

CYBERLAW

by CIJIC

Cyberlaw by CIJIC, *Direito: a pensar tecnologicamente.*

CYBERLAW

by **CIJIC**

EDIÇÃO N.º IX – MARÇO DE 2020

**REVISTA CIENTÍFICA SOBRE CYBERLAW DO CENTRO DE
INVESTIGAÇÃO JURÍDICA DO CIBERESPAÇO – CIJIC – DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**

CYBERLAW
by **CIJIC**

CYBERLAW

by CIJIC

EDITOR: NUNO TEIXEIRA CASTRO

SUORTE EDITORIAL: EUGÉNIO ALVES DA SILVA e AFONSO FREITAS DANTAS

PRESIDENTE DO CIJIC: EDUARDO VERA-CRUZ PINTO

COMISSÃO CIENTIFICA:

- ALFONSO GALAN MUÑOZ
- ANGELO VIGLIANISI FERRARO
- ANTÓNIO R. MOREIRA
- DANIEL FREIRE E ALMEIDA
- ELLEN WESSELINGH
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE
- MANUEL DAVID MASSENO
- MARCO ANTÓNIO MARQUES DA SILVA
- MARCOS WACHOWICZ
- ÓSCAR R. PUCCINELLI
- RAQUEL A. BRÍZIDA CASTRO

CIJIC: CENTRO DE INVESTIGAÇÃO JURÍDICA DO CIBERESPAÇO

ISSN 2183-729

CYBERLAW

by CIJIC

NOTAS DO EDITOR:

Globalização. Tecnologia e Inteligência artificial. Mobilidade organizacional e individual. Manipulação. A pandemia de Coronavírus. Hoje. O futuro.

Vivemos tempos “*estranhos*”. Acutilantes. Irresolutos. Contingentes. Exigentes. O “tema” que nos capta, quase em exclusivo, a atenção, desde o início do ano de 2020, é a pandemia de coronavírus. Aquela dinâmica, rotineira, até agora tida como “garantida” atravessa momentos de grande indeterminação. Hora a hora somos como que bombardeados com números esmagadores: de taxas mundiais galopantes de infectados, doentes em cuidados intensivos, de mortos. No passar deste tempo, diariamente, deambulámos entre um imoderado e célere na disseminação da infecção *versus* um vagaroso e fleumático passo na demonstração de resultados animadores no seu combate. O racional económico de «custo-benefício» geralmente revelaria a perigosidade associada à extrema cautela. Porém na questão, truncada, do coronavírus é diferente¹. “*Achatar as curvas*”, “*Proteger os mais idosos e os mais vulneráveis*”, “*Suster a vaga de procura do SNS por forma a dar-lhe tempo para acudir às solicitações*”, mesmo que o custo seja o parar da Economia. Global. Entretanto o tempo continua o seu passo. Assim como a epidemia há-de passar.

¹ Cass Sunstein @ <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-03-26/coronavirus-lockdowns-look-smart-under-cost-benefit-scrutiny>

E, quando aí chegados, a questão resolutive a colocar não deverá andar muito longe de um: “*Que mundo esperar do pós-covid19*”?

O avanço da tecnologia, combinando melhores recursos de *hardware* com inteligência artificial, aos quais o Homem socorre, permitiram sequenciar o genoma do COVID-19 em menos de um mês. A inteligência artificial, por exemplo, num contexto, global, de recursos exíguos tem sido testada para suprir lacunas críticas nos recursos de saúde, ajudando à racionalidade da decisão política, alavancando centros de inovação em inteligência artificial, robótica e automação em saúde. Na Ásia². Por agora.

O mesmo avanço tecnológico, por sua vez, no actual cenário de “*guerra*” ao vírus, colocou a ponderação das liberdades fundamentais num estádio de confronto titânico. Recuperando o “*achatar a curva*”, um pouco por todo o mundo, os governos, democráticos, colocaram os respectivos países em *lockdown*. Sem cautelas. Entre confinamentos e quarentenas obrigatórias, um recurso parece permitir - em face da falta de meios humanos para controlo efectivo de milhões de cidadãos - fiscalizar o cumprimento das directrizes estatais. A tentação executiva por esse controlo, universal, dos cidadãos preclude a fruição de múltiplas liberdades constitucionalmente consagradas. O racional da discussão que vinha sendo tido até agora³, deslocou-se, por via do perigo abstracto que a pandemia comporta, da questão securitária *versus* liberdades fundamentais para “*saúde pública*” *versus* liberdades fundamentais.

Um pouco por todo o ocidente democrático, a tónica recursiva tem passado pelo uso da “*vigilância digital* estadual⁴”. Tal como um pouco por todo o mundo, direitos humanos fundamentais⁵ são colocados em teste face à imposição destas regras “*excepcionais*”. O Estado de emergência tende a permitir, justificando múltiplas

2 Eficiência, especialidade, racionalidade, sistemas capacitativos e colaborativos público-privados. O trabalho dos dados ao serviço dos povos. <https://www.technologyreview.com/s/614555/ai-in-health-care-capacity-capability-and-a-future-of-active-health-in-asia/>

3 « Tribunal Constitucional chumba acesso das secretas a registos de comunicações», @ <https://rr.sapo.pt/2019/09/19/politica/tribunal-constitucional-chumba-acesso-das-secretas-a-registos-de-comunicacoes/noticia/165164/>

4 Por exemplo: <https://www.wsj.com/articles/europe-tracks-residents-phones-for-coronavirus-research-11585301401>

5 Por exemplo, no contexto da América do Sul, «Sociedade civil pede que tecnologias usadas devido à pandemia respeitem os Direitos Humanos», @ <https://idec.org.br/noticia/sociedade-civil-pede-governos-da-america-latina-e-caribe-que-tecnologias-digitais-aplicadas>

intrusões como *adequadas*⁶, *necessárias e proporcionais*⁷. A questão, sendo excepcional e de carácter limitada no tempo, deveria ser pacificamente tolerada pelos cidadãos. Afinal, sob o manto de um fundamento como o “*interesse público*”⁸ e salvaguarda da “*saúde pública*” até a limitação do escopo de protecção, desde logo, da privacidade de dados pessoais sensíveis claudica⁹.

6 No parecer 32/2020, a CNPD, delimitando geograficamente a aplicação de videovigilância por drones ao concelho de Ovar, dada a excepcionalidade da cerca sanitária entretanto imposta, reitera que “(...)as restrições aos direitos fundamentais devem limitar-se ao estritamente necessário às finalidades visadas com este sistema de videovigilância”, recomendando, adicionalmente, “que se garanta que a captação de imagens assim realizada salvaguarde a privacidade daqueles que se encontrem nas respectivas habitações”, e, “que se garanta o direito de acesso às imagens gravadas, nos termos legalmente previstos”, bem como que se adoptem “medidas adequadas a garantir a integridade das imagens gravadas no processo de transferência dos registos(...) para o “contentor de informação encriptado””. @ https://www.cnpd.pt/home/decisoes/Par/PAR_2020_32.pdf

7 Por exemplo, em Espanha, a AEPD: «(...)Los fundamentos que legitiman/hacen posible dichos tratamientos son la necesidad de atender las misiones realizadas en interés público, así como la de garantizar los intereses vitales de los propios afectados o de terceras personas. **Las finalidades para las que pueden tratarse los datos son, únicamente, las relacionadas con el control de la epidemia,** entre ellas, las de ofrecer información sobre el uso de las aplicaciones de autoevaluación realizadas por las administraciones públicas o la obtención de estadísticas con datos de geolocalización agregados para ofrecer mapas que informen sobre áreas de mayor o menor riesgo. **Los datos que pueden obtenerse y utilizarse han de ser los que las autoridades públicas competentes consideren proporcionados/necesarios para cumplir con dichas finalidades.** Estos datos sólo podrán ser facilitados por quienes sean mayores de 16 años. En el caso de tratar datos de menores de 16 años, se requeriría de la autorización de sus padres o representantes legales. **Únicamente podrán tratar dichos datos las autoridades públicas competentes para actuar conforme a la declaración del estado de alarma,** es decir, el Ministerio de Sanidad y las Consejerías de Sanidad de las Comunidades Autónomas, que podrán cederse datos entre ellas, y a los profesionales sanitarios que traten a los pacientes o que intervengan en el control de la epidemia. **Las entidades privadas que colaboren con dichas autoridades sólo podrán utilizar los datos conforme a las instrucciones de estas y, en ningún caso, para fines distintos de los autorizados.»** @ <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/aepd-apps-webs-autoevaluacion-coronavirus-privacidad>

8 A limitação ao tratamento de dados sensíveis, por exemplo, de saúde sucumbe ante “razões de interesse público nos domínios da saúde pública”, desde que «(...)Tais atividades de tratamento de dados sobre a saúde autorizadas por motivos de interesse público não deverão ter por resultado que os dados sejam tratados para outros fins por terceiros, como os empregadores ou as companhias de seguros e entidades bancárias» (Considerando 54 in fine).

