

ADVOGADOS

Manuel Jorge Goes
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge Gonçalves
Pedro Madeira de Brito
António Costa

1

CONSULTA

O Grupo Português de Utilizadores do Sistema UNIX™ (PUUG) pretende saber se a prestação de serviços de acesso à rede Internet depende da obtenção prévia de licença ou autorização administrativa.

ADVOGADOS

Manuel Jorge Goes
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge Gonçalves
Pedro Madeira de Brito
António Costa

PARECER

I - ENQUADRAMENTO - SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E SERVIÇOS DE INFORMAÇÃO

1. A evolução tecnológica verificada nos últimos tempos ao nível das telecomunicações e o aumento acentuado da disponibilização de informação em computadores acessíveis através de redes de telecomunicações, têm gerado alguma confusão sobre a distinção conceptual entre os serviços de telecomunicações propriamente ditos e os serviços de informação.

Por essa razão, importa antes do mais tentarmos delimitar a fronteira entre esses dois tipos de serviços e compreender as razões que conduzem a que por vezes a mesma se apresente especialmente esbatida e sem contornos nítidos.

Estes dois tipos de serviços, para além de serem tecnicamente diferenciados, estão sujeitos a um regime jurídico extremamente diverso.

Desde logo, porque o sector das telecomunicações está relativamente vedado aos privados, ao passo que os serviços de informação se encontram sujeitos a um regime caracterizado pela liberdade de acesso e pela ampla autonomia dos prestadores do serviço¹.

Com efeito, nos termos do disposto no art. 4º da Lei nº 46/77, de 8 de Julho, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 339/91, de 10 de Setembro

¹ Não obstante as restrições derivadas da necessidade de proteger os cidadãos contra a difusão abusiva dos seus dados pessoais, bem assim como a propriedade intelectual da informação disponibilizada.

ADVOGADOS

Manuel Jorge Goes
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge Gonçalves
Pedro Madeira de Brito
António Costa

3

"1 - É vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às seguintes actividades económicas:

a) (...);

b) (...);

c) (...);

d) Telecomunicações, com excepção dos serviços complementares da rede básica e dos serviços de valor acrescentado;

e) (...);

f) (...)."

Por seu turno, dispõe-se no mesmo art. 4º do referido diploma legal, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 372/93, de 29 de Outubro que

"4 - As actividades de telecomunicações referidas na alínea d) do nº 1 e que se mantêm vedadas a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza podem ser exercidas por empresas que resultem da associação de entidades do sector público, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social da nova sociedade, com outras entidades."

Densificando o regime jurídico relativo à delimitação de sectores, a Lei de Bases do Estabelecimento, Gestão e Exploração das Infra-Estruturas e Serviços de Telecomunicações (Lei nº 88/89, de 11 de Setembro) veio estabelecer um conceito legal de telecomunicações, conceito esse que se revela essencial para compreender a proibição de acesso estabelecido e, *à contrario*, para delimitar o âmbito das actividades relacionadas

ADVOGADOS

Manuel Jorge Goes
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge Gonçalves
Pedro Madeira de Brito
António Costa

4

de uma forma mais ou menos directa com aquele serviço e que se regem pelo princípio da livre iniciativa privada².

Dispõe-se no art. 1º, nº 2 dessa Lei nº 88/89 que

"Por telecomunicações, entende-se a transmissão, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fios, meios radioeléctricos, ópticos ou outros sistemas electromagnéticos."

Existe, deste modo, harmonia conceptual do direito interno com o direito comunitário.

Na verdade, estatui-se no art. 1º, nº 14 da Directiva nº 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993

"Rede pública de telecomunicações - a infra-estrutura pública de telecomunicações que permite o transporte de sinais entre pontos terminais definidos da rede por fios, por ondas hertzianas, por meios ópticos ou por outros meios electromagnéticos."

Um ponto terminal da rede é o conjunto das conexões físicas e das especificações técnicas de acesso que fazem parte da rede pública de telecomunicações e são necessárias para permitir o acesso a essa rede pública e a comunicação eficaz por seu intermédio."

