

DIREITO E CIDADANIA.

José Matos Pereira

**Advogado, Doutor em Direito, Equip. Prof. Adjunto, D.C. Jurídicas ESTG/IPL,
Consultor UAL e Orientador de teses no DRI/ Universidade Autónoma de Lisboa**

j.matos.pereira@netcabo.pt

jose.pereira@estg.ipleiria.pt

jmatospereira@universidade-autonoma.pt

Resumo

Dez anos após o lançamento do Livro Verde para a Sociedade da Informação, reflecte-se sobre o que tem sido o Direito, enquanto veículo promotor das políticas de desenvolvimento da Sociedade da Informação e a insuficiência dos mecanismos jurisdicionais para respostas atempadas e úteis em ambientes de Soberanias partilhadas e de Cidadanias potenciadas por meios de comunicação electrónicos globais. O Direito ao promover o Governo e Administração electrónicos e outras formas de exercer a cidadania, realça a desadequação dos formatos e agentes tradicionais de aplicação do Direito na Sociedade da Informação. Abordam-se alguns problemas da jurisdição local georeferenciada face a problemas globais, os actos em tempo real face aos tempos próprios do Direito, métodos, formas e formalismos de realização da Ordem e da Justiça e da necessidade de novos meios de resolução de conflitos, alternativos e expeditos, coordenados em redes internacionais.

Palavras-chave: Direito; Cidadania; Sociedade da Informação; Justiça alternativa.

1 – O que mudou

Passou já uma década sobre o início dos debates que conduziram à elaboração e lançamento do Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal e, desde então, todos os dias assistimos a pequenas rupturas, umas locais, outras globais, umas tecnológicas, outras de funcionamento político, económico, social e jurídico, mas, reflectir sobre o tema não significa que se tenha de constatar um grande progresso em todas as áreas.

Se as tecnologias da informação se difundem hoje com grande rapidez, alterando muitos aspectos do funcionamento da economia, da administração, da comunicação da vivência e do diálogo da cidadania, em termos de evolução social, uma década é apenas o curto prazo e as diferenças de paradigma de sociedade só se detectam verdadeiramente a longo prazo.

Como dizia José Mariano Gago¹, “As sociedades não perdem o seu lastro histórico; o desejo da Sociedade da Informação – e do Conhecimento – não faz uma sociedade nova: é antes a renovação de um ideal antigo, a proclamação de uma liberdade desejada, a fome de modernidade e de justiça, como se, de repente, as possibilidades técnicas tornassem insuportáveis os entraves burocráticos, a sufocação autoritária, a privação de informação e de saber.”.

O tema a tratar nestes apontamentos é o das mudanças no Direito e na Cidadania em direcção a uma Sociedade da Informação e do Conhecimento.

¹ Livro Verde para a Sociedade da Informação, Preâmbulo, Lisboa, 1997

2- A quantidade do Direito

Podemos começar por dizer que é incalculável o total de escritos de direito nesta década, mas seguramente mais de meio milhão de páginas de direito poderão ter sido escritas e publicadas, produzindo algum efeito em Portugal, nestes dez anos, sem que sintamos uma grande mudança do Direito a caminho da Sociedade do Conhecimento.

Não queremos dizer que o Direito não mudou, pelo contrário, mudou todos os dias, mas, por exemplo, centenas de milhares de decisões de tribunais, ter-se-ão ocupado, nestes dez anos, de conflitos que ocorreram muito tempo antes, problemas de uma ordem e de segmentos de uma sociedade com evolução lenta.

Grande parte da doutrina (quantos milhares de páginas?) ter-se-á pronunciado sobre a base estática da ordem jurídica, ou sobre problemas novos, ou visões novas de problemas que não serão característicos da Sociedade da Informação.

Na produção de legislação, ou de outras normas gerais de nível supranacional, temos a considerar o direito derivado publicado nos Boletins Oficiais da União Europeia e de outras organizações internacionais, recebido na nossa ordem jurídica por efeito do artigo 8º da Constituição, o direito estatal e infra-estadual publicado no Diário da República nas diversas séries que publicam diplomas com conteúdo normativo e, em dez anos, incluindo Suplementos, ultrapassaremos 300.000 páginas.

Acresce que o Direito, de acordo com a ideia de Teubner que diz que "é Direito aquilo que o Direito diz que é Direito", incorporou a abundante produção de normas técnicas de centenas de organismos de normalização de comunicações e de outras tecnologias da informação e incorporou os conteúdos de centenas de códigos de conduta de indústria e de actividade económica, códigos deontológicos internacionais de profissões, produzidos por organizações não governamentais, por multinacionais e por associações técnicas, científicas e profissionais europeias e internacionais. A galáxia normativa pós-nacional pode ser, aliás, o motor principal de mudanças no caminho da Sociedade da Informação e do Conhecimento.

3 – A qualidade motora do Direito

Qual foi o papel deste direito como motor da Sociedade da Informação e do Conhecimento? As medidas a favor da implantação do Governo Electrónico, da Administração Electrónica, do Comércio e do Marketing Electrónico estarão, seguramente, ente os factores que influenciam mudanças na cidadania, mas são menos visíveis os resultados da promoção da democracia e das votações e sondagens electrónicas e de outras formas de formação segura da vontade colectiva.

A Cidadania também mudou, mas os principais institutos, os principais espaços públicos e os métodos de criação da vontade pública, de expressão do interesse público e da realização do bem público, talvez se assemelhem ao movimento de um glaciar, que em todos os momentos se desloca um bocadinho, mas que parece sempre ter o mesmo aspecto para quem o observa.

O nosso ponto de referência para a mudança, ou de partida, é o Livro Verde para a Sociedade da Informação e o Livro Verde colocava à cabeça a ideia de cidadania

através da questão decisiva da democraticidade e o combate à exclusão, matérias em que o Direito não pode deixar de estar envolvido.

Uma década depois, enfrentamos o problema de reflectir sobre o ponto de situação do Direito e da Cidadania e o problema de determinar até que ponto sofreram a influência das sucessivas vagas de tecnologias da informação e da comunicação que obrigaram muitas das instituições a abandonarem formatos de organização e métodos de comunicação e de relacionamento tradicionais a favor de um progressiva utilização de redes digitais e da sua própria integração em redes digitais.