Considerando (54) « O tratamento de categorias especiais de dados pessoais pode ser necessário por razões de interesse público nos domínios da saúde pública, sem o consentimento do titular dos dados. Esse tratamento deverá ser objeto de medidas adequadas e específicas, a fim de defender os direitos e liberdades das pessoas singulares. Neste contexto, a noção de «saúde pública» deverá ser interpretada segundo a definição constante do Regulamento (CE) n.º 1338/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho (11), ou seja, todos os elementos relacionados com a saúde, a saber, o estado de saúde, incluindo a morbilidade e a incapacidade, as determinantes desse estado de saúde, as necessidades de cuidados de saúde, os recursos atribuídos aos cuidados de saúde, a prestação de cuidados de saúde e o acesso universal aos mesmos, assim como as despesas e o financiamento dos cuidados de saúde, e as causas de mortalidade(...)».

9 Confirmando o Considerando (54), ainda, da leitura conjunta das alíneas g) e i) do Art.º 9, n.º 2, RGPD: «G) Se o tratamento for necessário por motivos de interesse público importante, com base no direito da União ou de um Estado-Membro, que deve ser proporcional ao objetivo visado, respeitar a essência do direito à protecção dos dados pessoais e prever medidas adequadas e específicas que salvaguardem os direitos fundamentais e os interesses do titular dos dados;», e, i) « Se o tratamento for necessário por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, tais como a protecção contra ameaças transfronteiriças graves para a saúde ou para assegurar um elevado nível de qualidade e de

Mas há um “*senão*”. O receio de que a excepcionalidade vire regra é real¹⁰. Com efeito, é inegável que, neste momento, os receios de Yuval Harari¹¹, criador de *Homo Deus*, sejam partilhados por muitos de nós. Tal como as considerações de Joel P. Trachtman, quanto aos benefícios de um mundo global¹²: benéfico se mais cooperativo, com capacidades regulatórias internacionais reforçadas ao nível da saúde, cibersegurança, proteção ambiental e crises financeiras.

Ambos convergem na necessidade de compromisso, de partilha, cooperação e solidariedade global. O que se conclui espontaneamente dos apontamentos citados, através de um silogismo categórico: ameaça sobre todos os países, ameaça global, logo, resposta de todos os países, global. Não obstante, será que hoje temos líderes políticos mundiais à altura dos desafios¹³ pungentes que se nos colocam nestes termos?

E no futuro?

segurança dos cuidados de saúde e dos medicamentos ou dispositivos médicos, com base no direito da União ou dos Estados-Membros que preveja medidas adequadas e específicas que salvaguardem os direitos e liberdades do titular dos dados, em particular o sigilo profissional;». @ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>

10 Yuval Harari: «(...) *Many short-term emergency measures will become a fixture of life. That is the nature of emergencies. They fast-forward historical processes. Decisions that in normal times could take years of deliberation are passed in a matter of hours. Immature and even dangerous technologies are pressed into service, because the risks of doing nothing are bigger.*», @ <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>

11 Harari: «(...) *In this moment of crisis, the crucial struggle takes place within humanity itself. If this epidemic results in greater disunity and mistrust among humans, it will be the virus's greatest victory. When humans squabble – viruses double. In contrast, if the epidemic results in closer global cooperation, it will be a victory not only against the coronavirus, but against all future pathogens.*», @ <https://time.com/5803225/yuval-noah-harari-coronavirus-humanity-leadership/>

12 Joel P. Trachtman, «(...) *Not all global problems result from globalization. For those that do, globalization itself can ameliorate them to some extent. Furthermore, we can establish international laws and institutions to minimize those problems that do arise from globalization: globalized governance to respond to globalization-induced problems. This is smart globalization, and once we do it this way, it is likely that globalization should be retained because, on net, it will make us better off.*», @ <https://www.bostonglobe.com/2020/03/30/opinion/not-all-global-problems-result-globalization/>

13 Aínda Harari: «(...) *Today humanity faces an acute crisis not only due to the coronavirus, but also due to the lack of trust between humans. To defeat an epidemic, people need to trust scientific experts, citizens need to trust public authorities, and countries need to trust each other. Over the last few years, irresponsible politicians have deliberately undermined trust in science, in public authorities and in international cooperation. As a result, we are now facing this crisis bereft of global leaders that can inspire, organize and finance a coordinated global response.*», *idem*.

Gerd Leonhard, num exercício curioso reproduzido no Diário de Notícias, destaca dois aspectos cruciais. Circunscrevendo-nos à tecnologia, esta *"tornou-se a nova religião"*. *"Estamos a entrar num novo Renascimento"*. *O próximo passo será regulamentá-la de forma mais apertada com o objetivo de que humanos e o próprio planeta beneficiem do progresso tecnológico*. Não obstante, esta relação acabará seduzir-se ante uma *vigilância estatal por meios tecnológicos (que) irá tornar-se o novo normal após as medidas extraordinárias que foram tomadas para controlar esta pandemia*¹⁴.

E como já vai longo, para concluir, convocamos, novamente, a questão fundamental: *"Que mundo esperar do pós-covid19"?*

A provocação desconcertante e acutilante que se impõe, inclusive politicamente, não poderia ser outra: *«Of course, even if we disappear, it will not be the end of the world. Something will survive us. Perhaps the rats will eventually take over and rebuild civilization. Perhaps, then, the rats will learn from our mistakes. But I very much hope we can rely on the leaders assembled here, and not on the rats.»*¹⁵

Nesta nova edição da «Cyberlaw by CIJIC», procuramos sustentar o crescimento paralelo que o Mestrado de Segurança da Informação e Direito do Ciberespaço¹⁶ vai granjeando. É pois, com orgulho, que passaremos a destacar produção deste, com maior regularidade. Afinal, este é um desígnio da própria criação da revista. Provavelmente, num futuro não muito distante, estará na calha a edição em papel de futuras edições. Se há questão que se nos colocou com o teletrabalho foi: qual a redundância digital? *Ie*, sem acesso à internet, ou sem eletricidade/bateria, como é que seria possível aceder

14 «Não haverá normal: futuristas preveem mudanças permanentes pós-coronavírus», @ <https://www.dn.pt/dinheiro/nao-havera-normal-futuristas-preveem-mudancas-permanentes-pos-coronavirus-11987179.html>

15 Yuval Harari: «Yuval Harari's blistering warning to Davos», @ <https://www.weforum.org/agenda/2020/01/yuval-hararis-warning-davos-speech-future-predictions/>

16 Mais informações @ : <https://fenix.tecnico.ulisboa.pt/cursos/msidc>

a conteúdos para efeitos de estudo? Como ler(aceder) nestas circunstâncias? Como mitigar a “info-exclusão” quando o sistema não é propriamente redundante na acessibilidade¹⁷?

Reavendo, nesta edição, incorporando conteúdo em inglês escrito, por força de deveres de participação, cooperação e colaboração internacional¹⁸ que muito nos orgulha, procuramos revisitar temas como cibersegurança em contexto marítimo, dados pessoais e dados não pessoais, monitorização de trabalhadores em contexto laboral, a regulação jurídica do ciberespaço - mutação do paradigma à luz do acórdão James Elliot, *Phishing*, redes sociais e manipulação da opinião pública, o problema da mobilidade em contexto organizacional, e, os desafios da cibersegurança forense de *smartphones* no continente africano. Os temas são oportunos. São, igualmente, desafiantes. São, finalmente, abertos a colaboração múltipla, participada.

