

A Internet — um objecto para o Direito Administrativo Global?*

Nuno Sousa e Silva **

“If states do not after all enjoy a monopoly over the making, promulgation, administration and enforcement of law, law teachers and law students will have to start using a new mental map to navigate ordinary courses (...). And to do so, they will need a new repertoire of intellectual skills. (...) Instead of parsing judicial decisions, for example, they may have to peruse arbitration awards or observe mediators at work; instead of reading legislation, they may be asked to scrutinize corporate codes of conduct or consult ethnographic studies; and instead of being taught to fetishize fairness, rationality, predictability and clarity as law’s contribution to social ordering, they may find themselves learning to value pragmatism, imagination, flexibility and ambiguity.”

HARRY W. ARTHUR, ‘Law and Learning in an Era of Globalization’, German Law Journal [2009], p. 635

RESUMO: Este artigo analisa brevemente a utilidade dos quadros conceptuais do Direito Administrativo Global (DAG) para descrever a regulação da Internet. Para o efeito, começa por fazer um pequeno enquadramento do DAG e do respectivo propósito. De seguida, descreve o funcionamento e regulação da Internet, antes de concluir que apesar de o DAG ter alguma utilidade, o Direito da Internet é ainda uma realidade regulada fundamentalmente a nível nacional.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O préstimo da ideia de Direito Administrativo Global; 3. Internet: a parte física; 4. Internet: a parte metafísica; 5. Internet: a regulação; 5.1. Fontes; 5.2. Soberania e direito aplicável; 5.3. Os sujeitos; 5.4. Fenómenos de anarquia e auto-regulação na internet; 5.5. Algumas discussões recentes em matéria de regulação (menção); 6. Conclusão: o papel do Direito Administrativo Global na Internet

PALAVRAS-CHAVE: Internet, Direito Administrativo Global, Regulação, Soberania, Ciberespaço

* Este texto constitui o suporte escrito, com alguns desenvolvimentos pontuais, de uma exposição oral feita no seminário de Doutoramento leccionado pelo Professor Doutor Mário Aroso de Almeida, a quem agradeço. Beneficiei bastante dos comentários de DAVID SILVA RAMALHO a uma primeira versão deste texto. Os erros permanecem, claro está, do autor. Todos os sites foram, salvo indicação em contrário, consultados pela última vez a 5 de Março de 2015.

** Assistente da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Advogado. Email: nsousaesilva@gmail.com.

Internet – A subject matter for Global Administrative Law?

ABSTRACT: This small text poses the question whether the analytical framework of Global Administrative Law (GAL) is fit to describe and understand Internet Regulation. In order to answer, it starts by summarizing the idea of GAL and its purpose. The working and regulation of the Internet are briefly described before concluding that although GAL has some utility, Internet law is still mainly national law.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. The utility of Global Administrative Law; 3. Internet: the physics; 4. Internet: the metaphysics; 5. Internet: regulation; 5.1. Sources; 5.2. Sovereignty and applicable law; 5.3. Persons; 5.4. Anarchy and self-regulation on the Internet; 5.5. A few recent discussions regarding regulation (reference); 6. Conclusion: the role of Global Administrative Law for the Internet

KEY-WORDS: Internet, Global Administrative Law, Regulation, Sovereignty, Cyberlaw

1 – Introdução

Em certas áreas, pelo seu carácter económico e/ou internacional, começam a surgir ilhas “de direito quase-mundial”,¹ embora esta insularidade seja muito acentuada (mais ao estilo da ilha da Páscoa, a grande distância de terra firme²). Esse carácter, altamente fragmentário e rarefeito, da unificação do Direito (*hoc sensu*) a nível internacional, é posto em causa, desde logo, pela unidade dos sistemas jurídicos nacionais. As normas internacionais, ainda quando textualmente idênticas, inserem-se em sistemas jurídicos claramente distintos, interagindo com estes de forma estruturalmente diferente e sendo, além do mais, interpretadas e aplicadas de forma diversificada.³ Mas, na maior parte dos casos, as normas internacionais estabelecem apenas *standards* mínimos ou obrigações de resultado que caberá aos Estados concretizar pelos meios jurídicos que entenderem.⁴ A perspectiva de um direito mundial não passa ainda de uma miragem...

No entanto, há realidades globais que requerem regulação e que levantam inúmeros problemas para o Direito, em várias camadas normativas, como é o caso da Internet. Neste momento estima-

¹ V.g. os Acordos GATT, GATS e TRIPS, que, entre outros, integram o Tratado que institui a Organização Mundial do Comércio de 1994 ou o Acordo de 1944 que estabelece o famigerado Fundo Monetário Internacional.

² Em bom rigor a ilha habitada mais remota do planeta será a ilha de Tristão da Cunha (https://en.wikipedia.org/wiki/Extreme_points_of_Earth).

³ PIERRE LEGRAND, ‘The Impossibility of Legal Transplants’ *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4.2 (1997) pp.111-124.

⁴ V.g. art. 1.º TRIPS “Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement. Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice”.

se que mais de um terço da população mundial utilize este meio de comunicação e o número cresce todos os dias.⁵ A Internet é nas palavras de MICHAEL L. RUSTAD⁶ “a stream, not a stagnant pond”, o que implica uma constante desactualização dos escritos que se pronunciam sobre o assunto e, por isso mesmo, escrever sobre a Internet é como tentar “segurar o oceano com uma vassoura”.⁷

Sempre que surgem tecnologias novas debatem-se as forças que sentem a necessidade de uma “mudança de paradigma” e aquelas que reduzem o assunto a “vinho novo em odres velhos”.⁸ A razão costuma estar algures no meio⁹ e é curioso constatar que a aproximação aos problemas começa quase sempre pelo recurso a metáforas (v.g. entrar no computador de alguém será como invadir a sua casa¹⁰), só mais tarde surgindo soluções específicas.¹¹

O carácter transnacional da Internet não foi, verdadeiramente, acompanhado por uma lei internacional, prevalecendo ainda hoje a lei norte-americana, por razões que se prendem sobretudo com a sua génese, a localização da entidade privada que gere os nomes de domínio e os endereços de IP (ICANN¹²) em Los Angeles e a grande concentração de *data centres* em solo norte-americano.¹³ É que não se deve esquecer que, afinal de contas, a Internet é também uma realidade física e dependente de uma infra-estrutura.

Na abordagem dos problemas jurídicos da Internet, tendem a ser convocados princípios de direito dos conflitos (determinando o direito nacional aplicável) e uma cooperação internacional, muitas vezes com um carácter informal. A Internet não é, ela mesma, sujeita a um “governo” central, mas existem entidades privadas que assumem destaque (acima de todas as outras¹⁴ a norte-americana ICANN). Ao mesmo tempo, a Internet é também um meio preferencial de operar trocas (comércio

⁵ <https://en.wikipedia.org/wiki/Internet>.

⁶ *Global Internet Law in a Nutshell* (2nd ed., West 2013) p. 2.

⁷ *Ibid*, p.1.

⁸ CARNEIRO DA FRADA, “Vinho Novo em odres Velhos”? A responsabilidade civil das “operadoras de *Internet*” e a doutrina comum da imputação dos danos’ ROA [1999] pp. 665-692.

⁹ Exprimi-me nestes termos em relação à computação em nuvem em NUNO SOUSA E SILVA, ‘Book review: Cloud Computing Law’ Scripted [2014] pp. 337-339.