4- Ponto de partida e evolução

O Livro Verde, abordava as questões da Cidadania com uma concepção estrutural própria, especialmente nos pontos: “1 – A Democraticidade da Sociedade da Informação” e parte do ponto “2 – O Estado Aberto”, e muitas das propostas de então foram postas em prática.

Outras novas questões surgiram desde então e algumas foram concretizadas, mas todas na visão clássica de um sistema bipolar em que Cidadania não seria possível sem Estado, mas em que o papel de dominação deste se esbate, quer pelo papel da globalização e da progressiva partilha das soberanias no âmbito das organizações internacionais governamentais (OIG), quer da integração europeia (UE), quer da emergência de novos poderes das multinacionais, das organizações internacionais não governamentais (ONG e OING), quer pela assunção directa pelos cidadãos do carácter de novos sujeitos de direito internacional público, que resulta do Direito Humanitário e dos Direitos do Homem nas suas múltiplas Declarações, Pactos, Convenções e outros diplomas.

De um ambiente caracterizado pelo quase monopólio dos emissores de comunicação do poder dos Estados e de grandes organizações e do escasso e caro uso do poder emissor pelos cidadãos, passou-se para um paradigma de ampla divulgação dos centros de poder individual dos cidadãos, representados pelos telemóveis e pelos dispositivos ligados à Internet. Isso determinou, igualmente, uma mudança de topologia dos circuitos do poder, a abertura das sociedades fechadas e veio ao encontro das novas aspirações de expressão e de intervenção dos cidadãos, mas não necessariamente coincidente com a agenda imposta pelos políticos.

Na vertente em que se abordava a sociedade civil e contexto económico, a Cidadania era contemplada no Livro Verde, ponto “8 – Implicações Sociais da Sociedade da Informação” e, no ponto “6 – O Emprego na Sociedade da Informação”, matérias em que, pelos efeitos da complexidade e da globalização, é difícil destrinçar o que possam ser progressos de qualidade de vida, de emprego e de outros factores que influenciam o clima a analisar.

O Livro Verde abordava o “Direito” no ponto “9 – Implicações Jurídicas da Sociedade da Informação”, que relacionamos com problemas fulcrais da cidadania. Podemos fazer uma leitura muito ampla do Direito como motor da Sociedade da Informação, por um lado e, por outro, como um resultado das transformações por ela operadas no Direito.

Se o entendermos no primeiro sentido, de meio normativo, entre outros, que os principais actores da promoção da Sociedade da Informação e do Conhecimento vêm utilizando para impor novas tecnologias de informação nos processos políticos, administrativos e judiciais para transformar a sociedade, podemos extrair do tal meio milhão de páginas, um selecto lote de diplomas e é possível fazer uma lista das principais medidas que já foram tomadas nesse sentido, por exemplo, as constantes do estudo da APDSI – Processos Básicos Administração Pública na Sociedade da Informação, ou APDSI e-Justiça, O que o sector da Justiça teria a ganhar com o desenvolvimento da Sociedade da Informação, de Março 2006, ou no Comércio Electrónico, nas Compras Públicas e determinar o que ainda se espera que seja feito, ou analisar as grandes medidas de criação de uma Infra-estrutura Nacional de Informação em torno de redes da Ciência e da Educação, ou de acesso a conteúdos, por ex. B-on.

Nesse sentido, tem sido importante, mas, por vezes insuficiente, o papel do Direito como o conjunto de medidas jurídicas e de outras ordens normativas que, por iniciativa do Estado, por iniciativa ou imposição de terceiros, ou por utilização dos particulares, contribuíram para enformar e regular a transformação da sociedade, tanto na concretização do desafio técnico, como na concretização do desafio político e social.

5- Ponto de situação

Se quisermos fazer um ponto de situação do estado da evolução do Direito pelo aspecto do processo formal de produção, distribuição e de aplicação do direito e as implicações que as tecnologias da informação nele produziram passados dez anos, na senda da ideia do Estado Aberto, podemos concluir, de imediato que o ciclo da produção e distribuição do direito teve ganhos de produtividade enorme, produção gigantesca, como vimos, sem que isso determine alterações na riqueza, nos valores, na Informação e no Conhecimento.

Quanto à produtividade, tanto no Parlamento, como no Governo, a preparação da produção jurídica, a fixação do texto final dos diplomas e a sua transmissão para o Diário da República e Portais do Governo e do Parlamento passaram a ser electrónicas. Apenas as intervenções de discussões no Plenário da Assembleia da República e Comissões e em Conselho de Ministros se mantiveram orais, directas e presenciais, embora com transmissão electrónica total, por altifalante, TV e outros meios, ou apenas de divulgação de conclusões também através de canais electrónicos, como a página do Portal do Governo.

Em dez anos, completou-se também o ciclo, iniciado duas décadas antes, da difusão dos conteúdos normativos e jurisdicionais por meios electrónicos. A medida foi proposta no Livro Verde, concretizou-se, primeiro, pelo Diário da Assembleia Electrónico, depois pelo Diário da República Electrónico, a par da versão impressa e, finalmente, pelo acesso gratuito de cidadania e pela atribuição de valor privilegiado, e não apenas secundário à versão normativa electrónica.

O mesmo aconteceu a algumas bases de dados administrativas e algumas bases de dados de jurisprudência.

Na aplicação do direito, independentemente de melhorias e simplificações possíveis na decisão, avançou-se seguramente bastante na evolução para a forma electrónica

de comunicação externa e interna de muitos processos da Administração Pública, com relevo para os processos relacionados com declarações de impostos e incluindo muitas das áreas de processo administrativos de registos ligados à área do Ministério da Justiça, mais uma vez, a área do Estado Aberto.

Nos tribunais, a forma electrónica de petição e tramitação subsequente até à execução, recebeu o benefício, pelo menos teórico, de ter passado a usar os mais variados sistemas electrónicos para chegar às primeiras camadas da cebola, e não será por aí que o sistema continua a funcionar muito deficientemente.

As redes electrónicas e outras tecnologias de informação entraram e continuam a entrar em todos os processos, acelerando todos os tempos de pesquisa e de tratamento, mas não resolveram as que dependem de engarrafamentos, de reorganização, de leis processuais, de recursos humanos e outros, de manipulações e de decisões humanas que continuam a existir com tempos próprios.