Aplicando-se em seguida este conceito na definição do serviço de telecomunicações, relativamente ao qual se dispõe no nº 15 do mesmo preceito:

² Estas actividades relacionadas com o ou os serviços de telecomunicações não estão integradas no sector vedado à iniciativa privada exactamente por não se subsumirem no conceito de telecomunicações.

ADVOGADOS

Manuel Jorge Goes
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge Gonçalves
Pedro Madeira de Brito
António Costa

5

"Serviços públicos de telecomunicações - os serviços de telecomunicações de que os Estados-membros tenham confiado especificamente a oferta, nomeadamente a uma ou mais entidades de telecomunicações.

Serviços de telecomunicações - os serviços que consistem no todo ou em parte, na transmissão e encaminhamento de sinais na rede pública de telecomunicações mediante processos de telecomunicação, com excepção da radiodifusão e da televisão."

2. No nosso ordenamento jurídico não existe norma que consagre uma definição legal global de serviço de telecomunicações, apesar de em nossa opinião ele resultar, claro do teor literal do disposto no art. 1º da Lei nº 88/89.

Com efeito, da conjugação das normas do número 1 e do número dois desse preceito por serviço de telecomunicações há-de entender-se a gestão e exploração das infra-estruturas utilizadas para a transmissão, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Significa isto que o serviço de telecomunicações se caracteriza como uma **actividade de transporte de sinal**.

Ora, é exactamente esta actividade que se encontra relativamente vedada ou proibida ao sector privado, com os contornos definidos na Lei de Delimitação de Sectores.

Esses contornos prendem-se, fundamentalmente, com a distinção que é feita entre três tipos de serviços de telecomunicações: serviço público de telecomunicações, serviços de telecomunicações complementares e serviços de valor acrescentado.

ADVOGADOS

Manuel Jorge Goes
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge Gonçalves
Pedro Madeira de Brito
António Costa

ca br

6

3. O serviço público de telecomunicações é aquele que consiste na gestão e exploração das infra-estruturas que constituem a rede básica de telecomunicações (art. 8º, nº 2 da Lei nº 88/89).

Constitui, por isso, o núcleo essencial ou fundamental do serviço de telecomunicações em geral, que nos termos da lei integra obrigatoriamente os serviços de telefone e telex, bem como um serviço comutado de transmissão de dados (art. 8º, nº 3 da Lei nº 88/89).

4. Os serviços de telecomunicações complementares são serviços que consistem na gestão e exploração de infra-estruturas de telecomunicações de uso público que não integram a rede básica de telecomunicações (arts. 10º e 11º da Lei nº 88/89).

Significa isto que são serviços de transmissão, recepção ou emissão de sinal que não prestam serviços de telefone e telex e não assumem a prestação do serviço comutado de transmissão de dados que obrigatoriamente integra o serviço público, ainda que possam integrar serviços comutados de transmissão de dados.

5. Por último, os serviços de valor acrescentado, frequentemente designados como serviços de audiotexto, são aqueles que, conforme se estabelece no art. 13º da Lei nº 88/89, tendo como único meio de suporte os serviços fundamentais ou complementares, não exigem infra-estruturas de telecomunicações próprias e são diferenciáveis em relação aos próprios serviços que lhes servem de suporte.

Deste conceito legal, poder-se-ia, numa primeira análise, ser levado a considerar que não estavam aqui perante um verdadeiro serviço de telecomunicações, mas antes perante a prestação de um serviço com aquele relacionado.

Com efeito, do conceito legal que vimos de citar parece resultar que neste serviço específico não existe qualquer actividade de transmissão, recepção e emissão de sinal.

ADVOGADOS

Manuel Jorge ~~Goes~~
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge Gonçalves
Pedro Madeira de Brito
António Costa

Gr *Gr*

7

Tal não é, no entanto, a realidade.