¹⁰ SHYAMKRISHNA BALGANESH, ‘Common Law Property Metaphors on the Internet: The Real Problem with the Doctrine of Cybertrespass’ Michigan Telecommunications and Technology Law Review, [2006] pp. 266-333. Numa decisão recente o Tribunal da Relação de Lisboa considerou (Ac. TRL 09.IV.2013 (rel. JORGE GONÇALVES)) que “a remissão que um site da internet faz para outra página da internet, tão-somente através da divulgação de um link, não integra o conceito de “publicação” a que se refere o artigo 88.º, n.º4, do CP, a menos que se recorra a uma interpretação analógica que o direito penal, em sede de incriminação, não consente”.

¹¹ Sobre o papel das metáforas no direito da Internet cfr. JONATHAN H. BLAVIN & I. GLENN COHEN, ‘Gore, Gibson, And Goldsmith: The Evolution Of Internet Metaphors In Law And Commentary’ Harvard Journal of Law & Technology [2002] pp. 265-285.

¹² Abreviatura de Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

¹³ MICHAEL L. RUSTAD, *ob. cit.*, p. 5 (“While once the Internet as governed exclusively by the U.S. government, other countries are pressing for a greater role in transnational governance”).

¹⁴ nomeadamente, o World Wide Web Consortium, a Internet Society e a International Telecommunications Union (parte da ONU). Sobre o seu papel e coordenação veja-se, entre muitos outros, CHRISTOPHER T. MARSDEN, *Internet Co-Regulation* (CUP 2011).

electrónico) e constitui um suporte vital para inúmeros mercados de prestação de serviços e venda de bens.

Nestes mercados temos assistido ao surgimento de colossos empresariais em posição de quase-monopólio¹⁵ e com influência real e decisiva na vida das pessoas. Muitas destas empresas capitalizam a atenção dos consumidores, funcionando com base naquilo que já foi designada por “economia da atenção”.¹⁶

O poder destas empresas levanta problemas em muitas esferas sociais e jurídicas, gerando uma necessidade de regulação. Pense-se na polémica experiência de manipulação de “humores” efectuada por cientistas sociais no Facebook,¹⁷ no significado que a posição nos resultados do motor de busca Google tem para um individuo ou uma empresa¹⁸ ou na quantidade avassaladora de informação que os servidores do serviço de armazenamento de computação em nuvem Dropbox contêm.

Estas circunstâncias parecem corresponder a algumas premissas da teoria do Direito Administrativo global: o surgimento de entidades administrativas (atípicas) de carácter global¹⁹ exercendo funções “para-governativas”,²⁰ a criação de um espaço “em que a dicotomia estrita entre direito nacional e internacional se esboroa”,²¹ onde instrumentos de *soft* e *hard law* convivem com graus comparáveis de efectividade e em que o direito privado e o direito público se misturam. Se houver essa correspondência, poderemos e devemos recorrer a uma análise da dimensão jurídica da Internet nos quadros dessa teoria? Com que efeito e com que préstimo?

2.O préstimo da ideia de Direito Administrativo Global

O Direito Administrativo Global é uma forma de enquadrar juridicamente uma série de fenómenos associados à globalização, destacando-se em maior ou menor medida o carácter internacional

¹⁵ O que se justifica e compreende pelos efeitos de rede (na designação dos economistas), típicos de...redes. Em Portugal veja-se CARLOS BAPTISTA LOBO, *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência - Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes Virtuais* (Almedina 2009).

¹⁶ THOMAS H. DAVENPORT & JOHN C. BECK, *The Attention Economy: Understanding the New Currency of Business* (Harvard Business Press, 2002) e RICHARD A. LANHAM, *The Economics of Attention: Style And Substance In The Age Of Information* (University of Chicago Press 2007). Além da atenção, que se concretiza sobretudo em lucro publicitário, um outro aspecto relevante na “economia digital” é a cessão voluntária de dados pessoais por partes dos internautas.

¹⁷ O título do *paper* é “Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks” (disponível em <http://www.pnas.org/content/111/24/8788.full>). Para uma descrição das reacções cfr. <http://goo.gl/H08bSH>.

¹⁸ A centralidade do motor de busca Google na vida quotidiana ocidental é de tal forma que existe já um mecanismo que supostamente permite detectar surtos de gripe com base nas pesquisas (<http://www.google.org/flutrends/>). Para uma exemplo da interacção entre o Direito e as empresas multinacionais na Internet recomendo o livro editado por AURELIO LOPEZ-ARRUELA, *Google and the Law* (Springer 2012).

¹⁹ JEAN-BERNARD AUBY, ‘La théorie du droit administratif global: Brève présentation critique’ in <http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/jba.pdf>.

²⁰ NICO KRISCH & BENEDICT KINGSBURY, ‘Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order’, EJIL [2006] p. 3.

²¹ Ibid. p. 1 e p. 11.

desta nova perspectiva do direito administrativo.²² Trata-se de uma “ideia organizadora” (na expressão de SCHMIDT-ABMAN) que encontra alguma equivalência na teoria geral do direito civil, procurando decantar princípios e tendências gerais, formando um cerne de conceitos de aplicação transversal.

Esta construção sistemática serve várias funções, promovendo um enquadramento teórico e ordenado para fenómenos observáveis, como o “enredar” (*enmeshment*) das ordens jurídicas nacionais e internacionais e a pulverização do poder Estadual, em bom rigor, a erosão da soberania do Estado-Nação.²³ A ideia do Direito Administrativo Global permite realçar a questionável legitimidade de algumas entidades administrativas atípicas que vão surgindo e procurar formas respectivas de regulamentação, responsabilização (*accountability*) e legitimação democrática (extra-eleitoral).²⁴ Esta teoria implica também uma necessidade premente de repensar a soberania²⁵ (já não mais vista como “a entidade que não conhece superior na ordem externa nem igual na ordem interna” (na clássica definição de JEAN BODIN)) e com ela o papel do Estado.²⁶ Nas palavras de JENS BARTELSON,²⁷ “the concept of sovereignty has become the point of an interdisciplinary debate that concerns the most basic of questions: In what kind of world do we live, and what kind of entities make up this world?”.

Neste quadro globalizado, internacional e fragmentado (dito policêntrico²⁸), em que assistimos a um ressurgir de mecanismos típicos do direito privado (*maxime* contratos, responsabilidade civil e regras de conflitos) mesmo na administração e no exercício de poder, ainda fará sentido a distinção entre direito público e direito privado?²⁹ Há autores que sugerem que a utilização da perspectiva de direito administrativo é valiosa por se preocupar especialmente com a separação de poderes, a legitimidade e os limites do exercício de prerrogativas de poder e o seu controlo por

²² KARL-HEINZ LADEUR, ‘Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts: Versuch einer Synthese’ in AAVV, *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten* (Mohr Siebeck, 2007), pp.375-394. Entre nós cfr., por todos, MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo* (AAFDL 2014) *passim*, esp. pp. 858-948.

²³ EBERHARD SCHMIDT-ABMAN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (Springer 1998) destaca o papel do direito administrativo geral como uma construção sistemática. Na realidade este conceito tem uma grande proximidade com o de pluralismo constitucional (cfr. NEIL WALKER, ‘The Idea of Constitutional Pluralism’ *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002, pp. 317-359).

²⁴ NICO KRISCH & BENEDICT KINGSBURY, *ob. cit.*, p. 6.