Resta-me agradecer a todos quantos contribuíram para mais uma edição da Revista, pelo esforço, pela disponibilidade, pela obra, endereçando a todos, em nome do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço – CIJIC – da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, um justíssimo: - Muito Obrigado.



Cyberlaw by CIJIC, *Direito: a pensar tecnologicamente.*

Boas leituras.

Lisboa, FDUL, 29 de Março de 2020

Nuno Teixeira Castro

17 Por exemplo, «Ministro Siza Vieira admite aulas por canais "estilo youtube" ou TV por cabo.», @ <https://observador.pt/2020/03/29/ministro-siza-vieira-admite-aulas-por-canais-estilo-youtube-ou-tv-por-cabo/>

Mas, sem acesso internet, ou sem cabo – até porque a cobertura não é de 100%, há, pelo menos, cerca de 20% de famílias sem acesso ao Cabo – como é que as crianças e adolescentes que se encontrem nesta situação se integram? Como é que se combate esta exclusão digital?

18 Um trabalho colaborativo ímpar. @ <https://networkofcenters.net/center/cyberlaw-research-centre-university-lisbon-school-law-cijic>

CYBERLAW

by CIJIC

DOUTRINA

CYBERLAW

by CIJIC

*A Regulação Jurídica do Ciberespaço – Mutação do paradigma à luz
do Acórdão James Elliot do TJUE*

VALTER FREITAS ¹

¹ Mestrando de Segurança da Informação e Direito do Ciberespaço do Instituto Superior Técnico e mestrando de Direito e Segurança da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Atualmente desempenha a função de Consultor de Segurança de Informação/IT Security Officer. Contacto: valter.dione@campus.ul.pt

RESUMO

Com o advento da tecnologia, as funções primordiais do Estado tendem a migrar para o mundo do ciberespaço, incumbindo-o na salvaguarda de direitos fundamentais tecnológicos assentes na pessoa digital. Conjuntamente, certas funções clássicas atribuídas aos Estado paulatinamente migram para a esfera supranacional, bem como para o tecido privado, em particular para os organismos de normalização. Estes colaboram na produção de normas soft law concorrentes à produção legislativa, carecendo da legitimidade democrática. Neste panorama, cumpre refletir a partir da análise do Acórdão James Elliot à luz da regulação do ciberespaço.

Palavras-Chave: Legitimidade democrática, norma harmonizada, regulação, sector privado.

ABSTRACT

With the advent of technology, the primary functions of the State tend to migrate to the Cyberspace, entrusting with safeguarding fundamental IT rights based on the digital person. Together, certain classic functions attributed to the State gradually migrate to the supranational sphere, as well as to the private fabric, in particular the standardization bodies. These bodies collaborate in the production of soft law norms with legislative production, lacking democratic legitimacy. In this context, it is necessary to reflect with analysis of the James Elliot Judgment in the light of cyberspace regulation.

Keywords: Democratic legitimacy, harmonized standard, regulation, private sector

NÓTULA METODOLÓGICA

Este estudo focará numa análise singela do processo de normalização, conjugando os atores intervenientes neste processo à escala internacional e à escala europeia, sem prejuízo da breve menção do enquadramento nacional português para compreensão de certas destrições concetuais. Em pormenor, com a menção da Diretiva da Nova Abordagem da União Europeia, bem como a casuística, *máxime* o Acórdão Elliot de 2016.

A pertinência do presente estudo no âmbito da unidade curricular de Direito Constitucional e Informática, parte da evolução da regulação jurídica constatada, por um lado, com incremento de direitos conexos com as tecnologias de informação e comunicação e, por outro lado, o acompanhamento das funções do Estado com a evolução tecnológica, reconhecendo o aparato legislativo algo burocrático, lento e, por vezes ineficaz. Desta feita, carece de uma resposta eficaz, rápida e especializada, em especial, através dos Organismos de Normalização.

Compreendendo a dificuldade da elaboração da dissertação de mestrado, torna-se imperativo enquadrar este estudo com o projeto final, visando a eficiência da investigação e prossecução da investigação nesta área de profundo interesse. Partiremos da investigação qualitativo, recorrendo ao método indutivo, acompanhado da recolha de dados provenientes da análise documental, em especial, a análise do Acórdão.

Para o efeito do presente estudo, pretenderemos responder à seguinte questão de partida, tomaremos as indagações de Erica Palmerini (2012), em matéria de regulação do ciberespaço, tomando em consideração a seguinte questão:

(Q1) Será que o Acórdão confere um modelo póstumo de regulação do ciberespaço?

Partindo desta questão, elaboramos as seguintes hipóteses:

(H1) Este acórdão confere um modelo de regulação do ciberespaço;

(H2) Este acórdão não confere um modelo de regulação do ciberespaço.

1. NÓTULA INTRODUTÓRIA JURÍDICO-POLÍTICA

“Combining formal law and technical standards, as a feasible approach to techno-regulation, requires the private sector to be included in the legal order and raises problems of democratic control and legitimacy.”

Erica Palmerini, *The Interplay between Law and Technology*

Nas sociedades hodiernas, o Estado tem progressivamente externalizado parte das suas funções, recorrendo à privatização¹ em setores considerados vitais para a prossecução do interesse público, tomando como ilustrativo a Segurança², assumindo uma função complementar à Segurança Pública, e a resolução alternativa de litígios³, em oposição à justiça pública, não menosprezando os inúmeros setores da atividade do Estado⁴ privatizados. De facto, este movimento deve-se às limitações legais e orçamentais.

1 Para o entendimento de privatização, poderemos considerar a privatização plena com a passagem das funções asseguradas previamente para o Estado, passando para a gestão pelos privados, na esteira da doutrina, em especial os juristas Nuno Sá Gomes, Maria Eduarda Azevedo. Sem prejuízo desta posição doutrinária, parece sensato apoiar na definição do termo privatização por Gomes Canotilho e Vital Moreira: “o termo privatização é hoje um termo polissémico na literatura jurídica e económica, designando um variado conjunto de políticas públicas (transferência de propriedade de empresas ou de serviços públicos para entidades privadas ou concessão da responsabilidade da gestão em entidades privadas, abertura à iniciativa privada de sectores ou serviços (...) explorados pelo sector público em regime de exclusivo, contratação a entidades privadas de serviços anteriormente assegurados pelos próprios serviços públicos, “desregulamentação” do controlo da produção ou distribuição de um bem ou serviço, submissão dos serviços ou empresas públicas e regras de natureza privada.” [sublinhado nosso] Cfr. Gomes Canotilho, J., J., e Moreira, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 415 e ss. *apud* Vilhena de Freitas, L., *Direito Administrativo das Privatizações*, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VII, pp. 269-355

2 Verificamos um aumento exponencial de vigilantes promotores da Segurança Privada, enfraquecendo o *Ius imperii* do Estado, reduzindo o número agentes, em prol do incremento da atividade suplementar à Segurança Pública. Cfr. Poiães, N., *Uma policialização da segurança privada*, pp. 1-11

3 Aliás, como nos aponta Catarina Frade: “O Estado contemporâneo perdeu o monopólio da função de julgar, repartindo-a com os privados e a sociedade civil e entrando em parceria ou mesmo em concorrência com eles.” Cfr. Frade, C., *A Resolução Alternativa de Litígios e o acesso à justiça*, pp. 107-128

4 A nossa Constituição da República Portuguesa, recorrendo ao emanado do n.º 3 do artigo 86.º da Constituição, habilita o legislador a vedar a a atividade pro empresas privadas em setores básicos para a sociedade.