É que este serviço constitui uma verdadeira forma de gestão, ou mais correctamente, exploração da rede básica ou da rede complementar de telecomunicações.

Com efeito, este serviço de valor acrescentado consiste, de facto, na actividade de transmissão, emissão e recepção de sinal, tendo como única característica individualizadora o facto de não ter por base uma rede própria, antes se apoiando nas infra-estruturas da rede fundamental e da rede complementar.

Enquanto serviço de telecomunicações, o serviço de valor acrescentado não se confunde, por isso mesmo, com os serviços de informação que são prestados através dele, antes se traduzindo na actividade de gestão de um conjunto de linhas ou canais de comunicação, actividade essa que compreende, entre outras, as funções de aluguer de linhas e de manutenção e gestão dos terminais específicos que utiliza.

6. Do que vimos de expor resulta inequívoco que consideramos todos os serviços enunciados na Lei, sejam eles fundamentais, complementares ou de valor acrescentado, como verdadeiros serviços de telecomunicações, ou seja, como serviços que consistem na transmissão, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fios, meios radioeléctricos, ópticos ou outros sistemas electromagnéticos.

7. Serviço completamente distinto do serviço de telecomunicações é o de informação.

Na verdade, não obstante o serviço de informação ser na maioria das vezes prestado com recurso à rede pública de telecomunicações, ele não se confunde com este.

ADVOGADOS

Manuel Jorge Goes
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge Gonçalves
Pedro Madeira de Brito
António Costa

ca br

8

Com efeito, o serviço de informação caracteriza-se pelo papel activo desempenhado pelo utilizador que dialoga com o prestador do serviço e que acede a um conjunto maior ou menor de informação que é por este posta à sua disposição ou lhe é tornada acessível.

O relacionamento com os serviços de telecomunicações caracteriza-se, por isso, pela instrumentalidade deste último em relação àquele, relacionamento que não é, sequer, obrigatório.

Na verdade, é perfeitamente possível conceber um serviço de informação sem recurso à rede de telecomunicações.

Tal era aliás o que acontecia até há alguns anos na generalidade das situações e é o que sucede ainda em alguns casos pontuais.

Com efeito, quanto à natureza do serviço prestado, um banco de dados informático acessível através da rede de telecomunicações não é diverso de um posto de informações instalado num edifício e onde as pessoas se deslocam para obter as informações desejadas.

O que varia nestas duas situações é, não a natureza do serviço prestado, mas tão só, as características técnicas da prestação do serviço, nomeadamente no que diz respeito ao volume de informação que se pode disponibilizar, à rapidez e comodidade do acesso e ao meio utilizado pelo interessado para alcançar a informação.

Daqui se retira que o serviço de informação pode ser prestado sem necessidade de utilização da rede pública de telecomunicações.

Acresce que esse mesmo serviço pode, ainda, ser prestado através da rede de telecomunicações sem utilização de equipamento informático e, portanto, sem que exista

ADVOGADOS

Manuel Jorge Goes
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge Gonçalves
Pedro Madeira de Brito
António Costa

9

qualquer margem para dúvidas sobre a inviabilidade da sua caracterização como serviço de telecomunicações.

Na verdade, se substituirmos o equipamento informático por pessoas que pesquisem e forneçam a informação solicitada estaremos seguramente perante um serviço de informação que utiliza a rede pública de telecomunicações, mas que não se confunde minimamente com o próprio serviço de telecomunicações.

De facto, é perfeitamente possível assegurar um serviço de informação de grande dimensão em termos de cada utilizador solicitar a um funcionário da entidade prestadora do serviço a informação que pretende obter e este a facultar através de um contacto individualizado.

Tal serviço seria porém, economicamente inviável e de reduzida qualidade quando comparado com um serviço de informação de base informática.

Parece-nos, por isso, que a prestação de serviços de informação com base na conexão entre computadores e demais equipamento informático complementar não constitui um serviço de telecomunicações, não estando, por isso sujeita ao mesmo regime legal, quer no que se refere ao acesso a essa actividade, quer no que respeita às regras de funcionamento.