Num outro sentido, poderemos tentar avaliar o conteúdo do direito produzido no sentido de fazer a sociedade tradicional evoluir para uma Sociedade da Informação.

A primeira questão prende-se com as medidas propostas no Livro Verde:

A Medida 9.1 “Revisão do Art.º 35º da Constituição da República Portuguesa de afirmar o direito de acesso de todos os cidadãos às redes electrónicas encontra-se realizada, como medida programática.

A Medida 9.2 “Actualizar a Legislação Respeitante aos Direitos de Autor e de Propriedade Intelectual” encontra-se realizada, para alguns, e longe disso para outros, na medida em que o processo de actualização nunca acaba.

A Medida 9.3 “Ponderar o Enquadramento Jurídico de Violações de Direitos Humanos Através de Redes Electrónicas” estará, ou não, avançada, segundo o entendimento que se tenha de “ponderar”. Efectivamente, houve progressos de cooperação internacional quanto a violações de direitos de menores e outros, mas o problema deslocou-se fortemente para as liberdades em tempo de luta contra o terrorismo.

A segunda questão pode ser posta em termos de saber em que medida é que o Direito se dedicou à transformação, ou se será possível avaliar que percentagem do direito produzido e de outros normativos têm a ver com este motor de transformação.

É difícil calcular qual foi a produção normativa relevante destes dez anos e purificá-la a partir do talvez meio milhão de páginas de produção normativa bruta.

Seria talvez mais fácil de calcular em Tera e Gigabytes, o tamanho dos ficheiros Adobe mais frequentemente consultados dos últimos dez anos da base de dados do Diário da República Electrónico, mas, mesmo em termos meramente formais, também esse indicador é ilusório, porque a frequência dos interesses de consulta pode não ter nada a ver com as medidas tomadas para o futuro, como motor estrutural a caminho da Sociedade da Informação e resultar apenas de haver centenas de milhar de caçadores interessados na regulação da caça e centenas de milhar de estudantes e de professores interessados na regulação de curricula.

Em qualquer caso, não é pelo volume formal da produção normativa total em páginas, ou em bytes, que se pode inferir seja o que for sobre o mérito ou demérito da regulação como motor da Sociedade da Informação. Uma simples observação superficial de um exemplar do DR permite concluir que ele se ocupa da vida tal como ela é, ocupa-se, em grande parte, por exemplo, de concessões de caça, assunto do sector primário da economia, salvo se o considerarmos como parte do sector terciário do turismo de caça, em todo o caso, assunto aparentemente não relevante de promoção da Sociedade da Informação.

Em ambos os casos, tentaremos fazer o ponto de situação do estado do Direito Positivo, após uma década de iniciativas e de mudanças de métodos.

É quase impossível ocuparmo-nos de todas as inovações que ocorreram: da abolição do Papel Selado, ao papel A4 de 25 linhas, aos impressos de requerimentos ou formulários de declaração, em papel ou electrónicos, ao formato livre, até ao diálogo multi-canal, por balcão, por telefone, por telecópia, por e-mail, das filas para as declarações de impostos, às declarações electrónicas, dos processos judiciais cosidos, aos processos judiciais desmaterializados, das citações, notificações e penhoras tradicionais, às electrónicas, quando funcionam, muito se pode dizer.

6- Mudanças de classes e mudanças de valores

Mas se os métodos mudaram, como mudaram os valores?

Mudou alguma coisa na cidadania e podemos constatar que há novos cidadãos de primeira e de segunda, os de primeira, reservam consultas, fazem declarações fiscais e obtém licenças e certificados por correio electrónico, por telemóvel e pela Internet, passam a Via Verde e pagam por Homebanking ou por Multibanco, os de segunda vão para a bicha, ou dialogam com a administração deslocando-se ao balcão.

Do cidadão que podia deslocar-se a um balcão, com sacrifício, à nova situação em que pode ser um excluído, por não ter fácil acesso aos meios electrónicos de comunicação, ou da situação de cidadão, residente em lugar fixo, conhecido por rua e número de polícia, passar a “sem-abrigo” electrónico, por não ter endereço electrónico, ou não aprender a lidar com a mudança que lhe permita sintonizar os novos meios de comunicação, constitui um dos maiores desafios de respeito de valores.

Ora, segundo o próprio Livro Verde, “a expressão “Sociedade da Informação” refere-se a um modo de desenvolvimento social e económico em que a aquisição, armazenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação de informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na actividade económica, na criação de riqueza e na definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas práticas culturais. A sociedade da informação corresponder(á), por conseguinte, a uma sociedade cujo funcionamento recorre crescentemente a redes digitais de informação.”

Ora, na última década, em Portugal e no mundo, houve importantes melhorias nas redes digitais da informação, e o uso, por cada cidadão dos recursos de várias delas modificou os comportamentos de comunicação (designadamente por uma muito elevada penetração do telemóvel e por uma boa penetração da Internet), matéria cuja

apreciação não ficou a nosso cargo, mas que referiremos a propósito de problemas de alteração de comportamentos de cidadania.

Por outro lado, como “as sociedades não perdem o seu lastro histórico” (vd. Livro Verde), vai uma considerável distância da evolução tecnológica à evolução social e, dentro desta, à evolução comportamental individual. Às muitas inovações tecnológicas correspondem diferentes concretizações em redes digitais, nos diversos espaços, a que correspondem diferentes disseminações de novos usos, no espaço e no tempo que, por sua vez, produzem transformações sociais.

7 – Complexidade

Já nesse longínquo ano de 1996 se alvitrava sobre o que se devia entender como objectivo a alcançar, se seria uma Sociedade da Informação, ou uma Sociedade do Conhecimento, ou a uma Sociedade em Rede, ou seja, “uma sociedade cujo funcionamento recorre cada vez mais a redes digitais de informação”. Independentemente das intenções, a sociedade em rede tornou-se muito mais complexa e muitos dos problemas que podem ser constatados no Direito e na Cidadania resultam da globalização e da complexidade das redes.

