

# Dez Anos de Direito da Sociedade da Informação em Portugal: o discurso, o método, as políticas, as leis e os tribunais

**Manuel Lopes Rocha**  
mnlr@plmj.pt

## Resumo:

Estes dez anos estão balizados por dois “livros”: o Livro Verde para a Sociedade da Informação e o Plano Tecnológico. Em dez anos, apesar das generosas proclamações, a lei dos livros e a lei da prática, continuam a mostrar-se desadequadas dos propósitos “tecnológicos” enunciados no discurso oficial. À falta de capacidade técnica, junta-se a permanente indefinição de política legislativa, bem como a incapacidade de romper com este estado de coisas, como um grande português, Jorge de Sena, não se cansou de enunciar. Mas estas circunstâncias não devem fazer esquecer a influência larvar de tendências de sinal contrário, na aparência, mas que convergem no isolamento e na recusa das práticas comuns dos Estados que, paradoxalmente, queremos copiar.

**Palavras-chave:** Lei; legislação; política legislativa; Direito de Autor; Patente; Directiva

O Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal comemora dez anos. Nas suas páginas continha-se um pequeno programa jurídico para a Sociedade da Informação. Dez anos é uma enormidade para a Tecnologia, também o é para o denominado Direito Tecnológico. Este é um “produto” da Tecnologia, é óbvio, vai onde esta está, interroga-a, estuda-a e tenta integrá-la nos habituais quadros da dogmática.

Vamos aqui operar com um interessante dado proposto por Michael Strangelove, ou seja, o de que a Internet é já um “stable state”, isto é começa a revelar determinadas tendências que se vêm mantendo, permitindo uma análise mais criteriosa<sup>1</sup>. É um lugar-comum dizer que a Internet desafia o Direito. Toda a gente gosta muito de dizer estas coisas, o problema põe-se é quando o desafio vai até ao ponto de começar a desenhar a prática inutilidade daquele, a sua impotência. Ora, é este o temível confronto que a Internet nos trouxe, perceber que podemos ser inúteis, ou de que a Internet nos tenha revelado limites que desconhecíamos.

O Direito não tem problemas com a Tecnologia, nunca teve, pese embora a retórica do atraso, do passo atrás, da corrida para o Oeste. Tudo isto já o sabemos, o Direito precisa de tempo para reflectir, para estabelecer os seus quadros, as suas fórmulas. Ora, enquanto a ciência jurídica se defronta com “objectos específicos”, é concebível, com mais ou menos dificuldade, uma resposta estruturada. Assim, o primeiro impulso será ou o de criar uma lei nova ou de forçar os tribunais a interpretações de comandos anteriores. É nestes dois planos que se move o jurista, isto é, força a letra e o espírito da norma ou cria-a para preencher a lacuna normativa. Se este binómio funciona bem ou mal, é uma questão de organização, de concentração de meios, de gestão de recursos. No caso português, temos, até, em parte, a vida facilitada, pois alguém legisla por nós, a União Europeia encarregou-se, rapidamente, de gerir um programa legislativo para a Sociedade da Informação, de uma forma até algo “dirigista”, segundo alguns.

---

<sup>1</sup> Strangelove, Michael, “The Empire of Mind-Digital Piracy and The Anti-Capitalist Movement”, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, London (2005)

Por isso, ao iniciar uma reflexão sobre estes dez anos de Direito da Sociedade da Informação, em Portugal, temos já dois tópicos interessantes: Por um lado, a progressiva retracção do legislador nacional, outrora um “criador” atento (?) ao tempo e ao direito comparado, hoje um mero “tradutor” das normas preparadas em Bruxelas e impostas em toda a União. Por outro lado, estes dez anos trouxeram consigo um fenómeno “incompreensível” e dificilmente enquadrável nos nossos habituais esquemas de análise, pelo que não deverá ser estranha a dificuldade da ciência jurídica, outras ciências sentem o mesmo perante esta realidade. A tal ponto este “objecto” é de difícil apreensão que Micahel Strangelove vê na Internet o veículo fundador de uma nova realidade histórica pós-capitalista, sendo que o seu fio condutor é muito a ideia de impotência, impotência do Estado ou dos grandes “impérios” (industriais, comerciais, do entretenimento) para enquadrar esse realidade a um tempo difusa e total.

1. Se repararmos bem no presente e recuarmos dez anos atrás, verificamos que as duas épocas, desta forma isoladas, têm muitos pontos de contacto, quanto mais não seja ao nível do **discurso**. Ou seja, o Livro Verde para a Sociedade da Informação surge como um repositório de ideias transformadoras da sociedade portuguesa, um ponto de partida condensado em quase cem páginas. Dez anos depois, um outro documento, desta feita o Plano Tecnológico, pretende, também ele, ser um instrumento, um *destroyer* que rompe o contexto actual procurando transformar Portugal numa Sociedade do Conhecimento. Tanto um documento, como o outro, são assaz lacónicos no que respeita à criação legislativa como meio auxiliar da transformação da realidade que se pretende. Os dois documentos continham e contêm metas, quantificações várias, descrições, avaliações, mas, na realidade, o que se diz sobre o papel da Lei neste veio transformador, é mínimo. Se quisermos sintetizar muito apressadamente, o Livro Verde, sobretudo a sua sequência, preocupava-se mais com o Comércio Electrónico, era esse o “ar dos tempos” há dez anos, e, curiosamente, com a Propriedade Intelectual, enquanto o Plano Tecnológico insiste, sobretudo, num algo desconexo discurso sobre patentes e pouco mais.

O que queremos com isto dizer é que se as questões jurídicas sempre ocuparam um papel muito residual no discurso oficial, e não só, no que tange à construção da Sociedade da Informação e/ou do Conhecimento, esse discurso é hoje bem mais limitado do que era no contexto da publicação do Livro Verde. Como a História ensina e esta “pequena história”, em particular, nos ensinou, o mais importante é muito menos o que se escreve em tom de “medida”, ou previsão, ou meta, do que aquilo que verdadeiramente se realiza ou verdadeiramente se executa. Faz parte desta retórica de documentos programáticos a acumulação de metas que raras vezes se cumprem na totalidade. Uma coisa é prever, desejar, programar, outra, bem diferente, é afrontar a aspereza da realidade onde muitos outros vectores e condicionantes de toda espécie se interpõem.