²⁵ NICO KRISCH & BENEDICT KINGSBURY, *ob. cit.*, p. 5 e p. 11 (frisando a necessidade de rever os conceitos clássicos de direito internacional).

²⁶ Cfr. JENS BARTELSON, ‘The concept of Sovereignty Revisited’ *EJIL*, 17(2) [2006] pp. 463-474, explicando que o conceito de soberania não é estático. Com uma abordagem semelhante, destacando a necessidade de reanalisar os conceitos de território, povo e poder que constituem a definição tradicional de Estado veja-se RALF MICHAELS, ‘Globalization and Law: Law Beyond the State’ in REZA BANAKAR & MAX TRAVERS (eds), *Law and Social Theory* (Hart 2013) pp. 287-304.

²⁷ *Ob. cit.*, p. 464.

²⁸ TOM W BELL, ‘Polycentric law’, in *Humane Studies Review* 7.1 (1991)

²⁹ NICO KRISCH & BENEDICT KINGSBURY, *ob. cit.*, p. 7. Sobre a distinção cfr. FRANZ BYDLINSKI, ‘Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichen Recht’, *AcP* [1994] pp. 319-351 e, entre nós, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (4ª ed., Coimbra Ed. 2005) pp. 36-46 e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, ‘Sobre a Distinção Entre Direito Público e Direito Privado’ in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. I (Coimbra Ed. 2010) pp. 43-73 (refutando a tese de WALTER LEISNER e defendendo a subsistência da distinção).

órgãos judiciais.³⁰ Outros autores falam do Direito Privado Administrativo.³¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA,³² na análise destes fenómenos sugere que nos aproximamos das estruturas de poder disperso da idade média.³³ E não é por acaso que a distinção entre direito público e direito privado é feita pelos juristas de direito público recorrendo sobretudo ao advento do Estado moderno e centralizado,³⁴ que agora é novamente posto em causa. Quiçá esta seja mesmo uma “idade média 2.0.”...

Algumas das realidades descritas pelo prisma do direito Administrativo Global (por vezes descrito como uma síntese de direito administrativo e direito internacional³⁵), são igualmente acusadas de representarem um “neo-colonialismo económico”.³⁶ O que não deixa de ter uma vertente de inevitabilidade. Na medida em que o Direito Internacional tem uma componente de “lei do mais forte”³⁷ e cada vez mais realidades são administradas a esse nível, é normal (apesar de indesejável) que ocorra uma “atenuação da igualdade de soberanias”.³⁸ Seria possível contrargumentar que alguns dos *fora* modernos garantem também medidas de retaliação efectivas, mesmo para os pequenos Estados. Um exemplo será a suspensão dos direitos de Propriedade Intelectual norte-americanos efectuada por Antigua e Barbuda na sequência de uma decisão de um painel da OMC que confirmou a violação de obrigações do GATS por parte dos EUA.³⁹ Mas as críticas à falta de legitimidade e centralidade do pensamento económico-capitalista, com ignorância de preocupações de outra natureza, nomeadamente humanitárias, no seio de organizações como a OMC ou o FMI abundam e são em grande medida justificadas.⁴⁰

³⁰ NICO KRISCH & BENEDICT KINGSBURY, ob. cit., p. 8.

³¹ V.g. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos* (Almedina 2005). O que levou PAULO OTERO na arguição deste trabalho a fazer a pergunta: “Não será que o Direito Privado Administrativo representa a falência da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado?” (‘Exercício De Poderes Públicos De Autoridade Por Entidades Privadas Com Funções Administrativas’ — Arguição Da Dissertação De Doutoramento Do Mestre Pedro Gonçalves’ RFDUL [2005] p. 846). Para um enquadramento amplo veja-se, por todos, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado* (Almedina 1996).

³² Em exposição oral.

³³ O Autor em *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares* (Almedina 2012) pp. 20-32, parece limitar a importância da construção do Direito Privado Administrativo, concluindo que o Direito Administrativo na vertente em que incide sobre as relações jurídico-administrativas (em que há exercício de funções administrativas) é igualmente aplicável a pessoas privadas. O problema que teremos aqui é que as entidades “para-administrativas” em discussão quanto à Internet não encontram o fundamento da sua actividade no Direito Administrativo.

³⁴ FRANZ BYDLINSKI, ob. cit., p. 319, afirma que os juristas de direito privado quando interrogados por leigos dão exemplos, já os juristas de direito público explicam o surgimento do Estado como estrutura centralizada e a necessidade de regular o exercício do poder público.

³⁵ SABINO CASSESE, ‘What is Global Administrative Law and why study it?’ (2012) in <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/22374>.

³⁶ Esta discussão é particularmente visível no âmbito da Propriedade Intelectual. Veja-se ANDREAS RAHMATIAN, ‘Neo-Colonial Aspects of Global Intellectual Property Protection’, *Journal of World Intellectual Property* [2010] pp. 40-74.

³⁷ Este aspecto é assim pelo menos em termos de poder negocial com repercussão ao nível do direito internacional de fonte convencional. Para uma análise breve acerca da natureza do direito internacional partindo de Kelsen cfr. ANTHONY D’AMATO, ‘The Coerciveness of International Law’, *German Yearbook of International Law* (2009), pp.437-460.

³⁸ NICO KRISCH & BENEDICT KINGSBURY, ob. cit., p. 11.

³⁹ <http://goo.gl/eDg30a>.

⁴⁰ Cfr. SARAH JOSEPH, *Blame it on the WTO? A Human Rights Critique* (OUP 2011).

Num certo sentido, os princípios do Direito Administrativo Global servem também para pensar todos os sistemas jurídicos dos Estados-Membros, realçando o papel da União Europeia, como entidade *sui generis* que reduziu (tomou) significativamente a soberania dos Estados-Membros.⁴¹ Para esta realidade voltar a ser enquadrada em quadros mais “tradicionais” será necessário que se evolua para um Estado Federal Europeu ou que se aceite olhar para a União com essa perspectiva (e lembre-se que a linguagem tem também um conteúdo ideológico...)⁴²

Mas afinal de contas qual será o papel que o Direito Administrativo Global pode ter na análise do fenómeno jurídico da Internet? Para responder cumpre expor, muito sucintamente, como funciona e como está regulado o ecossistema da Internet.

A definição de internet está longe de ser uniforme.⁴³ Numa síntese feliz — produto da própria internet — esta pode ser definida como “uma rede mundial de computadores e redes de computadores que comunicam entre si utilizando o Internet Protocol”.⁴⁴ Existe assim, uma parte física (a rede) e uma parte metafísica (o protocolo e os conteúdos comunicados), sobre a qual incide o Direito, entre outras formas de regulação.

3 – Internet: a parte física

A Internet assenta numa infra-estrutura (referida como a sua espinha dorsal (*backbone*)). Trata-se de uma rede complexa de cabos transoceânicos que se estendem por milhares de quilómetros debaixo de água,⁴⁵ linhas telefónicas nacionais e satélites que permitem a transmissão de sinais. Neste processo desempenham igualmente um papel fundamental os servidores, os *routers* e os clientes (utilizadores). Além disso, existem recursos como os chamados *data centres* que participam nesta rede de forma crucial.

A localização da “parte física da internet” atrai a soberania estadual (clássica). Cabe então perguntar porque é que a (falta de) regulação da Internet difere da regulação de outras telecomunicações? Essa é uma parte da discussão, sobretudo em torno da chamada “neutralidade

⁴¹ Cfr. as várias contribuições em MATTHIAS RUFFERT (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe/La mutation du droit administratif en Europe* (Sellier 2007).