O estado do Direito e Cidadania em Portugal e no mundo, após uma década, ou muito mais, a caminho da Sociedade da Informação, pode resultar da complexidade em rede de factores políticos, sociais, económicos, religiosos e militares que ocorrem pontualmente algures no mundo, mas que as redes transformam em fenómenos ou eventos globais.

Algumas reflexões sobre a evolução que enfrentam duas instituições-chave do Estado de Direito e do Estado Nação - o Direito, por um lado, e da Cidadania, por outro - na sua adaptação de sobrevivência a novos estádios de reorganização social, política e normativa, derivam da natureza da informação sem fronteiras estatais de soberania georeferenciada.

Por outro lado, as novas fronteiras da informação são culturais e económicas. São culturais porque só acede a uma nova unidade de informação quem está preparado com um quadro cultural capaz de a referenciar ao ver, sentir, ouvir, ou ler, compreender e assimilar. São económicas, porque a informação, mesmo a aparentemente gratuita, tem custos de tempo do receptor a sintonizar e a receber e/ou descarregar, custos de comunicações, de investimento, amortização e manutenção de equipamentos, custos de comunicações e outros.

O espaço público, que dependia do tempo livre e dos recursos que cada um podia dedicar à causa pública era acessível apenas a partir de um certo limiar económico e também cultural. O elevado custo de aquisição da informação e o elevado custo da emissão da informação tornavam o jogo da política, ou da intervenção no espaço público, um jogo caro, só acessível a poucos, ou a muito poucos. O custo de ser um mero repetidor dava o conforto e a ilusão de participar na causa pública com mais baixos custos e riscos.

O jogo, em termos de custos, deixou quase de ter um limiar mínimo, mas acentua a ideia de exclusão de quem não atinge a disponibilidade para intervenção no espaço público a que muitos mais podem aceder.

Mesmo que entidades públicas ou privadas providenciem a neutralização desses custos mínimos para participar, e promovam condições económicas de acesso igualitárias, a segmentação cultural entre os participantes na Sociedade da Informação, tornam o espectro de distribuição da cidadania, cada vez mais longínquo da ideia da “igualdade” da cidadania, e respeitam, quando muito, a ideia de “igualdade de dignidade” de ignorantes e de menos ignorantes em cada matéria específica dos cidadãos na Sociedade da Informação.

Quer a segmentação seja vertical, por tipos de interesses e de sensibilidades, por grupos de pertença, etc., quer horizontal, pelo nível de conhecimentos que permitem sensibilidade e compreensão de informações de nível superior, ou mais complexo, quer uma combinação de segmentação vertical e horizontal, produzem cidadãos em que se reduzem os quadros de referência e ideias comuns que permitem estabelecer pontes e bases de diálogo, ficando a maioria a jogar no espaço limitado de um bloco da matriz que resulta da dupla segmentação.

8- Direito e Cidadania são condicionados por modelos de Comunicação

Os problemas de evolução da Cidadania em ambiente de tecnologias de informação e de comunicação que tornaram os custos relativamente acessíveis, resultam de cada um ser tentado a ser emissor de opinião, ou repetidor de informação, como elemento de auto-estima e de realização pessoal.

O modelo dominado pelas comunicações de difusão e de comunicações ponto-a-ponto relativamente caras, deixava a poucos a possibilidade de difundirem informações e/ou propaganda e moderava os impulsos de repetidores que suportavam os custos e que tinham de considerar os benefícios e custos de cada iniciativa de comunicação. Hoje, o telemóvel, a Internet, a Voz sobre IP e outras técnicas de comunicações transformaram radicalmente diversos modelos de direitos de cidadania, mas não facilitam a existência de espaço comum, com aspirações comuns, agenda comum e diálogo simultâneo e comum.

O cidadão tinha o direito periódico de voto formal, como forma solene de exprimir o seu direito de informação activa e de opinião, que podia exercer com grandes formalidades e custos indirectos de deslocação e de tempo consideráveis, de vez em quando, a par de um direito de reunião e de manifestação em lugar físico, com consideráveis custos globais de convocatória, transportes e outras despesas acessórias.

Hoje, a convocatória de reunião electrónica, ou de acção sincronizada, ou o convite ao exercício cómodo, e quase sem custos, do direito de informação activa, nem que seja como repetidor de mensagens, alterou os direitos fundamentais do cidadão e tornou quase indistintos os direito de voto, de informação activa, da consulta em sondagem, da administração consultiva, ou da administração participativa, ou da manifestação agressiva, de reunião, de manifestação, de participação na administração e no governo das causas públicas.

É quase indistinto o menu de escolhas de intervenção eficaz e de lóbi que um grupo de uma aldeia pode utilizar para tentar manter uma escola, de uma vila para tentar

manter um centro de saúde, ou de uma região para obter uma ponte ou uma auto-estrada, ou para repudiar uma fonte de poluição.

O Direito de voto electrónico foi reconhecido? É aceite no Parlamento, no Conselho de Ministros, embora não expressamente, e noutros órgãos de decisão em ambientes fechados. Pode-se dizer que é insuficientemente aceite e regulado apenas em alguns casos, mas a realidade diz-nos que é abundantemente usado e abusado sem controlo de corresponder a um voto por cabeça, em todos os casos de programas de TV e outros, pelos titulares de um ceptro electrónico, seja ele um telemóvel, ou um teclado ligado à Internet, que, embora com o inconveniente do custo da chamada, lhes confere a sensação de poder – qualquer titular de um telemóvel, ou de um teclado online se sente um príncipe-eleitor.

Não parece que existam obstáculos à utilização do voto electrónico de forma mais ampla, dados os exemplos da sua utilização no Brasil e noutros grandes espaços públicos.

O Direito de Petição previsto na Constituição foi aceite pelo Direito? A Lei de Petição reconhece essa forma e disciplina-a, mas, independentemente de muitos organismos públicos não estarem sensibilizados, os cidadãos já não toleram que as suas mensagens tenham que obedecer a canais únicos, rígidos e limitados e a Lei aceita, cada vez mais, pedidos e emissões de informações e transacções em sistemas multi-canal.

A tecnologia parece conferir uma vida à Cidadania e ir à frente do que o Direito concede, sendo este obrigado sistematicamente a recuar nas suas exigências formais anteriores, mas o que está em causa são valores e não tecnologias.

