão espinhosa, a somar a muitas outras, que contribuem para que fora do círculo dos iniciados a Internet continue a configurar-se como uma selva hostil.

7. A segunda parte deste livro será dedicada especificamente à perspectiva jurídica. Também aí, algumas considerações prévias são necessárias.

Mas abstenho-nos de o fazer agora, porque a segunda parte será encabeçada por uma introdução específica a essa problemática.

José de Oliveira Ascensão