



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica



O DIREITO E OS CONTEÚDOS DA INTERNET

Um curto reconhecimento sobre a forma de disciplinar a intrincada rede das questões da realidade virtual.

Giustina Feola (redattore Salvatore Aromando)

CIVILE - COMUNICAZIONE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Publicato, Domenica 12 Marzo 2017

Direito à Internet: acesso à Internet e os conteúdos para a disciplina

Caso se examine a Internet partindo do plano jurídico, resulta necessário compreender se o seu tratamento deveria ser realizado com base nas coordenadas que regulamentam aqueles instrumentos com que é possível manifestar o próprio pensamento (imprensa, televisão) ou na peculiaridade dessa “realidade/não-realidade” que requer uma abordagem totalmente ou parcialmente diferente.

Essa preliminar e aparentemente contradição, deve-se à particular natureza de uma realidade que é, no fundo, diferente das outras relações localizáveis concretamente num território.

O direito da Internet salda-se com a exigência de disciplinar o contracto de conectividade, com que se fornece, aos vários utentes, o acesso à rede telemática. O objecto deste contracto pode ser identificado com as informações que provêm da Internet. Os instrumentos jurídicos habituais podem ser pouco adequados à realidade virtual. O jurista pode encontrar problemas não simples a resolver. As relações que já foram disciplinadas, que se desenvolvem na Internet, devem ser analisadas com atenção para obter uma disciplina satisfatória, realizada através da revisão do intérprete, sobre as regras preexistentes ou a adopção de novas regras.

Portanto, a Internet nasce no âmbito de relações já disciplinadas, mas tem características específicas, pelas quais as modifica e as transforma. A Internet, de facto, tem uma dimensão transnacional, deslocalizada. Não tem um lugar preciso. A ordem jurídica nacional, que é essencialmente territorial, encontra portanto dificuldades, em relação à hipótese de disciplinar e, eventualmente, sanciona uma conduta que pertence à rede telemática. Neste caso, determinados direitos como os direitos à liberdade de expressão, do pensamento, da ordem pública, do bom costume e da protecção dos menores adquirem importância.

Trata-se de conceitos importantes que, todavia, têm características diferentes nas várias ordens jurídicas estatais e, numa hipotética hierarquia organizacional, a posição destes valores pode também mudar consideravelmente. Portanto, caso exista um problema

jurídico, ligado por exemplo ao bom costume, será relacionado à Internet e que será resolvido segundo o direito estatal, cujas conclusões serão muito diferentes. Isto, é possível por causa da regulamentação a aplicar, além da aplicação de princípios completamente diferentes, também em matéria da mesma questão. O princípio do “bom costume” deveria ser considerado em maneira diferente, em cada organização estatal.

É necessário colocar o direito de acesso à Internet entre os direitos inalienáveis do homem, dada a natureza social dos mesmos (mas o perfil de tal direito resulta controvertido), para evitar discriminações sob o perfil da igualdade e de modo a poder permitir a todos, pelo menos no início, o mesmo nível de participação potencial à vida política e ao exercício dos direitos a executar online. O fenómeno da criminalidade digital não pode ser considerado um obstáculo à tese da inclusão do direito de acesso à Internet, entre os direitos inalienáveis do homem porque, tendo um carácter social na realidade física, existem direitos sociais, apesar da presença da criminalidade. Portanto, distinguir sob este aspecto a realidade virtual e a realidade física aparece uma questão débil.

A questão dos direitos humanos está estritamente ligada à Internet mas, por exemplo, os direitos das mulheres são fortemente desconhecidos no mundo Islâmico, com as consequentes dificuldades na resolução das correlativas questões jurídicas que surgem na Internet, caso se recorra somente aos instrumentos dos direitos nacionais e do direito internacional.

Geralmente, resulta claro que o **desenvolvimento tecnológico deveria ser usado para promover os direitos humanos e não para chegar a uma mudança**, com base nos conceitos e nos instrumentos técnicos e informáticos, que possam aplicar uma governance da rede, exercente um controlo de matriz tecnocrática.