9 - Novos riscos

A Cidadania está mais ameaçada do que nunca em vários aspectos, a saber, a privacidade e a protecção de dados pessoais invadida por multinacionais detentoras de motores de busca, hospedagem de caixas de correio electrónico, de blogues e de bases de dados que permitem reconstituir a evolução das preocupações intelectuais e afectivas, das pesquisas efectuadas, da informação emitida e recebida, da preparada mas não enviada, das mensagens trocadas, etc.

A Cidadania está cada vez mais ameaçada pelos dispositivos securitários da vídeovigilância e controlos remotos de multifrequências, de detecções radiológicas, bacteriológicas, químicas, físicas e outras de defesa local de instalações, sistemas, áreas sensíveis, estradas, estações, aeroportos, bombas de gasolina, comunicações electrónicas, regiões, países e o mundo, como o demonstram alguns documentos importantes do Parlamento Europeu sobre Echelon, voos da CIA e outras actividades de controlo.

A Cidadania, como forma de participação na construção e na manutenção da vontade colectiva no espaço público, está cada vez mais ameaçada pela eliminação dos tempos de reflexão antes de cada um de nós, em vez de emitir uma opinião própria, se é que a tem, de acordo com uma avaliação do nosso interesse na causa, se tornar

num repetidor fácil e imediato de cadeias de mensagens, cedendo à vontade de auto-estima e de auto-afirmação que revaloriza o ego sem grande esforço de pensamento.

Quando aderimos a correntes de “boas causas” ou de cadeias de voluntarismos e reenviamos a mensagem, sem reflectirmos, reduzimos o espaço de cidadania e aumentamos os riscos de populismo, tornamo-nos, de cidadãos activos, em seguidores, o que é cómodo e representa, de imediato, menor esforço. Estas cadeias de opinião a velocidade mais rápida do que o pensamento causam mais desordem do que ordem e acabam por corroer os fundamentos de uma cidadania sem pólo estatal, ou outro que a garanta.

10 – Velhas instituições

As grandes questões em aberto são as da sobrevivência das funções essenciais do Estado de manter a Ordem e de realizar a Justiça, quando grande parte dos problemas resulta da globalização e a complexidade e os órgãos tradicionalmente competentes do Estado não estão preparados para lidar com a situação.

No domínio da Justiça tradicional, o esforço do Estado tem sido no sentido de aplicar doses cada vez maiores de tecnologias da informação, sem resultados visíveis sobre a acumulação de processos e sobre os tempos que demoram.

Hoje, os tribunais são resignadamente aceitáveis para resolver direitos sobre imóveis, que não fogem, e sobre outros direitos rurais, mas têm tempos claramente insuficientes para os conflitos sobre direitos mobiliários e crimes da sociedade urbana e industrial e ainda menos para resolver os conflitos, muitas vezes transnacionais da propriedade intelectual, do comércio electrónico e dos serviços da Sociedade da Informação.

A sociedade tem ainda um grande lastro de problemas e de situações que terão de ser resolvidos pelos órgãos de fé pública e de registos e órgãos judiciais tradicionais.

11 – Novo Direito

O Direito da Sociedade da Informação, ainda emitido pelo Estado, incorpora largamente o contributo normativo de organizações internacionais de que Portugal faz parte e as normas técnicas, de conduta e outras, emitidas por organizações não governamentais internacionais e de direito de outros países. As normas técnicas de comunicações, de segurança, de organização e arquitectura da informação e códigos de conduta produzidos por centenas de organismos de normalização, maioritariamente de direito californiano, que acabam por se tornar obrigatórias em Portugal, quando o direito português impõe, por exemplo, um determinado tipo de cartão de cidadão, ou um determinado tipo de passaporte electrónico, ou quando obriga a que declarações fiscais sejam feitas pela Internet, através do *download* de um programa X, que obriga a respeitar centenas dessas normas.

O Direito, um dos motores da Sociedade da Informação, sofre também os seus efeitos, esvai-se e dilui-se em sistemas de pluralismo jurídico e normativo, com a complexidade técnica, com a partilha da Soberania e a Globalização. O sistema de tribunais judiciais de competência generalizada, quanto aos assuntos, e de

competência geográfica limitada ao raio de alguns quilómetros, falha nos desafios da complexidade técnica e da globalização.

Os tribunais judiciais que temos são incapazes, com as condições e leis que temos, de exercer atempadamente a justiça para os problemas clássicos e quase todos os problemas da Sociedade da Informação lhe passam ao lado.

Assim como os senhores feudais, os familiares da Inquisição, os quadrilheiros do Rei, e os regedores e cabos de ordem se tornaram obsoletos e deram lugar a outras formas de manter a ordem nas novas sociedades, a Ordem da Sociedade da Informação e do Conhecimento necessitará de outros órgãos de ordem e de jurisdição. Estamos em fase de transição.

12 – Os novos desafios

Falemos do futuro, já presente. O grande desafio quanto à resolução atempada e competente de conflitos de novo tipo, passa por uma triagem e tentativa de resolução extrajudicial prévia, sem prejuízo de os tribunais legalmente competentes poderem ter a última palavra sobre o assunto.

A explosão de sistemas de marketing e de comércio electrónico, de serviços da sociedade da informação, de novos negócios e modelos de negócio baseados em comunicações electrónicas obrigam a uma reflexão sobre os mecanismos jurídicos e judiciários e a urgente experimentação de meios de resolução ou de regulação extrajudicial, em tempo útil, de uma fatia crescente e exigente dos conflitos que ocorrem no comércio e serviços.

A maioria dos conflitos que hoje ocorrem no marketing e no comércio electrónico, bem como nos serviços da sociedade da informação e nas comunicações, não se soluciona facilmente com os métodos processuais e tempos do direito, nem pelos canais, sistemas e paradigmas da justiça tradicional. Os serviços da sociedade da informação, baseados na Internet, ou noutras redes de comunicações, pressupõem um espaço que transcende o de cada uma das soberanias tradicionais que sustentam, no limite das suas fronteiras e das suas circunscrições judiciárias, os sistemas jurídicos e jurisdicionais tradicionais.