É óbvio que um discurso jurídico sobre a Sociedade da Informação deveria provir, fundamentalmente, dos meios jurídicos, seria aqui que se deveria elaborar a reflexão sobre estes temas e quando falamos em meios jurídicos aludimos à Universidade, à Ordem dos Advogados e pouco mais. São estes os núcleos de pensamento e discussão noutros países. Ora o discurso jurídico, entre nós, ainda se reveste de uma tónica muito formalista, uma reflexão entre portas, com as técnicas e os métodos da disciplina, faltando, muitas vezes, o carácter interdisciplinar de diálogo com outros campos do saber. Por isso inexistente em Portugal uma reflexão estratégica sobre aquelas áreas de cruzamento entre a criação legislativa e o desenvolvimento económico, salvo raríssimas excepções.

Por outro lado, fora dos círculos oficiais, também não tem existido este tipo de abordagem, à excepção de vozes isoladas no empresariado ou naquela iniciativa privada que coexiste mais com a Tecnologia.

Como é evidente e tal como referido supra, qualquer discurso sobre a criação legislativa deve, também, interiorizar a ideia de uma limitação supranacional, as regras fundamentais da União Europeia que comprimem fortemente o labor do legislador nacional, estreitando-lhe o leque de opções de política legislativa.

Mas, em síntese, sem prejuízo de voltarmos a este tema mais adiante, podemos concluir pela inexistência de um discurso articulado sobre as necessárias mudanças legislativas e/ou o funcionamento dos tribunais como forma de potenciar recursos destinados ao favorecimento de uma Sociedade da Informação e/ou do Conhecimento. Se repararmos, o Livro Verde continha um capítulo residual sobre as necessárias mudanças na lei, ainda que sem uma reflexão aturada sobre a sua ligação concreta a um modelo económico e tecnológico mas, apesar de tudo, ía muito mais além do que o recente Plano Tecnológico.

**2.** A ausência de um discurso jurídico sobre a Sociedade da Informação coexiste com o continuado caos na criação legislativa entre nós. E com isso retomamos o discurso do **método**. Admitimos que o leitor, principalmente aquele fora da órbita das profissões jurídicas, vire imediatamente a página, cansado que deve estar desta contínua exteriorização das deficiências estruturais da preparação de diplomas legais, entre nós. No nosso caso vertente, a uma ausência de verbalização do tema, como vimos, acresce uma deficiente metodologia e ambos constituem um círculo vicioso, dois temas que se contaminam mutuamente. Admitimos que se houvesse um maior cuidado na feitura das leis da Sociedade da Informação, se a preparação da norma fosse mais criteriosa, se fossem ouvidos os intervenientes certos, muito provavelmente o método mais apurado revelaria, ou exigiria, a “presença” de um discurso jurídico sobre a ligação entre a produção normativa e a construção da Sociedade do Conhecimento. Cabe referir, uma vez mais, que o legislador nacional não tem, hoje, grande margem para escolher. Na verdade, sendo Portugal um Estado-membro da União Europeia, grande parte da legislação que interessa à construção da Sociedade da Informação é preparada em Bruxelas pelas instituições comunitárias, como muito bem se sabe. Não seria exactamente assim há dez anos ou no quadro inicial do Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal. Por isso, foi possível que, a partir do Livro Verde, Portugal tivesse experimentado algum pioneirismo na elaboração de leis sobre objectos ainda não integrantes, ao tempo, do direito comunitário harmonizado.

Todavia a ausência de método e de discurso nos termos que vimos seguindo, faz com que Portugal não tenha voz grandemente activa nas fase de preparação dos diplomas nas instâncias comunitárias, do mesmo modo que, na fase da incorporação daqueles enunciados normativos na nossa ordem jurídica, quase sempre se assiste a resultados decepcionantes, além de os processos que conduzem à aprovação das leis o não serem menos.

Mas aqui é que o método usado na criação de normas legais merece reparo, é aqui que retomamos o entediante discurso do método. Uma das vertentes deste “discurso do método” remete para aquela parcela da realidade quase sempre invisível, pois ninguém tem dúvidas de que a aprovação, mais ou menos solene, de diplomas legais pelos órgãos

competentes é apenas um formalismo, o esforço de preparação da norma começa (e acaba?) muito antes e justamente em instâncias alheias à sindicabilidade habitual pelos órgãos decisores. Contudo, este tema já o conhece a Ciência Política de há muito, não será por aqui que os problemas que sentimos são muito diferentes dos de outras latitudes. Cada vez mais as leis são especializadas, remetendo para um conhecimento de matérias que é estranho aos órgãos do poder executivo e/ou legislativo, ou mesmo às suas equipas auxiliares. No entanto, o nosso problema do método é, sobretudo, por um lado, um modelo pulverizado na elaboração de leis, um conjunto desconexo composto, sem critério, por assessores de ministros, professores de Direito, escritórios de advogados, consultores vários, comissões especializadas, mistas, interministeriais, nem sempre adequadas à tarefa imediata e, por outro, a ausência, muitas vezes, de uma orientação nítida quanto aos fins pretendidos com cada concreta norma. Este aparente caos em vertentes muito diversas, quanto à preparação de leis, até poderia ser criativo, poderia não ser um mal, antes uma fonte estimulante de registos utilizáveis da forma que parecesse mais apropriada. O que queremos com isto dizer? Queremos, tão-só, dizer que é natural que determinadas matérias estejam mais ao alcance de umas entidades do que de outras e, repete-se, esta circunstância poderia ser positiva, se convenientemente aproveitada. Mas esta “metodologia” ainda exhibe outra “patologia”, isto é, o incompreensível secretismo com que, quase sempre, se revestem estes procedimentos. Na verdade, perdeu-se essa prática de exposição dos trabalhos preparatórios, não há actas, não há relatórios, não se explicam determinadas opções, não se quantificam, não se conhecem resultados concretos da aplicação prática das leis, não se fazem balanços, não se discutem aperfeiçoamentos recomendados pela vigência de determinados diplomas.