⁴² Em sentido próximo NEIL WALKER, ‘Constitutionalism and Pluralism in Global Context’ in M AVBELJ & J KOMAREK (eds), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (Hart 2012) p. 18 identifica uma crítica às teorias do pluralismo constitucional que reside na tendência para o monismo, ou seja, unidade e hierarquia na lógica constitucional. Segundo essa orientação o pluralismo constitucional, a existir, é um mero estado transitório.

⁴³ ROBERT E. KAHN & VINTON G. CERF, *What Is The Internet (And What Makes It Work)* (1999) disponível em <http://www.policyscience.net/cerf.pdf> p. 11 (“The authors feel strongly that efforts should be made at top policy levels to define the Internet.”). Para uma discussão aprofundada veja-se DAVID R. KOEPEL, *The Ontology of Cyberspace: Philosophy, Law, and the Future of Intellectual Property* (Open Court 2003) e, com uma síntese, NICHOLAS TSAGOURIAS, ‘The legal status of cyberspace’ in NICHOLAS TSAGOURIAS (ed), *Research Handbook on International Law and Cyberspace* (EE 2015) pp. 13-29.

⁴⁴ <https://en.wikipedia.org/wiki/Telecommunication#Internet>.

⁴⁵ ANDREW BLUM, *Tubes: Behind the Scenes at the Internet* (Penguin 2013).

da rede”. Até agora acredita-se que a falta de regulação é mais eficiente e há, em grande medida, “medo de estragar” um ecossistema que se tem revelado particularmente fecundo⁴⁶ ou, caso a regulação se revele pouco convidativa, de ocorrer uma deslocalização de parte do sistema. No limite, a regulação, se não for aceite/tolerada, pode levar a que a internet se fraccione, deixando de funcionar como um todo, como uma rede mundial (www), para passarmos a ter várias “internets”.

4 – Internet: a parte metafísica

Para que exista uma rede é necessário que os elementos que a integram sejam capazes de comunicar e, para isso, é essencial que seja adoptada uma linguagem comum. É esse o papel que desempenham os protocolos TCP/IP.⁴⁷ Este “modo de falar” permite transferir ficheiro pela rede, dividindo os ficheiros em pequenas “tranches” aquando da transmissão — que pode ocorrer por cabo ou satélite — reconstituindo-os à chegada.

Para o efeito é ainda necessário que cada aparelho na rede tenha um endereço único, a que se chama o endereço de IP.⁴⁸ A gestão da atribuição destes endereços funciona de forma piramidal. No topo da hierarquia está a IANA (Internet Assigned Numbers Authority), um departamento do ICANN que, por sua vez, delega a tarefa a 5 registos regionais⁴⁹ que atribuem essa faculdade a fornecedores de serviços de internet a nível local. Assim, se eu acedo à Internet com base numa ligação da Meo, será o servidor da Meo que me atribui um endereço na rede, dentro do conjunto de IPs que lhe foi atribuído.⁵⁰ Muitas vezes, numa casa há várias pessoas com o mesmo endereço de IP para o exterior, sendo que só na rede interna (chamada *subnet*) é que há uma diferenciação.

Como não seria prático para os utilizadores recorrerem a navegação directa por IP, desenvolveu-se também um sistema de nomes de domínio. Assim, em vez de escrever um número, o utilizador escreve um endereço (v.g. www.direito.porto.ucp.pt) e é feita a correspondência. É também a ICANN que domina os *root nameservers* que determinam a correspondência entre nomes e números (v.g. www.google.com corresponde a 66.102.0.0).⁵¹

⁴⁶ <http://goo.gl/EH0lhM>. Cfr. <https://hbr.org/2014/11/no-one-actually-knows-how-to-regulate-the-internet>.

⁴⁷ O papel preponderante no desenvolvimento destes protocolos é atribuído a JON POSTEL, que foi igualmente o principal administrador da IANA.

⁴⁸ Tendo em conta o grande número de aparelhos ligados à Internet, sentiu-se a necessidade de actualizar o standard de comunicação anterior (IPv4) para uma nova versão (IPv6) prevenindo o problema do esgotamento de IPs. Mas, mesmo assim, em Dezembro de 2014 94% dos utilizadores do Google ainda utilizavam IPv4 (<https://en.wikipedia.org/wiki/IPv6>).

⁴⁹ Na Europa a entidade é o Réseaux IP Européens Network Coordination Centre, localizada em Amesterdão.

⁵⁰ Num certo sentido, isto não difere muito da divisão do espectro no domínio das telecomunicações “clássicas”.

⁵¹ PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial* (Coimbra Ed. 2011) pp. 306-311.

São estes dois mecanismos que explicam parcialmente o funcionamento uniforme da Internet (ou seja, a razão de acedermos à mesma Internet em todo o globo⁵²). Mas, de cada vez que um utilizador pretende aceder a um website como o www.google.com, não há necessidade de se percorrer toda a hierarquia até aos *root nameservers*⁵³ para solicitar a informação sobre o IP associado a este nome. Por isso existem os *DNS resolvers* – geralmente os fornecedores de serviço (localizados a nível intermédio) – que consistem em sistemas informáticos que traduzem os URLs⁵⁴ em endereços IP, dentro do sistema local do utilizador, e que terão um número significativo de endereços IP em *cache* (armazenagem temporária). Quando o endereço pretendido não estiver na memória do *DNS resolver*, este solicitará essa informação a um *DNS nameserver* local, que lha facultará para comunicação ao utilizador ou, se também não dispuser dessa informação, ascenderá um grau na hierarquia e perguntará ao *DNS nameserver* com informação exacta sobre os endereços IP de todas as subzonas “google.com”.

Outra ressalva é que nem sempre se navega com base no sistema DNS. Por exemplo na *deep web* (o conjunto de sites que não são indexados por motores de busca) a navegação é feita directamente por IP (muitas vezes utilizando um software específico para lidar com encriptação)⁵⁵ e há outros mecanismos de navegação que não recorrem ao DNS do ICANN (v.g. *Dot-P2P project*⁵⁶ ou *Namecoin*⁵⁷). Além disso, existem redes alternativas que não integram a Internet. E, mesmo a um nível mais simples, a maior parte dos utilizadores da internet hoje em dia recorre mais rapidamente a um motor de busca do que directamente a um nome de domínio, sendo que muitos *browsers* incluem a função de busca logo na barra de endereços.

Mas, mesmo o sistema de nomes de domínio não é deixado à margem do Direito. Em termos práticos, os nomes de domínio são regulados sobretudo por regras de direito dos contratos, consentindo aquele que pede o registo de um nome de domínio no recurso a meios de resolução alternativa de litígios, especificamente a chamada *UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy)*.⁵⁸ Em todo o caso, os tribunais continuam a considerar que o direito de marcas (e o restante

⁵² Esta igualdade é apenas tendencial uma vez que há possibilidade de censura ou de bloqueio de acesso como acontece v.g. na República Popular da China (cfr. ZIXUE TAI, *The Internet in China: Cyberspace and Civil Society* (Routledge 2006)).

⁵³ Existem 13 (designados pelas letra A a M) e nem todos estão localizados nos EUA.