O pluralismo jurídico estará sempre presente, ou potencialmente presente, em qualquer acto ou contrato no marketing, comércio electrónico, serviços da sociedade da informação e comunicações; mesmo entre partes muito próximas fisicamente. Qualquer transacção ou comunicação pode sempre estar em contacto com, ou em trânsito, mesmo temporário, por espaços regulados por sistemas jurídicos diferentes.

Por maioria de razão, a tradicional competência de jurisdição dos tribunais em função de uma, muitas vezes, exígua área geográfica não é eficaz nem ajustada à resolução de conflitos que ignoram, ou para quem, em geral, são pouco relevantes as delimitações geográficas das circunscrições. Os tempos do comércio e das comunicações electrónicos e serviços da sociedade da informação também não são os tempos do direito, os tempos processuais legais e, muito menos, os tempos das nossas práticas judiciais.

Sem prejuízo do sempre possível recurso a tribunais, na esperança de que um dia seja feita justiça, tudo o que circula nas redes e cria conflitos à velocidade do pensamento necessita de novos sistemas em rede de resolução rápida de conflitos.

Por resolução de conflitos, em sentido amplo, entende-se o processo que começa com a reclamação, pode prosseguir com a negociação directa, com uma mediação, com uma mediação em que o mediador tem alguns poderes coercivos de obter informações e de iniciar processos de contra-ordenação e, finalmente, a arbitragem, ou, já muito para além do tempo útil, a resolução pelos tribunais. Para uma elevadíssima parte dos casos, seria vantajosa a resolução atempada e extra-judicial. Entre nós, e em função das redes de que participa, tudo indica que, sem ser um órgão judicial e sem perturbar a reserva constitucional que cabe aos tribunais, é urgente que a Ordem da Sociedade da Informação seja mantida por canais que possam funcionar.

13 – Que jurisdições poderão dar exequibilidade atempada ao Direito?

Não temos ainda órgãos jurisdicionais adequados ao presente e muito menos ao futuro. Os poderes de vigilância, de promoção de sistemas de composição extra-judicial de conflitos e de mediação estão atribuídos por diversas leis sobretudo à Anacom, designadamente o papel de supervisão central para o marketing e comércio electrónico, serviços da sociedade da informação e os poderes e missões que resultam do próprio estatuto e da lei das comunicações electrónicas apontam para que uma sua actuação de qualidade possa vir a constituir uma garantia de manutenção de uma baixa conflitualidade.

A participação da Anacom na ENISA, Agência Europeia de Segurança da Informação, dá-lhe nós de ligação privilegiados na rede da cooperação estratégica da investigação e resolução de riscos e de conflitos de violação de segurança da Sociedade da Informação.

Enquanto não forem criados órgãos de novo tipo, a Anacom pode constituir o organismo dinamizador e elemento dominante, das redes de organismos de supervisão, de operadores e de centros de arbitragem com quem os operadores já trabalham e filtrar liminarmente o que não constitui verdadeiro problema, contribuindo seriamente para a separação, encaminhamento e resolução simplificada de vastas áreas de conflitualidade.

Muitas vezes, nas reclamações apresentadas, não são verdadeiros conflitos jurídicos que estão em causa, mas apenas presunções e interpretações subjectivas de direitos ou sobre questões técnicas e de gestão. Muitas das questões conflituais tem origem em deficiências de informação. Podem ser resolvidas esclarecendo o mal-entendido, mas também não se exclui que possam dar origem a processos de contra-ordenação.

Outras questões, muito numerosas, podem resultar de interpretações objectivas, mas divergentes, de conteúdos concretos de qualidade de serviço. Há, no entanto, operadores que usam serviços de atendimento de reclamações e de apoio baseados em telefones de numeração iniciada por 7, que são verdadeiras minas, pois o operador recebe tanto mais pelo custo da chamada, quanto possa demorar o cliente sem lhe resolver o problema, mesmo que a resposta seja tão simples como confessar um erro de registo de um dado contratual no sistema, ou tão simples como, num

sistema de configuração pelo cliente, escolher uma opção em vez de uma outra disponível.

Em tudo isto é mais importante o bom senso e um controlo sistemático do que uma análise jurídica fina porque, na maior parte dos casos, o problema não é essencialmente jurídico, mas relacional, psicológico, organizacional, técnico, de gestão, informático, lógico e administrativo. A base da resolução, ou do encaminhamento, está numa triagem e no diagnóstico preliminar e o diagnóstico feito por um jurista, que apenas seja jurista, será um relatório de análise jurídica, que pode ter muito mérito jurídico, mas muito pouco interesse comercial, ou para a uma boa relação comercial entre as partes.

Um sistema de resolução efectiva de conflitos deve ter um modelo, ou modelos, padrão de qualidade e mecanismos para determinar como e quando cada uma destas vertentes deve ser a vertente prioritária de ataque. Se encararmos a questão do conflito comercial por uma perspectiva de qualidade, a qualidade de serviço tem mínimos fixados em leis, normas técnicas, especificações de serviço *stricto sensu*, instruções de uso, códigos de boas práticas, etc., que cobrem o núcleo de qualidade essencial. Mas no conceito de qualidade de serviço perceptível pelo cliente, que muitas vezes é o motor das reclamações, incluem-se elementos de qualidade de serviços acessórios de atendimento, de assistência, etc. cuja conflitualidade tem de ser tratada com bom senso, compatível com a cobertura de exigência que a lei lhe dispensa.

A vantagem da intervenção do regulador sobre a dos tribunais, quanto à possibilidade de distinguir o essencial em ambiente de complexidade técnica e de gestão, quanto à proximidade, capacidade de diálogo em bases técnicas, qualidade e eficácia da intervenção atempada, aos mecanismos de contra-ordenação ao seu dispor, quanto à necessidade de soluções imediatas, ainda que provisórias, para os conflitos entre prestadores e utilizadores de serviços, tem justificado a preferência dos legisladores na atribuição de missões de resolução de conflitos, ainda que provisória, aos reguladores. Quer a orientação das directivas europeias, quer a legislação portuguesa que as transpõe, tem confiado diversas funções de resolução de conflitos à Anacom.