O problema da Internet não pertence a um centro ou lugar preciso, mas também à linguagem específica das telecomunicações, baseada nos algoritmos. A mesma incompatibilidade entre a linguagem técnica e informática e a linguagem jurídica, tem originado a ideia que seja muito complicado elaborar situações para a regulamentação da Internet. Pode ser admitida a ideia que a linguagem jurídica se possa evoluir e adaptar àquela das telecomunicações. O processo da globalização inclui também a unificação dos conhecimentos, segundo o paradigma do desenvolvimento tecnológico. Segundo Rodotà

“a dimensão institucional, a dimensão jurídica já pertence nessa primeira fase de formação, à questão relativa às regulamentações para a Internet”. Voltando novamente aos debates dos anos setenta, encontra-se um outro problema recorrente. Nestes anos, era muito comum usar nos debates, livros e ensaios que continham no título a fórmula “morte da privacidade”. As fórmulas “a morte da privacidade” repetem-se em relação à Internet, ao serviço em linha. O risco existe mas, provavelmente, deve-se considerar o facto que como o conceito de privacidade tem mudado fortemente na fase de descolagem das tecnologias, em alguns pontos consolidou-se. Assim, hoje, temos a oportunidade de reflectir sobre esse conceito.

Esta questão nos leva novamente ao passado, na altura em que se considera a situação Italiana. Muitas testemunhas lembram que, entre os anos ‘60 e ‘70, a liberalização das telecomunicações criou uma ilusão generosa, conquistando uma liberdade que ofereceu mais possibilidades de comunicação e de diálogo através das televisões locais e rádios públicas.

Uma das consequências, afirmava que esta liberdade deveria ter sido maior, se a regulamentação pública tivesse sido fraca. O êxito do acontecimento Italiano é conhecido. Esta ilusão generosa apagou-se em breve tempo, próprio por causa da ausência de regulamentações jurídicas, que favoreceram a prevalência de puras lógicas de mercado.

As televisões públicas tornaram-se objecto de atenção dos grandes grupos e essa ilusão foi adsorvida pelas grandes estruturas oligopolísticas. Os “digital libertarians”, ou seja, os que afirmam que a Internet é o lugar da indefinida liberdade, que não deve ser exposta ao risco de ser comprimida e negada, deveriam provavelmente considerar as experiências do passado: a liberdade sempre necessita que uma regulamentação não seja obrigatoriamente finalizada à protecção mas, sendo sujeita aos frequentes ataques agentes, pode existir também sem uma vontade censória.

No momento em que a Internet se torna lugar de interesses económicos, tendência pouco provável e a cuja violação seria um erro, tem que considerar a necessidade de salvaguardar os direitos e a lógica da liberdade na Internet.

Não é um caso que há muitos anos se fala e se quer uma information bill of rights, isto é de uma “carta dos direitos de informação” que, pelo menos no quadro e no espaço da União Europeia, começa a consolidar-se em acções concretas. Provavelmente, no final do corrente ano haverá uma novidade sem precedentes: a criação de um espaço jurídico Europeu onde a protecção da privacidade e das liberdades fundamentais dos cidadãos chegarão ao nível mais intenso do mundo.

Cabe considerar o facto de a Internet atravessar os estados instantaneamente e que não necessariamente parte ou chega a um ponto final, enquanto o seu andamento pode ser dirigido a um avião, comboios ou os autocarros, assim que possam ser compreendidos quais e quantos são os problemas jurídicos que o intérprete encontra”. (Conferência “Internet e a privacy”. Quais regras?)

Uma das questões é se a natureza da Internet, apesar da sua peculiaridade, seja a mesma da radio ou da televisão. De qualquer modo, a regulamentação jurídica pode depender também de uma linguagem, que se adapta à realidade informática, com a subsequente evolução das modalidades de expressão das várias regulamentações. Para evitar uma série de incompreensões linguísticas, será suficiente que os sujeitos implicados sejam de acordo sobre a definição dos objectos em questão e que a ideia deles coincida. Todavia a transparência e a boa-fé são fundamentais.

A linguagem deve ser um instrumento para uma comunicação eficaz e pode ter um formato compatível com as características da Internet, cujas informações são indefinidas e intangíveis.