⁵⁴ Abreviatura de Uniform Resource Locator, o endereço resultante da conjugação do indicador de protocolo (v.g. <http://>), do nome de domínio (v.g. google.com) e eventualmente da página específica (v.g. [/maps](http://google.com/maps)).

⁵⁵ Sobre este fenómeno veja-se DAVID SILVA RAMALHO, ‘A investigação criminal na Dark Web’ *Revista de Concorrência & Regulação* n.º 14/15 pp. 385-431.

⁵⁶ <http://p2pfoundation.net/Dot-P2P> (“To limit the power governments have over domain names, a group of enthusiasts has started working on a revolutionary system that can not be influenced by a government institution, or taken down by pulling the plug on a central server. Instead, it is distributed by the people, with help from a BitTorrent-based application that people install on their computer.”).

⁵⁷ <http://namecoin.info/>.

⁵⁸ Sobre o fenómeno leia-se ANDREW CHRISTIE, ‘Online Dispute Resolution – The Phenomenon of the UDRP’ in PAUL TORREMANS (ed), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property* (EE 2014) pp. 642-682.

Direito) se aplica aos nomes de domínio⁵⁹ e, em certos casos, que estes integram o património das pessoas.⁶⁰

Apesar de ser bastante exacerbado, o papel do ICANN está na verdade muito delegado e só existe enquanto se assegurar o funcionamento unitário da rede. Caso o ICANN decida alterar alguns elementos sem consenso, corre o risco de partir a Internet. Esta afirmação poderá lembrar o argumento do escritor russo LEV TOLSTÓI, no clássico Guerra e Paz, quando afirma que é cada soldado individualmente que faz a guerra ao decidir, momento a momento, pegar na espingarda e lutar.⁶¹ O poder dessa instituição deriva da actual arquitectura da internet, bastando uma alteração dessa arquitectura para lho retirar.

5 – Internet: a regulação

A arquitectura da internet tem um impacto fundamental na efectividade da sua regulação directa (v.g. o protocolo TCP, ao funcionar de ponta-a-ponta, torna difícil exercer uma censura efectiva sobre o conteúdo transmitido). Por outro lado, nunca se deve esquecer o óbvio: em cada ponta estarão um ou mais seres humanos, destinatários de normas jurídicas. Para análise da regulação o autor norte-americano LAWRENCE LESSIG propôs⁶² um modelo, conhecido por “pathetic dot theory” de acordo com o qual o comportamento do sujeitos é determinado por quatro forças que actuam sobre o individuo/objecto da regulação: o mercado, o Direito (a lei), as normas (sociais) e a arquitectura. Mais tarde, o mesmo autor utilizou este modelo na análise do ciberespaço no seu livro *Code*,⁶³ designando a arquitectura do ciberespaço por código, isto é, as coordenadas informáticas que determinam o que é tecnicamente possível na Internet. É necessário ter em conta que estas quatro forças também se influenciam mutuamente e é claro que as leis irão influenciar e ser influenciadas por cada uma das restantes categorias.⁶⁴ Como o próprio autor reconhece, o

⁵⁹ V.g. *Panavision International, L.P. v. Toeppen* 141 F.3d 1316 (9th Cir. 1998). Com uma descrição comparativa vide VENTSISLAV PANTOV, ‘The Prevention of Cybersquatting in Europe: Diverging Approaches and Prospects for Harmonization’ in <http://ssrn.com/abstract=2427582>. Sobre esta interacção cfr. ainda MARK PATRIDGE, ‘Domain names and trademarks’ in NEIL WILKOF & SIMON BASHEER (eds), *Overlapping Intellectual Property Rights* (OUP 2012) pp. 297-319.

⁶⁰ Para uma discussão veja-se ANA RACKI MARINKOVIC, ‘Domain names: towards a new form of IP right’ JIPLP [2011] pp. 632-637. Porém, o STJ, no conhecido acórdão “Viniportugal” (de 21.I.2003), esclareceu que o registo de um nome de domínio, em Portugal, não confere qualquer direito de exclusivo.

⁶¹ Este argumento de TOLSTÓI é repetidamente apresentado mas a sua exposição mais plena é feita no início do volume III da obra e na segunda parte do epílogo.

⁶² Num conhecido artigo de 1998 ‘The New Chicago School’ in *Journal of Legal Studies*, n.º 27 (1998), pp. 661-691.

⁶³ *Code and Other Laws of Cyberspace* (Basic Books 1999). Com uma segunda edição, substancialmente diferente cfr. LAWRENCE LESSIG, *Code 2.0* (Basic Books, 2006).

⁶⁴ ‘The New Chicago School’ cit., p. 666: “Norms might constrain, but law can affect norms (think of advertising campaigns); architecture might constrain, but law can alter architecture (think of building codes); and the market might constrain, but law constitutes and can modify the market (taxes, subsidy). Thus, rather than diminishing the role of law, these alternatives suggest a wider range of regulatory means for any particular state regulation. Thus, in the view of the new school, law not only regulates behavior directly, but law also regulates behavior indirectly, by regulating these other modalities of regulation directly.”

papel relativo que cada um desses factores desempenha é variável consoante o sector de aplicação.⁶⁵

Mas afinal de contas que papel tem o Direito na regulação do ciberespaço e sobre o que é que se pronuncia? Será que da resposta a esta pergunta, emerge uma concretização do Direito Administrativo Global enquanto ideia organizadora?

5.1. Fontes

Estes exemplos, bem como o tema de que me ocupo, versam mais sobre a regulação **da** internet do que sobre a regulação de determinados aspectos que se passam **na** Internet (como a plataforma informática Citius,⁶⁶ a contratação pública por via electrónica,⁶⁷ a empresa online⁶⁸ ou saber se o *email* pode ser título executivo⁶⁹).

Sem ser exaustiva eis aqui a lista de alguns dos diplomas legais e regulamentos (em sentido amplo)⁷⁰ mais importantes na **regulação** da Internet:⁷¹

- Lei n.º 109/09, de 15 de Setembro, Lei do Cibercrime;
- Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, Lei de Protecção de Dados Pessoais;
- Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas;
- Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações;⁷²
- Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, estabelece o regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital;
- Decreto-Lei n.º 116-A/2006, de 16 de Junho, cria o Sistema de Certificação Electrónica do Estado;
- Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, Lei do Comércio Electrónico;

⁶⁵ 'The New Chicago School' cit., p. 664.

⁶⁶ Regulado na Portaria n.º 280/2013, de 26 de Agosto que regula vários aspectos da tramitação electrónica dos processos judiciais.

⁶⁷ ROGER BICKERSTAFF, 'E-procurement under the new EU procurement Directives', *Public Procurement Law Review* [2014] pp. 134-147.

⁶⁸ DL n.º 125/2006, de 29 de Junho.

⁶⁹ MARGARIDA LIMA REGO, 'O email como título executivo' in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol.I (Coimbra Ed. 2013) pp. 1021-1043.

⁷⁰ Vigentes diretamente na Ordem Jurídica Portuguesa.

⁷¹ Deve frisar-se que muitas destas leis resultam de transposição de Directivas, Convenções ou Tratados multilaterais, decisões-quadro ou até instrumentos opcionais.

⁷² Esta lei constitui a transposição da Directiva 2006/24/CE que foi invalidada pelo TJUE em Abril de 2014 (nos casos apenas C-293/12 e C-594/12 *Digital Rights Ireland* (EU:C:2014:238)). Coloca-se agora o problema de saber se a lei ainda pode ser aplicada ou não.