Antes de mais, convém salientar que é muito vasto o leque de actividades que podem ocorrer num amplo processo de resolução de conflitos; se algumas podem gerar a necessidade de serem comunicadas ao Ministério Público e a outras entidades para que prossigam acções da sua competência, a grande maioria poderá ser resolvida pela simples conferência electrónica com cada operador, das reclamações que se encontram pendentes e resolvidas e como. O representante da Anacom pode verificar se a solução adoptada pelo operador reclamado é justa, se mereceu o acordo da outra parte, se não se justificam contra-ordenações, etc. Em relação às reclamações que ultrapassam prazos razoáveis, ou em que persistem divergências, podem ser agendadas sessões de mediação electrónica.

À mediação falhada pode seguir-se a informação de impasse e o eventual aconselhamento aos queixosos das vias arbitrais ou judiciais de que disponham, mas, se existirem indícios de comportamentos ou factos susceptíveis de contra-ordenação, pode a mediação continuar como “mediação negociada”, ou seja, lembrando ao operador que determinados conjuntos de problemas similares não resolvidos podem

indiciar, ou indiciam, problemas de qualidade de serviço eventualmente passíveis de análise global mais aprofundada e susceptível de ser objecto de processos de contra-ordenação.

É sobretudo nesta fase que o regulador pode aprender a melhorar as leis, regulamentos e outras formas de intervenção, pode ajudar seriamente a que o nível de conflitualidade se mantenha baixo e sob controlo.

Pode cumprir uma outra faceta de defesa dos interesses dos cidadãos e dos consumidores, promovendo melhorias no nível de esclarecimento dos clientes, caso-a-caso, ou em massa, se os problemas forem repetitivos, e esclarecer também os operadores sobre regras, eventualmente ainda não escritas, mas esperadas pelos clientes em obediência a princípios da boa fé, da proporcionalidade e de práticas recomendadas em mercados um pouco mais avançados.

Melhorando a compreensão mútua e a cooperação, contribuirá para o progresso do sector e também para a realização de um dos objectivos de cidadania do Livro Verde da Sociedade da Informação – a inclusão.

Compete à Anacom nos termos do art.º 107º da Lei das Comunicações Electrónicas, promover sistemas de arbitragem de consumo, admitindo outros pontos da lei que a Anacom pode arbitrar conflitos entre empresas, não se distinguindo se apenas entre empresas operadoras, ou se também entre empresas operadoras e utilizadoras. Salvo o caso de uma interpretação alargada justificada pelo ponto da cadeia de valor em que o conflito entre empresas ocorre, a fase da arbitragem (entendida como justiça arbitral) já não será da competência do regulador, mas compete-lhe ainda verificar se na redacção dos contratos de serviço para que foram aprovados conteúdos mínimos, que sistemas de resolução de conflitos estão neles previstos.

Uma boa parte dos operadores de serviço fixo e móvel de comunicações aceita a arbitragem de Centros de Informação e Arbitragem de Consumo que cobrem os principais concelhos das áreas de Lisboa, Porto, Algarve e outros centros populacionais importantes, e a Anacom pode incentivar os consumidores a que recorram a estes centros já com alguma experiência, e incentivar esses centros para que usem meios electrónicos, tanto nas fases de mediação como de arbitragem, para que se obtenham mais baixos custos por processo, matéria que será do interesse dos operadores que suportarão muito menos custos de deslocação e maior rapidez de resolução.

A Anacom pode ser o motor de uma rede flexível, criando fluxos com estes centros integrando-os no processo de resolução de conflitos de toda esta área e pode ajudá-los com formação permanente e responsabilizá-los como elementos válidos de uma rede que pode ter de resolver conflitos sem fronteiras, frequentes nos serviços da sociedade da informação, marketing e comércio electrónico, ou em matérias de publicidade nos casos em que é esta a vocação estatutária do centro de arbitragem.

O ICP- Anacom sempre teve no seu Estatuto a missão de protecção dos cidadãos, dos destinatários dos serviços de comunicações, dos consumidores, dos utilizadores, ou dos assinantes e, pode entender-se, de alguns dos seus direitos constitucionais de cidadania referentes ao acesso à informação, mas, na prática, sempre deixou essas

preocupações na sombra e centrou a sua atenção num núcleo de problemas que engloba as relações internacionais e europeias, assessoria ao Governo, criação de receitas e pagamento de funções e despesas do Estado que os Governos entenderam deverem ser politicamente suportadas pelo sector, o planeamento e lançamento de novos serviços, os conflitos entre operadores e operadores potenciais, licenças, registos, gestão e atribuição de espectro, vigilância de espectro e outros – o núcleo do cometa das comunicações.

A atitude e postura da Anacom foi sempre a de se ocupar da parte nobre – do núcleo do cometa, mais directamente visível no céu da Sociedade da Informação. Durante bastante tempo conseguiu evitar ocupar-se de problemas de cidadania, dos conteúdos mínimos dos contratos e dos problemas de qualidade de serviço e outros problemas de relações dos operadores com os utilizadores e instaladores – a cabeleira do cometa – o que já vai fazendo. E sempre viu com “horror” ter de se preocupar com a longa cauda do cometa – as reclamações, os conflitos, os mesquinhos conflitos de consumo, em que evitou “pegar” e que sempre considerou como “conflitos entre privados”.

14 – Orientação para os problemas dos conflitos de consumo

Ora, o tempo em que a Anacom se moveu era o tempo privilegiado de colaborar no diálogo europeu com a Comissão e outros reguladores, de discutir quadros regulamentares, definir mercados e regular operadores e grandes operações entre operadores. Ter as raízes nos problemas dos consumidores e nos pequenos conflitos do mercado era descer a um nível demasiado inferior.

A era que está a chegar é diferente. O mercado da China e Índia e o dos EUA começam a ter muito poucos operadores com volumes de clientes e de expansão enormes, contra uma pulverização de centenas de operadores de comunicações na Europa distribuídos por 25 mercados nacionais segmentados, a maior parte em 18 mercados cada um, o que faz uma pulverização em cerca de 400 mercados com diferentes tipos de regulação, e de imposição, ou não, de “remédios” a operadores com poder de mercado significativo. Os grandes operadores globais, por si e pelas alianças que formam, beneficiam da segmentação e usam, aqui e ali, os buracos legais, que as leis nacionais e os reguladores nacionais, por vezes de geometria sectorial diferente, para penetrarem e conseguem pontos de vantagem.