Finalmente, não temos qualquer dúvida que, na nossa área, a inexistência de orientações nítidas que o legislador deve prosseguir provem, em linha recta, da inexistência do discurso jurídico sobre a Sociedade da Informação a que supra nos referimos. Por isso este “método” atomístico faz com que cada entidade tenha e assuma a sua lógica própria, restrita, de funcionamento, os objectivos reduzem-se, assim, a um comportamento funcional e segmentado, cada um cura do seu pequeno território e só desse.

Mas não se pense que aqui articulamos uma análise apontada só ao discurso e ao método “oficiais”. Esta análise redutora faz-nos pensar num debate que não cessa sobre a natureza, os métodos, a ascensão e a implantação de determinadas formas totalitárias de organização da sociedade. Quase sempre subsiste a tendência para identificar um grupo como “culpado”, aqueles que num dado momento ocuparam posições na superestrutura política, esquecendo que a sociedade, como um todo, também teve comportamentos censuráveis nesse contexto.

Por isso, também aqui seria excessivamente fácil limitar o dedo acusador às instâncias oficiais. Com efeito, a crescente especialização das matérias com que lidamos, principalmente nesta área ou áreas de intercepção entre o Direito e a Sociedade da Informação, recomendaria que os vários interessados, muitas vezes organizados em associações, cooperativas, dedicadas à gestão de direitos ou à dinamização de sectores da economia, fossem produtores de informação e análise, isto é, auxiliassem o Estado-legislador com materiais que forçassem o decisor político a encarar outras perspectivas, pela evocação, por exemplo, de experiências internacionais. Mas, uma vez mais, nada disso praticamente ocorre entre nós. Se compulsarmos as intervenções escritas dos vários núcleos de interessados ao longo destes dez anos, o resultado é, também ele, decepcionante. Não é só Estado que não tem conhecimento ou uma cultura de

determinados temas, são os próprios interessados nas boas leis e práticas desses sectores que quase sempre exibem uma confrangedora ignorância dos aspectos mais básicos ou decisivos para a sua existência. Trata-se de uma demissão quase geral, um acomodamento a retóricas vazias e a um modo servil de existir em que se “cumpre calendário” como uma penosa obrigação que, de quando em vez, se tem de preencher.

3. Ora, é neste “caldo de cultura” que vamos encontrar a razão para uma quase total ausência de **políticas** legislativas coerentes nestas nossas áreas. Repare-se que desde há dez anos tem havido, é inegável, uma constante atenção à Sociedade da Informação em Portugal e têm sido criadas estruturas que permitem tal acompanhamento. Sucede que nenhuma dessas estruturas se vocacionou para a análise jurídica ou sequer conseguiu criar uma “aliança” com qualquer outra entidade que a auxiliasse, produzindo constantes análises da evolução do denominado Direito da Sociedade da Informação. Também por isso não foram nunca muito nítidas as concretas políticas legislativas nesta vasta área, nem nunca ninguém pensou em articulá-las com os desenvolvimentos previstos em documentos mais gerais ou decisões casuísticas. Mas, uma vez mais, temos de matizar a problemática, evocando questões organizacionais. É que, como vimos, grande parte das escolhas do legislador local transcendem-nos, este recebe as normas jus comunitárias e cabe-lhe “traduzi-las” para o nosso ordenamento jurídico. Por outro lado, as várias directivas comunitárias são “distribuídas” sectorialmente, sem grande critério, pelos vários ministérios para os trabalhos de incorporação dos seus conteúdos no nosso direito. Por isso, e sem que se perceba muito bem porquê, o Ministério da Justiça tratou da transposição da Directiva “Comércio Electrónico” (Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, Relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno) e o Ministério da Cultura, trata, praticamente sozinho, no momento, da transposição da Directiva “Enforcement” (Directiva nº2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, sobre os modos de cumprimento da propriedade intelectual). Ora, não existindo um fio condutor ou uma entidade que coordene a legislação da Sociedade da Informação, cada ministério trata do seu pequeno segmento, nada partilhando com outros, sendo que muitas vezes são adoptadas soluções com a clara desaprovação de outras entidades envolvidas nesta vasta área, muitas vezes com poderes transversais, mas totalmente impotentes para romperem este método quase feudal e estanque de preparação de normas jurídicas.

Cabe aqui dizer que as normas jurídicas a que vimos aludindo e que mais além concretizaremos com mais detalhe, têm densidades diversas no que tange às possibilidades de escolha concreta, vinculadas a objectivos mais gerais. Na verdade, se pensarmos nas áreas muito instrumentais da Factura Electrónica ou da Assinatura Electrónica, é difícil conceber grande margem de manobra para o legislador nacional, ou seja, estando o “formato” predefinido na legislação comunitária nada haverá a acrescentar, é praticamente impossível inovar ou interpretar normas absolutamente claras e cogentes tal como aquelas directivas comunitárias contêm<sup>2</sup>. Mas já não será assim em

---

<sup>2</sup> As directivas a que nos referimos são as seguintes: Directiva 1999/93/CE, de 13 de Dezembro de 1999, do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro comunitário para as assinaturas electrónicas e Directiva 2001/115/CE de 20 de Dezembro de 2001, do Conselho que altera a Directiva 77/388/ CEE tendo em vista simplificar, modernizar e harmonizar as condições aplicáveis à facturação em matéria de imposto sobre o valor acrescentado. Estas directivas deram origem à revisão do DL nº 290-D/99, de 2 de Agosto, operada pelo DL nº62/2003, de 3 de Abril e ao DL nº256/2003, de 21 de Outubro.

áreas como o Comércio Electrónico em geral ou a Propriedade Intelectual ou, até, no que tange à modelação de novas formas de direito processual, áreas onde o nosso legislador goza, ainda, de uma singular autonomia e, pensamos, ainda gozará durante algum tempo, pela impossibilidade prática de a União Europeia harmonizar, de forma total, o direito processual, por exemplo.