Há na Internet regras para a boa educação sem um carácter punitivo e que derivam pela auto-regulação (c.d. netiquette, ou AUP, Acceptable Use Policies, que consideram uma utilização aceitável e incorrecta). Está a prevalecer o autogoverno. A prioridade é sempre a de evitar a tecnocracia, no sentido de um desvio monopolístico e oligopolístico, com a subsequente desvantagem para o consumidor e para o utilizador não perito, que não conhecem o mundo das telecomunicações, sem as medidas económicas adequadas e o conhecimento suficiente, finalizado à possibilidade de autodefesa no mundo informático.

A Internet deve ter a utilidade de valorizar os direitos recentes, que se advertem após as mudanças sociais. A nacionalidade pode consolidar-se plenamente só através do acesso às redes telemáticas. Resulta evidente que a Constituição deu uma interpretação nova que

inclui o direito ao acesso à Internet entre os direitos invioláveis. Foi proposto um projecto de lei constitucional para a introdução do direito ao acesso à Internet como “direito social”, através da introdução do art. 34 bis da Constituição de modo que, em qualquer parte do território nacional seja permitida a navegação em Internet, graças a uma segura abordagem das bandas de frequência. A qualificação do direito ao acesso à Internet como direito social, em vez de ser considerado uma liberdade, permite ao utilizador o usufruir de um direito eficaz, enquanto o Estado é responsável para a promoção do mesmo direito de acesso, onde a situação de partida compromete a igualdade social, pelo facto do acesso ser limitado só às empresas coligadas.

O direito social à Internet estará assim ligado à proibição de discriminação, no sentido de uma realização da regra da igualdade. A Internet é um “meta território” sem limites, objecto de tutela devem ser os utentes, sobretudo aqueles que têm uma competência técnica limitada. O Estado pode assumir uma função importante para resolver a iliteracia digital e a falta das infra-estruturas que impedem o livre cesso à rede (*digital divide*), de forma que seja permitido o nascimento de uma efectiva cultura digital. A Internet nasce num contexto militar, num sector feito de confidencialidade e sigilo, onde é possível a falta de regras estabelecidas, e de alguma maneira, a anarquia, como emancipação da autoridade geral. Pelo contrário, a expansão ilimitada desse sistema, exige uma regulamentação que evite e combata a discriminação, cujos instrumentos não podem ser fornecidos pela categoria/estado. Caso se confira uma natureza jurídica à Internet, seria possível utilizar a categoria das “*rescommunis omnium*”.

No momento em que se usa a expressão “direito da Internet”, ocorre reflectir sobre o facto que a Internet não tem uma personalidade jurídica e não possui bens e serviços, dado que se trata de uma estrutura lógica, além de um paradigma cultural que dificilmente pode ser incluído no modelo jurídico. Essa estrutura necessita de uma governance democrática, que dê uma regulamentação fornecida pelo direito internacional, onde se uniformiza mas, políticas nacionais, com o fim de favorecer a multilateralidade e a transparência, para evitar que os responsáveis da Rede possam prejudicar de modo sub-reptício a libera manifestação do pensamento.

Na Itália, a Legge Stanca de 9 Janeiro 2004, reconhece e tutela o direito de cada pessoa ao acesso a todas as fontes de informação e aos relativos serviços, incluídos aqueles que se realizam através dos instrumentos de realização da igualdade substancial dos cidadãos.

O art. 1 da Lei acima referida, baseia o direito de acesso à Internet sobre o princípio da igualdade ex art. 3 da Constituição, justificando-o como um instrumento de realização da igualdade substancial dos cidadãos.

A profunda implantação da Internet tem determinado uma mudança radical no contexto social. Isso influencia também o âmbito jurídico, em relação ao problema da aplicabilidade da lei, às relações exercidas na Internet. É necessário que todos tenham a possibilidade de acesso à realidade digital, contexto onde a cidadania se realiza plenamente. A tese do beneficiar do acesso à Internet como direito tem sido contestada. Podem-se originar problemas de carácter exegético para o Tribunal Constitucional, em matéria de eventuais omissões legislativas, no que concerne o direito em questão. O mesmo Legislador estatal poderia encontrar dificuldades nesta matéria. Apesar de a Constituição não mencionar a Internet e a sua possibilidade de acesso, não se pode negar que uma interpretação mais eficaz da mesma Constituição permita que a tutela dessa posição subjectiva se evolua, sem que implique uma descarga do intérprete. O art. 21 tem uma estrutura flexível e elástica e, por isso, pode-se adaptar bem às inovações da revolução digital e, caso seja possível, permitindo também uma equiparação entre a liberdade online e offline.