Deste modo, cumpre questionar se a função legislativa, tal como a função administrativa do Estado, é passível de tornar-se privatizado? E se é passível de privatizar, poderemos depreender um modelo de regulação do Ciberespaço? Esta tendência da *New Public Management*, encontra-se explanada no manual de Direito Administrativo de José Carlos Vieira de Andrade (2017), passando a citar os elementos caracterizadores desta nova gestão da administração pública:

a) privatização (material, formal, instrumental e funcional) de sectores significativos da atividade administrativa, e o conseqüente (e disseminado) uso misto do direito público e do direito privado;

b) europeização e internacionalização do direito administrativo, seja pela imposição normativa e reguladora (substancial e procedimental) do direito transnacional, prevalecente em áreas cada vez mais vastas, amplificada e efectivada pelo activismo judicial dos tribunais europeus (TJUE, TEDH), seja pelo desenvolvimento da organização administrativa europeia, seja ainda pela eficácia transnacional de decisões administrativas, num contexto internacional de progressiva globalização do direito administrativo, especialmente notória ao nível organizativo, procedimental e processual;

c) economicização do direito administrativo, através da aplicação dos princípios da eficiência e da sustentabilidade, que, designadamente a partir de uma análise económica do direito, propõem uma nova organização e gestão administrativa (*New Public Management*), caracterizada por novos métodos de interpretação e de avaliação das normas jurídicas, orientados para os resultados (optimização dos efeitos desejados e evitação dos efeitos indesejados);

d) cooperação coordenada (local, regional, nacional e europeia) baseada numa conectividade multi-nível das actuações das diversas entidades administrativas, horizontal (em rede) ou vertical (em degraus);

e) desmaterialização ou digitalização dos procedimentos, da informação e da comunicação, nas relações com os particulares e no relacionamento interadministrativo, incluindo as administrações europeias e internacionais (*electronic government*);

f) deslegalização e rarefacção jurídica dos padrões normativos substanciais da actividade administrativa, num quadro de policentralidade normativa (“interconstitucionalidade” e “internormatividade”) e de centrifugação organizativa e

social, que visa a definição de políticas públicas nacionais e a co-implementação ou execução de políticas europeias, designadamente no campo económico e social, associada a ideias de bom governo ou de “governança” (*New Public Government Governance*).”

Nestas tendências, subentende-se a digitalização e a instrumentalização do ciberespaço para a prossecução do interesse público⁵, conjugando com a tendência da privatização da função administrativa. Aliás, nunca a administração teve tão informatizada como no quotidiano, perfazendo um novo panorama da regulação jurídica, em especial, no Ciberespaço. Neste sentido, as *Multistakeholders*⁶, atuam numa ótica apartada das fronteiras políticas, as quais, por sua vez, confinam a atuação do Estado. Padece de instrumentos que sustentem a função legislativa fase à constante desatualização⁷ no mundo cibernético. Torna-se imperativo a abordagem flexível interpretativa⁸, a introdução de técnicas regulatórias que antecipem os riscos futuros da, focando nas questões da legitimidade democrática e do escrutínio público.

Destarte, não se verifica somente a privatização da função administrativa, como, em certos casos, a delegação de atribuições ao privado para a elaboração normativa com

5 Assim, os acessos às plataformas configuram uma profunda alteração na prestação dos serviços ao público, substituindo o papel ou complementando com o meio virtual, ingressando por um uso de aparelhos eletrónicos de comunicação, constituindo o *E-Government*. Este, por sua vez, promove a desburocratização, a maior aproximação dos serviços às populações e assegura a participação dos interessados, possibilitando o direito à informação sobre o andamento dos processos, o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos.

6 Para exemplificar, tomamos como ilustrativo as RFC da IETF, os domínios consignados à ICANN, entre outras organizações com o papel primordial na regulação do Ciberespaço, numa ótica de *Soft Law*. Para o aprofundamento das características destas *multistakeholders*, sugerimos, Cfr. Waz, J., e Weiser, P., *Internet Governance: The Role Of Multistakeholder Organizations*, pp. 333-350; Cfr. B. Svantesson, D., J., *Internet & Jurisdiction, The Global Status Report*, pp. 1-181

7 Reforçando esta constante do mundo das tecnologias: “*Law-making is a slow process, while technology changes rapidly. This distance between technological innovation and legal change may affect legal certainty and cause people to act in an ambiguous environment where rights and responsibilities cannot be clearly acknowledged or predicted.*” Cfr. Palmerini, E., *The Interplay between Law and Technology*, pp. 7-25.

8 Partindo da necessidade de uma nova leitura constitucional, como apela a doutrina, particularmente a Dr^a Prof^a Raquel Brizida Castro, tendo em vista a interpretação constitucional tecnologicamente neutra, emanada dos ensinamento de Lawrence Tribe, reconhecemos a essencialidade esta *meta-interpretação*, numa ótica hermenêutica flexível, ajustado, não apenas no texto constitucional, como também na legislação derivada, colmatando os riscos futuros de desadequação da norma, Cfr. Brizida Castro, R., *Constituição e Ciberespaço: Argumentos Para um "Direito Constitucional Do Inimigo"?*, pp. 1-42; Cfr. Palmerini, E., *The Interplay between Law and Technology*, pp. 7-25

teor técnico-jurídica, designados por normas *standard*⁹. Cumpre realizar a destrição deste tipo de norma, com a norma jurídica, partindo do teórico Karl Engisch, esta última como “uma norma de determinação, fruto da vontade imperativa do legislador, e não como uma norma de valoração que exprime uma ordenação objetiva da vida”¹⁰. Já as normas técnicas, em contraponto às normas jurídicas, são um documento com caráter não vinculativo com conteúdo técnico aprofundado, pautado pela flexibilidade por não revestir a formalidade burocrática do aparato legislativo, visando, essencialmente, a padronização de um determinado produto/serviço, através das boas práticas internacionais.

Concomitantemente, estas normas pertencem materialmente à categoria de *Soft Law*, a qual a doutrina não é unânime quanto à sua definição, sem prejuízo de atender a um conteúdo flexível, os instrumentos jurídicos tipicamente não são vinculantes, são tipicamente menos custosos e mais rápido, comparativamente à *Hard Law*¹¹. Evidentemente, compreendemos a sua essencialidade no Direito Internacional, em especial, o exemplo do Acordo sobre as Barreiras Técnicas ao Comércio (doravante TBT)¹², tal como o exemplo do Regulamento da Nova Abordagem n.º 1025/2012 de 25 de outubro, no seio da União Europeia, norteando a política de normas *standard* através dos princípios emanados da Organização Mundial do Comércio (OMC), podendo confrontar o considerando n.º 2 do mesmo Regulamento.

9 Parafrazeando Vieira de Andrade, estes *standards*, “por vezes de origem privada, europeia e internacional, que, a vários títulos e em diversos níveis, adquirem força vinculativa e regulam a actividade administrativa – ou seja, de normas que constituem programas finais (e não condicionais), com prejuízo para a intensidade da vinculação administrativa”, constituindo um dos aspetos para a criase da legalidade estrita apontada por este autor. Cfr. Vieira de Andrade, J., C., *Lições de Direito Administrativo*, pp. 52 e ss.

10 Cfr. *apud* Nogueira de Brito, M., *Introdução ao Estudo do Direito*, pp.401-454

11 Cfr. Schaffer, G., C., & Pollack, M., A., *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, pp. 707-723; Cf. Palmerini, E., *The Interplay between Law and Technology*, pp. 7-25

12 Entendido como parte integrante do Acordo Marraquexe criador da Organização Mundial de Comércio em 1994, caso observemos o n.º 4 do artigo 2.º do TBT, este dispõe destas normas *standard* para remover os obstáculos ao comércio, privilegiando da presunção de conformidade ao não obstaculizar, partindo do n.º 2 do artigo 2.º do TBT, sendo relevante este instrumento para a promoção da liberdade de circulação de mercadorias.

2- NÓTULA SOBRE A REGULAÇÃO DO CIBERESPAÇO

Nesta esteira, reconhece-se imperatividade desta regulação à luz da produção das normas técnicas, enquadrando estas na intitulada *Self-Regulation*¹³, tomando a essencialidade dos fóruns internacionais, regulando aspetos essenciais no Ciberespaço, retomando o caso do ICANN e o sistema de domínios. Entre nós, este modelo aproxima-se da *Lex informatica*¹⁴, regulando o ciberespaço através da fonte do conhecimento informático, partindo da configuração do sistema, com capacidade de decorrer decisões automatizadas. Indubitavelmente, este aponta para o incremento das tecnologias emergentes e disruptivas no seio da Nova Administração Pública e, em parte, têm a sua concretização nos princípios de segurança por defeito e à conceção, tomando o caso da assinatura digital.