Olhando retrospectivamente e começando a alinhar ideias, pode dizer-se que as várias políticas legislativas sectoriais (e estanques) para a criação de normas nacionais de enquadramento da Sociedade da Informação provieram basicamente do labor do Ministério da Ciência e Tecnologia (leis da assinatura electrónica e da primeira lei da factura electrónica), do Ministério das Cultura ( Lei de Direito de Autor na Sociedade da Informação) e Ministério da Justiça (Lei do Comércio Electrónico). Ora, se quanto às primeiras, como vimos, a área de criatividade na ideação normativa era muito diminuta, não suscitando grande discussão, já as áreas coincidentes com a denominada Lei do Comércio Electrónico ou com a Lei de Direito de Autor na Sociedade da Informação deveriam ter motivado uma discussão geral sobre as opções tomadas, o que não aconteceu. Na verdade, o Ministério da Justiça e o Ministério da Cultura prepararam propostas de diplomas legais, seguiram-se audições públicas na Assembleia da República, mas os resultados práticos foram de muito pouco relevo. Num caso (Lei do Comércio Electrónico) a intervenção da Assembleia da República foi mínima, no caso do segundo diploma legal, parte da intervenção do Parlamento saldou-se por opções erradas do ponto de vista da compatibilização da norma nacional com o denominado “acquis communautaire”, colocando Portugal na zona de incumprimento das normas jus comunitárias.

Mas ainda assim dir-se-ia que houve ou há políticas legislativas, opções concretas, ainda que sectoriais? É difícil responder a esta matéria com rigor, uma vez que subsiste, como vimos, a ausência de um discurso jurídico coerente em sede da Sociedade da Informação. Contudo, o facto de não existir um discurso oficial explícito, não significa que não existam concretas concepções de política legislativa, providas de outros sectores minoritários na sociedade portuguesa, de sinal diferente, mas singularmente convergentes neste plano. Contudo, estas “opções” não se assumem como tal, procuram uma certa discrição, são apresentadas como consequências “naturais”, algo de incontornável, é assim por que só pode ser assim, por que subsistem argumentos de autoridade que caucionam determinadas opções. É vulgar, em Portugal, em muitos sectores, aliás, este argumento de autoridade, esta opção só pode ser boa por que veiculada por quem é inatingível, incontestável regente do saber, é inconcebível o erro ou a deficiência técnica pois a fonte é altamente autorizada, goza de prestígio inabalável e universal, por que, consultada tal fonte, a resposta só pode ser indiscutível. Este é, muitas vezes, um diáfano manto “científico” cobrindo, repete-se, opções conscientes de contestação ao modelo propugnado de Sociedade do Conhecimento. Os seus mentores adoptam um discurso suave, entre nós, por mero tacticismo, não hesitando, noutras latitudes, por exemplo, em classificar o copyright norte-americano de “criminoso”. Ora, este tipo de análise encontra enorme eco naqueles que, entre nós, veiculam o ponto de vista anti-capitalista, no qual se insere uma estratégia particular claramente dirigida contra a Propriedade Intelectual. Como sempre acontece, no habitual discurso serôdio local, aquele ponto de vista não é, também ele, assumido, de forma transparente, apenas por temor à perda de influência nos meios intelectuais e artísticos. No fundo, ambos os extremos sabem que no dia em que assumirem até ao fim as suas posições, ora obscuras, cessarão, de imediato, os resíduos de influência de que ainda dispõem em algumas áreas que lhes interessam, apenas, para a tática sobrevivência...

O que queremos dizer, em síntese, com clareza, é que à ausência de um pensamento estratégico matizado num discurso jurídico sobre a Sociedade Informação e/ou do Conhecimento correspondem estratégias localizadas e particulares em algumas áreas concretas que abordaremos mais à frente.

Repare-se que o discurso jurídico que propugnamos nesta área deveria ser composto de conhecimento técnico, capacidade de responder aos desafios, sentido da oportunidade e adequação das políticas legislativas sectoriais a um pensamento mais geral sobre a Sociedade do Conhecimento. Ao longo destes anos, sobretudo os últimos dois-três anos o que é que nos “dizem” as várias iniciativas parcelares dos três Ministérios mais responsáveis pelas áreas de que aqui trataremos?

O Ministério da Justiça encarregou-se da elaboração da Lei do Comércio Electrónico (Decreto-Lei nº7/ 2004, de 7 de Janeiro) mas pouco ou quase nada fez numa área de excepcional importância, o Cibercrime, onde poderia e deveria ter aproveitado as enormes competências que detém nos seus quadros, como a Polícia Judiciária, ou, até, da sua proximidade, com magistrados nacionais muito conhecedores desta temática. Por outro lado, deveria o Ministério da Justiça, fundamentalmente, começar a estudar dois tópicos de excepcional relevância nesta zona de cruzamento entre o Direito e a Sociedade da Informação: uma que chamaríamos genericamente de exposição do cidadão na Internet, uma área que abrange essencialmente a nossa privacidade, sem descuidar a mesma temática em sede de Telecomunicações, remetendo, por exemplo, para as iniciativas do país vizinho<sup>3</sup> e, outra, com relação óbvia com esta, a saber, os modos de intervenção dos Tribunais e autoridades administrativas na Internet.

O Ministério da Ciência e Tecnologia (com este ou outro nome) tem-se encarregado sobretudo das matérias mais “técnicas”, a assinatura electrónica e a factura electrónica, temas que exigem conhecimento da actualidade da tecnologia. De facto, a assinatura electrónica ainda é, maioritariamente, a assinatura digital assente na denominada PKI (*Public Key Infrastructure*) mas outras formas começam a fazer o seu caminho, de que é exemplo a biometria, enquanto a factura electrónica depende das mensagens estruturadas EDI, como acontece desde o início da década de noventa do século passado, ainda que incorporando hoje um formato mais ágil, desde que garantido, precisamente, pela assinatura electrónica.

Por isso é admissível dizer-se que o MCT tem cumprido a sua missão, ou seja, elaborou leis importantes nesta área, leis pouco controversas e de enorme utilidade auxiliar, hoje no comércio electrónico, amanhã na contratação pública electrónica, permitindo acelerar processos, desmaterializar documentos, realizar poupanças significativas, além de que o MCT tem testado as leis que prepara, seguindo a escolha dos *standards* necessários à factura electrónica, ou investindo em protótipos de concursos públicos integrando grande parte das fases procedimentais totalmente desmaterializadas.

