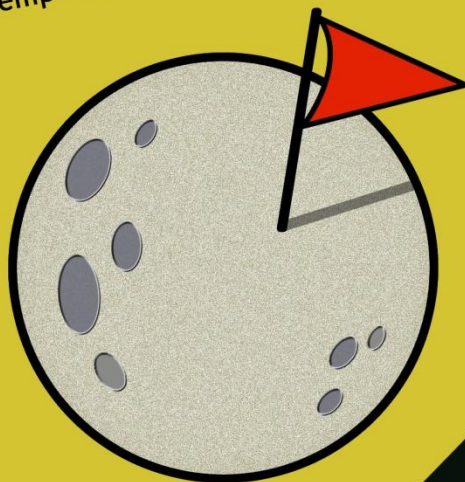


DIREITO:

A PENSAR TECNOLOGICAMENTE

DIREITO: A PENSAR TECNOLOGICAMENTE

Em pleno século XXI, o ciberespaço assume-se como o novo plano da acção. Este, representa, entre outras dimensões, um conjunto cada vez mais alargado e eficiente de meios de comunicação e de informação ao serviço do Homem. A sociedade hodierna, inebriada por esta revolução tecnológica, numa quase-metamorfose híbrida, adapta-se a esta tecno-dependência. Mas, será que compreendemos, minimamente, o advento do ciberespaço e do tempo moderno em que vivemos?



DIREITO: A PENSAR TECNOLOGICAMENTE

cyber espaço
novas fronteiras

cyber ataques
algumas estratégias
de mitigação

cyber segurança
preocupação global

OUTROS

- direito constitucional do Inimigo
- obscurantismo
- DOTMLPI-I
- ENISA



CYBERLAW

by CIJIC



**CONSTITUIÇÃO E CIBERESPAÇO: ARGUMENTOS
PARA UM "DIREITO CONSTITUCIONAL DO
INIMIGO"?**

***CONSTITUTION AND CYBERSPACE: ARGUMENTS
FOR A "CONSTITUTIONAL LAW OF THE ENEMY"?***

RAQUEL A. BRIZÍDA CASTRO¹

¹ Doutora em Direito, Ciências Jurídico-políticas, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Investigadora do Centro de Investigação em Direito Público do Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito de Lisboa; Membro da Comissão para a Doutrina do Cibersegurança, junto da Autoridade Nacional de Segurança; Vogal do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC).
Correio eletrónico: Raquelcastro@fd.ul.pt

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO; PARTE I. REFLEXÕES PARA UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL TECNOLOGICAMENTE NEUTRA; 1. CONSTITUIÇÃO E CIBERESPAÇO: “CONTRADICTIO IN TERMINIS”?; 2. DA EXACERBAÇÃO DAS CONDIÇÕES DA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: A PRÉ-COMPREENSÃO DO INTÉRPRETE ENTRE O ESPARTILHO TEXTUAL E A SUBVERSÃO DO PROGRAMA NORMATIVO-CONSTITUCIONAL; 3. DO IMPACTO DOS FACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO DOMÍNIO NORMATIVO E VERTENTE DINÂMICA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL; 4. DA INSUBSTITUIBILIDADE DO PAPEL DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAÇÃO DO CIBERESPAÇO; PARTE II. CONSTITUIÇÃO E REGULAÇÃO DO CIBERESPAÇO; 5. DA RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DO IMPACTO EFETIVAMENTE RESTRITIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO PERÍMETRO PROTETIVO DOS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS; 6. INFRAESTRUTURAS CRÍTICAS, DEVER DE REPORTE E AS OMISSÕES JURÍDICO-CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES NA ESTRATÉGIA DA SEGURANÇA NO CIBERESPAÇO; 7. A INDEFINIÇÃO REGULATÓRIA DO CIBERESPAÇO NÃO LEGÍTIMA NEM CARECE DE UM “DIREITO CONSTITUCIONAL DO INIMIGO”*

RESUMO

Os novos problemas do ciberespaço têm impacto na interpretação constitucional e na justiça constitucional. O eventual excesso de interpretativismo pode resultar da exacerbação das condições de concretização, através da sobrevalorização do impacto dos dados reais e do problema concreto a resolver, no domínio normativo. Uma interpretação tecnologicamente neutra que deve garantir a tradução dos valores constitucionais positivados, explícita ou implicitamente, nas normas constitucionais, para a atual realidade tecnológica, salvando a identidade constitucional, no limite do texto constitucional. Perante um domínio normativo onde o ritmo de intervenção legislativa e correspondente densidade são, particularmente, problemáticos, torna-se crucial garantir que o expetável incremento de ativismo judicial, designadamente através da criação de normas “*ad casum*”, possa ser sujeito ao escrutínio da justiça constitucional. Os novos desafios reclamam uma refundação regulatória, focada na atividade efetivamente desenvolvida e no impacto efetivo das intervenções restritivas. A atual indefinição regulatória do ciberespaço não legitima estados de exceção constitucional, não previstos, ou um “*Direito Constitucional do Inimigo*”.

Palavras-Chave: Regulação Constitucional do Ciberespaço; Interpretação Constitucional Tecnologicamente Neutra; Justiça Constitucional; Modelos Regulatórios; “Direito Constitucional do Inimigo”

ABSTRACT

Issues newly raised by cyberspace have an impact on constitutional justice and interpretation. At one normative level, one possible interpretivism surplus may result from one exaggeration of the legal conditions fulfillment - through overvaluing the impact of concrete data and the specific problem to solve. One technologically neutral constitutional interpretation for the current technological reality should ensure the consecration of positivized constitutional values - explicitly or implicitly - in the constitutional provisions, saving the constitutional identity on the constitutional text limit. It is then critical to ensure that the expected increase of judicially activism - inter alia, by setting "ad casum" norms - may be subjected to the scrutiny of constitutional justice, given this regulatory domain where the pace of legislative intervention and its consequent legal density are particularly problematic. These new cyberspace challenges call for a refoundation of the regulatory framework focused on the activity actually developed and on the concrete impact of restrictive interventions. The present indefinition of the regulatory framework of cyberspace cannot justify constitutional states of emergency, unforeseen, or even a "Constitutional Law of the Enemy."

Keywords: *Constitutional Cyberspace regulation; Technologically Neutral Constitutional interpretation; Constitutional justice; Regulatory models; "Constitutional Law of the Enemy"*

INTRODUÇÃO

Perante as novas tecnologias, apenas uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra¹ pode garantir que as regras e os princípios estruturantes, os valores vertidos nas disposições constitucionais, as categorias e institutos jurídico-constitucionais aplicáveis, mantêm toda a sua efetividade. Não obstante, a relevância da dogmatização de uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra pressupõe o reconhecimento prévio do impacto específico dos factos tecnológicos e dos seus problemas concretos na interpretação constitucional e na Justiça Constitucional. Este constituirá o desiderato da primeira parte (I) da presente reflexão.

Na segunda parte (II), procuraremos, a partir de pistas recentes, demonstrar a dificuldade de categorização prévia de modelos regulatórios aplicáveis ao ciberespaço e problematizar, para efeitos de delimitação do perímetro protetivo dos direitos e liberdades, a relevância da atividade efetivamente desenvolvida e do impacto efetivo dessa intervenção restritiva. No desfecho da reflexão, respigando o argumentário expandido ao longo do artigo, procuraremos ser incisivos na conclusão de que os eventuais ciberdesafios não podem legitimar uma interpretação constitucional amiga de um *Direito Constitucional do Inimigo*².

¹ O conceito de interpretação constitucional tecnologicamente neutra foi, por nós, dogmatizado, na nossa Dissertação de Doutoramento. Vide - CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 91 e segs; (2014) *Constituição, Lei de Regulação dos Media: Contributo para o Estudo da Constituição Portuguesa da Comunicação*, Dissertação de Doutoramento (Inédita), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pp. 84 e segs.

² Inspiramo-nos no conceito de “*Direito Penal do Inimigo*”, dogmatizado por JAKOBS, adaptando-o aos novos desafios constitucionais, gerados pelo Ciberespaço. – JAKOBS, Günther/MELIÁ, Manuel Cancio (2003) *Derecho penal del Enemigo*, Civitas, Madrid.

***PARTE I - Algumas Reflexões para uma Interpretação Constitucional
Tecnologicamente Neutra***

Uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra requer um ajustamento às novas questões suscitadas pelas novas tecnologias³. Apesar de alguma doutrina questionar, em termos gerais, as estruturas tradicionais do direito público⁴, uma análise perfunctória do Direito Constitucional do ciberespaço⁵ leva-nos a sufragar as teses, segundo as quais, a sua constitucionalização é não apenas uma possibilidade, mas desde logo uma necessidade⁶. O ciberespaço não pode ser um espaço livre de direito, ainda que integrado numa sociedade da informação, global ou transnacional⁷, não obstante a consciência de que a sua constitucionalização⁸ é uma tarefa do futuro⁹. A Constituição não deve ser acolhida, apenas, como ditadora de limites, numa dimensão puramente negativa, como deve ver reforçada a sua vertente positiva, esperando-se que ela participe no desenho de uma opção de fundo da ordem normativa, expressa no catálogo dos direitos fundamentais. Daí a necessidade, pertinência e oportunidade de elaboração de uma Carta de Direitos para a Internet (“*Bill of Rights*”).

³ Sobre o direito de acesso à *internet*, como um direito fundamental, mesmo oponível ao Estado – SEGURA-SERRANO, Antonio (2006) “*Internet Regulation and the role of International Law*”, in *Max Planck UNYB*, 10; p. 265.

⁴ Para TRACHTMAN, o ciberespaço não vai destruir o Estado, podendo tanto fortalecê-lo como enfraquece-lo. Exige, porém, uma revisão dos conceitos de jurisdição e de soberania. - TRACHTMAN, Joel (1998) “*Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction and Modernism*”, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 5, Issue 2, Article 10; pp. 561 e segs.

⁵ Conforme nota WÜRTEMBERGER, as duas últimas décadas estão marcadas por duas revoluções silenciosas: a revolução técnica da *internet* e a revolução do conhecimento na sociedade de informação. - WÜRTEMBERGER, Thomas (2008) “*La Transformación del Derecho en la Sociedad de la Información*”, in *Dignidad de La Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Coord. Francisco Fernández Segado, Dykinson-Constitucional; p. 1041.

⁶ PEREIRA, Alexandre Libório Dias (2012), “*Direito Ciberespacial: “soft law” ou “hard law”?*” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, BFDC, Coimbra Editora: Coimbra; p. 695.

⁷ WÜRTEMBERGER, Thomas (2008) “*La Transformación del Derecho en la Sociedad de la Información*”, in *Dignidad de La Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Coord. Francisco Fernández Segado, Dykinson-Constitucional; p. 1060.

⁸ Sobre o Transconstitucionalismo nas suas múltiplas vertentes. – NEVES, Marcelo (2012) “*Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. III*, Coimbra Editora: Coimbra; pp.615-652.

⁹ WÜRTEMBERGER, Thomas (2008) “*La Transformación del Derecho en la Sociedad de la Información*”, in *Dignidad de La Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Coord. Francisco Fernández Segado, Dykinson-Constitucional; p. 1059.

1.CONSTITUIÇÃO E CIBERESPAÇO: “CONTRADICTIO IN TERMINIS”?

1.1.Problemático é, não obstante, o conceito de Constituição para a doutrina constitucional do ciberespaço, teoricamente mais próximo de um sistema de *common law*¹⁰, baseado em precedentes e no costume, do que num ordenamento jurídico-constitucional como o português, fundado numa Lei Fundamental hiper-rígida¹¹, dotada de limites formais, temporais, circunstanciais e materiais de revisão constitucional. Mesmo a própria Constituição dos EUA, “*subsidiariamente consuetudinária e predominantemente instrumental*”¹², os princípios e regras costumeiras, nela integrados, “*não têm o mesmo peso dos costumes constitucionais britânicos, convertidos em “Common Law” mediante decisão dos tribunais superiores*”¹³. Será então o conceito de Constituição rígida, em sentido instrumental, compatível com o ciberespaço? Ou terá de render-se à provisoriedade do *living Constitutionalism*¹⁴? A eventual contradição nos termos, sublinhada no presente título, surge agravada com a afirmação dogmática da existência de uma relação determinista entre os conceitos de Constituição e de Estado: “*onde houver Constituição existirá Estado*”, ou, menos restritivamente, “*onde houver Estado de Direito haverá Constituição*”¹⁵, aparentando ser uma questão de poder constituinte, nas suas “*intermitentes revelações atípicas e difusas, sem povo e sem vontade*

¹⁰ LESSIG sustenta que: “*if we understand a Constitution as a set of relatively unplastic constraints – understandings or ways of living, practices or inbuilt institutions – then cyberspace has a Constitution*”. Trata-se, para o autor de uma espécie de Constituição não escrita, uma “*architecture*” e uma “*architecture that regulates*”. – LESSIG, Lawrence (2000) “Cyberspace’s Constitution, Draft 1.1.”, *Lecture given at the American Academy*, Berlin: Germany; pp. 1-3; No mesmo sentido, PERRIT Jr. sustenta que a Constituição da *internet* não existe de um ponto de vista instrumental, como a Constituição britânica. – PERRIT Jr., Henri H. (2012) “The *Internet* at 20: Evolution of a Constitution for Cyberspace”, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 20:000; p.2.

¹¹ MORAIS, Carlos Blanco (2006) *Justiça Constitucional*, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra Editora: Coimbra; pp. 59 e segs..

¹² MORAIS, Carlos (2014) *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora: Coimbra; p. 46.

¹³ Como ensina Blanco de MORAIS, “*a “Common Law” norte-americana é distinta da britânica e não se afirma como uma fonte própria de Direito Constitucional, pois os tribunais só podem criar direito, por via interpretativa, a partir da Constituição escrita*”. - MORAIS, Carlos (2014) *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora: Coimbra; p. 93.

¹⁴ Conforme já vimos, segundo STRAUSS, uma Constituição baseada na “*common law*” é um “*Living Constitution*”, mas que também que pode proteger princípios fundamentais, apesar da transitoriedade da opinião pública. – STRAUSS, David (2010) “The *Living Constitution*”, in *Oxford University Press*; p. 3.

¹⁵ MORAIS, Carlos (2014) *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora: Coimbra; p. 303.

*democrática legitimadora*¹⁶. Não obstante, se as questões do ciberespaço integram hoje a rotina dos cidadãos, os valores a proteger deverão ser decantados do núcleo identitário constitucional.

A erosão dos conceitos tradicionais do Direito Público pelas questões emergentes do ciberespaço é uma questão emergente e, embora, recorrente, localiza-se ainda na pré-história da sua dogmatização científica. Sem prescindir de um aprofundamento futuro, não pretendemos, porém, no presente artigo, trilhar um caminho sem saída. Diremos, fundados em evidências empírico-científicas, que o mais provável é que o conceito de Constituição, tal como o conhecemos, seja mesmo incompatível com o ciberespaço, porquanto o mesmo pressupõe a existência de um Estado, conforme a doutrina do direito público sempre vaticinou. Logicamente, nenhum Estado pode reclamar a sua soberania perante um recurso global que é a *internet*, ou o espaço comum do ciberespaço. O reconhecimento da dificuldade, ou mesmo impossibilidade, do sonho de um Tratado global, conforme aos parâmetros tradicionais, não é, todavia, o fim do mundo nem da Constituição.

1.2. Numa perspectiva jusinternacional, alguns autores propõem, o que consideram ser, uma alternativa mais realista, focada na elaboração de um conjunto de “*cyber-confidence measures*”¹⁷, baseadas na proteção da confiança de que os Estados irão agir e adotar normas num determinado sentido¹⁸. Entre outros, cabe destacar que é com base, precisamente, no princípio da soberania territorial que se admite que um Estado possa regular, para o seu território, as suas próprias atividades da *internet* ou aquelas que os estrangeiros possam desenvolver nos seus países, mas que tenham efeitos no seu território^{19,20}. Efetivamente, como alguns autores já notaram, a

¹⁶ MORAIS, Carlos (2014) *Curso de Direito Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 266.

¹⁷ *Confidence Building Measures for Cyberspace – Legal Implications* (2013), CCDCOE – NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallinn.

¹⁸ *Cyber-security: The Vexed Question for Global Rules. An Independent Report on Cyber-Preparedness around the World*, (2012) – SDA, Security And Defence Agenda. p.27.

¹⁹ Do mesmo princípio decorre, nos termos do Direito Internacional, o dever de não causar danos aos direitos dos outros Estados. Acrescem o princípio da boa vizinhança e o princípio *sic utere tuo principe*, dos quais decorre que um Estado não pode danificar os componentes técnicos da *Internet*, localizados no território de outros estados, ou causar outros efeitos danosos à segurança nacional desses mesmos Estados. - *Confidence Building Measures for Cyberspace – Legal Implications* (2013), CCDCOE – NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallinn; p. 90.

²⁰ Com base nos princípios de não-agressão, boa vizinhança e *sic utere tuo principe*, os Estados têm a obrigação de prevenir ciberatividades maliciosas que possam afetar os direitos dos outros estados. Nesse sentido, devem garantir: i) A instalação de sensores nos ISPs nacionais que recolham informação no “*net flow*” (permitindo detetar ciberataques); ii) A instalação de sistemas de deteção e prevenção de intrusão nas suas portas de transmissão de dados internacionais, através de um filtro *deep package* (que

soberania é nuclear no conceito de Estado e, concomitantemente, um princípio axiomático onde se baseia o direito internacional. É então possível fazer derivar do princípio da igualdade dos Estados um conjunto de direitos e obrigações, bem como de princípios aplicáveis aos conflitos entre direitos soberanos na comunidade internacional²¹. Não pode ser esta uma alternativa pragmática ao caos? Da intimidade dos conceitos de Estado e Constituição resulta que as doutrinas conducentes ao fortalecimento dos Estados, neste domínio normativo, podem contribuir, lateralmente, para a revivescência da pujança constitucional na regulação das questões especialíssimas do ciberespaço, cada vez mais intrigantes. Estamos, não obstante, conscientes da sua teimosa insuficiência para uma resposta global.

2. DA EXACERBAÇÃO DAS CONDIÇÕES DA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: A PRÉ-COMPREENSÃO DO INTÉRPRETE ENTRE O ESPARTILHO TEXTUAL E A SUBVERSÃO DO PROGRAMA NORMATIVO-CONSTITUCIONAL

2.1. Sendo a interpretação constitucional concretização²², a interpretação assume caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só fica completo com a sua interpretação, ainda que a atividade interpretativa continue vinculada à norma. A concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma²³, não podendo desligar-se nem da pré-compreensão do intérprete, em função da sua localização singular, nem do problema concreto a resolver, enquanto condições da interpretação²⁴.

permita o reconhecimento de *software* malicioso); iii) Um sistema de reporte a uma entidade governamental - CERT nacional ou governamental;

²¹ *Confidence Building Measures for Cyberspace – Legal Implications* (2013), CCDCOE – NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallinn; p. 90.

²² HESSE, Konrad (1991) “Concepto y Calidad de la Constitución”, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid; p. 63.

²³ HESSE, Konrad (1991) “Concepto y Calidad de la Constitución”, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid; pp. 33 – 57.

²⁴ HESSE, Konrad (1991) “Concepto y Calidad de la Constitución”, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid; p. 65.

Na senda da hermenêutica filosófica, o que não é unívoco deve ser determinado mediante a inclusão da realidade a regular²⁵.

O sobredito modelo teórico hermenêutico evidencia, porém, a identificação possível de diferentes graus interpretativos, oscilantes entre a mera subsunção e a concretização, a que correspondem distintos níveis de complexidade, jurídica e fáctica²⁶. Nos casos difíceis, é mesmo suscetível de remeter a atividade concretizadora para um campo de generosa criatividade jurídica, legitimando excessos de interpretativismo, eventualmente intoleráveis. Os exageros podem resultar de uma exacerbação das condições de concretização, através da sobrevalorização de uma pré-compreensão do intérprete, dissociada da norma e dos seus enunciados linguísticos, ou do impacto dos dados reais e do problema concreto a resolver. Note-se o especial peso do domínio normativo na interpretação constitucional, incontornável perante a voracidade dos factos técnicos e tecnológicos, eventualmente responsável por desvios interpretativos, na ausência de tempero, que apenas uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra pode propiciar. Concretização “*não é uma apreensão pragmática de vários sentidos possíveis*”²⁷, seguida da seleção positiva do que for politicamente mais conveniente ou consensual, mas sim “*o trânsito do abstrato para o concreto*”²⁸, permitindo-se o desenvolvimento (atualização, evolução) do “*programa constitucional*”, sem ultrapassar os limites de uma tarefa interpretativa²⁹.

²⁵ ALEXANDRINO, José Melo (2011), “Hermenêutica dos Direitos Humanos”, *Texto revisto da conferência proferida no Curso “tutela de Direitos Humanos e Fundamentais”*, organizado pela FDL. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Hermeneutica-dos-Direitos-Humanos.pdf>; p. 9.

²⁶ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação), p. 58.

²⁷ MORAIS, Carlos Blanco de (1998) *As Leis Reforçadas. As Leis Reforçadas pelo Procedimento no Âmbito dos Critérios Estruturantes das Relações entre Atos Legislativos*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 596.

²⁸ MORAIS, Carlos Blanco de (1998) *As Leis Reforçadas. As Leis Reforçadas pelo Procedimento no Âmbito dos Critérios Estruturantes das Relações entre Atos Legislativos*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 597.

²⁹ “Entre um objetivismo histórico, que conduza a uma absoluta rigidificação do texto constitucional, e um objetivismo atualista extremo, legitimador de uma estratégia política de subversão ou de transformação constitucional”, impõe-se a “proibição de ruturas, mutações constitucionais silenciosas e de revisões apócrifas”. - CANOTILHO, J.J. Gomes (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª Edição; pp. 1196. Sobre o tema das mutações – MORAIS, Carlos Blanco de (2013) “As Mutações Constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso”, *Jurismat*; JELLINEK, Georg (1906) “Constitutional Amendment and Constitutional Transformation”, in *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*, coord. Arthur Jacobson and Bernard Schlink, translated by Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Stephan Hemetsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, University of California Press, (2000); pp. 54 e segs.

2.2. No processo de concretização, ou vertente dinâmica da interpretação, cabe explicitar as premissas básicas da metódica estruturante, proposta por HESSE³⁰, fundadas na distinção prévia entre norma e enunciado (disposição), sendo esta uma formulação textual e a norma o sentido adscrito a qualquer disposição. Norma constitucional é um modelo de ordenação, juridicamente vinculante, positivado na Constituição, orientado para uma concretização material e constituído por: i) programa normativo – medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos; ii) domínio normativo – constelação de dados reais. Estando o programa normativo, essencialmente, contido no texto da norma, relevam os critérios de interpretação tradicionais para a sua compreensão. Caso se revelem insuficientes, cumpre indagar os *topoi* fornecidos pelo domínio normativo, ou seja, pela realidade da vida, objeto de ordenação.

Desse procedimento resultará a coordenação material entre os *topoi* que resultam do texto e programa normativo e os que derivam da observação dos âmbitos da realidade. Sem prescindir, o ponto de partida da interpretação não pode, todavia, deixar de ser as regras de interpretação tradicionais, uma vez que a apreensão da vontade constituinte não pode senão ser “*sujeita a uma objetivação, na base do seu teor literal e do seu contexto histórico, sistemático e teleológico*”³¹. Nem o resultado pode, nos casos mais problemáticos, deixar de ser modelado por uma interpretação tecnologicamente neutra, mediante a atribuição da relevância devida ao domínio normativo e aos factos tecnológicos, garantindo o desiderato da respetiva integração no ambiente constitucional do intérprete.

2.3. No que concerne à hiperbolização da pré-compreensão do intérprete constitucional, esses riscos espraiam-se por uma escala gradativa, inerente ao *iter* interpretativo, que começa no texto e se estende até à subversão do programa normativo-constitucional. Na senda da sugestiva lição norte-americana³², a propósito

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª Edição, p. 1202; ALEXANDRINO, José de Melo (2011) “Como ler a Constituição: algumas coordenadas”, in José Melo Alexandrino, *Elementos de Direito Público Lusófono*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 3.

³¹ MORAIS, Carlos Blanco de (1998) *As Leis Reforçadas. As Leis Reforçadas pelo Procedimento no Âmbito dos Critérios Estruturantes das Relações entre Atos Legislativos*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 596.

³² ALEXANDRINO, José de Melo (2011) “Como ler a Constituição: algumas coordenadas”, in José Melo Alexandrino, *Elementos de Direito Público Lusófono*, Coimbra Editora, Coimbra; p. 6.

de “*ways not to read the Constitution*”³³, cabe identificar dois tipos de resultados interpretativos indesejáveis: a “*des-integração*”, que constitui uma forma de interpretação que ignora o facto de as suas partes se encontrarem integradas num todo, tratando-se, efetivamente, de uma Constituição e não de simples conjuntos de cláusulas e preceitos separados, com histórias distintas; a “*hiperintegração*”³⁴, que consiste numa abordagem que ignora que o todo integra partes distintas, parcelas que foram introduzidas em momentos distintos da história constitucional, apoiadas e refutadas por diferentes grupos, refletindo posições diferentes e, nalguns casos, mesmo opostas³⁵.

A eventual sobrevalorização da pré-compreensão do intérprete³⁶ constitui, indubitavelmente, o principal risco de conceções suprapositivas do ordenamento jurídico³⁷, designadamente no contexto de uma leitura *hiperintegrada* da Constituição. Os preconceitos do intérprete contaminam o produto da interpretação constitucional, inflacionando as objeções conducentes à fragilização do papel do juiz constitucional³⁸. Daí a importância de condicionar a atuação do intérprete, através do espartilho propiciado pela vinculação ao programa normativo, aliado à privação de relevância jurídica dos seus anteprojetos interpretativos, eventualmente arbitrários e desprovidos de base normativa. Em conformidade, rejeitamos expressões artificiais *hiperintegradoras*, como a hiperbolização pluralista *häberliana*³⁹, a diluição moral

³³ TRIBE/Lawrence H./DORF/ Michael C. (1991) *On Reading The Constitution*, Harvard University Press, p. 20; TRIBE, Lawrence H. (1986) “On Reading the Constitution”, *The Tanner Lectures on Human Values*, Delivered at the University of Utah, November 17 and 18; pp. 19 e segs.

³⁴ “(...) *the fallacy of treating the Constitution as a kind of seamless web, a “brooding omnipresence” that speaks to us with a single, simple, sacred voice expressing a unitary vision of an ideal political society*”. - TRIBE/Lawrence H./DORF/ Michael C. (1991) *On Reading The Constitution*, Harvard University Press; p. 24.

³⁵ TRIBE, Lawrence H. (1986) “On Reading the Constitution”, *The Tanner Lectures on Human Values*, Delivered at the University of Utah, November 17 and 18; p. 20.

³⁶ Essa sobrevalorização equivale à superlativização dos fatores principiológicos e axiológicos que são, na opinião de Blanco de MORAIS, “*fator de inversão do sentido normativo, de fratura do império da lei, de depreciação do modelo democrático e do seu modelo representativo, bem como de insegurança jurídica*”. - MORAIS, Carlos Blanco de (1998) *As Leis Reforçadas. As Leis Reforçadas pelo Procedimento no Âmbito dos Critérios Estruturantes das Relações entre Atos Legislativos*, Coimbra Editora; p. 595.

³⁷ MORAIS, Carlos Blanco de (2012) *Curso de Direito Constitucional, Tomo I, 2.ª Ed.*, Coimbra Editora; pp. 143 a 149 e 172 a 182.

³⁸ SANCHIS, Luis Prieto (2000) “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, in *DOXA*, n.º 23; p. 162.

³⁹ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 67 e segs; (2014) *Constituição, Lei de Regulação dos Media: Contributo para o Estudo da Constituição Portuguesa da Comunicação*, Dissertação de Doutoramento (Inédita), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pp. 60 e segs.

*Dworkiniana*⁴⁰, ou as teses refundadoras de uma rematerialização e revolução constitucionais, a nosso ver, portadoras de novos argumentos para excessos interpretativos⁴¹. No presente domínio material, o relevo especialíssimo dos factos das novas tecnologias e do domínio normativo na interpretação constitucional impõe, com especial acuidade, a sobriedade desta viagem hermenêutica, em detrimento de conceções que indicam não como o direito é, mas sim como o direito deve ser⁴², ou seja uma ideologia⁴³.

2.4. Não sendo este o *locus* adequado ao aprofundamento da questão⁴⁴, cabe, não obstante, sufragar a lucidez das críticas a estas aceções suprapositivas de Constituição, contida na afirmação de que nem tudo o que pode ser considerado moralmente errado é inconstitucional e ilícito⁴⁵, porquanto a atribuição de relevância a certos juízos morais não implica, necessariamente, o acolhimento da respetiva juridicidade. O inverso favorece e alimenta, precisamente, a conceptualização de uma indesejável Constituição não escrita, não oficial, que vai silenciando a efetividade e normatividade da Constituição escrita e oficial⁴⁶. Não se trata de uma opção

⁴⁰ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 67 e segs; (2014) *Constituição, Lei de Regulação dos Media: Contributo para o Estudo da Constituição Portuguesa da Comunicação*, Dissertação de Doutoramento (Inédita), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pp. 63 e segs.

⁴¹ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 77 e segs; (2014) *Constituição, Lei de Regulação dos Media: Contributo para o Estudo da Constituição Portuguesa da Comunicação*, Dissertação de Doutoramento (Inédita), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pp. 79 e segs.

⁴² POZOLO, Susanna/DUARTE, Écio Oto Ramos (2006) *O Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídica*, São Paulo: Landy Editora; p. 78.

⁴³ SANCHIS reconhece que, para além do modelo institucional de uma certa forma de organização política e uma teoria do direito, o neoconstitucionalismo é também uma ideologia. Como ideologia, identifica-se com a filosofia política que considera que o Estado Constitucional de Direito representa a melhor e a mais justa forma de organização política: “*Em ternos metodológicos, se é assim, onde ele existe terá de sustentar uma vinculação necessária entre a moral e o direito e postular alguma forma de obrigação de obediência ao direito.*” - SANCHIS, Luis Prieto (2001), “Neoconstitucionalismo e Ponderación Judicial”, *AFDUAM*, 5; pp. 201 e 202.

⁴⁴ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 77 e segs.

⁴⁵ Esse foi, alias, um dos principais problemas apontados a TRIBE por SEGALL, a propósito da sua “*Invisible Constitution*”. SEGALL atribui as perplexidades expressas por TRIBE, sobre o Direito Constitucional norte-americano, à constante subjetividade e incoerência das decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal – “*The differences between the results in Bowers and Lawrence, Usery and Garcia, Garcia and Printz, and Roe, Casey, Stenberg, and Gonzales v. Carhart have little to do with texto, history and structure, or precedent, and everything to do with Justice Blackmun changing his mind in Garcia, Justice Kennedy’s personal agenda to overturn Bowers, and the substitution on the Court of Justice Alito for Justice O’Connor.*” - SEGALL, Eric. J. (2009) “Lost in Space: Lawrence Tribe’s *Invisible Constitution*”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 103; p. 447.

⁴⁶ OTERO, Paulo (2010) *Direito Constitucional Português: Organização do Poder Político*, Vol. II, Almedina: Coimbra; pp. 135 e segs; PETTYS, Todd E. (2009) “The Myth of the Written Constitution”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 84; pp. 991 e segs.

comodista⁴⁷, pois a ideia de uma Constituição não oficial que vai gerando a sua própria normatividade informal, a par da Constituição escrita oficial, não é suficiente para gerar um novo parâmetro de invalidade, suscetível de fundar um juízo de inconstitucionalidade⁴⁸, enquanto expressão de uma desconformidade face à normatividade integrante da Constituição não-oficial⁴⁹. O entendimento inverso, propiciado pela adoção de uma conceção suprapositiva axiológica de Constituição, implicaria que a formulação de um juízo de inconstitucionalidade “*envolvesse uma prévia indagação sobre a normatividade constitucional efectivamente vigente*”⁵⁰, convocando dois tipos de normatividade potencialmente aplicáveis e, reflexamente, potencialmente inválida, com graves danos para a segurança e certeza jurídica. Para além de uma *Invisible Living Constitution*, contendo alegados novos parâmetros de invalidade constitucional, teríamos de contar com uma *Invisible Dead Constitution*, traduzida num aglomerado apócrifo de enunciados linguísticos constitucionais moribundos, produto da ação dessa ordem suprapositiva sobre as normas da Constituição escrita, oficial.

⁴⁷ PETTYS sustenta que “*the myth’s claims are far too tightly interwoven with American’s fundamental commitments to be easily discarded. By serving their insistence upon endorsing popular sovereignty, acknowledging human beings’ moral fallibility, embracing judicial supremacy, and preserving a sense of nationhood, the myth of the written constitution goes a long way toward legitimating and stabilizing the legal regime that many Americans desire. Those who argue that the myth’s claims should be openly rejected are, thus, doomed for disappointment unless they carry either of two weighty burdens: they must demonstrate either that the objectives at which the myth’s claims are aimed are not sufficiently important to warrant indulging those fictions, or that there are more desirable means by which those objectives may be achieved.*”- PETTYS, Todd E. (2009) “The Myth of the Written Constitution”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 84; pp. 1049 e 1050.

⁴⁸ Obviamente, alerta STERN, a Constituição só pode ser a lei fundamental do Estado constitucional, se aquelas expressões da autoridade governamental que a contrariam, não adquiram efetividade. Mas *Quis custodiet ipsos custodes?*- STERN, Klaus (2008) “El Constitucionalismo. Génesis, Evolución y Universalidad”, in *Dignidad de La Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Coord. Francisco Fernández Segado, Dykinson-Constitucional; p. 65.

⁴⁹ OTERO, Paulo (2010) *Direito Constitucional Português: Organização do Poder Político*, Vol. II, Almedina: Coimbra; p. 142.

⁵⁰ OTERO, Paulo (2010) *Direito Constitucional Português: Organização do Poder Político*, Vol. II, Almedina: Coimbra; p. 143.

3. DO IMPACTO DOS FACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO DOMÍNIO NORMATIVO E VERTENTE DINÂMICA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1. A reflexão sobre a relevância específica dos factos das inovações tecnológicas e dos problemas concretos na interpretação constitucional, no esboço de uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra⁵¹, obriga a elucidar: i) a distinção dos factos gerados pelas novas tecnologias, pela especificidade do seu impacto, através do domínio normativo, na concretização constitucional; ii) a relevância particular de uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra e respetiva expressão no processo dinâmico interpretativo. Em termos análogos a uma abordagem dogmática da Constituição no tempo, cumpre sublinhar que ela só pode cumprir as suas tarefas se conseguir preservar a sua força normativa, apesar das constantes mudanças, assegurando a sua continuidade, sem prejuízo das transformações históricas, no pressuposto da conservação da sua identidade. Nem a Constituição, nem as suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta ou algo estático e rígido⁵².

Efetivamente, quando se atende ao domínio normativo e aos dados reais, relevantes para a vertente dinâmica da interpretação, constata-se que os factos suscetíveis de influenciar a interpretação constitucional podem revestir diversas naturezas, ter diferentes incidências na norma constitucional e gerar, ou mesmo justificar, operações interpretativas de recorte e intensidade diversas. Os factos, com impacto na interpretação constitucional, podem assumir natureza social, política ou ideológica, sendo responsáveis pela configuração de alterações quase impercetíveis no programa normativo-constitucional, as quais, todavia, não podem ser negligenciadas, sob pena de legitimarem o desenvolvimento de mutações constitucionais impuras, inconstitucionais e indesejáveis⁵³. Uma mutação pura,

⁵¹ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 96 e segs; (2014) *Constituição, Lei de Regulação dos Media: Contributo para o Estudo da Constituição Portuguesa da Comunicação*, Dissertação de Doutoramento (Inédita), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pp. 84 e segs.

⁵² HESSE, Conrado (2001) “Constitución y Derecho Constitucional”, in *Manual de Derecho Constitucional – Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde*, 2.ª Ed., Madrid; p. 9.

⁵³ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 96 e segs; (2014) *Constituição, Lei de Regulação dos Media: Contributo para o*

enquanto ainda produto genuíno de uma operação interpretativa, postula que esta não se separe da norma interpretada, devendo fidelidade ao seu programa normativo, compreendido através do método jurídico⁵⁴. Regra geral, porém, tais mudanças reclamam largos períodos de tempo para se manifestarem e ganharem raízes no *acquis* constitucional, até o correspondente resultado normativo se encontrar pronto a ser desvelado em sede de interpretação. Neste contexto, as mudanças interpretativas diluem-se no tempo e raramente suscitam choques jurídico-constitucionalmente relevantes.

Pelo contrário, os factos gerados pela evolução da técnica e das tecnologias são muito rápidos, mesmo mais velozes do que a mais tecnológica comunidade jurídica, imbuídos de um tempo diferente do tempo do legislador constituinte., sendo a densidade do legislador ordinário um problema, dogmatizado, especificamente, à luz do ciberespaço⁵⁵. Perante Constituições detalhadas, como a nossa, a evolução tecnológica revela-se, particularmente, rápida, sendo essa velocidade proporcional ao risco de nominalização constitucional. O grau de erosão do programa normativo, contido na disposição constitucional, é especialmente voraz, revelando-se mesmo na desintegração do enunciado textual.

3.2. Nesta senda, cabe questionar se a interpretação da Constituição perante as novas tecnologias assume um carácter de especialidade ou nos deve *levar a olhar mais de perto os valores que procura preservar*⁵⁶, porquanto o medo do desconhecido, facilmente, pode levar-nos a descurar a guarda constitucional⁵⁷. Como ponto de partida, todavia, adotamos dois dos impressionantes axiomas formulados precocemente por TRIBE, há mais de duas décadas, a propósito da Constituição no Ciberespaço e

Estudo da Constituição Portuguesa da Comunicação, Dissertação de Doutoramento (Inédita), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pp. 84 e segs.

⁵⁴ Como nota Blanco de MORAIS, “*como é enfatizado por BOCKENFÖRD, por HESSE e pelo próprio MÜLLER*”. - BLANCO DE MORAIS, Carlos (2013) “As Mutações Constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso”, *Jurismat*; Portimão, n.º 3, pp. 55-90. ISSN: 2182-6900; p. 83.

⁵⁵ REED, Chris (2010) “How to make Bad Law: Lessons from Cyberspace”, in *The Modern Law Review*, Vol 73; p. 912; FULLER, Lon L. (2000), “Eight Ways to Fail to Make Law”, in *Philosophy of Law*, Feinberg & Coleman, eds. USA, pp. 91 e segs.

⁵⁶ TRIBE, Lawrence H. (1991) “The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty beyond The Electronic Frontier”, *The Humanist*, Set-Oct; p. 1.

⁵⁷ Recorrendo à sugestiva comparação de Carla GOMES, “*a gestão do risco tecnológico e do risco social revelam algumas afinidades: têm ambas vocação universal, como ideias puras geram um capital político que se alimenta dos temores mais básicos dos cidadãos; em versão extremada promovem dinâmicas de alienação da liberdade*”. – GOMES, Carla Amado (2011), “Estado Social de Direito e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *Textos Dispersos de Direito Constitucional*, AAFDL: Lisboa; pp. 75 e segs.

respectiva interpretação: apesar das novas tecnologias: i) o governo não pode controlar o conteúdo da informação e ii) os princípios constitucionais mantêm-se⁵⁸. Referindo-se à Constituição dos EUA, o constitucionalista norte-americano alerta que os juízes, ao interpretarem uma Constituição do final do século XVIII, tendem a esquecer que, se as disposições constitucionais não forem lidas numa perspectiva atualista e dinâmica, os seus valores arriscam-se a perder a proteção de que já beneficiaram⁵⁹. Não é, efetivamente, admissível que as mudanças tecnológicas impliquem alterações da Constituição⁶⁰, à margem do processo formal de revisão, e esse é um limite interpretativo, implícito e intransponível.

Uma tese que não ofereça devida resistência à enorme pressão interpretativa, exercida pelo problema concreto, no contexto do domínio normativo, obstando à tradução de contextos, partilha afinidades com as concepções que conferem demasiada relevância à pré-compreensão do intérprete, em detrimento do direito positivo, quanto ao risco de excessos de interpretativismo, conducentes a normatividades apócrifas, paralelas ou sobrepostas à Constituição oficial: i) ambas resultam da hipervalorização de algumas das *supra* referidas condições básicas de concretização constitucional, inerentes à opção por uma metódica estruturante enquanto modelo interpretativo; ii) ambas reclamam a necessidade de estabelecer limites interpretativos. Substituir o peso específico de certos problemas concretos, excluindo-os de uma tradução dos valores constitucionais para o atual contexto tecnológico, pelos preconceitos filosóficos, políticos ou morais do intérprete, carreados livremente, para certas concepções, para a interpretação constitucional, conduz-nos exatamente ao mesmo resultado. Não obstante: enquanto no caso das aceções suprapositivas, será, porventura, uma atuação mais construtivista do intérprete suscetível de gerar essas interrogações adicionais, no

⁵⁸ TRIBE, Lawrence H. (1991) “The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty beyond The Electronic Frontier”, *The Humanist*, Set-Oct; p. 11 e p. 13.

⁵⁹ No caso *Olmstead v. United States*, a questão era a de saber se as escutas telefónicas eram proibidas pela Quarta Emenda. O Tribunal sustentou que não, uma vez que, quando a Constituição foi promulgada (*Chief Justice Taft*) a Quarta Emenda pretendia evitar a invasão de propriedade, no sentido físico. Contudo o Juiz BRANDEIS sustentou uma posição diferente, considerando que a invasão de propriedade era a única forma do Estado invadir interesses pessoais e privados, não devendo a Constituição deixar os cidadãos desprotegidos perante as mudanças de tecnologias de vigilância e de comunicação. O que a Constituição protegia, deve continuar a proteger após as mudanças tecnológicas. - LESSIG, Lawrence, (1996) “Reading the Constitution in Cyberspace”, *45 Emory, L. J.*, number 3: p. 4.

⁶⁰ LESSIG considera que esta posição do juiz BRANDEIS merece o aplauso e o reconhecimento do mundo cibernético, “*devendo tornar-se num modelo dos ativistas do ciberespaço e o primeiro capítulo na luta pela proteção do ciberespaço*”. - LESSIG, Lawrence, (1996) “Reading the Constitution in Cyberspace”, *45 Emory, L. J.*, number 3: p. 4.

sentido de aceder a uma ordem suprapositiva que satisfaça aos seus preconceitos; uma interpretação tecnologicamente neutra sugere, precisamente, o juízo inverso, porquanto será a inércia do intérprete, rendida à voracidade destruidora das novas tecnologias, que obstaculizará uma interpretação restituidora da efetividade das normas constitucionais.

3.3. O desiderato particular de uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra é, precisamente, o de salvar a identidade constitucional, perante as mudanças tecnológicas, garantindo que o limite interpretativo seja, efetivamente, o texto constitucional⁶¹. O sobredito desígnio hermenêutico reclama flexibilidade na interpretação textual ou literal⁶², uma tradução fiel dos valores constitucionais para a realidade do ciberespaço⁶³, paralela a uma incontornável interpretação atualista e evolutiva⁶⁴, atendendo ao elevado risco de enfraquecimento ou perda de efetividade de certas regras ou princípios constitucionais:

i) É, efetivamente, impossível, “*constituindo mesmo um puro autismo, conceber o ordenamento clausurado nos contrafortes delineados pela autopoiesis*”⁶⁵ e ignorar essa dimensão factual, informal, que integra as normas jurídicas num dado contexto social, porquanto “*as normas são veículos de comunicação entre o hemisfério da realidade factual existente na sociedade e o hemisfério formal do sistema jurídico-positivo*”⁶⁶. A estabilidade constitucional não pode ser totalmente inflexível, pois uma Constituição também deve ser idónea para o futuro e modificada, caso se distancie da vontade geral⁶⁷. Uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra, baseada numa revolução do processo comunicativo, que

⁶¹ A propósito da influencia do tempo na Constituição - HESSE, Konrad (2001) “Constitución y Derecho Constitucional”, in *Manual de Derecho Constitucional – Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde*, 2.ª Ed., Madrid; p. 10.

⁶² TRIBE, Lawrence H. (1991) “The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty beyond The Electronic Frontier”, *The Humanist*, Set-Oct; p. 15.

⁶³ Ao contrário dos originalistas, que acreditavam que a fidelidade à Constituição requeria fazer o que os constituintes teriam feito (*one-step originalism*), a tradução implica o entendimento de que para “*to preserve meaning across contexts, one must change readings across contexts*” (*two-steps originalism*). - LESSIG, Lawrence, (1996) “Reading the Constitution in Cyberspace”, *45 Emory, L. J.*, number 3: p. 5. Contudo, LESSIG é considerado por alguma doutrina como um *broad originalist*.

⁶⁴ OTERO, Paulo (2010) *Direito Constitucional Português: Organização do Poder Político*, Vol. II, Almedina: Coimbra; p. 159.

⁶⁵ MORAIS, Carlos Blanco (2012) *Curso de Direito Constitucional, Tomo I, 2.ª Ed.*, Coimbra Editora: Coimbra; pp. 212 e 213.

⁶⁶ OTERO, Paulo (2010) *Direito Constitucional Português: Organização do Poder Político*, Vol II, Almedina: Coimbra; p. 159.

⁶⁷ STERN, Klaus (2008) “Desarrollo Constitucional Universal y Nuevas Constituciones”, in *Dignidad de La Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Coord. Francisco Fernández Segado, Dykinson-Constitucional; p. 78.

vem questionar, diariamente, a legitimidade dos institutos jurídicos tradicionais⁶⁸, “*não pode prescindir da consciência dessa comunicabilidade entre hemisférios, atento o facto de a positividade do direito ser determinada pela sua ligação ao mundo dos factos sociais e atos humanos*”⁶⁹. Acresce o risco da ambiguidade e da incerteza do cidadão, pois uma Constituição só é autêntica e completa se define com clareza a posição do indivíduo face ao Estado⁷⁰. Se as questões fundamentais para os cidadãos deixam de ser tratadas no contexto constitucional, a Constituição perde a sua força normativa;

ii) Não obstante, o incontornável peso do domínio normativo e dos factos das novas tecnologias na interpretação constitucional, e as inerentes limitações do legislador, a afirmação de que a regulação da *internet* pode ou deve assumir uma intensidade *sui generis*, diretamente proporcional à gravidade, extensão e indeterminação de eventuais danos, não pode nem deve impressionar. Impõe-se, precisamente, a definição de limites da interpretação constitucional, que obstem à legitimação de um ativismo judicial ou regulatório, desenfreado ou indesejado ou, simetricamente, a um suspeito amorfismo regulatório, fundando-se ambos os excessos em atitudes temerárias. LESSIG advertia que uma cultura constitucional pouco ativista dificulta a dogmatização das questões do ciberespaço⁷¹. Mas o reconhecimento de que, no mínimo, os novos problemas requerem uma interpretação constitucional mais criativa e intensa, para que os valores constitucionais possam ser objeto de uma adequada tradução para o atual contexto tecnológico, não implica a exacerbação da dimensão factual, integrante do hemisfério da realidade, em detrimento do sistema jurídico positivo, ou do programa normativo.

iii) Uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra, baseada na consideração dos *topoi* fornecidos pelo texto e programa normativo, cuja vontade

⁶⁸ Como descreve Blanco de MORAIS, “*as variantes mais destacadas de inputs oriundos do sistema social manifestam-se através de exigências e apoios; enquanto as primeiras se concretizam em “cargas”, “problemas” e “dilemas” carecidos de solução, as segundas consistem em manifestações de suporte ao sistema em geral, às suas autoridades e às decisões por estas tomadas*”. - MORAIS, Carlos Blanco (2012) *Curso de Direito Constitucional, Tomo I, 2.ª Ed.*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 212.

⁶⁹ MORAIS, Carlos Blanco (2012) *Curso de Direito Constitucional, Tomo I, 2.ª Ed.*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 213.

⁷⁰ STERN, Klaus (2008 “Desarrollo Constitucional Universal y Nuevas Constituciones”, in *Dignidad de La Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Coord. Francisco Fernández Segado, Dykinson-Constitucional; p. 74.

⁷¹ LESSIG, Lawrence, (1996) “Reading the Constitution in Cyberspace”, 45 *Emory, L. J.*, number 3: p. 2.

constituente seja objetivada na base do seu teor literal e no seu contexto sistemático, teleológico e histórico, pode garantir, a nosso ver, esse resultado mínimo. No entanto, caso se revele insuficiente, obstando a uma tradução de contextos, cabe indagar os *inputs* do hemisfério factual, e garantir a coordenação material entre os *topoi* desvelados, podendo, eventual e excecionalmente, conduzir o intérprete e aplicador do direito à legitimação de alguma deferência judicial, e mesmo regulatória, *in casu*.

O importante é garantir que o que a Constituição protegia continuará a proteger, apesar das mudanças⁷² geradas pelas novas tecnologias, salvo se o fundamento da proteção tiver deixado de fazer sentido. Neste caso, em conformidade com uma leitura constitucional tecnologicamente neutra, a manutenção ou depreciação de uma determinada posição jurídica ou regulação só é justificável caso, perante uma mudança tecnológica, exista fundamento para uma atualização/manutenção do regime aplicável ao bem protegido, em conformidade com essa precisa evolução.

4. DA INSUBSTITUIBILIDADE DO PAPEL DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAÇÃO DO CIBERESPAÇO

4.1. Em conformidade, o papel da Justiça Constitucional no controlo da constitucionalidade da normatividade vigente e, efetivamente, aplicada na regulação das questões do ciberespaço, reclamante de cuidados especiais atinentes à segurança jurídica, assume cada vez maior importância, no contexto de uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra. O impacto dos factos das novas tecnologias no direito positivo suscita problemas sérios de interpretação e integração, podendo, nalguns casos, como vimos, justificar uma atividade judicial mais criativa, como forma de evitar a perda de efetividade ou mesmo deturpação dos programas normativo-constitucionais. Revela-se, neste conspecto, particularmente problemático o impacto das novas tecnologias, por exemplo, sobre os axiomas fundamentais da Legalidade Penal e na reação jurisprudencial às incertezas geradas pelas questões

⁷² Como lembra HESSE, na perspectiva de uma Constituição no tempo, a Constituição só pode cumprir as suas tarefas se conseguir preservar a sua força normativa, apesar das constantes mudanças, ou seja, onde assegurar a sua continuidade, sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação da sua identidade. - HESSE, Conrado (2001) “Constitución y Derecho Constitucional”, in *Manual de Derecho Constitucional – Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde*, 2.ª Ed., Madrid; p. 9.

especialíssimas do ciberespaço, não contempladas pelo legislador. Não obstante os riscos, se atentarmos na jurisprudência constitucional portuguesa sobre esta matéria, podemos verificar que o sentido interpretativo que os juízes constitucionais têm conferido às garantias inerentes ao direito sancionatório público continua a ser relativamente exigente no seu escrutínio e generoso na sua abrangência e apresentação genérica⁷³, em plena conformidade com uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra. Apenas quando o processo hermenêutico gera uma norma não reconduzível “à moldura semântica do texto”⁷⁴, um sentido que, não tendo na letra da lei “um mínimo de correspondência verbal”, extravasava o domínio da mera interpretação jurídica, é que somos reconduzidos ao domínio da analogia e – *in casu* – da analogia (constitucionalmente) proibida nos domínios penal e processual penal⁷⁵.

Não obstante os constrangimentos jurídico-processuais, inerentes ao nosso sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade, restrito ao controlo de normas, não poderem deixar de inquinare o nosso otimismo, atente-se nas vantagens do recente alargamento funcional do conceito de norma pela jurisprudência constitucional portuguesa. É, atualmente, consensual que o objeto dos processos de fiscalização pode incluir atos normativos, desprovidos da forma de lei, que contenham comandos jurídicos gerais e abstratos⁷⁶, incluindo certas interpretações normativas ou o seu critério normativo de decisão, autonomizável da atividade judicial subsuntiva que o origina⁷⁷. Entre estas interpretações normativas, suscetíveis de integrarem o objeto do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, incluem-se, precisamente, as normas extraídas da integração de lacunas⁷⁸, pelo recurso à analogia.

⁷³ CASTRO, Nuno Teixeira (2015) *Reflexões Quanto ao Impacto das Novas Tecnologias sobre a Legalidade Penal*, Relatório de Mestrado da disciplina de Cibercrime (inérito), do Mestrado em Segurança da Informação e Direito do Ciberespaço, numa organização conjunta entre o IST, FDUL e Escola Naval; pp. 18 e segs.

⁷⁴ Cfr. Acórdão n.º 186/2013 do TC.

⁷⁵ CASTRO, Nuno Teixeira (2015) *Reflexões Quanto ao Impacto das Novas Tecnologias sobre a Legalidade Penal*, Relatório de Mestrado da disciplina de Cibercrime (inérito), do Mestrado em Segurança da Informação e Direito do Ciberespaço, numa organização conjunta entre o IST, FDUL e Escola Naval; pp. 18 e segs.

⁷⁶ MORAIS, Carlos Blanco (2012) *Curso de Direito Constitucional, Tomo I, 2.ª Ed.* Coimbra Editora: Coimbra; pp. 93 e 94.

⁷⁷ REGO, Carlos Lopes do (2004) “As interpretações normativas sindicáveis pelo TC”, in *Jurisprudência Constitucional*, N.º 3, AATRIC: Lisboa; p. 7.

⁷⁸ MORAIS, Carlos Blanco de (2012) *Curso de Direito Constitucional, Tomo I, 2.ª Ed.*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 94.

Perante a positivação constitucional expressa do princípio da legalidade criminal, e atendendo à corresponsiva proibição de aplicação analógica de normas incriminadoras, os juízes constitucionais advogam que “*uma interpretação sistemática do texto constitucional aconselha a que esse momento hermenêutico “se converta num “pedaço” de normatividade integrante do objeto de controlo*”⁷⁹. Não se trata de legitimar o escrutínio do processo hermenêutico, mas antes de verificar se foram ultrapassados os limites constitucionais a que esse *iter* está sujeito em matéria penal, concretamente, a proibição da analogia *in malam partem*. O entendimento contrário implicaria que um importante e sensível “*pedaço de normatividade*” vigente ficasse à margem da Justiça Constitucional⁸⁰. Perante um domínio normativo, onde o ritmo de intervenção legislativa e corresponsiva densidade são particularmente problemáticos, torna-se crucial garantir que o expetável incremento de ativismo judicial, designadamente através da criação de normas “*ad casum*”, constitucionalmente devidas, possa ser sujeito ao escrutínio da justiça constitucional.

4.2. Acresce que essa evolução subjectivizante do conceito de norma, para efeitos do objeto dos recursos de constitucionalidade, revela-se especialmente inspiradora nos casos de discordância entre o tempo dos factos gerados pelas novas tecnologias e o tempo do legislador, daí resultando uma omissão normativa lesiva de direitos, liberdades e garantias⁸¹, reclamante da atividade criadora jurisdicional *in casu*. Nesse contexto, se o titular de um direito, liberdade ou garantia ou direito constitucionalmente análogo, lesado por uma omissão normativa inconstitucional goza de uma posição jurídica de vantagem, digna de tutela jurídico-constitucional, então a esse direito há-de corresponder o reconhecimento de um meio processual adequado em sede de justiça constitucional, com vista à obtenção da norma “*ad casum*,” constitucionalmente devida. Não podem os espartilhos processuais, meramente conjunturais, obstaculizar a plena eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais, enfraquecendo a sua posição jusfundamental. Antes pelo

⁷⁹ Cfr. Acórdão n.º 79/2015 do TC.

⁸⁰ CASTRO, Nuno Teixeira (2015) *Reflexões Quanto ao Impacto das Novas Tecnologias sobre a Legalidade Penal*, Relatório de Mestrado da disciplina de Cibercrime (inédito), do Mestrado em Segurança da Informação e Direito do Ciberespaço, numa organização conjunta entre o IST, FDUL e Escola Naval; p. 25.

⁸¹ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) “Normas implícitas e Normas Constitucionalmente Devidas “*ad casum*” e a Pretensa Quadratura do Círculo Processual Constitucional: Recapitulação, Desmistificação e Tentativa de Reconstrução”, in *Obra de Homenagem a Rui Machete*, Almedina: Coimbra; pp. 851-881.

contrário, o direito adjetivo não pode deixar de ser lido em conformidade com a Constituição.

Em termos análogos ao problema da quadratura do círculo, propusemos a difícil tarefa de configuração de um controlo concreto das omissões normativas inconstitucionais, a partir de um sistema concebido para a fiscalização da inconstitucionalidade por ação, numa perspetiva *de jure condito*⁸², problema que, neste contexto normativo, reveste particular importância. Partindo da admissibilidade do conceito de normas implícitas inconstitucionais, como ficção jurídica constitucionalmente devida, para efeitos processuais, no contexto da fiscalização concreta de omissões inconstitucionais, acreditamos que é possível descobrir normas implícitas geradas por silêncios normativos lesivos, cuja invalidação, para efeitos de acesso ao TC, abre caminho ao controlo concreto e respetiva reparação jurisdicional, pelo menos, das omissões normativas lesivas de direitos, liberdades e garantias ou direitos análogos. A norma implícita apresenta-se como uma ficção jurídica, sindicável pela Justiça Constitucional na medida da sua normatividade imaterial ou virtual, devendo a sua rejeição jurisdicional ou dos respetivos efeitos jurídicos dar lugar à criação de uma norma constitucionalmente devida “*ad casum*”, no quadro de uma sentença constitucionalmente obrigatória⁸³.

4.3. Em suma, na esteira de TRIBE, os princípios constitucionais mantêm-se, apesar das novas tecnologias, deslegitimando qualquer tentativa de mutação informal da Constituição, gerada pelo medo ou mera conveniência da indefinição, encorajadora de interpretações arrojadas ou, simetricamente, demasiado contidas. Os Princípios fundamentais estruturantes de um Estado de Direito Democrático não podem ser desprezados na voragem de uma qualquer pretensão regulatória ou de reparação judicial. O que deve reforçar a atitude de vigilância do legislador, mesmo penal, perante as novas realidades, de forma a tornar claras as condutas que são realmente

⁸² Conforme tentámos demonstrar, mesmo no plano *de jure condito*: a) A autoria da norma - pelo legislador ou pelo juiz - não é fator decisivo para a definição da idoneidade do objeto do recurso de constitucionalidade; b) A distinção entre inconstitucionalidade por ação ou por omissão, para efeitos de suscitação da questão de inconstitucionalidade, no quadro dos recursos de decisões negativas de inconstitucionalidade, em sede de fiscalização concreta, pode ser considerada irrelevante. - CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) “Normas implícitas e Normas Constitucionalmente Devidas “*ad casum*” e a Pretensa Quadratura do Círculo Processual Constitucional: Recapitulação, Desmistificação e Tentativa de Reconstrução”, in *Obra de Homenagem a Rui Machete*, Almedina: Coimbra; p. 867.

⁸³ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) “Normas implícitas e Normas Constitucionalmente Devidas “*ad casum*” e a Pretensa Quadratura do Círculo Processual Constitucional: Recapitulação, Desmistificação e Tentativa de Reconstrução”, in *Obra de Homenagem a Rui Machete*, Almedina: Coimbra; pp. 872 e segs.

proibidas e as que são permitidas, na estrita medida do jurídico-tecnologicamente possível. O próprio regime constitucional de proteção dos direitos fundamentais e, em última instância, de garantia da própria Constituição, não pode deixar de ser aplicável, nas suas dimensões orgânico-formais e materiais, em benefício de alegados estados de exceção legal ou constitucional, fundados na complexidade das inovações tecnológicas. Como veremos, tal como a rigidez constitucional, o imperativo de proteção dos direitos, liberdades e garantias mantém-se, através da sua aplicabilidade direta, reserva de lei ou exigência de reserva de densificação total, assim como as novas tecnologias não os isenta de ponderações, para resolver limitações e restrições, como todos os outros. Esse deve ser o princípio.

PARTE II - CONSTITUIÇÃO E REGULAÇÃO DO CIBERESPAÇO

É, efetivamente, problemática, no atual estado da arte, a elaboração genérica, prévia e abstrata, de critérios distintivos para a regulação da *internet*, ou a afirmação da relevância dos mesmos para a justificação da opção por uma ou outra resposta constitucional. Não obstante, os sinais existentes reclamam, gritantemente, uma mudança de enfoque regulatório¹, atendendo à crescente indefinição dos perímetros protetivos dos direitos e liberdades fundamentais e, conseqüente alargamento dos elencos de condutas e agentes, eventualmente responsáveis por intervenções desvantajosas sobre essas posições jurídicas fundamentais.

5. DA RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DO IMPACTO EFETIVAMENTE RESTRITIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO PERÍMETRO PROTETIVO DOS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

5.1. Esta lição resulta também do debate sobre o “*internet exceptionalism*”, particularmente vivo no contexto constitucional norte-americano. Para TUSHNET, a verdadeira questão não se coloca na opção entre “*internet exceptionalism*” ou *Primeira Emenda com ajustamentos*”, mas antes entre “*internet exceptionalism*” ou *Primeira Emenda com ajustamentos*”, por referência a um específico regime, aplicável a um problema específico...². O debate em torno do designado “*internet excepcionalism*” da Primeira Emenda³ incide sobre o problema de saber se as características tecnológicas da *internet* (mais genericamente, as tecnologias de

¹ Perante as novas tecnologias e os desafios do ciberespaço, especificamente no contexto mediático, defendemos a adoção de um modelo regulatório integrado dos Media, abrangendo Conteúdos, Comunicações e Concorrência. - CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 426 e segs; (2014) *Constituição, Lei de Regulação dos Media: Contributo para o Estudo da Constituição Portuguesa da Comunicação*, Dissertação de Doutoramento (Inédita), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pp. 352 e segs e 401 e segs.

² TUSHNET, Mark (2015) “*Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*”, 56 *Wm. & Mary L. Rev.* 1637 (2015), p. 1672. – disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol56/iss4/15> e <http://www.cijic.org/cyberlawbycijic/>.

³ WU, Tim (2010) “Is Internet Exceptionalism Dead?”, in *THE NEXT DIGITAL DECADE - ESSAYS ON THE FUTURE OF THE INTERNET*, p. 179, Berin Szoka, Adam Marcus, eds., TechFreedom, Washington, D.C., 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1752415> - última visita em junho de 2015

informação do século XXI) justificam uma regulação da informação, divulgada através da *internet*, diferente da propugnada, durante os séculos XIX e XX, para os *media* tradicionais.

No relato de TUSHNET, é possível detetar duas estratégias de desenvolvimento de uma “*law of the internet unto itself*”, controvertida nos EUA. Na primeira, permite-se um período inicial experimental do legislador, porquanto nem ele nem o tribunal dispõem de especiais conhecimentos sobre a resposta constitucional apropriada à mais recente inovação tecnológica. O que aconselha a opção por uma deferência judicial relativamente a processos decisórios democráticos, para permitir a acumulação de experiência. A partir de dado momento, todavia, considera-se que os juízes se encontram em melhor posição para implementar os valores constitucionais, de forma mais esclarecida, criando-se as condições legitimadoras de uma doutrina judicial mais restritiva em relação à intervenção legislativa. Esta estratégia conduz, portanto, a uma forma transitória de *internet exceptionalism*, pois à medida que a experiência se vai acumulando, os juízes passarão a estar numa posição de assimilar a regulação dessas *não-tão-novas tecnologias* na doutrina geral da Primeira Emenda, talvez com alguns ajustamentos, para poder lidar com particularidades tecnológicas, verdadeiramente distintivas⁴. Para a segunda estratégia, perante uma ameaça à liberdade de expressão gerada por uma tecnologia emergente, o caso deve ser analisado por referência a princípios já elaborados, a partir da Primeira Emenda. Essa disciplina funda-se em toda a experiência que a primeira estratégia permitiu acumular. Ora, se o padrão comum acerca dos *media* tradicionais é o *supra* referido - deferência inicial dos juízes seguida da aplicação da doutrina da Primeira Emenda; e o resultado, mais do que provável, é sempre o mesmo, questiona-se a necessidade de a sociedade incorrer nos custos subjacentes a uma regulação que, mais tarde ou mais cedo, vai revelar-se inconstitucional.

Note-se que ambas as estratégias se baseiam na experiência: a primeira atende à experiência acumulada, relativamente a cada tecnologia, “*within technologies*”; ii) a segunda deduz inferências “*across technologies*”. No alerta de TUSHNET, essa escolha acaba, não obstante, por ser determinada pelas pré-compreensões do intérprete, porquanto os adeptos da Primeira Emenda vão sempre procurar “*across*

⁴ TUSHNET, Mark (2015) “*Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*”, 56 *Wm. & Mary L. Rev.* 1637 (2015), p. 1643. - disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol56/iss4/15> e <http://www.cijic.org/cyberlawbycijic/>

technologies”, enquanto os céticos – em relação a decisões judiciais agressivas de controlo dos legisladores democráticos competentes – vão procurar “*within technologies*”. Essa escolha, em seu entendimento, vai depender da regulação específica sobre o problema concreto que estiver em análise.

5.2. Pela nossa parte, como vimos, insistimos na lição precoce de TRIBE⁵, segundo a qual, apesar das novas tecnologias, os princípios constitucionais devem manter a sua efetividade e o Estado/Governo não deve interferir nos conteúdos, independentemente do meio através do qual a informação é divulgada. O que significa que, pelo menos no ordenamento jurídico-constitucional português, sem prejuízo da sua liberdade de conformação, na sua precisa medida constitucional, como veremos: i) o legislador encontra-se vinculado ao respeito dos direitos, liberdade e garantias e respetivo regime de proteção e ii) ao juiz compete julgar, desaplicar normas inconstitucionais⁶, resolver conflitos de direitos ou omissões lesivas de direitos, procedendo a ponderações e criar normas “*ad casum*”, constitucionalmente devidas, através de sentenças constitucionalmente obrigatórias. E esta repartição de tarefas, com respaldo constitucional, não pode acolher desvios em função de alegados estados de exceção tecnológicos. De resto, num contexto de vinculação estreita do legislador, o recurso cuidado a um conjunto de regras categóricas ou a testes de ponderação pode conduzir-nos a resultados semelhantes: um elenco bem delimitado de regras categóricas permite-nos identificar um conjunto de características que correspondem aquelas que são, necessariamente, consideradas pela ponderação, às quais conferirá o devido peso, nos resultados que produzir⁷. São, portanto, questões correntes de interpretação de uma determinada Constituição.

Pelo exposto, na esteira de TUSHNET, não deixa de ser falaciosa a defesa, *a priori* e em abstrato, de regras especiais para a *internet*, ou de um “*internet exceptionalism*”, premissa que se revela particularmente sugestiva no contexto mediático, tendo por referência comparativa a regulação dos *media* tradicionais, sendo esta uma distinção, tradicionalmente, baseada na plataforma e modelo de negócio na *internet* e mesmo na natureza pública ou privada das restrições. Para

⁵ TRIBE, Lawrence H. (1991) “The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty beyond de Electronic Frontier”, *The Humanist*, Set-Oct; p. 11 e p. 13.

⁶ Cfr. Artigo 204.º da CRP.

⁷ TUSHNET, Mark (2015) “*Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*”, 56 *Wm. & Mary L. Rev.* 1637 (2015), p. 1641. – disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol56/iss4/15> e <http://www.cijic.org/cyberlawbycijic/>.

efeitos de delimitação do perímetro protetivo dos direitos e liberdades, positivados constitucionalmente, estes fatores são, perante a realidade do ciberespaço, jurídico-constitucionalmente irrelevantes. Ao invés, para a garantia do perímetro protetivo dos direitos fundamentais, assume cada vez maior relevância jurídica: i) a atividade efetivamente desenvolvida, para efeitos de escolha do modelo regulatório aplicável⁸; ii) o impacto efetivamente restritivo das intervenções desvantajosas⁹. Independentemente da sua forma, o que importa é o impacto efetivo dessa intervenção restritiva¹⁰.

Neste contexto, a renovação do debate conceptual sobre a censura, por exemplo, fornece pistas para a consolidação de um conceito amplo, que destaca importantes restrições à liberdade de expressão, que nem sempre assumem essa natureza, embora sejam “*funcionalmente equivalentes*” à censura prévia tradicional¹¹. Nessa medida, todas essas restrições, em sentido amplo, serão obrigatoriamente confrontadas com os pertinentes requisitos formais e materiais, fundados na Constituição, tornando irrelevante a diferente natureza de meios e agentes ou no que concerne ao momento da intervenção desvantajosa:

i) No Direito Constitucional alemão, por exemplo, o conceito de censura abrange, para além das intervenções tradicionais, aquelas medidas de facto similares a essas intervenções, sendo, por exemplo, um mecanismo fáctico de controlo considerado um equivalente funcional à censura formal¹²;

ii) A proibição de censura dirigia-se, tradicionalmente, ao Estado, mas a essência programática da liberdade de comunicação obriga o legislador a estender essa proibição a outras instâncias de controlo, designadamente, a outros “*potenciais*

⁸ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 459 e segs.

⁹ Vide a relevância dos novos problemas trazidos pelo Ciberespaço para uma problematização constitucional da adoção de um modelo principiológico ponderativo, aliado a concepções amplas da previsão normativa e das restrições a direitos fundamentais. - CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 117 e segs; (2014) *Constituição, Lei de Regulação dos Media: Contributo para o Estudo da Constituição Portuguesa da Comunicação*, Dissertação de Doutoramento (Inédita), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pp. 104 e segs,

¹⁰ MACHADO, Jónatas (2002), *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública Social*, Coimbra Editora: Coimbra; pp. 486 e segs.

¹¹ MACHADO, Jónatas (2002), *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública Social*, Coimbra Editora: Coimbra; pp. 486 e segs.

¹² Veja-se, por exemplo, o caso de um controlo de facto, estabelecido em função de uma perspetiva de benefício patrimonial, com a difusão de certos conteúdos. - HOFFMANN-RIEN, Wolfgang (2001) “Libertad de Comunicación y de Medios”, in *Manual de Derecho Constitucional, Benda/Maihofer/Vogel/Hesse/Heyde*, 2.ª Ed., Marcial Pons: Madrid; p. 175.

controladores privados” poderosos, na medida em que se aproveitem do seu poder social ou económico para controlar os *media*¹³;

iii) É possível considerar, materialmente, censórias muitas das restrições *ex post facto* à liberdade de expressão e, em contrapartida, admitir em abstrato que uma determinação prévia¹⁴, de natureza administrativa ou judicial¹⁵, possa vir a ser menos gravosa para o direito ou liberdade, do que um processo de condenação posterior à publicação¹⁶.

As inquietações elencadas agravam-se no mundo digital. Atente-se, por exemplo, no regime português do *notice and take down*, que habilita dois órgãos administrativos Reguladores, com natureza de entidades administrativas independentes, a procederem a uma verdadeira censura material de informações difundidas por meios de comunicação social *online*, que contenham dados que estas entidades considerem sensíveis e, em conformidade, insuscetíveis de serem divulgados, por violarem ou poderem violar outros bens, como o direito à reserva da intimidade da vida privada¹⁷ ou a segurança pública. Serão tais procedimentos

¹³ HOFFMANN-RIEN, Wolfgang (2001) “Libertad de Comunicación y de Medios”, in *Manual de Derecho Constitucional, Benda/Maihofer/Vogel/Hesse/Heyde*, 2.ª Ed., Marcial Pons: Madrid; p. 175.

¹⁴ No que concerne ao seu impacto nas liberdades de expressão e de imprensa, as diferenças entre medidas judiciais prévias e sentenças judiciais condenatórias, civis ou penais, não são substanciais. - TOLLER, Fernando M. (2011), *El formalism en la libertad de expresión: Crítica de la distinción absoluta entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores*, Marcial Pons: Buenos Aires, pp. 47 e segs.

¹⁵ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 204 e segs; (2014) *Constituição, Lei de Regulação dos Media: Contributo para o Estudo da Constituição Portuguesa da Comunicação*, Dissertação de Doutoramento (Inédita), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pp. 196 e segs.

¹⁶ A propósito da dificuldade de, por vezes, distinguir o que é uma restrição prévia ou responsabilidade posterior, veja-se o seguinte exemplo: em Cincinnati, o *city Council*, cansado do comportamento de um determinado indivíduo que, invariavelmente, causava distúrbios nas audiências públicas, aprovou um regulamento que excluía a assistência a essas audiências, durante um período de 60 dias, de todos aqueles que se comportassem de forma a afetar a ordem das sessões. - TOLLER, Fernando M. (2011), *El formalism en la libertad de expresión: Crítica de la distinción absoluta entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores*, Marcial Pons: Buenos Aires, p. 41.

¹⁷ Veja-se o caso do *notice and take down* obrigatório:

a) No caso da CNPD (Comissão Nacional de Proteção de Dados), o artigo 20.º, número 1, alínea b) do Decreto-Lei n.º 67/98, o sujeito pode solicitar à CNPD que bloqueie ou mande destruir dados pessoais recolhidos ou divulgados;

b) No caso da ERC, de acordo com o artigo 24.º, número 3, alínea e), dos seus Estatutos, o sujeito pode solicitar a restrição da circulação de serviços da sociedade da informação que contenham conteúdos submetidos a tratamento editorial e que, “lesem ou ameacem gravemente” os valores previstos no artigo 7.º, número 1, do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro. O artigo 7.º refere-se às medidas restritivas que podem ser adotadas contra um prestador de serviços “na medida em que possa lesar ou ameaçar gravemente: b) Saúde pública; c) A segurança pública, nomeadamente na vertente da segurança e defesa nacionais; d) Os consumidores, incluindo os investidores. Este Decreto-lei foi aprovado no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 7/2003, de 9 de maio, e transpõe para a ordem jurídica nacional a

subsumíveis ao conceito de censura, em termos constitucionalmente *ilícitos*? Este procedimento, a cargo eventualmente de privados (operadores de infraestruturas críticas), aliado à designada norte-americana “*Good Samaritan provision*”¹⁸, é considerado um bom exemplo de novo modelo de *governance* que caracteriza a globalização¹⁹, e implica, no caso norte-americano, uma mudança de uma regulação, de substancial para procedimental, e de uma regulação estatal para uma correção global. Pode, porém, adicionar o problema da eventual legitimação de critérios não oficiais, política e economicamente corretos, constitutivos de um mecanismo informal, mas eficaz, de censura privada de conteúdos²⁰. Trata-se, indubitavelmente, de um procedimento deveras paradigmático: i) perante a doutrina tradicional das restrições prévias, seria reconduzido liminarmente a uma censura ilegítima, pois implica uma atuação prévia de entidade administrativa em conteúdos sujeitos a tratamento editorial; ii) cabe porém admiti-lo como censura *prima facie*, cuja legitimidade pode resultar da ponderação constitucional com os bens colidentes; iii) alarga o universo de potenciais atores censórios, a ter em consideração num conceito amplo de censura.

Note-se o perigo adicional da aplicação de regras, suscetíveis de gerar efeitos danosos, quando incidem sobre os intermediários da *internet*, referindo-se, também a este propósito um “*chilling effect*”, gerado por uma “*copyright by proxy*”²¹. São conceitos, especialmente, problematizados no contexto da regulação do ciberespaço, em especial perante as estratégias dos Estados em matéria de Cibersegurança. Revelam claramente os perigos que podem advir da indefinição de alguns conceitos e da natureza da intervenção dos privados em áreas especialmente delicadas, como a que nos ocupa, em prol da segurança, questão que abordaremos no ponto seguinte (Ponto 6).

Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno

¹⁸ “No provider (...) of an interactive computer service shall be held liable on account of any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider (...) considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected.”- CDA 47 U.S.C. § 230 (c) (2) (A) <http://www4.law.cornell.edu/uscode/47/230.html>.

¹⁹ FRYDMAN, Benoît/RORIVE, Isabelle (2002) “Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA”, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23, Heft 1, S. 41-59, p. 54.

²⁰ FRYDMAN, Benoît/RORIVE, Isabelle (2002) “Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA”, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23, Heft 1, S. 41-59, p. 54.

²¹ KREIMER, Seth F. (2006) “Censorship By Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of The Weakest Link”, in *University og Pennsylvania Law Review*, Vol 155.;

5.3. Concorrendo para a atual indefinição e desestabilização regulatória, atente-se no Acórdão do TJ de 13 de maio de 2014²² e nas *FCC's Open Internet rules*, adotadas em fevereiro de 2015²³, fatores que, a nosso ver, assumem relevância incontornável na elucidação das diferentes matizes do problema:

5.3.1. No Acórdão *sub judicio*²⁴, tratava-se de saber se: a) A Diretiva²⁵ deve ser interpretada no sentido de que a atividade de um motor de busca, como fornecedor de conteúdos²⁶, pode ser qualificada de “*tratamento de dados pessoais*”, para efeitos de aplicabilidade daquela mesma disposição, quando essas informações contenham dados pessoais; b) Em caso afirmativo, se o operador de um motor de busca deve ser considerado responsável pelo referido tratamento de dados pessoais, na aceção dessa mesma disposição.

O Tribunal não se mostrou convencido pela argumentação aduzida pela *Google Spain* e a *Google Inc.*, segundo a qual, “*limitam-se a tratar as informações acessíveis na Internet, no seu conjunto, sem fazer uma seleção entre dados pessoais e outras informações*”. Acabou por soçobrar vitória a tese de que a atividade de um motor de busca “*é suscetível de afetar, significativamente e por acréscimo à atividade dos editores de sítios web, os direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais*”. Para o Tribunal, o operador desse motor, como pessoa que determina as finalidades e os meios dessa atividade, “*deve assegurar, no âmbito das suas responsabilidades, competências e possibilidades, que essa atividade satisfaça as exigências da Diretiva*”. Em suma, o que se pensava inicialmente ser uma

²² <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5d175fdbfd4cd89013bdda104ae9a3.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4QaNmNe0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=401734> .

²³ <https://www.fcc.gov/openinternet> - última visita em julho de 2015. Segundo a FCC, estas regras “*are grounded in the strongest possible legal foundation by relying on multiple sources of authority, including: Title II of the Communications Act and Section 706 of the Telecommunications Act of 1996. As part of this decision, the Commission also refrains (or "forbears") from enforcing provisions of Title II that are not relevant to modern broadband service. Together Title II and Section 706 support clear rules of the road, providing the certainty needed for innovators and investors, and the competitive choices and freedom demanded by consumers.*”

²⁴ Sem prescindir da relevância conferida ao direito ao esquecimento, enquanto corolário da consolidação de um direito fundamental à autodeterminação informacional. - CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2015) *Constituição, Lei e Regulação dos Media* (em processo de publicação); pp. 459 e segs.

²⁵ Cfr. Artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 95/46.

²⁶ “ (...) *que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexa-las automaticamente, armazena-las temporariamente e, por ultimo, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência (...)*”.

atividade puramente instrumental, constitucionalmente inócua, pode, afinal, transformar-se num dragão de direitos e liberdades fundamentais.

5.3.2. Pelo contrário, a FCC adotou, recentemente, regras para uma “*open internet*”²⁷, que advogam a sua neutralidade – “*net neutrality*”. A sua conformidade constitucional funda-se, na explicação do Regulador, precisamente no pressuposto inverso ao consolidado pelo Tribunal de Justiça: as regras não põem causa a liberdade de expressão dos fornecedores de *internet*, uma vez que não podem ser considerados “*speakers*”, mas apenas condutores da expressão dos outros²⁸: “*the manner in which broadband providers operate their networks does not rise to the level of speech protected by the First Amendment*”, uma vez que, enquanto operadores de telecomunicações, envolvem, por definição, “*a transmission of network users’ speech without change in form or content*”.

Não obstante, o Regulador norte-americano não deixa de admitir a possibilidade inversa, de os fornecedores da *internet* serem considerados “*speakers*”, aduzindo a justificação de que as regras adotadas se ajustam a um importante interesse público – “*protecting and promoting the internet and the virtuous cycle of broadband development*” -, o qual é, em seu entendimento, suficiente para superar um “*intermediate scrutiny*” de constitucionalidade. As regras adotadas seriam “*content-neutral*” e não “*content-based*”, porquanto, nesse escrutínio de constitucionalidade, a questão relevante é a de saber se o Estado pode regular conteúdos, em função da sua concordância ou discordância com a mensagem neles contidos. Pelo contrário, aduz a FCC que estas regras “*are structured to operate in a such way that no speaker’s message is either favored or disfavored, i.e., content neutral*”. Na verdade, o que estas regras pretendem garantir é, precisamente, a livre circulação dos conteúdos e que os fornecedores de *internet* não interfiram nos acessos aos conteúdos, através da criação propositada de obstáculos, com intuítos comerciais.

²⁷ Na descrição da FCC, são regras fortes que protegem os consumidores de Práticas passadas e futuras que ameaçam uma “*open internet*”, tais como: i) *No blocking; No Throttling; No Paid Prioritization - Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order, In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet*, Relatório adotado pela FCC, em fevereiro 26, 2015; p. 11.

²⁸ *Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order, In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet*, Relatório adotado pela FCC, em fevereiro 26, 2015; p. 268.

6. INFRAESTRUTURAS CRÍTICAS, DEVER DE REPORTE E AS OMISSÕES JURÍDICO-CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES NA ESTRATÉGIA DA SEGURANÇA NO CIBERESPAÇO

6.1. No caso do ordenamento jurídico-constitucional português, o desenvolvimento da Estratégia Nacional de Segurança no Ciberespaço²⁹ poderá trazer novas preocupações, pelo menos, na ausência de uma Lei do Ciberespaço. Na verdade, alguns dos pilares da Estratégia assentam, precisamente, na subsidiariedade, complementaridade e cooperação entre públicos e privados³⁰. No que concerne, especificamente, à proteção do Ciberespaço e das Infraestruturas, prevê-se o reforço “*das capacidades de prevenção, deteção e reação a incidentes de segurança do ciberespaço*”, através, inclusive, da previsão de um “*dever de reporte dos operadores de infraestruturas críticas de falhas e interferências de segurança do ciberespaço nos seus sistemas*”, operadores esses que poderão ser agentes privados.

Através da opção política descrita na Resolução por um dever de colaboração dos operadores privados, traduzido em dever de reporte, no caso das Infraestruturas Críticas, a intensidade das intervenções desvantajosas sobre a privacidade e as liberdades dos cidadãos poderá ser significativa. Em conformidade, é fundamental concretizar, por lei, a natureza das informações partilhadas nas várias dimensões da Estratégia de Cibersegurança, em sentido amplo, entre entidades públicas e suas congéneres, entre públicos e privados e privados e privados. A positivação desta opção política numa mera Resolução do Conselho de Ministros assume-se, de resto, jurídico-constitucionalmente irrelevante, porquanto a clarificação da natureza da responsabilidade partilhada pelos privados, respetiva configuração e consequente definição de princípios e obrigações, integra, indiscutivelmente, a reserva de lei.

Acresce, num plano conceptual, o perigo da indefinição de conceitos, agravando a urgência da clarificação do conceito de cibersegurança (ou de segurança do

²⁹ Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 36/2015 - <https://dre.pt/application/conteudo/67468089> - última visita em Julho 2015.

³⁰ Prevê-se : i) “a criação de mecanismos de reporte de incidentes de cibersegurança para entidades públicas e para os operadores de infraestruturas críticas” e ii) uma base de conhecimento que reúna informação sobre ameaças e vulnerabilidades conhecidas, para servir as entidades públicas e os operadores de infraestruturas críticas.

ciberespaço), em sentido amplo ou *stricto sensu*, por razões pragmáticas e substantivas.

i) Em termos pragmáticos, cabe definir claramente a sua articulação com a Ciberdefesa, em tempo de paz e de guerra, para evitar sobreposições e duplicações nocivas que ponham em causa fatalmente a agilidade dos processos. A indefinição terá consequências inevitáveis no plano das estruturas de liderança e no quadro de governação do ciberespaço. Por sua vez, em tempo de paz, é preciso reiterar que a sua estratégia não pode deixar de estar sujeita aos mesmos constrangimentos e compromissos assumidos no âmbito de uma Estratégia Nacional de Cibersegurança, entendida em sentido amplo. Ou seja, deverá atuar no pleno respeito do Estado de Direito Democrático, dos seus princípios e instituições fundamentais e da proteção dos direitos, liberdades e garantias.

ii) Numa perspetiva substantiva, afirma-se como uma etapa prévia incontornável a definição e consolidação doutrinária do conceito de cibersegurança (ou de segurança no ciberespaço), através da identificação rigorosa do seu objeto e, conseqüentemente, do âmbito de aplicação do respetivo regime jurídico. Envolvendo, por excelência, a ponderação e corresponsiva concordância prática entre direitos fundamentais e valores constitucionalmente protegidos, eventualmente colidentes, é através da consolidação de um conceito material de cibersegurança ou de segurança do ciberespaço que o legislador lhe confere a robustez e blindagem devidas, por referência às credenciais constitucionais que forem consideradas suficientes para servir de fundamento a intervenções desvantajosas sobre os direitos fundamentais.

6.2. Numa perspetiva rigorosa e técnica de Direito Constitucional, tendo como premissa a ideia de que uma Estratégia Nacional de Cibersegurança não se esgota numa mera definição organizatória, a reserva de lei é, no presente domínio, constitucionalmente incontornável, atenta a fundamentalidade das matérias, direta ou indiretamente, implicadas num conceito de cibersegurança, avessas a tratamento regulamentar, conforme entendimento praticamente unânime da doutrina constitucionalista. Procedem, neste caso, as razões que fundamentam a exclusividade da atribuição da competência normativa nesta temática ao órgão a quem a ordem jurídica confere o primado do exercício do poder legislativo, que é o Parlamento. Todavia, só a partir da definição do conceito de cibersegurança, dos valores que se pretende proteger e da sua especial incidência preventiva ou repressiva, é que se torna

possível identificar, rigorosamente, o âmbito da reserva constitucional de ato legislativo.

A cibersegurança envolve, por natureza, a ponderação entre valores eventualmente colidentes, de igual proteção constitucional. No mínimo, impõe-se o reconhecimento constitucional de que a execução desta Estratégia terá impacto, jurídico-constitucionalmente relevante, nos direitos, liberdades e garantias, matéria que integra a reserva relativa da competência legislativa parlamentar³¹, independentemente da natureza da intervenção legislativa³², encontrando-se sujeita a um apurado regime de proteção constitucional, expressamente positivado na Constituição³³. Note-se que esta Estratégia envolve, na sua regularidade, a adopção de comportamentos positivos por parte do Estado com vista à efetividade dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, cuja execução acarreta, por sua vez, afetações desvantajosas das posições jurídicas desses mesmos cidadãos. Ao legislador caberá fazer a ponderação dos direitos fundamentais com as exigências subjacentes a bens supraindividuais, como a segurança do Estado, constitucionalmente protegidos. A restrição dos direitos fundamentais, por causa da cibersegurança ou da segurança do ciberespaço, e respetivos efeitos nos direitos fundamentais ou na Segurança do Estado, exige que o legislador defina o âmbito desse conceito, no estrito respeito do princípio da proporcionalidade, sem prejuízo do reconhecimento da impossibilidade de uma regulação intensiva, fatalmente reconhecida pela doutrina e jurisprudência constitucionais.

Adicionalmente, cabe observar que, apesar de a Constituição não prever expressamente a matéria que nos ocupa, ela interliga-se, na sua previsível mas, ainda, indefinida extensão, com aspetos cuja configuração legislativa é da exclusiva

³¹ Cfr. Artigo 165.º, n.º 1, alínea b) da CRP.

³² CANOTILHO e Vital MOREIRA consideram que “*essa reserva de competência legislativa parlamentar – e implicitamente reserva material de lei – estende-se a todos os aspetos do regime dos direitos, liberdades e garantias e não apenas no caso das restrições, pois a alínea b) do art.º 168.º, número 1 (atual 165.º/n.º 1, alínea b) não discrimina*”. – CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Anotação ao artigo 18.º, p. 154; No mesmo sentido, MIRANDA defende que “*a reserva abrange os direitos na sua integridade – e não somente as restrições que eles sofram – por não fazer sentido que respeitasse ao acessório ou ao excecional (restrição) e não à substância ou ao conteúdo essencial de cada direito*”. Por outro lado, “*abrange quer um regime eventualmente mais restritivo do que o preexistente quer um regime eventualmente ampliativo; não é o alcance da lei, mas a matéria sobre a qual incide que a define*”. – MIRANDA, Jorge (2010) *Manual de Direito Constitucional, Volume V*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 378.

³³ Cfr. Artigo 18.º da CRP.

competência da AR, a qual é, neste caso, indelegável e inderrogável³⁴. Acresce o facto de algumas matérias³⁵ carecerem da forma especial de lei orgânica³⁶, assumindo essa lei a natureza de valor reforçado pelo procedimento. O que, em suma, realça exigências adicionais constitucionais específicas, em termos orgânicos e formais, a somar ao regime material de proteção dos direitos fundamentais.

Cabe ainda questionar, em termos dogmáticos, se o estado de exceção, regulado expressamente na Constituição, é adequado à natureza das novas ameaças, bem como se, em termos simétricos, o plano estratégico de cibersegurança ou segurança no ciberespaço não poderá reclamar, ele próprio, ajustamentos no período de normalidade constitucional. Desde logo, não seria relevante equacionar a constitucionalização das estruturas de liderança e de governação do ciberespaço, bem como dos Serviços de Informações³⁷?

6.3. Num plano substantivo, íntimo da legitimação, consideramos oportuno formular os seguintes comentários adicionais:

i) Falta, nesta Resolução, a criação de um eixo adicional que contemple, em coerência com a assunção de um compromisso político de respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, a previsão de ações concretas, expressamente com esse desígnio. Pensamos que esta dimensão garantística não pode deixar de estar presente *ab initio* na Estratégia de Cibersegurança, até como fator suplementar de legitimação de atuação do Estado e do dever de colaboração dos operadores privados das infraestruturas críticas, a vingar esta opção política. Neste plano, reiteramos a necessidade de elaboração de uma Carta de Direitos dos Cidadãos para a *Internet* – um terceiro “*Bill of Rights*”.

³⁴ Do exposto, decorre que, em tudo o que possa interferir com direitos, liberdades e garantias:

a) O Governo poderá legislar através de decreto-lei, desde que obtenha a autorização legislativa exigida constitucionalmente, sob pena de inconstitucionalidade orgânica;

b) A lei de autorização legislativa deverá conter os requisitos essenciais, definidos no artigo 165.º, n.º 2 da CRP, sob pena de inconstitucionalidade material, por desvio de poder;

c) A emissão de qualquer acto de natureza regulamentar que interfira com a matéria identificada padecerá igualmente de inconstitucionalidade.

³⁵ Cfr. Artigo 164.º, alíneas d) e q), em conjugação com artigo 166.º, n.º 2 da CRP – Defesa Nacional, Serviços de Informações, Segredo de Estado.

³⁶ Cfr. Artigo 166.º, n.º 2 da CRP.

³⁷ Como defendemos, aliás, na conferência que proferimos sobre “**“Informações, Media e Cidadania: Para uma Cultura das Informações”**”, no Curso “Informações em Democracia”, promovido pelo Instituto de Defesa Nacional (IDN) em colaboração com o Sistema de Informações da República Portuguesa (SIRP).

ii) Prosseguindo no plano da Legitimação, cumpre elaborar um Estudo que retrate, com a maior fidedignidade e credibilidade tecnológica possíveis, os riscos potenciais que uma Estratégia do Ciberespaço pode importar sobre os direitos e as liberdades dos cidadãos³⁸. Seria um sinal de transparência do Estado, sob reserva do tecnologicamente possível, que poderia contribuir para a própria eficácia da Estratégia de Cibersegurança, a qual não pode prescindir da colaboração de todos os agentes envolvidos.

iii) A previsão expressa das ações concretas na sobredita Estratégia poderia revelar-se um contributo inestimável, em termos de comunicação, na sua divulgação pública global, bem como ajudaria a introduzir um factor de tranquilidade junto dos cidadãos, ao longo da sua execução.

Por último, pensamos que será necessário refletir-se sobre a questão da fiscalização da aplicação da Estratégia e respetivo acompanhamento por uma autoridade administrativa independente, cuja base reflita o nosso sistema de governo semipresidencialista³⁹, com especial incidência no respeito dos dados pessoais dos cidadãos e das liberdades de expressão e de comunicação.

7. A INDEFINIÇÃO REGULATÓRIA DO CIBERESPAÇO NÃO LEGITIMA NEM CARECE DE UM “DIREITO CONSTITUCIONAL DO INIMIGO”⁴⁰

7.1. Pelo exposto, não obstante o indiscutível peso de argumentos pragmáticos, eventualmente aduzidos em matéria de segurança do ciberespaço e sua regulação, não nos parece prudente uma dogmatização das questões jurídicas relevantes, em clara contraposição a uma abordagem constitucional. Na verdade, as questões do ciberespaço não podem ser relegadas para alegados quadros de exceção constitucionais, não previstos, *ex professo*, na Constituição. Insistimos que os conflitos constitucionais, imagináveis neste contexto, são suscetíveis de ser enquadrados no ambiente constitucional e, por conseguinte, as suas soluções são

³⁸ <http://www.dhs.gov/privacy-impact-assessments> - última visita em Julho de 2015.

³⁹ O nosso sistema de governo agrega elementos dos sistemas Parlamentaristas e Presidencialistas.

⁴⁰ Inspiramo-nos no conceito de Direito Penal do Inimigo, elaborado por JAKOBS, tendo-o adaptado aos novos desafios constitucionais do ciberespaço. Trata-se, não obstante, de um conceito que pretendemos aprofundar. – JAKOBS, Günther/MELIÁ, Manuel Cancio (2003) *Derecho penal del Enemigo*, Civitas, Madrid.

tecnicamente decantáveis por mera interpretação jurídica. As ponderações exigíveis são, em conformidade, tarefa rotineira do intérprete e do legislador democrático, habituados à concordância prática dos direitos fundamentais com outros bens constitucionalmente protegidos, mesmo a Segurança do Estado. As questões da Cibersegurança e do Ciberespaço integram, atualmente, a rotina do Estado e dos cidadãos, devendo a respetiva regulação ser desenhada a partir de um contexto jurídico de regularidade, sem prejuízo da necessidade inelutável de pontuais enquadramentos excepcionais, perante a ocorrência de episódios cuja caracterização legislativa fique naturalmente sujeita à reserva do jurídico- tecnologicamente possível.

7.2. Não obstante alguma incontornável flexibilidade regulatória e o apoio de uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra, nos termos *supra* descritos, merece-nos total repulsa uma leitura dogmática das questões do ciberespaço, contaminada por um *Direito Constitucional do Inimigo*. Em termos análogos às críticas desferidas pela doutrina ao designado *Direito Penal do Inimigo*, afigura-se-nos perigosa a generalização da tese que circunscreve a globalização a uma escolha incontornável entre um modelo de *Direito Constitucional máximo* e outro de *Direito Constitucional mínimo*⁴¹, porquanto a função racionalizadora do Estado, perante uma eventual exigência social de regulação intrusiva, pode dar lugar a um produto que seja funcional e, ao mesmo tempo, garantístico⁴². Adaptando o raciocínio desenvolvido em sede de Direito Penal, este suposto dilema legitimaria um Direito Constitucional a duas velocidades, onde: i) na primeira, estaria representado um direito constitucional mais lesivo dos direitos, liberdades e garantias, respeitando de forma rígida os princípios político-constitucionais mais fundamentais e ii) na segunda velocidade, referente a intervenções desvantajosas sobre direitos fundamentais menos relevantes, onde tais princípios seriam sujeitos a uma flexibilização proporcional a uma menor intensidade intrusiva. A cultura do medo não pode legitimar uma “terceira

⁴¹ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva (2001) *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid.

⁴² SÁNCHEZ alude a um dilema entre um Direito Penal mínimo e um Direito Penal máximo, fundador de um Direito Penal a duas velocidades, onde: i) na primeira, estaria representada o direito penal que envolve a aplicação de penas privativas da liberdade, na qual se garantiriam de forma rígida os princípios político-criminais básicos, regras de imputação e princípios processuais e ii) na segunda velocidade, referente a penas de privação de direitos ou pecuniárias, tais princípios seriam sujeitos a uma flexibilização proporcional a uma menor intensidade sancionatória. - SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva (2001) *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid; p. 160.

velocidade” do Direito Constitucional, que implique consideráveis agressões aos direitos, liberdades e garantias, supostamente legitimadas por uma ampla relativização das garantias constitucionais. Uma terceira velocidade do Direito Constitucional, com estreita ligação conceptual ao designado “*Direito Penal do Inimigo*”⁴³, justificável, alegadamente, em certos contextos extremos, como os do terrorismo. O “*Direito Constitucional do Inimigo*” consubstanciar-se-ia na expressão de uma espécie de Direito de guerra ou de emergência, mesmo em tempo de paz, fortemente excepcional, capaz de fazer face a fenómenos extraordinariamente graves⁴⁴. Em troca, levar-nos-ia todas as liberdades.

Note-se que a relevância de uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra, esboçada no presente artigo, reside, precisamente, no desígnio de garantir que, apesar dos desenvolvimentos tecnológicos, a lei e os seus conteúdos devidos continuam a ser vinculados e limitados pela ideia de Direito vertida na Constituição, não podendo ser absorvidos por pretextos conjunturais, ao abrigo de inexistentes e não declarados estados de exceção constitucional, alegadamente justificativos do atropelo das regras constitucionais mais firmes, para permitir respostas e reações tecnológicas rápidas e mais eficazes. Desde logo, cabe concretizar que, não obstante o impacto dos factos tecnológicos e sua eminente potência destrutiva do programa normativo-constitucional, deve manter-se: i) A repartição das tarefas de legislar, administrar e julgar e a distribuição de competências entre a Assembleia da República e o Governo legislador, a Administração e os tribunais, sufragadas pela Constituição; ii) O regime de proteção dos direitos, liberdade e garantias, nas suas dimensões orgânica, formal e material.

Não obstante, estamos convictos de que não podemos cair no erro de tudo querer regular, porquanto a incerteza inerente ao risco tecnológico torna, nalguns casos, impossível a densificação de uma posição jurídica de vantagem, suscetível de tutela regulatória ou judicialmente sindicável⁴⁵. E não podemos, igualmente, ceder perante

⁴³ JAKOBS, Günther/MELIÁ, Manuel Cancio (2003) *Derecho penal del Enemigo*, Civitas, Madrid; ALLER, German (2006) “El Derecho Penal del Enemigo y la Sociedad del Conflicto, in *Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho Penal del Enemigo*, Montevideo, Carlos Álvarez- Editor; pp. 163-270.

⁴⁴ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva (2001) *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid; p. 166.

⁴⁵ GOMES, Carla Amado (2011), “Estado Social de Direito e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *Textos Dispersos de Direito Constitucional*, AAFDL: Lisboa; pp. 75 e segs.

tendências abstratas de deferência regulatória, em geral, ou judicial, sobretudo, perante tentativas de intrusão estatal nos direitos fundamentais, alimentadas pelo medo e pelo desconhecimento⁴⁶. A emergência de novos desafios pode, efetivamente, gerar a configuração de novos direitos, eventualmente, alguns deles sob reserva do tecnologicamente possível⁴⁷. Não se trata de desistir da sua densificação, apenas se reclama a consciencialização de que nem sempre intensidade a regulação deve ser proporcional à emergência de novos problemas. Uma interpretação constitucionalmente tecnologicamente neutra pode ajudar a fornecer a medida entre liberdade e regulação.

Sem prescindir das potencialidades curativas e rejuvenescedoras de uma operação interpretativa, fiel ao programa normativo, que recorra ao método jurídico, e se contenha no perímetro de uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra, é nosso dever concluir a presente reflexão com um alerta pragmático aos cultores do direito constitucional e, em última análise, ao legislador de revisão constitucional. Urge, efetivamente, fazer um *check-up* da Constituição, perante os desafios emergentes da regulação constitucional da *internet* e do ciberespaço. Em especial, perscrutar a eficácia dos meios anteriormente escolhidos para: i) conferir efetividade aos direitos e liberdades, suscetíveis de sofrerem maiores agressões; ii) garantir que os instrumentos constitucionais previstos para fazer face a situações de emergência se encontram ajustados aos novos desafios do ciberespaço. Urge conferir princípios e balizar novos métodos e modelos regulatórios, substantivos e institucionais. O importante é evitar que uma eventual Constituição tecnológica, invisível e não oficial, a breve trecho, neutralize a Constituição positiva e oficial dos Direitos, Liberdades e Garantias, com o pretexto da sua falta de efetividade. Desnecessariamente.

⁴⁶LESSIG, Lawrence, (1996) “Reading the Constitution in Cyberspace”, 45 *Emory*, L. J., number 3: p. 6.

⁴⁷ GOMES, Carla Amado (2011), “Estado Social de Direito e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *Textos Dispersos de Direito Constitucional*, AAFDL: Lisboa; pp. 75 e segs.