Concomitantemente, privilegia-se modelos de governança assentes na cooperação do privado para com o público, intitulado por Co-regulação, modelo este evidente no contexto da normalização europeia, principalmente as normas harmonizadas, as quais são requeridas pela Comissão. Por fim, cumpre retomar a regulação pública com a formalidade no processo legislativo, na ótica da *Hard Law* e, por outro lado, fomentar comunicações e recomendações, previstas na ótica da *Soft Law*.¹⁵ Nesta esteira, para a compreensão dos modelos de regulação, deveremos enunciar o objeto desta mesma regulação: “*As such, digital law must essentially concern itself with three things (although here we are interested only in the first and the last): firstly, the regulation of the code or the architecture of the Internet, understood as the standards and protocols that configure it; secondly, the regulation of the physical network; and finally, the regulation of the content and the activities that are carried out across the Internet.*”¹⁶

13 Cf. Portalier, P., *Myths and realities of the presumption of conformity*, pp. 1-10

14 Para o entendimento aprofundado sobre a *Lex Informatica*, recomendamos a leitura: Cfr. Stemler, A., *Regulation 2.0, The Marriage of New Governance and Lex Informatica*, pp. 87-133

15 Citando Palmerini, E., “*On a different track, in order for regulation to evolve with technology and in consideration of the constraints of a ‘hard law’ approach, legal systems are steered towards adopting ‘prospective and homeostatic’ instruments, capable of adapting themselves to a changing landscape, [...] ‘Soft law’ alternatives seem the most suitable governance approach, as they have looser procedures and are compatible with the process of internal adjustment through technical delegation to independent bodies which are enabled to register variations, assess the need for amendments and implement those amendments*” Cfr. *The Interplay between Law and Technology*, pp. 7-25

16 Cfr. Teruel Lozano, G., M., *Fundamental Rights in the Digital Society: Towards a constitution for the cyberspace*, pp. 301-315

Visa-se aqui uma proteção dos direitos fundamentais da nova geração, ponderando o equilíbrio constitucional dos bens jurídicos refletido nas relações intersubjectivas, tomando o Direito Constitucional¹⁷ como o garante destes direitos. Indubitavelmente, a regulação do ciberespaço deve ser ponderado as multinacionais, centralizando o domínio de certos serviços da Internet, não sendo este o equilíbrio constitucional, mas sim, a colaboração do público com o privado e, como nos explana Lessig, os direitos fundamentais no Ciberespaço, *máxime* a liberdade, só poderá ser alcançado com a absorção do Estado das novas tecnologias e instrumentaliza-as na prossecução do Estado de Direito democrático e Social (Lessig, 2009, *apud* Teruel Lozano, 2019).

17 São inúmeros os direitos previstos no texto constitucional, os quais carecem da interpretação constitucionalmente neutra e flexível, erguida pela Dr.^a Raquel Brízida Castro, consagrando o legislador ordinário a liberdade de opinião, a liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação, entre outros, os quais deverão ser enquadrados no âmbito do Ciberespaço, adequando essa proteção por esta interpretação e não a mera interpretação através do elemento temporal, o elemento teleológico, o elemento histórico e o elemento literal, tipicamente ensinados nas Universidades. Cfr. Bacelar Gouveia, J., *A Democracia na Teoria do Direito Constitucional*, pp. 492-527

3- NÓTULA SOBRE O FENÓMENO DA NORMALIZAÇÃO

A produção destas normas *standard* são provenientes de diversos organismos, os quais densificaremos no próximo subcapítulo. Com efeito, estas normas assumem o propósito de *compliance*, através do processo de certificação (Cf. figura 1) tipicamente por privados acreditados¹⁸ para o efeito, visando evadir a responsabilidade pelas consequências lesivas decorrentes da atividade, concretizando no caso de exfiltração de dados, a certificação apoiará na demonstração da conformidade com o Regulamento Geral da Proteção de Dados (doravante RGPD), passando por um processo de avaliação dessa conformidade.

Figura 1 - Normalização, Acreditação, Certificação, no caso Português



Fonte: Autor

Simultaneamente, estas normas poderão atrair a procura do determinado produto/serviço pela qualidade atribuída pela certificação¹⁹, conferindo confiança nos consumidores daquele determinado bem, diminuindo os erros e os custos. Por conseguinte, no espectro da segurança da informação, é imprescindível o papel das normas ISO (do inglês *International Organization for Standardization*), em especial a série 27001, tomando como ilustrativa a ISO/IEC 27701:2019, reconhecendo uma

18 A Acreditação, no ordenamento jurídico europeu, rege-se nos termos do Regulamento (CE) n° 765/2008

19 Neste sentido, a regulação da certificação poderá ser compreendida em quatro dimensões, repartidas em regras Cfr. Daskalova, V., I., e Heldeweg, M., A., *Challenges for Responsible Certification in Institutional Context: The Case of Competition Law Enforcement in Markets with Certification* pp. 24-71

extensão dos controlos da ISO 27001:2013, com a preocupação na privacidade erguida em sede do Regulamento Geral da Proteção de Dados n.º 2016/679, de 27 de abril.

Partindo das especificidades destas normas, neste âmbito, estas aglutinam informações práticas para a implementação de um determinado controlo, bem como as melhores práticas, estando à venda no próprio sítio *web*. Subsequentemente, após a compra e, no caso da ISO/IEC 27701:2019, e, posteriormente neste caso concreto, a implementação de um Sistema Gestão da Privacidade da Informação, juntamente com os controlos exigidos, é realizada a auditoria pela entidade acreditada para o efeito, habilitando ou não com o título de certificação. Conjugando com as normas ISO, neste Regulamento, nomeadamente nos artigos 42.º e 43.º, prevê-se o modelo de normalização, recaindo a acreditação de aprovação das autoridades de controlo, habilitador da certificação das organizações que visam a obtenção desta certificação ²⁰.

3.1 sobre os organismos de normalização

Reconhecemos a essencialidade dos inúmeros *stakeholders*, focando, para o presente estudo nos organismos de normalização. No espetro internacional, existe a ISO, criada em 1946, a *International Electrotechnical Commission* (IEC), fundada em 1906, a *International Telecommunications Union* (ITU)²¹, criada em 1865 com a Convenção Internacional do Telégrafo, tendo sido revista com a designação atual em 1989, criando a Constituição e Convenção da ITU. Estes organismos encontram-se sediados na Suíça, no cantão de Genebra. Já no espetro europeu, os organismos europeus de normalização (doravante OEN) são o Comité Europeu de Normalização (doravante o CEN), criada em 1961, juntamente com o Comité Europeu de Normalização Electrotécnica (doravante o CENELEC), originada em 1973 e, por fim, a *European Telecommunications Standards Institute* (doravante o ETSI), criada em 1988. Estes

20 Também é essencial as normas *standard* promotoras da segurança da informação na Diretiva da Segurança das Redes Informáticas (UE) n.º 2016/1148, de 6 de julho. Em especial, no considerando 43.º, para fins de cooperação internacional, no considerando 66.º, entendido enquanto impulsor do mercado ao garantir o elevado nível de segurança, remetendo para o Regulamento (UE), n.º 1025/2012, o qual densificaremos posteriormente. Já na alínea e) do n.º 1 do artigo 16.º da Diretiva, revela estas normas enquanto medidas para salvaguarda da segurança das redes informáticas, no artigo 19.º, o papel dos Estados e a ENISA promover o uso de normas internacionalmente reconhecidas e aceites, entre outras disposições.

21 Pese embora não tenha a designação de Organismo de Normalização, deverá ser equiparado como tal.

organismos europeus encontram-se sediados em Bruxelas, excetuando este último, encontrando-se em Sophie-Antipolis, em Valbonne na França.