Finalmente, temos o Ministério da Cultura, onde nos parece que os resultados desta política legislativa descentralizada, difusa, de autarcia, alheia a um pensamento geral que a enquadre, são assaz insatisfatórios. O erro terá estado, principalmente, em deixar o MC pensar, isoladamente, estas matérias. A verdade é que o MC não tem revelado qualquer

---

<sup>3</sup> Cfr. jornal El País de 7 de Setembro de 2006, *Una nueva ley obligará a identificar a 16 millones de usuarios anónimos de móviles.*

pensamento autónomo nesta área de excepcional importância, qual seja a da Propriedade Intelectual na Sociedade da Informação. Diga-se que, na verdade, uma vez mais, não foi só este Ministério que não revelou pensamento ou estratégia alguma, muitos dos interesses organizados nada dizem ou disseram de relevante nesta área. E, todavia, esta é a área mais sensível, mais política, mais exposta da Sociedade da Informação, a sua mais decisiva área, pelo menos tendo em vista a estratégia nacional para a construção de uma Sociedade do Conhecimento. É que se ninguém discute a necessidade óbvia da assinatura electrónica, nem o enquadramento legal encontrado, a nível comunitário, para a responsabilidade dos intermediários na Internet, em grande parte pelas obrigações típicas de Estado-membro da União Europeia que cumpre acatar, é no domínio da Propriedade Intelectual que encontramos, ainda, algum espaço para discussão e, o que é mais, para tomada de decisões de política concreta que se podem configurar como decisivas para o futuro da nossa Sociedade do Conhecimento!

Ora, esta é, de facto, uma tarefa demasiado pesada, há que reconhecê-lo, para um Ministério política e organicamente frágil como o é o Ministério da Cultura. Na verdade, além de falhar completamente no discurso ideológico e na tecnicidade necessária para elaborar e fazer aprovar leis muito complexas nesta área, a realidade é que o MC não tem mesmo estruturas minimamente aptas a tal labor. O não se ter reconhecido estas circunstâncias contribuiu para as ambíguas situações que ainda se vivem, no momento em que escrevemos, nesta sede.

E aqui entramos num ponto que nos parece absolutamente essencial, ou seja, a do contraste, melhor, a verdadeira contradição, entre a retórica oficial de um programa concreto, a construção da Sociedade do Conhecimento, via Plano Tecnológico, e as medidas efectivamente tomadas para esse particular efeito. Se a opção de política geral é esta, se foi diagnosticada a razão do nosso atraso em relação, no mínimo, aos nossos parceiros europeus, se foi este *deficit* na Tecnologia que motivou a necessidade de mobilizar os recursos nacionais, rapidamente, para provocar um “choque tecnológico”, então deve impor-se uma reflexão profunda sobre como se protege o conhecimento!

Mas foi essa reflexão que não se fez, não se faz e inexistente no Plano Tecnológico, bem como nos seus posteriores desenvolvimentos. Alude-se constantemente, no discurso oficial, ao conhecimento, à inovação, e ao forte investimento nestas áreas mas exclui-se, completamente, desta reflexão, a vertente da criação legislativa como meio incontornável de, na prática, dar corpo a uma opção estratégica essencial para o nosso País. Por isso, e por que não foi construída essa “galeria” de comunicação entre uma opção mil vezes proclamada e o referido discurso jurídico sobre a Sociedade da Informação, é que o nosso sistema funciona desta forma autista: de um lado uma meta concreta como desígnio nacional, funcionando, em paralelo, com opções de política legislativa parcelares que não só não levam em conta, interiorizando-o, tal desígnio nacional, como até parece decorrerem em caminhos opostos.

Pois bem, como é que o Direito poderia, então, auxiliar a construção da Sociedade do Conhecimento? A resposta, em geral, é simples: protegendo as criações e as invenções essenciais à Sociedade do Conhecimento, como seu fruto e como meio da sua sustentabilidade.

Curiosamente, esta era uma preocupação do Livro Verde, preocupação essa que não passou para o Plano Tecnológico. Com efeito, este último é totalmente omissivo em relação às grandes questões da Propriedade Intelectual, à excepção de umas escassas alusões a



patentes e a marcas. Ora, dizer-se que é preciso “investir” em patentes é algo de muito fluído, pois patentear um invento constitui um delicado e complexo processo que não basta enunciar, melhor seria dizer que se criariam condições de favorecimento de invenções. Uma patente não é uma marca, não se pensa num registo e ele faz-se, uma patente representa o culminar de um laborioso processo que não está, assim, ao alcance de uma mera decisão política.

Mas a questão situa-se noutro plano, constantemente ignorado no discurso oficial. Um pequeno e periférico país como o nosso, uma economia aberta como é, procura atrair capital e, neste caso concreto, capital “intelectual”. Ora, este só investe onde encontra condições de segurança e de prosperidade dos seus investimentos. Só quem acompanha quotidianamente estas matérias se pode aperceber do enorme esforço económico que os titulares de direitos de Propriedade Intelectual fazem em países como o nosso, com taxas de reprodução ilegal desses bens muito elevadas. Para além do investimento em empresas subsidiárias, distribuidoras, agentes, publicidade, marketing, formação, traduções, adaptações, localizações de produtos e serviços, consagram uma fatia muito apreciável dos seus orçamentos para a defesa dos seus direitos. Quando a defesa de tais direitos se torna de tal modo absorvente que comprime o orçamento para outras actividades, as empresas desinvestem e mudam-se para contextos mais favoráveis. Por outro lado, os nossos criadores e inventores já de si desfavorecidos no cotejo com os seus pares internacionais teriam toda a vantagem em trabalharem num ambiente minimamente seguro quanto à protecção dos seus bens, o que está muito longe de acontecer, entre nós.