Além disso, por exigências de maior transparência, tal como referido anteriormente, tem sido proposta a inclusão desta disciplina em maneira direita no contexto constitucional, segundo um sistema semelhante àquilo do Estado que garante o direito obrigatório à educação. O Estado deverá promover o acesso à Internet e abster-se de condutas que limitem às específicas categorias de cidadãos. O meio pelo qual se pode exercer a pessoal faculdade de participar à cidadania digital liga-se estritamente àquela efectiva.

Estas várias reconstruções consideram o direito à Internet uma integração da liberdade de expressão. Argumenta-se que a liberdade de expressão não implica em maneira automática o direito à utilização dos correlativos meios, mesmo que numa óptica de pluralismo completo e igualdade de tratamento. **Pode-se afirmar que a Internet seja uma dimensão sem território ou um “meta território”,** cuja estrutura lógica permite ligações e é susceptível às regulamentações do direito internacional. A auto-regulamentação e a elaboração das convenções nacionais, entre elas interligadas, podem definir dois instrumentos e métodos adequados para essa disciplina. As regulamentações estatais não são validamente utilizáveis, se não para funções

subsidiárias, dada a natureza indefinida da rede, no que concerne o território. Em qualquer caso, podem ser contornadas com facilidade, pela difícil utilização do instrumento legal para as transacções telemáticas.

Portanto, a essência transnacional da Internet torna o instrumento da legislação estatal ineficaz e os critérios de ligações oferecidos pelo direito internacional privado não podem resolver situações talvez complicadas, em particular, para as evoluções do comércio electrónico.

Não se pode considerar que, um âmbito tão amplo, possa ser regulado pelo direito, em quanto se chegaria à uma anarquia absoluta, com a consequente penalização do sujeito mais débil nas transacções.

Apesar disso, têm sido propostas teses, também em relação à origem da Rede Internet no âmbito militar. Cabe considerar que a Rede sofreu uma transformação em relação da sua estrutura inicial, seja pela qualidade, seja pelo enorme crescimento das suas dimensões. Por conseguinte, a necessidade de regras técnicas e administrativas, devem ser úteis para o uso da Internet. As consequências jurídicas de que acontece na Rede, está a envolver, cada vez mais, também sujeitos que não utilizam o mesmo, tout court ou uma específica situação.

O problema fundamental a considerar é compreender plenamente as fontes, para aplicação da disciplina às questões jurídicas, pertencente aos espaços virtuais. Resulta necessário superar a opaca construção piramidal das hierarquias das fontes e das agregações, entre as fontes do direito de matriz estatal, as quais, podem continuar a expressar uma própria função, em maneira limitada, e fontes de direito internacional e comunitário.

Lex mercatoria e lex informatica

É evidente que, de acordo com a denominada “globalização”, o Estado tornou-se inadequado para a resolução de problemas jurídicos, através das fontes de direito já conhecidas. Compreende –se que a questão se torna mais significativa relativamente à hipótese de transacções jurídico-económicas, efectuadas via Internet: de facto, em

situações deste tipo, os limites territoriais tornam-se fracos e desaparecem. Ocorre a agregação das indicações do direito internacional e dos critérios de ligações do direito internacional privado.

Partindo da intuição que parece difícil e complicado identificar o tipo de disciplina que se deve aplicar às trocas e relações jurídicas subjacentes no contexto virtual, onde falta um espaço fisicamente perceptível, resulta claro que as Convenções Internacionais desempenham um papel de primeira importância. É fundamental, pela progressiva perda da importância da lei formal, a assim denominada “lex mercatoria”, criada espontaneamente pela sociedade dos comerciantes e, actualmente, pela sociedade tecnocrática, com o fim de regular as relações jurídicas entre os últimos.