Em contraste, a maioria destes organismos operam com um mandato delegado pela administração estatal para regular nas matérias incumbidas, com maior enfoque nos requisitos legais e formais²². Excetua-se o ETSI, dependendo da atividade a desempenhar, torna-se eclético nas suas atribuições, podendo assumir recomendações com valor acrescentado, entendido como vantagem competitiva, como também poderá desempenhar a sua função partindo de um mandato. Seguidamente, estes organismos publicam normas *standards* baseadas no consenso alargado dos seus membros, em especial, a IEC na componente de produtos de eletrónica, sistemas e serviços, como também fomenta a compreensão internacional, e, por fim, fornece avaliação de conformidade²³. Incorpora os Comitês Nacionais enquanto instâncias representantes de cada Estado reconhecido pelas Nações Unidas, entre nós o Instituto Português da Qualidade (IPQ), como também na ISO e na ITU. Este têm vindo a entrosar a cooperação com os restantes organismos internacionais, em especial com a ISO, orientando os procedimentos técnicos pelas diretivas, em especial a ISO/IEC DIR 1:2019. Simultaneamente, a ISO²⁴ promove a padronização visando a facilitação das trocas comerciais, incrementando os processos de negócio, desenvolvendo cooperação na esfera intelectual, científica, tecnológica e económica. Por fim, a ITU²⁵, com o intuito da promoção da paz e o desenvolvimento económico e social, funcionado como agente facilitar e cooperador de meios eficientes para as telecomunicações.

22 Cfr. Baron, J., *et al*, *Making the Rules – The Governance of Standard Development*, pp. 1-58

23 Cfr. artigo 1 e 2 dos Estatutos e Regras de Procedimentos da IEC. Para a compreensão da estrutura orgânica da IEC, bem como o processo decisório, as regras de procedimento e os estatutos subjacentes a cada estrutura, Cfr. IEC, *Statutes and Rules of Procedure*, pp.1-33, consultado a 04 de janeiro, URL.: https://www.iec.ch/members_experts/refdocs/iec/stat_2001-2018e.pdf

24 Para a compreensão da estrutura orgânica da ISO, o seu processo decisório e as regras de procedimentos, deverá-se consultar o estatutos da ISO, com a última versão de 2017, Cfr. ISO Statutes, pp. 1-80, consultado a 04 de janeiro, URL.: <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/statutes.pdf>

25 Na mesma linha do intuito anterior, recomendamos a leitura da Constituição da ITU, bem como a Convenção da ITU, Cfr. ITU, *Collection of the basic texts adopted by the Plenipotentiary Conference*, pp. 1-963, consultado a 04 de janeiro, URL.: <https://www.itu.int/en/history/Pages/ConstitutionAndConvention.aspx>

Concomitantemente, nos organismos europeus de normalização, o CEN²⁶ visa, segundo os seus estatutos, a harmonização internacional e europeia das normas *standard*, cooperando com a ISO, sempre que possível, promovendo a remoção das barreiras comerciais, operando nos termos do Regulamento (UE) n.º 1025/2012, tal como o CENELEC²⁷, excetuando o objeto desta última, pois visa principalmente a harmonização no âmbito dos *standards* eletrotécnicos. Ambos são representados pela lógica dos organismos internacionais, com o âmbito de aplicação reduzido à União Europeia e à EFTA. Por fim, a ETSI²⁸, compreendendo o seu estatuto, tem por objeto a padronização e a elaboração de normas *standard*, podendo desempenhar o papel de agente facilitador.

3.2 sobre a “Nova Abordagem”

Para compreendermos este Regulamento, é essencial depreendermos a importância de padronizar determinadas condutas, sistemas e comportamentos para o desenvolvimento civilizacional, tomando o exemplo da linguagem, como também para a facilitação do contacto entre civilizações, tomemos o exemplo da essencialidade da criação do sistema de unidades de medida de comprimento, isto na Civilização do Vale do Indo à volta de 2600 a.c., sendo imprescindível para o quotidiano.(Almacinha, 2013)²⁹

Desta feita, este regulamento orienta-se pelos princípios da OMC, em especial o princípio do saber, a abertura, o consenso, a aplicação voluntária, a independência em relação a interesses especiais e eficiência, tomando como os princípios basilares. Visando a destrinça concetual das tipologias de norma do presente regulamento, previsto no n.º 1 do artigo 2.º:

26 Cfr. CEN, *The Statues of CEN, Approved by the Extraordinary General Assembly of 2018-07-04*, pp. 1-16, consultado a 04 de janeiro, URL.: <https://www.cen.eu/about/GovStructure/GeneralAssembly/Pages/default.aspx>

27 Cfr. CENELEC, *The Articles of Association of CENELEC, Approved by the General Assembly of 2015-06-05*, pp. 1-15, consultado a 04 de janeiro, URL.: <https://www.cenelec.eu/membersandexperts/referencematerial/index.html>

28 Cfr. ETSI, *ETSI directives, version 38*, pp. 1-228, consultado a 04 de janeiro, URL.: https://portal.etsi.org/directives/38_directives_feb_2018.pdf

29 Para a compreensão histórica do uso da normalização, as vantagens deste mesmo uso, bem como o exemplo ilucidado, recomendamos a leitura de José António Almacinha, Cfr. Almacinha, J., A., *Introdução ao Conceito de Normalização em Geral e sua Importância na Engenharia*, pp. 1-21

“1) «Norma», uma especificação técnica, aprovada por um organismo de normalização reconhecido, para aplicação repetida ou continuada, cuja observância não é obrigatória, que assume uma das seguintes formas:

- a) «Norma internacional», uma norma aprovada por um organismo internacional de normalização;
- b) «Norma europeia», uma norma aprovada por uma organização europeia de normalização;
- c) «Norma harmonizada»³⁰, uma norma europeia aprovada com base num pedido apresentado pela Comissão³¹ tendo em vista a aplicação de legislação da União em matéria de harmonização;
- d) «Norma nacional», uma norma aprovada por um organismo nacional de normalização;”

Compreendendo o alcance da definição presente na alínea a) e b) do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento, cumpre explicar na alínea c) este pedido endorsa o ato de delegação, previsto no artigo 290.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE), forçando o respeito pelo preceituado no mesmo artigo, com possibilidade de revogação pelas instituições europeias com maior legitimidade democrática³², tomando o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia. Estes pedidos devem orientar pelos trâmites procedimentais do artigo 10.º conjugado com o n.º 3 do artigo 22.º do Regulamento (UE) n.º 1025/2012:

I. Pedido – Contempla o prazo estabelecido no pedido, o prazo para aprovação, exigindo uma confirmação da aceitação do pedido. Deverá prosseguir o interesse público, encontrando-se assistido do Comité como mecanismos de controlo dos Estados-Membros, consignado no Regulamento (UE) n.º 182/2011, de 16 de

30 Como tal, inúmeras normas harmonizadas têm sido desenvolvidas no seio europeu, em particular as acessibilidades dos sítios web e aplicações do setor público (Diretiva n.º 2016/2102/UE); Substâncias químicas REACH (Regulamento n.º 7907/2006/CE); Equipamento de rádio (Diretiva n.º 2014/53/UE) entre outras presentes no seguinte link: https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards_pt

31 Cumpre referir que, nos termos do n.º 2 do artigo 17.º do Tratado da União Europeia, a Comissão congrega o monopólio da iniciativa legislativa

32 Para a compreensão da legitimidade democrática e a sua evolução no enquadramento democrático, recomendamos esta leitura, Cfr. Baptista, A., *Democracia e representação democrática*, pp. 491-514

fevereiro. Assenta numa base consensual e verificar se corresponde aos objetivos políticos e de conteúdo enunciados no pedido da Comissão³³.

II. Consulta - Consulta às organizações europeias interessadas, às OEN e ao Comité e, caso haja especialistas do setor. Caso as OEN careçam de financiamento para a elaboração do documento, poderão pedir à Comissão um pedido de financiamento e, esta, poderá conceder uma subvenção para a elaboração de uma norma europeia ou de um produto de normalização europeu. As OEN informam a Comissão sobre as atividades, para a elaboração dos documentos, e, conjuntamente com a Comissão, avalia a conformidade dos documentos com o pedido inicial da Comissão

III. Publicação – Caso satisfaça os requisitos previstos no pedido, deverá ser publicado no Jornal Oficial da União Europeia, podendo inclusive dispor de outros meios.