Por todo isto cabe concluir que a reflexão aqui meramente enunciada deveria ter sido promovida, provavelmente, noutros centros do poder, no Ministério da Economia, por exemplo, e não deixando o MC a braços com opções que claramente não entende, nem insere ou adequa nos desígnios centrais do Plano Tecnológico, persistindo numa lógica própria, fechada, alheia a estas problemáticas, ignorando, por exemplo, o que tem sido a ligação entre o desenvolvimento económico de países como a Irlanda e a Finlândia e as decisivas intervenções nas suas leis substantivas e processuais.

4. Pois bem, neste tempo de balanço do que foram estes dez anos, regressemos ao passado e ao impulso que o Livro Verde constituiu, recordando o seu capítulo nove intitulado Implicações Jurídicas da Sociedade da Informação. Este capítulo dividia-se nas seguintes secções: 9.1 Protecção da Privacidade e dos Dados Pessoais, das Empresas e das Instituições, 9.2 Notariado Electrónico, 9.3 Documentos e Transacções Electrónicas e 9.4 Protecção dos Direitos de Propriedade Intelectual e Direitos de Autor, além de um ponto 9.5 relativo a medidas a tomar ao qual aludiremos mais adiante. Cumpre referir que a epígrafe do ponto 9.2 não seria a mais feliz pois, na verdade, é muito mais do que isso, procedia a um levantamento das principais questões jurídicas que resultam da expansão das transacções electrónicas e é este capítulo que está na génese da aprovação das **Leis** da Assinatura Electrónica e da Factura Electrónica. Repare-se que estas duas leis foram publicadas em 1999, ambas antes de haver quadros harmonizadores na União Europeia em relação a estes dois tópicos. Ao tempo, anunciava-se a Directiva Assinatura Electrónica, mas o anteprojecto de diploma legal ficou pronto muito antes da aprovação da directiva. Já quanto à Factura Electrónica, a directiva é, como se viu, muito posterior (2001)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Aludimos no texto às leis pioneiras Decreto-Lei nº 290-D/99, de 2 de Agosto e Decreto-Lei nº75/99, de 18 de Setembro. Para uma introdução relativa à génese e evolução das duas leis cfr.

Além destes importantes diplomas legais que referimos, esta década ficou, ainda, marcada pela aprovação de dois diplomas absolutamente fundadores do Direito da Sociedade da Informação, a já aludida Lei do Comércio Electrónico e a Lei de Direito de Autor na Sociedade da Informação (Lei 50/2004, de 24 de Agosto, transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva nº2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação). Estes dois diplomas legais transpõem directivas da União Europeia aprovadas e notificadas já depois de 1997, ano da publicação do Livro Verde. O primeiro diploma legal resulta, como vimos, de uma iniciativa do Ministério da Justiça, o segundo de uma iniciativa do Ministério da Cultura.

Ora, que balanço é possível fazer destas quatro grandes leis que, de algum modo, constituem o núcleo duro do nosso Direito da Sociedade da Informação, sendo que, pelo menos duas delas nasceram, ainda, no âmbito da publicação do Livro Verde e da implantação das suas medidas subsequentes?

Quando se faz um balanço da aplicação de uma lei quase sempre se perscruta nas decisões dos tribunais. Mas essa é uma *démarche* inútil em leis instrumentais como aquelas que regulam a assinatura electrónica ou a factura electrónica. Estamos aqui em presença de dispositivos tecnológicos cuja utilização ainda não estará massificada, entre nós, que certamente, mais adiante, trarão consigo as suas patologias mas, até ao presente, não existe informação de qualquer abordagem judicial destes temas em Portugal, sendo que mesmo numa perspectiva internacional não subsiste uma grande jurisprudência nesta área.

Por outro lado, algumas vicissitudes foram impedindo a plena implantação destas dois tópicos. Hoje, pensa-se que ultrapassadas muitas das barreiras existentes vão, paulatinamente, cumprindo a sua função, contribuindo para o desenvolvimento das transacções electrónicas, pela segurança e fiabilidade que a assinatura electrónica acrescenta. A factura electrónica começa a ser uma realidade experimentada em muitos grupos económicos e o próprio Estado está a cumprir um plano de intensificação de utilização da mesma, obrigado que está ao cumprimento da Resolução do Conselho de Ministros nº137/2005, de 29 de Julho (DR, nº157, I Série B, de 17 de Agosto de 2005).

Sobre as outras duas leis o balanço torna-se muito difícil, em primeiro lugar, por uma razão que desenvolveremos, ainda que brevemente, no último ponto deste texto, ou seja, a prática ausência de jurisprudência dos tribunais portugueses sobre muitas das questões que fazem a actualidade da Sociedade da Informação. Se lermos os jornais, todos os dias se anunciam investigações, processos, inquéritos, mas o resultado final é quase sempre melancólico. Como se sabe, tal não acontece noutros Estados europeus, para já não falar dos Estados Unidos da América ou do Canadá. Por isso, o balanço da aplicação de uma lei é quase sempre difícil em termos práticos, restando a crítica mais ou menos contundente ao enunciado normativo em si. A lei de Direito de Autor na Sociedade da Informação tomou uma opção de política legislativa que se compreende numa perspectiva de fomento da Sociedade Digital (isenções quanto a pagamento de remunerações em sede de garantia da “cópia privada” quanto a alguns suportes digitais), medida, essa, introduzida pela Assembleia da República, note-se, sendo que a esse carácter positivo,

contrapõe-se a adopção de rebaixamento muito discutível de um quadro sancionatório. Com efeito, não só contraria uma política geral de protecção dos Direitos de Propriedade Intelectual, única admissível na perspectiva da implantação de uma Sociedade do Conhecimento, o tal desfasamento entre a retórica oficial e uma concreta manifestação de política legislativa sectorial, como violou, sem qualquer cuidado, o Direito Comunitário, nos termos já referidos. No plano do desenvolvimento prático, só agora foi constituída a Comissão de Mediação e Arbitragem previsto no artº221º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, tal como alterado por este diploma.<sup>5</sup>