Esse parece ser, aliás, o entendimento comum na prática administrativa portuguesa, pois diversas bases de dados de informação geral e especializada são acessíveis através de redes de telecomunicações, nunca tendo sido suscitada qualquer dúvida sobre a sua não caracterização como serviço de telecomunicações³.

³ A título de exemplos, tanto o serviço de informação prestado pelo Ministério da Justiça, de acesso às bases de dados do Tribunal Constitucional, do Supremo Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Administrativo e da Procuradoria Geral da República, como o serviço de informação prestado pelo Grupo Parlamentar do Partido Socialista da Assembleia da República, são acessíveis através das redes públicas de telecomunicações.

ADVOGADOS

Manuel Jorge Goes
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge Gonçalves
Pedro Madeira de Brito
António Costa

60 642

10

Entendemos, deste modo, que a actividade de prestação de serviços de informação não se encontram sujeita ao regime legal estabelecido para a actividade de prestação de serviços de telecomunicações.

8. Assim sendo, e por falta de regulamentação específica a este respeito, somos forçados a concluir que vigora relativamente à prestação de serviços de informação o princípio da liberdade de iniciativa económica privada.

Por seu turno, as condições da prestação do serviço são caracterizadas por uma ampla autonomia da vontade, no sentido que é por força do vínculo contratual estabelecido entre o prestador e o utilizador final e entre o prestador e eventuais fornecedores de informação que se regem as relações jurídicas que se estabeleçam no âmbito do seu funcionamento e utilização, ainda que existam algumas regras que limitem essa autonomia, nomeadamente no que diz respeito à protecção de dados informáticos e à salvaguarda da intimidades das pessoas.

9. Entendemos, por isso, que a resposta à questão jurídica que nos é colocada pelo PUUG passa essencialmente pela caracterização do serviço por ele prestado, em termos de apurarmos se se trata de um serviço de telecomunicações ou de um serviço de informação.

II - CARACTERIZAÇÃO DO SERVIÇO DE ACESSO À REDE INTERNET

10. De uma forma simplificada podemos caracterizar a rede Internet como uma rede mundial de computadores, que interliga dezenas de milhares redes locais e regionais⁴, pertencentes a instituições públicas, universidades, centros de investigação científica, organizações não governamentais e empresas comerciais, etc...

Trata-se, por isso, de uma rede difusa, que contrariamente aos grandes sistemas comerciais de informação não é propriedade de uma só entidade, regendo-se por mecanismos de concertação e colaboração recíproca entre os proprietários e administradores de cada uma das redes regionais e locais que a integra.

Deste modo, cada um gere o seu "domínio" próprio na rede, estabelecendo as regras de acesso aos respectivos sistemas informáticos e à informação neles disponível.

Um primeiro nível, mais limitado caracteriza-se por disponibilizar correio electrónico diferido, bem como acesso a algumas conferências electrónicas seleccionadas pela entidade que concede o acesso.

Trata-se de um conjunto mínimo de serviços de informação, usualmente disponível através das populares Buletin Board Systems (BBS)⁵.

Um segundo nível de acesso, usualmente designado por "Internet Login", que consiste em fornecer ao utilizador uma área individual num computador ligado à rede Internet, através da qual o utilizador pode aceder aos serviços de informação interactivos da

⁴ São pouco seguros os dados relativos ao número de servidores (hosts) e de utilizadores da Rede Internet, surgindo referências muito díspares que vão, respectivamente, de 1 a 2 milhões de servidores e de 15 milhões a 30 milhões de utilizadores.

⁵ Na tradução literal, jornais de parede electrónicos.

Internet, ainda que não obtenha uma interactividade em tempo real, nem possa tirar partido de programas informáticos que permitam obter interfaces gráficos e menus.

Um terceiro nível de acesso, usualmente designado por IP puro⁶, é aquele através do qual é possível uma interactividade em tempo real com a plataforma a que se acedeu, para além de garantir o acesso a toda a informação disponível na rede, sujeita, evidentemente, às condições de acesso definidas pelo administrador da plataforma informática onde a informação reside.