Quando a Comissão Europeia insiste na ideia de um regulador único, para conseguir um só mercado e lidar com operadores de escala equivalente aos dos mercados asiático e americano, muitos dos operadores e reguladores destinados a desaparecer com a concentração, resistem. Aqueles reguladores que dedicam parte da sua actividade à dinamização da resolução dos problemas dos consumidores, envolvendo-se, ainda que parcialmente, nos conflitos de marketing electrónico (por exemplo, são eficazes em resolução de conflitos em casos de spam, de scam, etc.), de conflitos de comércio electrónico, (controlando e anulando, se necessário, em tempo real, os que usam práticas desleais), ou que se empenham directamente em promover a resolução mediada de conflitos, usando os seus poderes de controlo de qualidade de serviço e, no limite, mesmo os poderes de contra-ordenação, têm uma legitimidade garantida para não serem totalmente absorvidos por um regulador europeu, que nunca poderá ser eficaz em problemas de proximidade.

A legitimidade atribuída, hoje, à Anacom para, de qualquer modo, intervir *ex-ante* na fixação dos conteúdos mínimos de certos contratos de serviços de comunicações e verificação da redacção dos mesmos, já teve alguns casos de intervenção real e alguns progressos.

Quanto à legitimidade para intervir *ex-post* na resolução de conflitos de marketing electrónico, comércio electrónico, serviços da sociedade da informação e comunicações, qualidade de serviço inerente aos serviços, resulta de diversas disposições do Decreto-Lei nº. 7/2004 de 7 de Janeiro que transpõe a Directiva nº 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.

A Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro, a Lei das Comunicações Electrónicas atribui à Anacom um largo espaço de intervenção em diversos aspectos de um lata “resolução de conflitos entre operadores e utilizadores”, assim a Anacom se sinta com vontade de assumir a sério as suas competências e atribuições. Até hoje, nunca a Anacom teve uma doutrina positiva, uma política clara, nem uma estratégia para esta sua competência legal. Nunca teve uma estrutura operacional dedicada, por exemplo uma Direcção de Assuntos de Consumidores, para lidar coerentemente com este nível de problemas de mercado e, muito menos, para escutar, mediar, encaminhar a outros reguladores ou autoridades administrativas e centros de arbitragem, ou proceder, por si, a processos de contra-ordenação relacionados com as violações de obrigações dos operadores em relação aos consumidores e a mínimos de qualidade de serviço.

Recentemente, em 2006, a contra-gosto e apenas para fazer face à competência que lhe foi imposta de tratar e apreciar as reclamações que resultam da extensão do sistema do Livro de Reclamações a alguns dos prestadores de serviços de comunicações (Decreto-Lei nº 156/2006 de 15 de Setembro) a Anacom criou a Unidade de Missão de Tratamento de Solicitações de Mercado, que, aparentemente, acumula milhares de processo de reclamações, algumas sérias, outras menores, e outras seguramente arquiváveis liminarmente, absorvendo cada vez mais juristas à medida em que os existentes se sentem incapazes de lidar com problemas que não são, na maior parte dos casos, essencialmente jurídicos, mas de bom senso.

Muitas das reclamações (serão já, ou serão em breve, dezenas de milhar?), que é preciso tratar, evidenciam questões de qualidade de serviço subjectiva, ou de qualidade percebida, mas não objectiva, ou só em parte, ou qualidade meramente circunstancial (por. ex. a falta de qualidade de serviço sentida pelos clientes que reclamam no Livro de Reclamações de uma loja a falta de cadeiras para quem espera, em vez de reclamarem sobre o problema real dos tempos de espera pela vez de atendimento, que será muito diferente em diversas horas do dia, ou do mês).

Outras reclamações podem ter a ver com cláusulas de desempenho de partes do serviço universal e poderão ter outras consequências em termos de qualidade mínima de serviço (por ex. o desempenho de operadores do 118 com problemas que podem ir da dicção e compreensão do interlocutor, à escrita incorrecta de nomes ou moradas a pesquisar no computador, que jamais consegue encontrar um cliente em CUIMBRA cidade em que pode garantir que não há nenhum telefone, para indignação de quem recorreu ao serviço).

Na ausência de uma verdadeira Direcção de Assuntos dos Consumidores, para tratar coerentemente a política do mercado entendido como o “mercado do utilizador final” o empenhamento da Anacom no nível de mercado de proximidade não regulável por um eventual regulador europeu, a Anacom encontra-se ainda na fase de tratar, a contragosto, apenas um lote acumulado das cópias do Livro de Reclamações das lojas de comunicações.

É certo que a competência da Anacom para a aplicação de coimas e de contra-ordenações e mesmo de medidas drásticas em quase todas estas novas áreas existe e estará juridicamente apoiada de forma sólida e prudente, mas a falta de rapidez e de agilidade pode dar aos prevaricadores no mercado a sensação de que não existem limites para a sua acção. Perde-se, assim, a oportunidade de ir construindo no âmbito da entidade mais ligada a outros nós equivalentes internacionais, regulador das principais matérias da Sociedade da Informação, actualmente o órgão mais competente legal e tecnicamente e um possível motor de liderança de um sistema de resolução expedita, que tem a vantagem de poder operar em rede internacional e de organismos de regulação, autoridades administrativas e de centros de arbitragem, dos tipos de conflitos que o marketing, o comércio electrónico e os serviços da sociedade da informação nos vão trazer em grande quantidade, com grande rapidez num futuro próximo.

Perde-se, também a oportunidade de aprender com os novos conflitos, de aprender a como aperfeiçoar o Direito (independentemente de serem outros os órgãos a emití-lo), como devem articular-se os sistemas do pluralismo jurídico com várias dimensões, como devem ser desenhadas as novas instituições e redes de instituições, os mecanismos e a articulação das jurisdições, em suma, o novo Direito do Marketing Electrónico, da Publicidade, do Comércio Electrónico e dos Serviços da Sociedade da Informação. É esta uma grande falha do momento actual de garantia efectiva do Direito e dos Direitos da Cidadania relacionados com a Sociedade da Informação.