- Decreto-Lei n.º24/2014, de 14 de Fevereiro, relativo aos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais;
- Regulamento (UE) n.º 156/2012, de 22/02), relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial;
- Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais ("Roma II");
- Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos;
- Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, Protecção Jurídica De Programas De Computador;
- Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, Protecção Jurídica Das Bases De Dados;
- Código da Propriedade Industrial-

A isto há que juntar a aplicação do quadro normativo “tradicional” (como o Código Penal, o Código Civil ou a CRP) nacional, europeu e internacional, aos comportamentos adoptados na Internet. Nas palavras de OEHEN MENDES, “A Internet não é o faroeste”, ainda que muitas vezes existam dificuldades de garantir uma vigência efectiva das leis.⁷³⁻⁷⁴

Além disso é necessário ter em conta os requisitos e o quadro-legal aplicável às infra-estruturas da Internet, nomeadamente as leis que impõem ou proíbem determinados comportamentos aos fornecedores de serviços da Internet e demais actores abaixo identificados.

5.2. Soberania e direito aplicável

A Lei regula os fenómenos na Internet sobretudo a partir dos locais de emissão ou da recepção de dados, existindo várias abordagens em matéria de direito internacional privado, isto é, para a determinação do tribunal competente e da lei aplicável (escolhendo como critério de conexão a

⁷³ Um dos aspectos em relação aos quais essa discussão tem sido mais acesa refere-se à garantia do respeito do direito da propriedade intelectual, especialmente o direito de autor. Com um bom enquadramento das opções neste domínio *vide* IRINI STAMATOUDI (ed.), *Copyright Enforcement and the Internet* (Wolters Kluwer 2010) e CHRISTOPHE GEIGER, ‘Challenges for the Enforcement of Copyright in the Online World: Time for a New Approach’ in PAUL TORREMANS (ed), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property* (EE 2014) pp. 704-730.

⁷⁴ Outro aspecto a realçar é a grande divergência de opiniões acerca de muitos destes assuntos, que geram ainda maiores dificuldades para uma possível harmonização. Para uma exposição sucinta de 13 aspectos considerados especialmente críticos identificados pelo Working Group on Internet Governance cfr. MAJA ANDJELKOVIC, ‘Internet Governance: In the Footsteps of Global Administrative Law’ in https://www.iisd.org/pdf/2006/infosoc_int_gov_law.pdf pp. 22-25.

intention to target,⁷⁵ o *uplink State*,⁷⁶ o local de acesso/local de produção do dano,⁷⁷ ou o principal centro de interesses⁷⁸).⁷⁹

Sublinhe-se que realidades como a Internet vieram impor ou evidenciar a necessidade de efectuar um raciocínio de direito de conflitos também no âmbito do direito público. Por outras palavras, o Direito Público conhece limites e excepções ao princípio da territorialidade.⁸⁰ Por exemplo, as pretensões em termos de soberania na regulação e protecção de dados pessoais são normalmente exercidas tendo em conta a localização onde ocorre o tratamento de dados e/ou da entidade que faz o tratamento (art. 4.º da Directiva 95/46/CE).⁸¹ O problema da aplicação da lei a situações plurilocalizadas também se coloca de forma aguda em termos de direito penal, nomeadamente em relação ao cibercrime praticado com recurso a sistemas de computação em nuvem.⁸²

5.3. Os sujeitos

Há uma multiplicidade de actores na Internet. Estas categorias de sujeitos não são estanques, misturam-se, sobrepõe-se e os conceitos estão longe de estar estabilizados.

Entre outros, podemos referir:

- Consumidores / utilizadores⁸³
- Fornecedores de Serviços de Internet, comumente designados pela locução inglesa *Internet Service Providers* ou “ISPs”⁸⁴ (v.g. Meo, Vodafone e NOS)
- Gestores de nomes de domínio⁸⁵ (como o ICANN ou a Associação DNS.PT)
- Empresas de comércio electrónico (v.g. Amazon, Ebay ou OLX)

⁷⁵ Neste sentido, em relação ao direito *sui generis* de bases de dados, veja-se a decisão do TJUE C-173/11, *Sportsradar* (EU:C:2012:642) e a um site de promoção de viagens a decisão relativa aos casos C-585/08 e C-144/09, *Pammer e Hotel Alpenhof* (EU:C:2010:740).

⁷⁶ É essa a solução acolhida na Directiva 93/83/CEE relativa à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

⁷⁷ Neste sentido, em relação ao direito patrimonial de autor, vejam-se as decisões recentes do TJUE C-170/12, *Pinckney* (EU:C:2013:635); C-387/12 *Hi Hotel* (EU:C:2014:215) e C-441/13 *Hudjcek* (EU:C:2015:28).

⁷⁸ Foi esse o critério utilizado em relação à violação de direitos de personalidade na internet no caso C-509/09 *eDate* (EU:C:2011:685).

⁷⁹ Para um enquadramento veja-se DÁRIO MOURA Vicente, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação (Direito Internacional Privado)* (Almedina 2005) e, especificamente sobre o Direito de Autor, LUIS LIMA PINHEIRO, ‘Algumas Considerações Sobre a Lei Aplicável ao Direito de Autor na Internet’ ROA [2014] pp. 15-36.

⁸⁰ MIGUEL PRATA ROQUE, ‘As Novas Fronteiras do Direito Administrativo – Globalização e mitigação do princípio da territorialidade do Direito Público’, *Revista do Direito Público* [2011] pp.107-155 (identificando três modos de ampliação da extra-territorial do direito público: recurso à força, consentimento do Estado e decorrente do Direito Internacional Público).

⁸¹ Sobre isto veja-se W KUAN HON, JULIA HÖRNLE & CHRISTOPHER MILLARD, ‘Which Law(s) Apply to Personal Data in Clouds?’ in CHRISTOPHER MILLARD (ed), *Cloud Computing Law* (OUP 2013) pp. 220-253.

⁸² DAVID SILVA RAMALHO, ‘A recolha de prova penal em sistemas de computação em nuvem’ *Revista de Direito Intelectual*, n.º2, 2014, pp. 123-162. Para uma análise mais ampla da aplicação extraterritorial de leis penais veja-se INÊS FERREIRA LEITE, *O Conflito de Leis Penais – Natureza e Função do Direito Penal Internacional*, (Coimbra Editora 2008).

⁸³ Incluem-se aqui os cibernautas em geral e também as pessoas colectivas que, não fazendo comércio diretamente pela Internet, utilizam a plataforma.

⁸⁴ Sujeitos a classificações muito distintas, também para o Direito (cfr. arts. 12.º - 14.º da Directiva 2000/31/CE).

⁸⁵ A gestão é feita por relação contratual integrando um regulamento.