11. Dos documentos que nos foram fornecidos pelo PUUG, relativos às características dos serviços por ele prestados no que diz respeito ao acesso à rede Internet, podemos concluir que tal acesso é facultado nos três níveis referidos.

O nível de acesso UUCP, também designado por Mail, que confere ao utilizador o direito de utilizar o gateway Internet da EUnet para envio e recepção de correio electrónico dirigido à rede Internet mundial e a todas as redes acessíveis a partir das mesmas, para além de permitir a participação nas conferências electrónicas (news) que integram a rede Usenet.

O nível de acesso Internet Login, onde se destacam as seguintes características e subserviços:

- Telnet, FTP e E-mail;
- Serviços de informação interactivos da Internet;
- Acesso às Usenet News;
- 5 Mbytes de espaço em disco;

⁶ Internet Protocol.

- Download e upload de ficheiros, E-mail e News.

O nível de acesso IP puro, caracterizado por consistir num acesso individual ou institucional utilizando os protocolos SLIP ou PPP e de onde se destacam as seguintes características e subserviços:

- Mailbox para recepção E-mail, mesmo quando desconectado;
- Acesso a um servidor de Usenet News;
- Acesso interactivo à rede em ambiente gráfico
- Apoio na obtenção do software necessário à emulação do ambiente gráfico.

O nível de acesso IP puro para instituições também é disponibilizado através de linhas dedicadas, que garantem uma ligação permanente dos utilizadores à rede, aos quais é atribuído um "domínio" próprio.

Desta caracterização sumária do acesso facultado pelo PUUG à rede Internet, parece-nos de destacar dois aspectos que nos parecem essenciais:

1º - Por um lado, que da informação acessível ao utilizador uma parte está nos próprios servidores do PUUG, ainda que a maioria da informação aí existente provenha de outros servidores existentes na rede Internet, e outra está fisicamente localizada noutros servidores da rede, situados num qualquer ponto do planeta.

2º - Por outro lado, que o acesso à rede Internet facultado pelo PUUG não passa, pelo transporte do sinal, antes funcionando como uma espécie de "porta de entrada" na rede.

ADVOGADOS

Manuel Jorge Goes
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge Gonçalves
Pedro Madeira de Brito
António Costa



14

Com efeito, o acesso dos utilizadores ao serviço prestado é realizado através do estabelecimento de uma conexão sobre linha telefónica ou ISDN, IP sobre X.25 público ou através de linhas dedicadas, conforme opção do próprio utilizador que aluga essas linhas de acesso a um operador público de telecomunicações.

De igual forma, também a ligação que é estabelecida entre os computadores do PUUG e as restantes plataformas da rede Internet é realizada através das infra-estruturas básicas ou complementares de telecomunicações explorados pelos operadores de telecomunicações a quem o PUUG aluga linhas, como qualquer outra entidade.

Significa isto que o PUUG utiliza a rede de telecomunicações pública, não estando integrada na sua actividade ou serviço prestado o transporte de sinal, característicos daquele tipo de serviços, como vimos inicialmente.

Na verdade, o transporte de sinal é assegurado por empresas de telecomunicações, nomeadamente a Portugal Telecom, a Telepac e a Connexo, as quais alugam ao PUUG linhas e circuitos dedicados para esse efeito.

O serviço prestado pelo PUUG caracteriza-se, deste modo, por disponibilizar informação que está fisicamente localizada nos seus próprios servidores, bem como em tornar possível a entrada de um utilizador na rede Internet por forma a que ele se possa conectar com um servidor localizado numa rede local fora dos domínios do PUUG e aí aceder a outros repositórios de informação.

Deste modo, o serviço em causa traduz-se, não na prestação de um serviço de telecomunicações, cujo carácter distintivo especial consiste no transporte de sinal entre dois pontos, mas apenas na prestação de um serviço de informação, que se consubstancia na atribuição de privilégios de acesso a uma rede informática difusa, de âmbito mundial, na qual aquela informação se encontra disponível.