Essa categoria controvertida é, às vezes, identificada como um direito flexível que se sobrepõe ao direito rígido de matriz estatal que, em particular, adquire importância em matéria de contratos, de troca e produção de riqueza, que se realizam na Internet. Desde um ponto de vista histórico, na Idade Média, cujo sistema económico identificava o sujeito activo em um comerciante, a lex mercatoria concretiza a própria afirmação, no sentido de que o comerciante operador escolhe o produto e o preço da venda e expressa avaliações de mercado no que respeito à produção. O direito que regulamenta as relações entre os comerciantes, é a lex mercatoria. Esta definição tem, hoje em dia, uma valência ainda forte. Uma nova lex mercatoria adquire actualmente importância, pelos contratos relacionados com o mundo da informática. Não se trata de um direito formulado por uma classe política, anteriormente pelos mercadores e actualmente pelos tecnocratas. As práticas comerciais (informáticas) assumem um papel de primeira importância e, frequentemente, são consideradas pela autoridade política num processo inverso, relativamente à autoridade política e estatal, emanantes as leis com que as categorias económicas cumprem a nova lex mercatoria (universal), dado que excede o território de cada Estado e, portanto, no plano da especulação e teórico, trata-se de um sistema compatível com a globalização e o seu foco, quer dizer a tecnologia informática. A universalidade da lex mercatoria apresenta-se logicamente compatível com o carácter global e indefinido da Internet. A autoridade política arruma os preceitos habituais dos tecnocratas. Esta disciplina pode exceder em relações entre empresários e consumidores. No direito informático, a ideia do Estado sucumbe em frente destes mecanismos jurídicos. O poder de criar normas vinculativas é declinado e a tecnocracia sobrepõe-se, no sentido que o sujeito dominante a realidade informática desde um ponto de vista

económico tem de qualquer forma, a precedência na criação dos preceitos jurídicos. A afirmação pela qual o direito é uma entidade criada pelo Estado, desaparece no momento que está relacionada com a gestão dos contratos, realizada pela Internet. Aqui, o Estado incorpora e traduz muitas vezes as práticas que se consolidaram no contexto da Internet e da informática em geral, com a conseqüente escorva de um processo contrário, com respeito à emanação pela lei estatal e da sua aplicação na gestão de contratos. Neste caso, a “prática informática” incorpora-se no texto legislativo.

O momento comercial existe na produção industrial e na realidade informática e, por esta razão, a antiga concepção da *lex mercatoria* pode ganhar importância na época digital e renascer com as adaptações adequadas.

Muitas vezes, as discussões tomadas pelas arbitragens, são longe da Autoridade Jurídica estatal. As decisões do árbitro adquirem importância nesse contexto, relativamente à formação de orientações e para a resolução dos litígios subsequentes.

Ocorre estabelecer um equilíbrio, onde a anarquia pode prevalecer. A mesma Internet tem uma natureza anárquica. De facto, no momento do seu nascimento, falta uma gestão “centralizada” do fenómeno. Resulta justificável, relativamente à quanto já foi dito, a efectuada e espontânea criação de uma nova “*lex mercatoria*” (alias *lex informática*), relacionada à dimensão jurídica do mundo informático. Os princípios gerais que regulamentam os conflitos de competência têm a ver com o efectivo direito de acesso à justiça, para quem necessita a tutela de um pedido, cristalizado após uma transacção pela Internet. Estes princípios devem ser mantidos firmemente.

No entanto, a valência dos princípios universais, como aqueles de matriz romana, relacionados ao ónus da prova ou à aplicação de cláusulas gerais (como a boa fé ou princípio de *neminem laedere*), não podem ser recusados no âmbito informático e das transacções via Internet.

Portanto, a autoridade política vai ser substituída por a do e-commerce e, aproximadamente, origina uma regulamentação do direito da Internet, com margens de flexibilidade e uma abertura suficientemente ampla, também sucessivamente à omissão da categoria “território”.

A lex “informática-mercatoria” não permite compreender cada aspecto da disciplina relativa a o que juridicamente é realizado pela Internet enquanto, também as convenções internacionais em questão executam uma função de primeira importância.