- Corretores de dados pessoais, conhecido por *Data brokers* (isto é, empresas que transaccionam dados pessoais, nomeadamente para efeitos de estudos de mercado ou publicidade⁸⁶)
- *Spiders, crawlers, robots* (v.g. blingbot ou googlebot)⁸⁷
- *Hacktivistas* (p. ex. Lulzsec ou Anonymous)⁸⁸
- Agentes de criminalidade informática (v.g. Guardians of Peace (alegadamente responsáveis pelo famoso ataque informático à empresa Sony) ou Ross William Ulbricht (fundador do The Silk Road, um mercado *online* de armas e drogas))⁸⁹

5.4. Fenómenos de anarquia e auto-regulação na internet.

Parte da cultura da Internet é inspirada por correntes fortes de **anarquismo** (em especial o chamado cripto-anarquismo, entendido como uma realização do anarco-capitalismo⁹⁰) e pensamento libertário. Assim, rejeita-se a intervenção do Estado e qualquer possibilidade de controlo ou regulação. Estas correntes filosóficas recorrem a mecanismos técnicos como:

- Bitcoin (฿) (uma moeda sem Estado, supostamente desenvolvida por SATOSHI NAKAMOTO)⁹¹
- Criptografia;
- A *deep web*, redes privadas e/ou encriptadas;

Estes fenómenos mostram-se especialmente difíceis de controlar, sendo por isso mecanismos muito utilizados para a criminalidade informática.⁹² Aliados a estes meios técnicos formam-se facilmente comunidades que adoptam códigos éticos próprios, frequentemente distintos da concepção dominante expressa na Lei (*praeter* ou *contra*). Se a tecnologia por um lado garante a

⁸⁶ Para mais informações ver <http://www.stopdatamining.me/>.

⁸⁷ Deve realçar-se que se trata de software e não propriamente de uma pessoa ou entidade que faz a indexação e catalogação de informação disponível na internet.

⁸⁸ O Hacktivismo caracteriza-se pela motivação política das acções empreendidas pelos *hackers*, isto é, aquele que explora as fraquezas das redes informáticas. Os motivos podem ser inúmeros e as classificações debatidas mas detalhadas (cfr. [https://en.wikipedia.org/wiki/Hacker_\(computer_security\)#Classifications](https://en.wikipedia.org/wiki/Hacker_(computer_security)#Classifications)).

⁸⁹ Sendo certo que um *hacktivista* a maior parte das vezes irá praticar actos de criminalidade informática.

⁹⁰ Segundo esta corrente político-filosófica não devem existir limites ao consentimento livre prestado entre adultos. Para uma perspectiva aprofundada veja-se a obra editada por PETER LUDLOW, *Crypto Anarchy, Cyberstates, and Pirate Utopias* (MIT Press 2001).

⁹¹ DAVID SILVA RAMALHO, 'A investigação criminal...' cit., pp. 396-398. Nas primeiras duas semanas de 2015 a bitcoin sofreu uma desvalorização de 43% o que leva alguns a afirmarem que é o fim desta moeda (<http://www.telegraph.co.uk/technology/news/11347205/Bitcoin-might-be-dead.-It-doesnt-matter..html>). Mas não é a primeira vez que ocorrem flutuações gigantescas em termos do seu valor.

⁹² DAVID SILVA RAMALHO, 'A investigação criminal...' cit., p. 395: "Assim, pouco tempo após a sua disponibilização, o Tor viu surgir diversos websites secretos, designados de hidden services, dedicados a todo o tipo de criminalidade. Começaram, então, a aparecer verdadeiros mercados de droga, documentos falsos e outros materiais ilícitos, como o célebre The Silk Road no qual as transações são feitas com recurso a bitcoins, ou o mercado de drogas, armas e explosivos chamado Black Market Reloaded. Adicionalmente, surgiram mercados online dedicados à venda de pornografia infantil ou mesmo de espécies em vias de extinção, bem como inúmeras páginas e fóruns de pornografia infantil e/ou violenta, bem como fóruns dedicados ao canibalismo, fóruns jihadistas e páginas que comercializavam dados relativos a cartões de crédito obtidos através de esquemas de phishing."

privacidade e a possibilidade de agregação de pessoas de todos os cantos do globo com interesses semelhantes — por mais obscuros que sejam —, o seu carácter segregado acarreta também riscos de polarização de grupos.⁹³

Fruto destas dinâmicas surgiu já uma corrente de estudos etnográficos designada “netnography” que, analisa o comportamento humano no ciberespaço tanto para fins comerciais (nomeadamente investigação de mercado) como para fins científicos (aqui preferencialmente designada como etnografia digital).⁹⁴

5.5. Algumas discussões recentes em matéria de regulação (menção)

O papel dos Estados na regulação da Internet é matéria altamente controversa. Recentemente temos assistido a algumas discussões, nomeadamente:

- Neutralidade da Internet (*net neutrality*): discutindo-se a possibilidade de um fornecedor de serviços da internet discriminar a qualidade do acesso ou mesmo bloquear o acesso a determinados sites, nomeadamente em função do pagamento dos seus clientes. Neste momento são poucos os ordenamentos jurídicos que tratem do tema, tendo o Parlamento Europeu rejeitado recentemente medidas legislativas que visavam a consagração de obrigações de neutralidade na Internet.⁹⁵ Em contrapartida, a lei holandesa já impõe uma obrigação de tratamento não discriminatório do tráfego de dados,⁹⁶
- Obrigações de filtragem e bloqueio: estando em causa a possibilidade de impor aos fornecedores de serviços de internet obrigações de filtragem e de bloqueio a *sites* ou conteúdos determinados;⁹⁷
- Regulação de motores de busca: A vários níveis, desde logo o processamento de dados (direito a ser esquecido)⁹⁸ mas também problemas de direito da concorrência⁹⁹ ou de transparência¹⁰⁰;

⁹³ Descritos por CASS R. SUNSTEIN, ‘Why They Hate Us: The Role of Social Dynamics’ Harvard Journal of Law & Public Policy 25 (2002) pp. 429-440.

⁹⁴ Entre muitos outros, cfr. ROBERT KOZINETS, *Netnography: Doing Ethnographic Research Online* (SAGE 2009); DANIEL MILLER & HEATHER HORST (eds), *Digital Anthropology* (Bloomsbury Academic 2012); AAVV, *Digital Ethnography: Principles and Practice* (SAGE 2015).

⁹⁵ <http://www.bbc.com/news/technology-34649067> (consultado a 2 de Dezembro de 2015).

⁹⁶ Esta regulação pode ser um exemplo de uma regulação administrativa com efeitos transnacionais, mas deve realçar-se que serão efeitos fácticos e não o reconhecimento de efeitos jurídicos. Para uma análise do fenómeno da transnacionalidade administrativa centrada na figura do acto administrativo cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *O Acto Administrativo pela Estrada Fora* (AAFDL 2014). Precisamente tendo em conta os efeitos transnacionais desta lei, há autores que apontam os problemas de fragmentação do mercado interno que a regulação Holandesa coloca (cfr. JASPER P. SLUIJS, ‘Network Neutrality and Internal Market Fragmentation’ CMLR [2012] pp. 1647-1674). Para uma perspectiva mas ampla sobre o tema vide KATERINA MANIADAKI, *EU Competition Law, Regulation and the Internet. The Case of Net Neutrality* (Kluwer Law International 2014).

⁹⁷ Este assunto tem sido altamente debatido na Europa. Para uma última decisão veja-se C-314/12 *UPC Telekabel Wien* (EU:C:2014:192) e um comentário em NUNO SOUSA E SILVA, ‘A perspectiva do equilíbrio entre a Propriedade Intelectual e (outros) Direitos Fundamentais – a mais recente interpretação do artigo 8.º/3 da Directiva 2001/29 (UPC Telekabel Wien C-134/12)’ Revista de Direito Intelectual, n.º1 (2015) pp. 209-223.