Posto os trâmites processuais, cumpre referir os efeitos jurídicos desta norma harmonizada, conferindo a presunção de conformidade³⁴, instrumento este originado na “Velha Abordagem” nos anos 80. Esta presunção não é, tipicamente, obrigatória para os operadores económicos, pelo contrário, é perspetivado como um benefício, expelindo a perceção da exigência desta presunção para afastar a responsabilidade.³⁵ Poderá contribuir para conferir segurança jurídica ao conformar a atuação com estas normas, mas deverá ser perspetivado como um indicador chave, não como prova³⁶, passível de ser contestada pelas autoridades públicas, conforme verificamos no n.º 1 do artigo 11.º do Regulamento. Deverá observar os requisitos essenciais e as referências terão sido publicadas no Jornal Oficial, aprovadas na qualidade de comunicações na série C do Jornal, para a produção dos efeitos mencionados. (Portalier, 2017)

33 Esta intervenção robusta da Comissão é essencial, caso contrário ocorreria ampla discricionariedade, produzindo normas técnicas de baixa qualidade, prejudicando o consumidor. Para uma compreensão de casos concretos: Cfr. ECOS, *The Use of Standards In Legislation and Policies*, pp. 1-18 Nesta situação, cumpre indagar sobre a responsabilidade, se a mesma deverá incidir na organização que publica, podendo recorrer ao processo C-219/15 da TÜV Rheinland como ilustrativo da falta de inspeção promotora do escândalo dos implantes mamários, ou então a responsabilidade das agências de Rating, em inúmeros casos, forjavam classificações especulativas, não correspondendo à realidade. Cfr. Rott, P., *Certification – Trust, Accountability, Liability*, vol. 16, pp. 1-250

34 “*The presumption of conformity is the legal consequence that derives from a known fact – the claim that the product conforms with the harmonised standards cited in the OJEU – to establish the unknown fact that the product conforms with the essential requirements of the EU law.*”

35 Tomemos o caso da perceção do caráter vinculativo normas harmonizadas previstas no seio do Regulamento dos Produtos de Construção n.º 305/2011, ilustrado no seguinte artigo. Cfr. Portalier, P., *Myths and realities of the presumption of conformity*, pp. 1-10

36 Cfr. Idem, pp. 1-10

4 - NÓTULA CASUÍSTICA

Teceremos uma análise abrangente da casuística envolvente, focando principalmente no Acórdão James Elliot de 2016 (Processo C-613/14). Este caso remonta ao fornecimento de agregados de rocha do tipo «*Clause 804 hardcore*», por parte da empresa *Irish Asphalt Limited* à construtora *James Elliot Construction Limited*, designadamente para os pavimentos interiores do edifício. Por sua vez, começou a “surgir fendas nos pavimentos e nos tetos, tornando o edifício inutilizável”. Após ter assumido a responsabilidade da reparação, com o custo de 1,5 milhões de euros, procedeu a uma ação de indemnização contra a *Irish Asphalt*, tendo concluído que os agregados não estavam conformes às exigências de qualidade previstas na norma harmonizada europeia EN 13242:2002. Erguiam-se inúmeras questões no âmbito do Direito da União Europeia submetidas ao Tribunal de Justiça da União Europeia a título prejudicial, através do reenvio prejudicial do *Supreme Court*³⁷, interessando, para o presente estudo, a 1ª questão e a 3ª questão prejudicial:

“1) a) *Quando os termos de um contrato privado obrigam uma das partes a fornecer um produto manufacturado em conformidade com uma norma nacional, adotada em execução de uma norma europeia (...) [Diretiva 89/106], a interpretação daquela norma pode ser submetida ao Tribunal de Justiça através de um pedido de decisão a título prejudicial, nos termos do artigo 267.o TFUE?*

b) Em caso de resposta afirmativa à [primeira questão, alínea a)], a norma EN 13242:2002 impõe que a observância ou incumprimento da mesma norma seja estabelecida unicamente com base em elementos colhidos em ensaios conformes às normas adotadas, sem mandato, pelo CEN [...]se os respetivos resultados provarem de forma lógica o incumprimento da norma? (...);

“3) *O órgão jurisdicional nacional que aprecia uma ação por incumprimento de um contrato privado com fundamento em incumprimento de um*

37 Cfr. o artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

requisito de comerciabilidade ou aptidão [...], é obrigado a presumir que o produto é de qualidade comerciável e apto para o fim a que se destina e, em caso afirmativo, pode a presunção em causa ser ilidida exclusivamente através da demonstração de não conformidade com a norma EN 13242:2002 mediante provas efetuadas de acordo com os ensaios e protocolos referidos na norma EN 13242:2002 e efetuadas no momento do fornecimento do produto? [...]”

No que concerne à 1ª questão prejudicial, desdobrada em duas alíneas, colocou-se, pela primeira vez, na jurisprudência europeia, a questão a título prejudicial da competência do Tribunal interpretar a norma técnica harmonizada, e, o Tribunal pronunciou-se afirmativamente, dotando essa competência a título prejudicial³⁸. Neste sentido, é perceptível esta decisão no âmago da aplicação uniforme do direito da união, pese embora o organismo de normalização, neste caso particular o CEN, não seja qualificado de “instituições, órgãos ou organismos da União”³⁹, nos termos do artigo 267.º do TFUE, tratar-se-á de um ato delegado da Comissão Europeia, como já tivemos oportunidade de mencionar e, mesmo que o ato seja desprovido de efeito obrigatório⁴⁰, tal não obstaculiza a interpretação a título prejudicial do Tribunal.

Aliás, neste caso, o Tribunal foi ainda mais longe, abrangendo as normas harmonizadas ao Direito da União⁴¹, foco o qual depreenderemos a reflexão, à luz dos modelos regulatórios, legitimado por um lado, pela Diretiva 89/106, complementando-a, como também pela publicação no Jornal Oficial da União Europeia das especificações técnicas imanes da norma harmonizada, parametrizando-as como regras jurídicas por observar, sob prejuízo de não se garantir a eficácia jurídica⁴² à norma harmonizada⁴³. Por outro lado, não menosprezando a titularidade da elaboração desta norma ser

38 Cfr. parágrafo 32.º

39 Cfr. parágrafo 34.º

40 Cfr. parágrafo 35.º

41 Cfr. parágrafo 40.º

42 Não deixa de ser interessante referir o parágrafo 60.º do Acórdão Global Garden de 2017 (processo T-474/15), o qual refere a intervenção do “advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona no n.º 54 das suas conclusões no processo James Elliott (...) mencionadas na audiência pela Comissão, as decisões relativas à publicação das normas harmonizadas são atos jurídicos suscetíveis de recurso de anulação” reforçando o caráter vinculativo destas normas harmonizadas e a tutela da Comissão e póstuma decisão de publicação.

43 Cfr. parágrafo 42.º, congrega eficácia jurídica material, permanecendo o afastamento da eficácia formal destas normas, pois caso tal ocorresse, as normas emanadas dos organismos privados não careciam de escrutínio público, privatizando a função de legislar.

confiada a um organismo de direito privado, é amplamente pautada por requisitos essenciais, promovidos, dirigidos e controlados por um mandato (M/125) erigido pela Comissão Europeia.⁴⁴

Já no que concerne a 3ª questão prejudicial, o cumprimento destas normas técnicas efetiva a presunção da conformidade no respeito dos requisitos essenciais⁴⁵, prosseguindo estes o interesse público ao proporcionar os níveis de proteção adequados e, esta, por sua vez, permite a livre circulação no interior da União.⁴⁶ Por sua vez, não compete ao juiz nacional avaliar a “qualidade comerciável” do produto conforme a norma harmonizada, afastando o teor técnico. Posto isto, depreendemos os seguintes aspetos afetos à póstuma indagação do modelo regulatório:

- Competência prejudicial para interpretar a norma harmonizada, pertencendo ao Direito da União;
- Delegação aos OEN a produção de normas técnicas e supervisão, controlo e o mandato da Comissão;
- Eficácia jurídica material, tomando a complementaridade ao direito derivado e a publicação no Jornal Oficial;
- Afastamento da interpretação técnica, focando nos níveis de proteção adequados iminentes dos requisitos essenciais.