Mas é ainda no plano de um anteprojecto que, uma vez mais, se demonstra estar o Ministério da Cultura totalmente desfasado desta aposta de política geral na Sociedade do Conhecimento. Estando por transpor a Directiva “Enforcement” como se referiu, uma vez mais se evitou a análise transversal que se impunha sobre o óbvio reforço da defesa da Propriedade Intelectual, entregando, em grande parte, ao Ministério da Cultura a condução do processo de transposição desta relevante Directiva. E, como se antevia, uma vez mais o MC vem exibindo as suas insuficiências em tempo detectadas e assinaladas. Por um lado, os sucessivos anteprojectos denotam um preocupante desconhecimento das nossas leis e da sua prática e, por outro, subsistem erros técnicos graves que não podem ser admitidos a este nível. Finalmente, as normas propostas, em vez de contribuírem para o aprofundamento da Sociedade do Conhecimento, permitindo um quadro claro da defesa dos direitos de Propriedade Intelectual, esclarecendo, de vez, os obstáculos que a lei e a prática dos tribunais vêm demonstrando, constituem um quadro confuso onde perpassa, como sempre, uma hesitação na defesa concludente dos interesses dos criadores, inventores e titulares de direitos de Propriedade Intelectual, em geral, que custa a compreender. É óbvio que sendo o ambiente geral aquele que fomos descrevendo, quem desta forma procede merece óbvia censura. As questões da natureza especial dos direitos de propriedade intelectual, da necessidade de as medidas cautelares serem céleres e permitirem a conservação da prova, *maxime* no volátil ambiente digital, ou da indemnização dos lesados, pelo confisco dos proventos do ilícito e da reparação do investimento do titular dos direitos na investigação e na detecção dos ilícitos, são tudo temas ou ignorados, ou só com muita dificuldade admitidos nas costumeiras várias versões apresentadas. Ora, nunca se percebe muito bem o que visa o MC, o que é que se pretenderá com este tipo de opção ao arpejo das grandes questões nacionais em sede de Propriedade Intelectual, pondo mesmo em causa, repete-se, os grandes desígnios nacionais<sup>6</sup>.

Quanto à tão controversa Lei do Comércio Electrónico, a opção de entregar a entidades administrativas poderes de resolução de litígios vem-se revelando, como se antevia, uma opção sem consequências práticas de relevo, não há decisões conhecidas, não há

---

<sup>5</sup> Para uma análise desta lei, cfr. Lopes Rocha, Manuel, Carreiro, Henrique e outros, “Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação (Lei 50/2004, de 24 de Agosto Anotada e Comentada)”, Centro Atlântico, V.N. de Famalicão, 2005

<sup>6</sup> Uma vez mais, à excepção da Ordem dos Advogados, quase ninguém tem tido intervenção de relevo sobre os sucessivos anteprojectos do MC relativos à Directiva “Enforcement”, o que, infelizmente, não é de estranhar. Ao que se diz, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial terá tomado uma iniciativa diversa do MC, apresentando um anteprojecto de diploma de alteração do Código de Propriedade Industrial muito diferente daqueles apresentados pelo MC. Contudo, no momento em que escrevemos ainda desconhecemos o conteúdo daquela iniciativa.

relatórios da sua aplicação, as escassas decisões são de muito fraca qualidade, sempre reenviando a decisão para outras entidades, ou não dando resposta, pura e simplesmente. Ao que parece a própria entidade que se determinou ser, na lei, o vértice do sistema escolhido ter-se-á desinteressado do mesmo, pelo que será uma lei a rever num prazo muito curto. Na prática, ao não ser aplicada, como que vem sendo “revogada” paulatinamente e em silêncio.<sup>7</sup>

**5.** E cabe, neste limite, perguntar: como se têm os **tribunais** adequado à Sociedade da Informação e suas problemáticas?

Também aqui se presente alguma contradição, mas esta mais compreensível, as evoluções nunca são lineares. As dificuldades dos tribunais são de todos conhecidas, não vale a pena insistir neste tópico que outros tratarão noutros locais, de uma forma bem mais profunda. É justo dizer que tem havido um esforço no sentido de introduzir as novas tecnologias nos tribunais, com fracassos, com avanços e recuos, mas com uma orientação firme e que poderá dar os seus frutos mais adiante. Mas a verdade é que a nossa jurisprudência relativa à Sociedade da Informação é assaz escassa, como se disse. Não é fácil enumerar os motivos, mas eles são muitos, a começar pela “desconfiança” que, infelizmente, se instalou na sociedade portuguesa em relação aos seus tribunais. Num mundo cada vez mais globalizado e próximo, nada impede que um grande processo judicial comece num pequeno país, como o demonstra o recente caso Google na Bélgica (decisão do tribunal de primeira instância de Bruxelas, de 5 de Setembro de 2006). O que se passa, repete-se, é que há muito poucos casos decididos nos tribunais portugueses pelo que se torna difícil fazer aqui um balanço de actividade judicial neste sede, entre nós. Se recuarmos um passo atrás, ainda em sede de Sociedade da Informação, mas já mais no domínio da Informática, aqui, sim, a actividade dos tribunais é mais intensa e em todas as instâncias. O que de resto acontece um pouco por todo o lado. Como vimos dizendo, o

---

<sup>7</sup> A ANACOM acaba de se pronunciar sobre esta inovação legislativa, numa iniciativa recente integrada na Semana do Comércio Electrónico. Fê-lo, ainda por cima, pela voz autorizada de uma sua administradora, Teresa Maury, que teve a coragem, rara entre nós, de pura e simplesmente arrasar esta solução do artº 18º da Lei do Comércio Electrónico, precisamente em nome da entidade a quem o legislador encarregou, como vimos, do papel de guardiã e promotora de tal solução (!) Curiosamente, na sua intervenção Teresa Maury acaba por preconizar um regresso destas competências aos tribunais, “na linha de outros países”. Conclui-se das palavras frontais daquela administradora da ANACOM que, afinal, tal como muitos de nós suspeitavam, o sistema nunca funcionou (Cfr. notícia no jornal “Público” de Sexta-feira, 5 de Maio de 2006, pág. 45, sendo que o texto integral da intervenção de Teresa Maury está disponível no site da ACEP, Associação da Comércio Electrónico em Portugal- [www.portugalacep.org](http://www.portugalacep.org)).