Anteriormente, tem sido afirmado que o assim dito “espaço virtual” elimina a categoria física do território. O mecanismo desta omissão pode ser compreendido de forma mais exaustiva, caso seja reflectido nas relações entre o espaço virtual e a internet. Este último elemento tem um substrato físico. Considerado também a presença de um substrato de informação, sucessivo à enorme quantidade de informações difundidas pela Internet e ao substrato lógico relacionável à existência de um código informático. Esta coexistência deve ser tomada em conta, no momento que se considera a gestão de contratos telemáticos, num âmbito onde o seu espaço virtual representa uma exemplificação de uma pluralidade possível de espaços virtuais.

O espaço virtual é fragmentado e propende para a multiplicação. Os seus problemas jurídicos devem ser tratados com instrumentos flexíveis. O código informático tem uma valência legal e, por isso, o criador de um determinado código adquire um poder “tecnocrático” que se torna jurídico. Com base no código usado, a individuação do contraente on line pode ser mais ou menos praticável. A lex informática é norma técnica que disciplina o espaço virtual. O código é uma linguagem e, dada a multitude de códigos informáticos, há espaços virtuais definidos pela “lex informática”, no que cerne a sua aptidão em disciplinar estes espaços. Portanto, a resposta ao problema da identificação das fontes disciplinantes problemas jurídicos do mundo virtual, é, às vezes, identificada na assim dita “lex informática”, que corre o risco de assumir uma matriz fortemente autoritária. Exactamente, esta característica origina certas objecções, ligadas ao processo de formação das supramencionadas regras técnicas, que caracterizam a categoria da lexinformatica enquanto, as mesmas surgem fora de qualquer controlo democrático, afectando os princípios de igualdade.

A aceitação das supramencionadas regras de lex informática representaria uma segunda lexmercatoria que, por conseguinte, é controvertida. No direito informático, os critérios concernentes a relação entre um território ou um lugar que, um caso concreto, devem ser escritos novamente.

A identificação das fontes normativas para a disciplina desta importante gama de

fenómenos jurídicos é um problema, tanto que, foram apresentados pedidos relativos à matriz negocial ou obrigatória desta fonte. Talvez a agregação entre os dois critérios parece mais convincente.

O IRTI propôs uma série de acordos entre os Estados, para estabelecer uma precisa posição terrestre das realidades jurídicas virtuais (esta é uma aplicação da categoria do chamado “direito artificial), de modo a converter um fenómeno virtual num fenómeno jurídico localizável territorialmente, identificando assim a Autoridade judiciária competente.

A tese da legislação autêntica (baseada na criação de um direito artificial e de uma reformulação lógica dos critérios de ligações internacionais e privados que localizam fisicamente o que acontece no âmbito virtual) e a tese do desenvolvimento de uma segunda *lex mercatoria*, alias “*lex informática*”, têm inconvenientes que, no primeiro caso, estão relacionados a dificuldades práticas e, no segundo caso, às possibilidades de uma tecnocracia que tenha uma pressão obrigatória, além da omissão de processos decisórios que caracterizam a realidade democrática.

A união entre a regulamentação obrigatória e a disciplina convencional aparece como um critério relativamente fiável para a resolução dos problemas disciplinantes as realidades jurídicas do mundo virtual. A arquitectura da rede influencia o processo de formação dos contratos, criando procedimentos atípicos e introduzindo problemas ligados à individuação do contraente. Estes processos envolvem em particular o “comércio electrónico”. A este respeito, em 1996, a Comissão das Nações Unidas realizou para o direito do comércio internacional, uma lei/guia para o comércio electrónico, comentado artigo por artigo. Há uma reformulação lógica de algumas instituições, como a forma de contrato, a subscrição, assim que possam ser adaptados aos mesmos contextos desmaterializados. Por exemplo, a forma escrita pode ser respeitada, desde que a informação seja acessível também para usos futuros, mesmo na hipótese em que falte o suporte de papel, onde a informação resulta reversível. A declaração de vontade tem efeitos jurídicos também no caso em que a forma escrita é desmaterializada.