- *User Generated Content*: O grande desafio é saber como enquadrar os fenómenos criativos no quadro das actividades lucrativas de plataformas e como lidar com o respeito de direitos de terceiros.¹⁰¹
- Liberalização dos domínios de topo genéricos (gLTD's): Recentemente a ICANN passou a admitir (a preços pouco convidativos) o registo de nomes de domínio de topo com qualquer terminação (v.g. .amazon, .xxx), tendo gerado oposição de muitas entidades.¹⁰²

Estes são apenas alguns exemplos da complexidade da Internet e da intervenção do Direito nestes domínios e, de facto, perante eles os juristas deparam-se com uma necessidade de abordar os problemas de uma nova forma.

6. Conclusão: o papel do Direito Administrativo Global na Internet

Muitos autores que escrevem sobre Direito Administrativo global referem a ICANN como um exemplo de uma “nova entidade administrativa”.¹⁰³ Mas o papel da ICANN na ecologia da Internet é algo sobrevalorizado. A ICANN corresponde efectivamente à ideia de administração sem Estado mas incidindo “apenas” sobre a regulamentação dos sistemas de nomes de domínio.¹⁰⁴ Isto é, garantindo facilidade em termos de comunicação ao estabelecer uma correspondência unívoca entre um endereço e um nome.

No entanto, a realidade da Internet, complexa e dinâmica, é muito mais abrangente do que os nomes de domínio e a maior parte da sua regulação é feita por mecanismos de direito Estadual “tradicional”. Este aspecto levanta, como é natural, consideráveis dificuldades,¹⁰⁵ mas, actualmente, é esse o estado das coisas. Existem propostas da criação de um Tribunal Penal Internacional para o Cibercrime¹⁰⁶ e outros mecanismos multilaterais de regulação e/ou

⁹⁸ Cfr. SOFIA CASIMIRO, ‘O direito a ser esquecido pelos motores de busca: o Acórdão Costeja’ Revista de Direito Intelectual, n.º2 (2014) pp. 307-353.

⁹⁹ V.g. o caso COMP/C-3/39.740 - *Foundem*.

¹⁰⁰ Cfr. FRANK PASQUALE, ‘Internet Nondiscrimination Principles: Commercial Ethics for Carriers and Search Engines’ (2008) in <http://ssrn.com/abstract=1134159>. Cfr. ainda nota 18.

¹⁰¹ Para uma panorâmica veja-se N. HELBERGER, L. GUIBAULT ET.AL, *Legal Aspects of User Created Content* (2009) in <http://ssrn.com/abstract=1499333>.

¹⁰² Cfr. CHRISTINE HAIGHT FARLEY, ‘Convergence and Incongruence: Trademark Law and ICANN's Introduction of New Generic Top-Level Domains’ John Marshall Journal of Computer & Information Law 25.4 (2009).

¹⁰³ MAJA ANDJELKOVIC, ob. cit., p. 63.

¹⁰⁴ MAJA ANDJELKOVIC, ob. cit., p. 4: “Internet Governance is, of course, a much wider concept than the management of domain names...”.

¹⁰⁵ DAVID SILVA RAMALHO, ‘A investigação criminal...’ cit., p. 424: “O combate ao cibercrime e a recolha de prova em ambiente digital enfrentam agora dificuldades técnicas e jurídicas sem precedentes e, diríamos, sem paralelo em qualquer outra área do Direito Penal.”.

¹⁰⁶ <http://goo.gl/falUBk>. Com uma proposta mais ambiciosa, passando pela criação de uma organização internacional de jurisdição universal sobre “litígios internacionais relacionados à Internet e ao comércio eletrónico”. cfr. DANIEL FREIRE E ALMEIDA, *Um Tribunal Internacional para a Internet* (Almedina 2015) (as pp. 351-369 incluem uma proposta de tratado).

governança da Internet (como o tratado falhado no âmbito da União Internacional de Telecomunicações em 2012¹⁰⁷).

O papel das condutas individuais, das corporações e dos Estados revela a Internet como um exemplo particularmente ilustrativo da “luta pelo Direito” de JHERING.¹⁰⁸ Este aspecto é reconduzível à afirmação de GIULIO NAPOLITANO¹⁰⁹ de que grande parte do Direito Administrativo é “a battlefield. (...) in the hands of multiple political, institutional and economic actors, who struggle, interact and bargain. It’s a place and an instrument of conflict in itself, resulting from the moves of different players.”. No entanto, na Internet, o papel do direito internacional e das entidades administrativas atípicas é menor do que se poderia imaginar.

Em face do actual enquadramento e, apesar da sedução dos quadros do Direito Administrativo Global,¹¹⁰ parece-me que este conceito, na medida em que seja ligado a estruturas centralizadas de poder dispersas, é de pouco préstimo para abarcar e compreender o fenómeno jurídico da Internet, aparecendo mais como uma abordagem próxima da sociologia do Direito. Revela-se, uma ferramenta particularmente interessante para analisar a governança do ICANN e de outras instituições e para reflectir sobre a natural necessidade de legitimação das entidades que intervêm com funções *de facto* administrativas; pelo que, nesse aspecto, desempenha também uma função jurídica ou “juridificante”.

Porém, os grandes desafios, também em termos de legitimação e controlo parecem-me situar-se ainda e principalmente na aplicação efectiva do(s) Direito(s) nacional(is) no ciberespaço.¹¹¹ Talvez nisso o Direito Administrativo Global possa funcionar como ideia inspiradora... E nesse processo seremos confrontados com a pergunta, bem mais fundamental, apresentada por JOSÉ MUJICA na conferência do Rio+20, “Estamos a governar a globalização ou é a globalização que nos governa?”.

¹⁰⁷ <http://www.theguardian.com/technology/2012/dec/14/telecoms-treaty-internet-unregulated>.

¹⁰⁸ RUDOLF VON JHERING, *Der Kampf Um's Recht* (Propyläen Verlag 1992) (edição de FELIX ERMACORA no centenário da morte do autor, o texto foi inicialmente apresentado em 1872) p. 59 :“O fim do Direito é a Paz. O meio para esse fim é a luta. (...) A vida do Direito é a luta – a luta de nações, de Poder Estadual, de classes, de indivíduos.”.

¹⁰⁹ ‘Conflicts In Administrative Law: Struggles, Games And Negotiations Between Political, Institutional And Economic Actors’ Jean Monnet Working Paper 11/13 <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/13/documents/Napolitano.pdf> p.3.

¹¹⁰ Que também pode ser criticado como uma forma hipertrofiada de conceber o âmbito da disciplina do Direito Administrativo, que não deve deixar de ser visto como “o ramo de Direito que disciplina a organização da Administração Pública e (...) o quadro das relações jurídicas que se estabelecem no âmbito do exercício das funções administrativas” (MÁRIO AROSO DE ALMEDIA, *ob. cit.*, p. 13).

¹¹¹ A maior parte dos manuais do chamado Direito da Internet prendem-se precisamente com isso (nas palavras de MICHAEL L. RUSTAD, *ob. cit.*, p. 6: “The Internet has made it necessary to rework every branch of law”). A título de exemplo o manual de NIKO HÄRTING, *Internetrecht* (Dr. Otto Schmidt 2014), actualmente na quinta edição, trata dos assuntos na seguinte ordem: direitos de personalidade, protecção de dados pessoais, direito dos contratos (incluindo contratos celebrados à distância), direito da propriedade intelectual e dos nomes de domínio, direito da concorrência (incluindo concorrência desleal), responsabilidade, concluindo com a análise do direito de conflitos (direito internacional privado).