balanço da aplicação do Direito aqueles casos subsumíveis às denominadas “novas tecnologias” com o necessário relevo para a protecção jurídica do software, é claramente positivo. Na verdade, quer na vertente processual de entendimento do carácter decisivo das medidas cautelares, pela volatilidade da prova e o adensamento dos prejuízos, quer na aplicação da lei da criminalidade informática (Lei nº109/91, de 17 de Agosto), em especial do art. 9º relativo à reprodução ilegítima dos programas de computador, a actividade dos nossos tribunais vem-se saldando por um constante aperfeiçoamento e não constitui motivo de preocupação. Todavia, aqui e ali, mesmo em casos que não terão a ver directamente com as “novas tecnologias”, detecta-se, de quando em quando, um deficiente entendimento da especial natureza dos direitos de propriedade intelectual. Muitas vezes nos interrogamos por que razão tal acontece e podemos talvez encontrá-la num sistema global de ensino e formação que esquece a importância destas áreas, adestrando os seus destinatários em técnicas de interpretação que são, eventualmente, a ferramenta ideal do jurista mas que, usadas sem afinamento, colidem com o carácter especial, repete-se, destes direitos, para não falar no por vezes difícil entendimento do valor que representam. Quando fazemos esta afirmação incluímos todos os participantes nos processos, e não só quem decide, a final. Por isso, alguns (poucos) tribunais caem na tentação de “passar” autênticas licenças “legais” de utilizações de direitos, pelos infractores, lesando os seus detentores a quem é prometida uma indemnização quando disso for caso, ou seja, muitos e muitos anos depois.

Nesta área resta-nos, pois, aguardar que, tal como aconteceu com a Informática, os nossos tribunais possam ser directamente envolvidos na Sociedade da Informação, sem esquecer que estes direitos é nos tribunais que nascem em ordens jurídicas bem mais próximas destas problemáticas.<sup>8</sup>

### **Conclusão: Actualidade do LV?**

Ao regressar, pela comemoração, ao Livro Verde deparamos, no capítulo dedicado às Implicações Jurídicas da Sociedade da Informação, com três medidas propostas, sendo que nelas avultam as medidas 9.2 Actualizar a Legislação Respeitante aos Direitos de Autor e de Propriedade Intelectual e 9.3 Ponderar o Enquadramento Jurídico de Violações

---

<sup>8</sup> Quando dizemos que o Direito da Tecnologia nasceu nos tribunais, estamos a pensar, sobretudo, nas experiências comparadas. No tempo do “velho” Direito da Informática, antes da edição de leis especiais ou “harmonizadas”, em países como a França, a Bélgica ou a Itália, por exemplo, matérias tão importantes como a tutela jurídica do software ou dos jogos de computador foram decididas pelos tribunais, muito antes de o legislador sobre elas se ter debruçado. O mesmo sucedeu, entre nós, quanto ao software. Já quanto à Internet, foram os tribunais que primeiro que o legislador decidiram casos concretos, fundando um novo Direito ou dando azo à criação de normas específicas. Assim, convém recordar o que foram as vastas tarefas de muitos tribunais europeus no que tange à responsabilidade dos intermediários, por exemplo. Hoje podemos afirmar o mesmo *maxime* no que tange à jurisprudência dos tribunais norte-americanos sobre o peer-to-peer ou as decisões que começam a ser tomadas quer nos tribunais europeus, quer nos tribunais norte-americanos à volta da actividade de estrelas da Net, como o Google ou o E-Bay. No entanto, há quem não concorde com esta nossa opinião, como Garcia Marques e Lourenço Martins no seu “Direito da Informática”, 2ª Edição refundida e actualizada, Almedina, Coimbra, 2006. Todavia, recomenda-se vivamente esta obra, a sua leitura é obrigatória, trata-se do mais importante manual que temos, entre nós, sobre estas matérias. Este livro foi absolutamente decisivo no enfoque positivo que os nossos tribunais têm tido nesta área do Direito Tecnológico, o que constitui inestimável dívida que a comunidade jurídica nacional tem para com estes dois distintos magistrados.

de Direitos Humanos Através de Redes Eléctricas. Repensando tudo aquilo que atrás escrevemos, não podemos deixar de nos surpreender com a frescura e a actualidade destas duas medidas. É certo que são e foram metas de difícil execução, por que são vastas demais para poderem ser compartimentadas numa qualquer medida. Contudo, a intenção que lhes subjaz e a escolha delas são surpreendentemente actuais, dez anos depois. Abordamos supra, longamente, a necessidade de se dar atenção à Propriedade Intelectual, como vector capaz de fazer evoluir a nossa Sociedade, passar de uma meta como a Sociedade da Informação para a Sociedade do Conhecimento.

Por outro lado, a protecção dos Direitos do Homem na Internet, seja Web 1 ou 2, é um dos grandes desafios do Século XXI. A Internet é algo de completamente diferente de tudo aquilo que até hoje conhecemos, dificilmente enquadrável nos nossos conceitos comuns, é constituída por largas áreas sem controle estadual, dificilmente subsumíveis às regras e práticas jurídicas que conhecemos. A mudança de paradigma começa a sentir-se em áreas como a Comunicação Social tradicional, algum comércio, a própria vida dos tribunais, para não falar das indústrias culturais. Tudo tem mudado num processo brutal, em menos de dez anos. Ora, todos nós estamos desprotegidos num mundo amplo e sem regras, ou onde é muito difícil aplicá-las com os meios que conhecemos. Há cidadãos que têm a sua identidade mais íntima revelada, contra sua vontade, há anos, na Internet, cidadãos nacionais, apesar da coragem e da determinação de alguns magistrados que não dão entrevistas, que ninguém conhece, nem admira.

O que verdadeiramente importa discutir é se esta situação é remediável com os nossos quadros culturais do presente ou se vivemos no limiar de uma impossibilidade absoluta.

Da resposta a esta terrífica e excessivamente singela pergunta, depende o nosso futuro. De facto, nada, absolutamente nada, nem as maiores conquistas da civilização, se podem dar por adquiridas.