Simultaneamente, certas indagações devem sobrepor os aspetos elencados previamente, questionando se haverá o risco da delegação de decisões políticas ao privado sem mecanismos de controlo? Ao longo do trabalho, ilustrando os mecanismos de controlo dos Estados-Membros e da Comissão, reconhecemos a eficácia dos mesmos, afastando o risco intolerável, como a prossecução meramente do interesse privado.

Partindo da eficácia jurídica destas normas, deverá estas encontrarem-se publicitados e de acesso gratuito? Parece a resposta ser afirmativa, pois do momento

44 Cfr. parágrafo 43.º

45 Cfr. parágrafo 41.º

46 Cfr. parágrafo 57.º, juntamente com o processo C-171/11 Fra.bo, sujeitando o organismo privado ao princípio da liberdade de circulação consagrado no artigo 34.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

que garantimos eficácia à norma, carecerá do respeito, podendo ser perspetivado como obstáculos à conformidade. Podemos deduzir um novo modelo regulatório na UE, partindo deste caso do Tribunal?

Respondendo à questão de partida, o modelo regulatório na U.E alterou significativamente, aglutinando a regulação pública em parilha com a regulação privada, numa perspetiva de Co-Regulação, principalmente com a valoração das normas técnicas, em especial, as normas harmonizadas, não obstante a essencialidade da *Hard Law* e a *Soft Law*, como formas de regular que persistiram no tempo, bem como os princípios subjacentes à *Lex informatica*, regular através do código e garantir a segurança por defeito e à conceção.

NÓTULA FINAL

Poderá antecipar-se o aumento da tensão, já sentida, entre os organismos privados com o papel do Estado, assumindo o incremento da externalização de certas funções clássicas, vertendo para o privado, por vezes, confinando a um hiato discricionário. Na nossa abordagem, consideramos a necessidade de articular a atuação do privado com o público, garantindo a legitimidade democrática. Partindo dos ensinamentos de Plotke, 1997: *“A political representative looks toward the preferences of those they represent, toward others’ preferences, and toward their own view of overall welfare. Political representatives recognize the existence of competing and general interests alongside those of their constituents. And they consider whether their constituents’ choices are the best way to get what those constituents want.”* (apud António Batista, 2010, pp. 491-514).

Qualquer entidade que possibilite a representação do coletivo, e, desta feita, espelhe a vontade geral dos constituintes, poderá configurar, para nós, condição suficiente para depreendermos a legitimidade democrática, até mesmo nos organismos privados, caso haja delegação dessa competência pelos órgãos públicos, tomando sempre como ponto de partida e ponto de chegada da produção da norma e, os privados, como ponto intermédio. Este é o modelo a seguir na regulação do ciberespaço, por esta envolver a afetação de interesses jurídicos fundamentais nesta nova geração de Direitos Fundamentais, a qual carece da salvaguarda por parte do Estado.

Em contraste, este Acórdão revoluciona o Direito Europeu e, em parte, revolucionará o modelo regulatório europeu, devido à reformulação do conceito de normas técnicas, em especial, as normas harmonizadas no seio da União Europeia, reconhecendo esta revolução com efeitos marcantes na regulação do ciberespaço. Conjuntamente, pelas características intrínsecas no ciberespaço, este, por sua vez, carecerá de mecanismo inovadores, parcialmente exposto por nós, para ajustar-se à progressiva atualização tecnológica.

Comprendemos com maior profundidade o processo de normalização, subjacente aos organismos internacionais de normalização, organismos europeus, e, parcialmente o organismo português, essenciais para a regulação do ciberespaço do futuro, protegendo os bens jurídicos indispensáveis à prossecução pública.

BIBLIOGRAFIA:

Almacinha, J. (2019). Introdução ao Conceito de Normalização em Geral e sua Importância na Engenharia, Repositório da Universidade do Porto, pp. 1-21

Bacelar Gouveia, J., (2013) A democracia na teoria do direito constitucional, obra coletiva “Liber Amicorum em homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 467-502 pp.

Baptista, A. (2010). Democracia e representação democrática. *Análise social n.º* 196, pp. 491-514, ISSN 0003-2573

Baron, J., Contreras, J. L., Husovec, M., Larouche, P., & Thumm, N. (2019). Making the Rules: The Governance of Standard Development Organizations and their Policies on Intellectual Property Rights. JRC Science for Policy Report, EUR, 29655.

Brízida Castro, R., (2016) Constituição e Ciberespaço: Argumentos Para um “Direito Constitucional Do Inimigo”? Conferência “Perspetivas Multidisciplinares em Cibersegurança”, CIJIC, pp. 1-41

Daskalova, V., I., e Heldeweg, M., A (2019)., Challenges for Responsible Certification in Institutional Context: The Case of Competition Law Enforcement in Markets with Certification in Certification, Trust, Accountability, Liability, pp. 24-71

Frade, C., (2003) A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento, *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 65 | 2003, posto online no dia 01 outubro 2012, consultado o 05 janeiro 2020, URL : <http://journals.openedition.org/rccs/1184> ; DOI : 10.4000/rccs.1184 pp. 107-128

Kallestrup, M. (2017). Stakeholder Participation in European Standardization: A Mapping and an Assessment of Three Categories of Regulation. *Legal Issues of Economic Integration*, 44(4), pp. 381-393.

Nogueira de Brito, M., (2018) Introdução ao Estudo do Direito, 2ª edição AAFDL Editores, pp.401-454, ISBN 9789726292005

Palmerini, E. (2013). The interplay between law and technology, or the RoboLaw project in context. In *Law and technology* (pp. 7-24). Pisa University Press.

Poiares, N. (2009), “Uma policialização da segurança privada”, Polícia Portuguesa, janeiro-março, pp. 28-33, n.º 10, III Série, Lisboa: Direção Nacional da PSP. Retrieved from ResearchGate

Portalier, P., (2017) Myths and realities of the presumption of conformity, Scope and relevance of the presumption of product conformity with Union harmonisation legislation in 10 questions and answers, version 1c, pp. 1-10

Rott, P., (2019) Certification - Trust, Accountability, Liability, Studies in European Economic Law and Regulation, Springer International Publishing, vol. 16, pp. 1-250, ISBN 978-3-030-02499-4

Shaffer, G. C., & Pollack, M. A. (2009). Hard vs. soft law: Alternatives, complements, and antagonists in international governance. *Minn. L. Rev.*, 94, 706.

Stemler, A. (2016). Regulation 2.0: The Marriage of New Governance and Lex Informatica. *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, 19, 87

Svantesson, D., J., B., (2019) Internet & Jurisdiction Policy Network,. Internet & Jurisdiction Global Status Report 2019., pp. 1-181

Teruel Lozano, Germán M.(2019) Fundamental Rights In The Digital Society: Towards A Constitution For The Cyberspace?. *Rev. chil. derecho* [online]., vol.46, n.1, pp.301-315. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000100301>.

Vieira de Andrade, J., C., (2017) Lições de Direito Administrativo, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, DOI:<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1489-2>, ISBN: 978-989-26-1488-5, pp. 1-130

Vilhena de Freitas, L., (2017) Direito Administrativo das Privatizações, in Tratado de Direito Administrativo Especial, Coord. Paulo Otero e Pedro Costa Gonçalves, Vol. VII, pp. 269-355, ISBN: 9789724064178

Waz, J., & Weiser, P. (2012). Internet governance: The role of multistakeholder organizations. *J. on Telecomm. & High Tech. L.*, 10, 331

Sítios Consultados:

ETSI - https://portal.etsi.org/directives/38_directives_feb_2018.pdf

CENELEC

<https://www.cenelec.eu/membersandexperts/referencematerial/index.html>

CEN

<https://www.cen.eu/about/GovStructure/GeneralAssembly/Pages/default.aspx>

ITU - <https://www.itu.int/en/history/Pages/ConstitutionAndConvention.aspx>

ISO - <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/statutes.pdf>

IEC - https://www.iec.ch/members_experts/refdocs/iec/stat_2001-2018e.pdf

Normas Harmonizadas Europeias: https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards_pt