Refira-se, aliás, que a rede Internet, pelo menos teoricamente, poderia estar configurada em termos de uma rede informática com ligação física através de cabos próprios, como sucede em qualquer escritório ou empresa.

Tal não acontece não apenas em virtude da distância que separa os vários servidores e terminais integrados na rede, e dos problemas técnicos que essa solução comportaria, mas precisamente porque, como vimos relativamente ao caso português, as diversas legislações nacionais não permitem a transmissão, recepção ou emissão privativa de sinais através do domínio público imobiliário ou radioeléctrico.

Por essa razão, e por forma a viabilizar tecnicamente a existência da própria rede, são utilizadas as infra-estruturas públicas de telecomunicações como meio de transporte de sinal entre os computadores situados em propriedades ou condomínios distintos e mediante o pagamento das respectivas taxas de utilização aos operadores de telecomunicações⁷.

De igual forma, o serviço prestado pelo PUUG poderia ser realizado em termos que obrigassem os utilizadores a deslocarem-se às suas instalações com o objectivo de aí acederem à rede ou, pelo menos, de consultarem a informação disponível nos seus próprios servidores.

⁷ Nos termos do art. 2º/2/g) da citada Lei nº 88/89, de 11 de Setembro, consideram-se como telecomunicações privadas "as que se prestam dentro de uma mesma propriedade ou condomínio, desde que não utilizem o domínio público radioeléctrico e só tenham ligação com o exterior através de um interface com as telecomunicações de uso público". Assim, mesmo que por absurdo se qualificasse a actividade prestada pelo PUUG como um serviço de telecomunicações, a mesma sempre cairia fora do âmbito do conceito de telecomunicações de uso público e, conseqüentemente, da respectiva reserva de sector. Neste sentido, a actividade desenvolvida pelo PUUG não se distingue materialmente daquela que é levada a cabo na generalidade das instituições tendo em vista a ligação em rede dos seus computadores, ainda que situados em pontos distantes do território nacional. Tal actividade não está, como é óbvio, dependente de licenciamento ou autorização administrativa.

Porém, para comodidade dos utilizadores e porque a tecnologia o permite, tal serviço é garantido por meio da comunicação entre os computadores dos utilizadores e os servidores do PUUG, através da rede pública de telecomunicações.

Neste sentido, os serviços de telecomunicações, prestado por operadores de telecomunicações devidamente licenciado, constituem apenas um instrumento necessário ao acesso à rede Internet, como o são, aliás, a todas as demais formas de comunicação à distância em tempo real, quer se trate de uma simples ligação telefónica entre duas pessoas ou do envio e recepção de um fax ou de um telegrama⁸.

CONCLUSÃO:

12. Chegados a este ponto podemos concluir que o serviço de acesso à Internet assegurado pelo PUUG é um serviço de informação e não um serviço de telecomunicações em qualquer das suas modalidades.

Por esse facto, e uma vez que a prestação de serviços de informação é caracterizada pelo princípio da liberdade de acesso à actividade e pela regulamentação liberal do seu próprio funcionamento, parece-nos claro que a prestação daquele serviço não depende de qualquer autorização ou licença administrativa

⁸ Também nestes casos não é o envio do fax ou telex que constitui um serviço de telecomunicações, mas antes o transporte do sinal, ou seja a gestão e exploração da rede que tomam possível ao sinal "viajar" entre o aparelho emissor e o aparelho receptor.

ADVOGADOS

Manuel Jorge **Goes**
Gonçalo Capitão
Claudio Monteiro
Jorge **Gonçalves**
Pedro Madeira de Brito
António Costa

17

Este é, salvo melhor opinião, o nosso parecer



GONÇALO CAPITÃO

Advogado

Assistente de Direito Administrativo
da Universidade Lusíada



CLAUDIO MONTEIRO

Advogado

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa