

DIREITO:

A PENSAR TECNOLOGICAMENTE

DIREITO: A PENSAR TECNOLOGICAMENTE

Do we have one real perception of the true degree of technological intrusiveness into the lives of citizens?

At this «Cyberlaw by CIJIC», 2nd edition, we intend to bring to one legal and technological debate some of the most worrying questions related with the weakness of the traditional concepts of public law. Take, for example, old problems where, alleged, threats to state security compress ordinary individual freedoms. Cyberspace currently dominates daily life. Where can we find the protection of the legal-subjective positions of individuals in it?

Traditional juridical and legal programs will lose all effectiveness, sliding into nominal, if the rule of law gives up to respond to the daily problems of netizens.

We all face new legal dimensions. In face of the ineluctable conclusion that the Internet is a global resource, which we dare say, incompatible, par excellence, with the old concept of territorial sovereignty of State, which scientific criteria need to be included in the construction of a dogmatic approach to the regulation of cyberspace? Furthermore, can it be regulated? Which - if any - new international, worldwide, legal solutions we must strive for?»



DIREITO: A PENSAR TECNOLOGICAMENTE

internet:

- international tribunal for the internet
- open and free Internet
- internet governance
- access to internet

- outros: international cooperation



CYBERLAW

by CIJIC

EDIÇÃO N.º II – JUNHO DE 2016

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



**CIBERESPAÇO, ENTIDADES ADMINISTRATIVAS
INDEPENDENTES E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**CYBERSPACE, ADMINISTRATIVE INDEPENDENT ENTITIES
AND FUNDAMENTAL RIGHTS**

MARIANA MELO EGÍDIO¹

¹ Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora Associada do Centro de Investigação em Direito Público (CIDP). Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Contacto: marianameloevidio@fd.ulisboa.pt. O presente texto corresponde à intervenção proferida no painel “Cibersegurança e liberdades de expressão”, no âmbito da conferência “Cibersegurança: perspetivas multidisciplinares”, ocorrida a 04 de Janeiro de 2016, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com algumas alterações.

ABSTRACT

Independent administrative entities were firstly created with the purpose of regulating the exercise of certain fundamental rights, seeking also to protect these rights in sensitive areas.

It turns out, however, that the performance of these entities will itself in parallel affect the fundamental rights of those regulated by them, which can consequently lead to constitutional problems.

It should be noted that these entities can exercise not only regulatory but also sanctioning powers, as well as para-judisdictional functions, which can lead to a concentration of powers likely to call into question the very principle of the separation of powers.

Considering that article 37 of the Portuguese Constitution comprises as well a right to freedom of expression in cyberspace , the conduct of administrative bodies that affect this right (*e.g.* through mechanisms of notice and take down) can be seen as a fundamental rights' restriction, which must follow the constitutional controls applied to such interventions.

Keywords: Independent administrative agencies; administrative encroachment on fundamental rights; freedom of speech; notice and takedown; proportionality principle

RESUMO

As entidades administrativas independentes foram primeiramente criadas com o intuito de regular o exercício de determinados direitos fundamentais, procurando também salvaguardar o exercício destes direitos em sectores sensíveis e, conseqüentemente, proteger os direitos fundamentais dos cidadãos.

Sucedem que, paralelamente a estes propósitos, a actuação destas entidades vai, ela própria, contender com os direitos fundamentais dos regulados e colocar, conseqüentemente, problemas de constitucionalidade. Lembre-se que estas entidades podem concentrar em si poderes regulatórios e sancionatórios, nos termos dos seus estatutos, exercendo também funções para-jurisdicionais, o que conduz a uma concentração de poderes – de natureza normativa, executiva e (para) jurisdicional – susceptível de por em causa o próprio princípio da separação de poderes.

Atendendo à interpretação do artigo 37.º da Constituição como compreendendo também um direito à liberdade de expressão no ciberespaço, a actuação de entidades administrativas que contenda com este direito (v.g. através de mecanismos de *notice and takedown*) pode configurar uma restrição de direitos fundamentais, que terá de ser enquadrada no âmbito dos controlos constitucionais a este tipo de intervenções.

Palavras-chave: Entidades administrativas independentes; intervenções administrativas; liberdade de expressão; *notice and take down*; princípio da proporcionalidade

I.INTRODUÇÃO

1. Apenas recentemente se iniciou o estudo da relação entre o *ciberespaço*, as *entidades administrativas independentes* e o exercício de *direitos fundamentais*, tema que ainda carece de maior aprofundamento, tendo em conta os múltiplos aspectos relevantes do mesmo no quadro de uma sociedade da informação⁽²⁾ e do risco⁽³⁾.

Na verdade, o estudo das relações entre Direito e ciberespaço⁽⁴⁾ pode ser feito de uma pluralidade de perspectivas, tendo em conta, também, a multiplicidade de problemas suscitados pela Internet: pensemos, por exemplo, na prática de ciberterrorismo ou de outros crimes informáticos; no uso de redes sociais para difamação e insultos e consequente responsabilização dos autores e/ou dos *hosts*; na responsabilidade adveniente da celebração de contratos através da Internet; nos problemas colocados pela perda do direito à privacidade adveniente da utilização das mesmas redes ou casos como o denominado *facejacking*⁽⁵⁾. Os problemas que se colocam são inúmeros e muitos deles começam, só agora, a ser resolvidos⁽⁶⁾, após o fim de algum cepticismo por parte da comunidade jurídica sobre a susceptibilidade de os mesmos poderem, sequer, ser discutidos⁽⁷⁾.

² Ou talvez mais correctamente “sociedade informacional”, cfr. MANUEL CASTELLS, *The Internet galaxy: reflections on the Internet, business, and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, já que em todas as sociedades ao longo da História, a informação teria desempenhado, à sua maneira, um papel relevante.

³ A expressão “sociedade do risco” deriva, como é sabido, da obra de ULRICH BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986.

⁴ Uma das primeiras aparições do termo foi na obra de ficção científica *Neuromancer* de WILLIAM GIBSON, na qual o mesmo vem definido nos seguintes termos “Cyberspace. A consensual hallucination experienced daily by billions of legitimate operators, in every nation, by children being taught mathematical concepts... A graphic representation of data abstracted from the banks of every computer in the human system. Unthinkable complexity. Lines of light ranged in the nonspace of the mind, clusters and constellations of data. Like city lights, receding”, WILLIAM GIBSON, *Neuromancer*, New York, Ace Books, 1984, p. 69.

⁵ Para o enunciado de algumas destas questões, cfr. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 224-244.

⁶ O estudo da ligação entre o Direito e o ciberespaço já ocorre desde a década de noventa. Porém, muitas das questões que têm vindo a ser colocadas não encontraram, ainda, resposta. Falamos de questões como “o que tem o Direito a ver com o ciberespaço?”, “Existe um Direito do Ciberespaço? Nos mesmos termos em que se pode falar de outros ramos do Direito?”, “O ciberespaço é um sítio que tem um sistema jurídico como o de Portugal ou Espanha?”, “O ciberespaço pode ser regulado/é susceptível de regulação?”, “Quem pode e como pode regular o ciberespaço?”, questões essas recolhidas e adaptadas de LILIAN EDWARDS/CHARLOTTE WAEDELDE, “Introduction”, *Law & the Internet: regulating cyberspace* / LILIAN EDWARDS/CHARLOTTE WAEDELDE, Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 5-11, p. 5.

⁷ “Se as comunidades virtuais são o caminho do futuro, que regime legal as deve regular? Podem os advogados encontrar um caminho para conceber sistemas jurídicos virtuais, aplicáveis a ciber-nações que podem ou não corresponder aos estados-nação do mundo de hoje? Como pode o direito ser feito numa comunidade tal como a Internet, na qual falha completamente um soberano do tipo que Austin havia proposto como essencial para a criação do Direito, ou mesmo a regra de reconhecimento adorada por H. L. A. Hart? O que substituiria os parlamentos e tribunais de tal comunidade? Poderiam os destinatários virtuais dessa comunidade incluir não só as pessoas singulares e colectivas com as quais os advogados estão

Ora, de entre esta multiplicidade de perspectivas, aquela que nos interessará no presente texto corresponde à perspectiva *constitucional* do tema⁽⁸⁾, nomeadamente atendendo às vinculações que decorrem da Constituição para a intervenção de autoridades administrativas independentes na regulação do ciberespaço, nomeadamente ao efeito que têm nos direitos fundamentais dos destinatários da actividade de regulação exercida⁽⁹⁾.

2. Quanto ao conceito de *direitos fundamentais* (mais especificamente de direitos, liberdades e garantias) embora estejamos a pensar nos direitos contemplados no catálogo da Constituição portuguesa, atendendo ao surgimento de uma “revolução informática”, poder-se-á falar mesmo falar de uma “digitalização dos direitos fundamentais”⁽¹⁰⁾, que importa não só o surgimento de direitos novos ou de novas interpretações de direitos clássicos (como o surgimento de um direito à autodeterminação informativa), mas também uma necessidade de ler a Constituição atendendo à nova realidade do ciberespaço⁽¹¹⁾.

familiarizados, mas também as identidades (*personae*) virtuais frequentemente adoptadas por utilizadores mais frequentes e *role-players* virtuais, que podem diferir em nome, sexo e raça da pessoa correspondente àquele indivíduo no mundo real?.

Estas são questões especulativas e exóticas, especialmente para advogados. Porém, há uma necessidade de começar a perguntar, senão a responder, a essas questões”, LILIAN EDWARDS/CHARLOTTE WAELDE, “Introduction”, *Law & the Internet: regulating cyberspace, op. cit.*, pp. 10-11.

⁸ O facto de a Internet ser uma realidade por natureza extra-territorial não significa um afastamento da aplicação das normas da Constituição quando as entidades actuem no espaço de aplicação da mesma, ainda que no ciberespaço. Cfr. PAUL SCHIFF BERMAN, “Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation”, *University of Colorado Law Review*, Vol. 71, No. 4, May 2000, pp. 1263-1310, particularmente p. 1289 e ss.

⁹ Veja-se ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *op. cit.*, p. 231, mencionando o acórdão *Reno v. ACLU* (1997) do *Supreme Court* norte-americano, no qual foi decidido que duas disposições do *Communications Decency Act* de 1996 violavam a Constituição norte-americana. Como sintetiza o autor, “ao fazê-lo admitiu, porém, que a Administração dispunha de competência para operar regulamentarmente no ciberespaço”. Numa perspectiva diferente, PEDRO GONÇALVES, “Regulação Administrativa da Internet”, *Revista de Direito Público da Economia*, Nº 1 (Janeiro-Março 2003), pp. 177-199, posteriormente republicado sobre o título “Disciplina administrativa da internet”, *Direito da sociedade da informação*, volume V, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 215-236, salientando, p. 177, que «ao invés do que se verifica em muitas esferas sujeitas a regulação, no mundo da internet não é simples a tarefa de identificar com rigor as áreas de intervenção, regulação administrativa pública (...) a dificuldade está, aí sim, em perceber a existência e os contornos de uma “regulação administrativa pública da internet». Como expõe o autor, p. 178, «existe uma regulação administrativa pública da internet, impondo-se o direito administrativo como disciplina reguladora de certos aspectos da actuação de “actores privados” que actuam por “delegação” de autoridades públicas.» Cfr. ainda o estudo «Regulação pública de conteúdos na internet em Portugal : contributo para a compreensão da designada "solução provisória de litígios" pela Administração Pública no âmbito do Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro», *Direito da sociedade da informação*, volume VII, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 107-128.

¹⁰ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 514-515.

¹¹ Cfr. LUÍSA NETO, “Informação e liberdade de expressão na Internet e a violação de direitos fundamentais: um conflito de (im)possível resolução”, *Informação e liberdade de expressão na Internet e a violação de direitos fundamentais: comentários em meios de comunicação online*, Gabinete Cibercrime da Procuradoria-Geral da República (coord.), Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2014, pp. 29-48, pp. 31-32, “Assim, se a protecção da individualidade da pessoa em contexto cibernético deve ser a continuidade

O Tribunal Constitucional já se pronunciou em alguns acórdãos, aliás, sobre temáticas ligadas ao ciberespaço. Assim, no acórdão n.º 640/2013, de 2 de outubro de 2013, Processo n.º 998/13⁽¹²⁾ - embora tenha decidido pela inutilidade superveniente do recurso interposto- estava em causa uma deliberação da Comissão Nacional de Eleições, a qual, invocando o artigo 7.º da Lei n.º 71/78, de 25 de dezembro (Lei da CNE), ordenou a remoção imediata de um comunicado eleitoral do *sítio oficial* da Câmara Municipal do Porto na Internet. O acto impugnado foi praticado no exercício dos poderes da CNE enquanto órgão de administração eleitoral, previstos nos artigos 5.º, n.º 1, al. d) e 7.º da Lei n.º 71/78, de 27 de dezembro, procurando impedir a prática de actos por entidades públicas que favoreçam ou prejudiquem uma candidatura em detrimento ou vantagem de outra. Saliente-se, pois, a restrição aqui operada por uma entidade administrativa em direitos fundamentais das entidades sujeitas à supervisão dessa mesma entidade, tendo o direito em causa sido exercido, precisamente, no ciberespaço.

Veja-se também o acórdão n.º 241/2002,⁽¹³⁾ Processo n.º 444/01, de 29 de maio de 2002, no qual o Tribunal “em ordem a apreciar o objecto do presente recurso”, decidiu “fazer um comentário, necessariamente breve, sobre as tecnologias da informação (telecomunicações) em geral e, em particular, sobre a Internet”. Nesse acórdão analisou o surgimento da Internet e seu desenvolvimento, bem como a evolução do direito das telecomunicações em Portugal. O acórdão em causa incidia sobre a questão da confidencialidade e sigilo das comunicações electrónicas, conferindo-lhes tutela constitucional, por aplicação do artigo 34.º da Constituição⁽¹⁴⁾.

Tendo em conta o âmbito do painel onde proferi a intervenção agora reduzida a escrito (*Cibersegurança e liberdades de expressão*), a análise centrar-se-á numa breve síntese do impacto que a intervenção por parte de algumas entidades administrativas

da protecção garantida pelo Estado na realidade *offline*, a imaterialidade convoca todavia desafios acrescidos. Trata-se pois de saber se é ainda possível a utilização dos “odres velhos” para conter e disciplinar o “vinho novo” da Internet, em especial quanto à susceptibilidade de aplicação da dogmática comum da responsabilidade civil e penal e da protecção dos direitos fundamentais à realidade fáctica da Internet. (...) Fundamentalmente, a discussão da responsabilização pela expressão e informação digital *online* – *rectius*, pela respetiva possível ilícita violação- encontra escolhos na imensidão da informação disponível, não filtrada, constantemente actualizada e virtualmente impossível de apagar”.

¹² Consultado em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130640.html>

¹³ Consultado em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020241.html>

¹⁴ Acabando por “julgar inconstitucional a norma ínsita no artigo 519.º, n.º 3, alínea b), do Código de Processo Civil quando interpretada no sentido de que, em processo laboral, podem ser pedidas, por despacho judicial, aos operadores de telecomunicações informações relativas aos dados de tráfego e à facturação detalhada de linha telefónica instalada na morada de uma parte, sem que enfequeça a prova obtida com a utilização dos documentos que veiculam aquelas informações, por infracção ao disposto nos artigos 26.º n.º 1 e 34.º n.ºs 1 e 4 da Constituição”.

independentes tem nos direitos fundamentais dos regulados, particularmente nos direitos de liberdade de expressão e de informação, constitucionalmente protegidos no artigo 37.º da Constituição⁽¹⁵⁾.

3. Se pensarmos no caso do bloqueio do *WhatsApp* no Brasil ou, no contexto português, do memorando celebrado entre a IGAC (Inspeção Geral das Actividades Culturais e o MAPiNET (Movimento Cívico Anti-Pirataria na Net), entre outras entidades, ou o bloqueio de *sites* de jogos *online* efectuado pelo Turismo de Portugal, I.P., a que voltaremos no texto, facilmente se compreende a pertinência e actualidade do tema⁽¹⁶⁾.

¹⁵ Cfr. ANA PROENÇA COELHO, “Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM”, *Revista Concorrência & Regulação*, n.º 11 e 12, Julho/Dezembro 2002, pp. 429-466, p. 436, “a referida prerrogativa [solicitar informações e documentos] das autoridades reguladoras é do prévio conhecimento de todos os regulados e a sua vigência deverá ser interpretada como uma verdadeira condição para o exercício de determinada actividade regulada por parte de um privado, tendo em conta o interesse geral no regular e eficiente funcionamento dos mercados, tal como previsto no artigo 61.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Com efeito, muitas das actividades sujeitas a regulação revestem carácter reservado, na medida em que, devido à sua relevância, complexidade e exigência, o respectivo exercício depende de autorização prévia – autorização essa geralmente concedida pela própria entidade reguladora sectorial -, circunstância de onde se pode retirar que as pessoas (singulares e colectivas) sujeitas à regulação conhecem, à partida, as regras a que estão sujeitas, nomeadamente no que concerne ao dever de colaborar com a respectiva autoridade reguladora”.

A restrição da análise, tendo em conta o âmbito do painel, apenas ao direito à liberdade de expressão, implica que não se considerem outras situações que configuram também intervenções de entidades administrativas em direitos fundamentais, como a que ocorre por parte da CNPD, nos termos do artigo 22.º, n.º 3, alínea b) da lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da protecção de dados pessoais) : A CNPD dispõe “De poderes de autoridade, designadamente o de ordenar o bloqueio, apagamento ou destruição dos dados, bem como o de proibir, temporária ou definitivamente, o tratamento de dados pessoais, ainda que incluídos em redes abertas de transmissão de dados a partir de servidores situados em território português”.

¹⁶ Ainda que não esteja sempre aí em causa, é certo, apenas a intervenção de entidades administrativas.

II. ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES: APROXIMAÇÃO A UM CONCEITO

4. Como é sabido, a revisão constitucional de 1997 consagrou, no artigo 267.º, n.º 3, a possibilidade de a lei criar entidades administrativas independentes, no contexto de um Estado regulador⁽¹⁷⁾. A administração independente⁽¹⁸⁾ corresponde ao exercício da função administrativa prosseguida por entidades não integradas na administração directa do Estado, com ausência de orientação⁽¹⁹⁾ e de tutela estrutural, mas sem poderem ser assimiladas a um caso de administração autónoma⁽²⁰⁾.

As entidades administrativas independentes foram primeiramente criadas para intervir em áreas como a dos direitos fundamentais e direitos de natureza análoga⁽²¹⁾. Mas mais recentemente, sobretudo após os fenómenos de liberalizações e privatizações, passaram a ser também intervenientes nos domínios da economia e das finanças⁽²²⁾.

¹⁷ Entre outros, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 352 e PEDRO GONÇALVES, “Direito Administrativo da Regulação”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano (no Centenário do seu Nascimento)*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 535-573.

¹⁸ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 567.

¹⁹ A administração independente é caracterizada por VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 127 como “a Administração *infra-estadual* prosseguida por instâncias administrativas não integradas na Administração directa do Estado e livres da orientação e da tutela estadual, sem todavia corresponderem à auto-determinação de quaisquer interesses organizados”.

²⁰ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, com a colaboração de LUÍS FÁBRICA, JORGE PEREIRA DA SILVA e TIAGO MACIEIRINHA, volume I, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 245 e ss, especificamente p. 269 e ss, que a propósito dos serviços independentes e de vocação geral, aborda o surgimento da administração independente, que escapa à tripartição clássica entre administração directa, indirecta e autónoma. Ao lado dos *órgãos administrativos independentes*, coloca as *entidades administrativas independentes com funções de regulação*, cfr. p. 276 e ss, agregando-as sob o nome “entidades administrativas independentes”. Na definição de MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o Conceito e Natureza das Entidades Administrativas Independentes*, dissertação de doutoramento policopiada apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 24, “as entidades administrativas independentes que se inserem na Administração Pública na modalidade de administração independente são pessoas colectivas de direito público dotadas de personalidade jurídica pública, encarregadas por lei de prosseguir o interesse público concreto nelas estabelecido, devem a sua institucionalização ao princípio do pluralismo da organização administrativa e exercem as suas actividades/competências ao abrigo e com observância estrita do princípio da unidade de acção da administração pública”.

²¹ Sobre o papel de defesa dos direitos fundamentais visado por estas entidades, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., pp. 270-271. Mas, como assinala o autor, na p. 277, mesmo as entidades que não visam em primeira linha a protecção dos direitos fundamentais podem, na sua actividade, contender com estes.

²² Cfr. MARIA CELESTE CARDONA, op. cit., p. 36 e p. 967 “As entidades administrativas independentes operam em duas áreas: a) A área da garantia, promoção e protecção de direitos fundamentais e; b) A área que integra a actividade económica e financeira”, não podendo, pois, agrupar-se todas debaixo do mesmo estatuto.

Distinguindo entre i) entidades que operam no domínio dos direitos fundamentais e dos direitos eleitorais e ii) entidades que operam nos sectores da economia, comunicações, energia e concorrência e ainda entre i) entidades criadas com fundamento em preceito expresso da Constituição (ERC, Provedor de Justiça,

Sob esta designação, poderão agrupar-se, assim, entidades com origens distintas. Seguindo uma recente classificação⁽²³⁾, poder-se-á distinguir entre *autoridades públicas independentes* e *entidades administrativas independentes*, atendendo ao seu modo de criação:

- a) Entidades criadas com fundamento directo em preceito constitucional;
- b) Entidades criadas ao abrigo e com fundamento directo em estatuto constitucional;
- c) Entidades criadas para o exercício de missões de promoção e de garantia de direitos fundamentais e de natureza análoga previstos na Constituição;
- d) Entidades criadas ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 267.º da Constituição, para a prossecução de atribuições/incumbências do Estado previstas na Constituição.

Neste entendimento, todas as entidades criadas com fundamento em preceito expreso ou com estatuto constitucional, como é o caso, entre outros, da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) e do Banco de Portugal, devem ser qualificadas como *Autoridades Públicas Independentes*, e, nessa medida, equiparadas aos demais órgãos de soberania previstos na Constituição⁽²⁴⁾.

São, em suma, entidades que se caracterizam por uma independência *orgânica, funcional e social* ⁽²⁵⁾, e com especial interesse, caracterizadas pela ausência de ordens, instruções ou directivas, controlo de mérito e obrigação de prestação de contas face ao Governo⁽²⁶⁾. São pois *entidades administrativas*, por um lado, e *independentes*, por outro,

CSM e CSMP, Banco de Portugal), ii) entidades criadas por lei com fundamento no seu estatuto constitucional, iii) entidades criadas para exercer missões de garantia de direitos fundamentais (CNE, CADA, Comissão Nacional Objectiva de Consciência, CNECV, CNPD, Entidade Reguladora da Saúde), iv) entidades com consagração constitucional criadas para a garantia/prossecução de incumbências/atribuições do Estado consagradas na Constituição, cfr. MARIA CELESTE CARDONA, *op. cit.*, pp. 951-952, nomeadamente p. 983, “Torna-se, assim, possível proceder à distinção entre estas entidades administrativas com funções de regulação e as entidades administrativas independentes que operam na área dos direitos fundamentais que, com fundamento nos seus estatutos de independência orgânica e funcional, não são parte da Administração Pública e não estão, por isso, subordinadas ao princípio da unidade de acção”.

²³ Cfr. MARIA CELESTE CARDONA, *op. cit.*, pp. 43-44.

²⁴ Cfr. MARIA CELESTE CARDONA, *op. cit.*, pp. 45-46. «Para além da ERC e do Banco de Portugal, também o Provedor de Justiça, os Conselhos Superiores da Magistratura e do Ministério Público devem ter-se como entidades “fora” da Administração Pública dotadas de regime e estatutos de natureza constitucional respectivamente nos domínios dos direitos fundamentais e do direito comunitário, devendo assim ser qualificadas como Entidades Públicas Independentes de estatuto constitucional».

²⁵ GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 576.

²⁶ *Ibidem*.

tendo a doutrina vindo a identificar critérios mais ou menos consensuais para a classificação das mesmas, nomeadamente:

- i) o desenvolvimento de actividades públicas predominantemente administrativas;
- ii) a ausência de poderes de hierarquia, superintendência ou tutela dos órgãos do poder político sobre a autoridade independente, embora a ausência de tutela deva ser entendida mitigadamente;
- iii) a existência de garantias de inamovibilidade e irresponsabilidade para os membros dos órgãos de direcção e a insusceptibilidade de dissolução dos órgãos de direcção por autoridades do poder político;
- iv) designação dos titulares dos órgãos de direcção através de um largo assentimento representativo ou, em alternativa, mediante a intervenção de órgãos distintos;
- v) se a autoridade exerce competências administrativas de regulação ou disciplina sobre um determinado sector, a maioria legal dos seus membros não deve pertencer ou ser designada pelo sector que é objecto da regulação⁽²⁷⁾, concluindo pela sua qualificação como entidades híbridas, “semi-independentes”⁽²⁸⁾.

5. A entrada em vigor, em 2013, da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, (Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Actividade Económica dos Sectores Privado, Público e Cooperativo⁽²⁹⁾) poderia trazer alguma

²⁷ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “O estatuto híbrido das entidades reguladoras da economia”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, volume IV, Coimbra Editora, 2012, pp. 183-217, pp. 202-203.

²⁸ *Idem*, p. 208, “Autoridades administrativas independentes são órgãos do Estado ou pessoas colectivas públicas de carácter institucional que a lei incumbe da prossecução de fins do Estado, para o que lhes confia o exercício da função administrativa, com outorga de competências de administração activa, mas cujos dirigentes beneficiam de um regime de independência orgânica e funcional, perante órgãos de soberania”. Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, “Autoridade Administrativa Independente”, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, coordenação de JORGE BACELAR GOUVEIA/FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, Lisboa, Quid Juris, 2013, pp. 52-54, p. 52, identificando como características a independência das mesmas face aos órgãos de soberania, o exercício de funções administrativas e a natureza de administração activa (p. 53).

²⁹ Para uma síntese da génese da Lei-Quadro, entre outros, TÂNIA CARDOSO SIMÕES, “Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro”, *Concorrência & Regulação*, Ano V, Número 17, Janeiro/Março 2014, pp. 239-269. Na senda da evolução que culminou na referida lei. Cfr., ainda, VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

clareza quanto à identificação das características do também já denominado “quarto poder”. Sucede que, como decorre do artigo 3.º, n.º 3:

«Para efeitos do disposto no n.º 1, são reconhecidas como entidades reguladoras as seguintes entidades actualmente existentes:

- a) Instituto de Seguros de Portugal;*
- b) Comissão do Mercado de Valores Mobiliários;*
- c) Autoridade da Concorrência;*
- d) Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos;*
- e) Autoridade Nacional de Comunicações (ICP - ANACOM) que será objeto de redenominação nos termos do artigo seguinte;*
- f) Instituto Nacional de Aviação Civil, I. P. (INAC, I. P.), que será objeto de redenominação nos termos do artigo seguinte;*
- g) Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I. P. (IMT, I. P.), nas suas atribuições em matéria de regulação, de promoção e defesa da concorrência no âmbito dos transportes terrestres, fluviais e marítimos, que será objeto de reestruturação nos termos do artigo seguinte;*
- h) Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos;*
- i) Entidade Reguladora da Saúde.*

4 - A lei-quadro em anexo à presente lei não se aplica ao Banco de Portugal e à Entidade Reguladora para a Comunicação Social, que se regem por legislação própria», exclusão reiterada no artigo 2.º, n.º 3, da Lei-Quadro⁽³⁰⁾.

Note-se, portanto, que o mencionado diploma não visa cobrir toda a realidade das denominadas entidades administrativas independentes, centrando-se apenas nas entidades com funções de regulação da actividade económica (como decorre, aliás, do seu título). Contudo, ainda que tendo em conta a referida restrição do seu âmbito de aplicação e, conseqüentemente, a sua inaplicabilidade à primeira categoria de entidades

³⁰ Sublinhados nossos.

administrativas atrás traçada, convém atender à definição constante do artigo 3.º da Lei-Quadro, o qual vem definir no n.º 1 as entidades reguladoras como “as pessoas colectivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da actividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de protecção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos sectores privado, público, cooperativo e social”, dispondo no n.º 2 que, «*Por forma a prosseguirem as suas atribuições com independência, as entidades reguladoras devem observar os requisitos seguintes:*

- a) Dispor de autonomia administrativa e financeira;*
- b) Dispor de autonomia de gestão;*
- c) Possuir independência orgânica, funcional e técnica;*
- d) Possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprio;*
- e) Ter poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações;*
- f) Garantir a protecção dos direitos e interesses dos consumidores”».*

6. Muitas das referidas entidades – e particularmente as que interessam para o presente texto, ainda que não abrangidas pela Lei-Quadro – foram criadas com o intuito de regular o exercício de direitos fundamentais⁽³¹⁾ (pense-se na ERC⁽³²⁾ ou na CNPD), procurando salvaguardar o exercício destes direitos⁽³³⁾ em sectores sensíveis, num ambiente de liberdade e concorrência, mas também proteger os direitos fundamentais dos cidadãos,

³¹ *Ibidem*. Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *op. cit.*, p. 53, referindo que adoptam a natureza de órgãos da pessoa colectiva Estado a generalidade das autoridades incumbidas da protecção dos direitos fundamentais, apresentando a ERC como um caso distinto, de pessoa colectiva de tipo institucional. Cfr. também MARIA CELESTE CARDONA, *op. cit.*, p. 46-47. “Em resultado dessa análise, consideramos que a nossa ordem jurídica comporta entidades administrativas independentes com vocação de protecção de direitos fundamentais que, por isso, assumem *graus de independência* na sua acção, mais *intensos e menos limitados* do que as restantes entidades administrativas independentes que operam e detêm competências de promoção do mercado. Nesse sentido consideramos a Comissão Nacional de Eleições, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, a Comissão Nacional de Protecção de Dados, como Entidades Administrativas Independentes”.

³² Sobre a ERC e o seus poderes, cfr. MARIA CELESTE CARDONA, *op. cit.*, pp. 630-637.

³³ Sobre a caracterização das entidades administrativas independentes como forma de efectivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, tornando-se a Administração “guardiã da juridicidade”, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo- Enquadramento dogmático-constitucional*, volume II, Lisboa, Lex, 1995, p. 575 e ss. Note-se, novamente, contudo, que nem todas as entidades administrativas independentes visam estritamente salvaguardar direitos fundamentais, havendo outras que se ocupam, primeiramente, da regulação da economia (neste sentido, em síntese, JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 540.

nas manifestações de boa administração, informação e transparência⁽³⁴⁾. Na medida em que as entidades em causa operem no domínio dos direitos fundamentais podem ser qualificadas como “entidades independentes com grau de liberdade de acção forte”⁽³⁵⁾, porquanto sobre estas não pode ser exercido qualquer poder de orientação ou controlo de mérito.

Contudo - e no que especialmente nos interessa - a sua actuação destas entidades poderá, ela própria, contender com direitos fundamentais dos regulados e colocar, conseqüentemente, problemas de constitucionalidade⁽³⁶⁾. Lembre-se que estas entidades podem concentrar em si poderes regulatórios e sancionatórios, nos termos dos seus estatutos, exercendo funções quase para-jurisdicionais⁽³⁷⁾, levando a uma concentração de poderes (de natureza normativa, executiva e para jurisdicional), susceptível de por em causa o próprio princípio da separação de poderes⁽³⁸⁾ - ainda que essa concentração de

³⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 810, anotação ao artigo 267.º, de forma mais rápida, eficiente e flexível do que com recurso a outras figuras; Cfr. ainda MARIA CELESTE CARDONA, *op. cit.*, p. 958.

³⁵ Cfr. MARIA CELESTE CARDONA, *op. cit.*, p. 951. Sobre as competências respeitantes ao exercício da administração activa por parte destas entidades, cfr. BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, p. 210.

³⁶ No sentido de que «as decisões tomadas por estas “autoridades” têm força para proceder à restrição do exercício de um direito fundamental constitucionalmente consagrado» (falando a propósito do que designa como “entidades criadas com fundamento em princípios constitucionais de garantia e protecção de direitos fundamentais de natureza análoga”), MARIA CELESTE CARDONA, *op. cit.*, p. 962. «O intérprete não se pode alhear da fonte normativa que o legislador no exercício da sua função soberana escolhe para proceder à criação de uma entidade que, por força das competências que lhe são cometidas, dispõe do poder de “restringir” direitos, liberdades e garantias», *op. cit.*, p. 962.

³⁷ Entre outros, ANA PROENÇA COELHO, *op. cit.*, p. 434, “a fim de poderem desenvolver a sua actividade e realizar o seu fim último- exercer a regulação sectorial-, estas entidades foram genericamente dotadas de três tipos de poderes públicos: de ordem normativa, de cariz executivo e de natureza sancionatória (parajudicial). Sucintamente pode afirmar-se que os poderes de ordem normativa consistem na competência das entidades reguladoras para elaborarem regulamentos com carácter geral e abstracto aplicáveis ao respectivo sector de actividade ou às matérias reguladas. Já os poderes executivos exprimem-se nas acções de supervisão desenvolvidas pelas autoridades reguladoras autónomas, no âmbito das quais estas entidades investigam e inspeccionam o comportamento e a actividade dos seus regulados, *podendo mesmo emitir ordens destinadas a impor-lhes determinados comportamentos*. Por fim, os poderes parajudiciais relacionam-se com as competências sancionatórias no âmbito das contraordenações previstas em cada um dos sectores e matérias regulados, concedendo-se às autoridades reguladoras a missão de verificarem, em concreto, se os agentes económicos cumprem as normas legais e regulamentares em vigor e, conseqüentemente, de aplicarem coimas e/ou sanções acessórias aos seus autores” ainda que conclua, p. 435, que “o poder sancionatório das autoridades reguladoras não pode ser equiparado ao poder judicial, enquanto poder autónomo e independente, mas antes entendido como uma vertente da supervisão que se consubstancia na garantia da sua própria eficácia”.

³⁸ Salientando que as grandes questões em torno da constitucionalidade da criação de entidades administrativas independentes giram em torno do princípio democrático, do princípio da separação de poderes, JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, *op. cit.*, pp. 194-196, nomeadamente p. 195 «Acerca dos princípios mencionados, coloca-se a questão da criação de estruturas organizatórias cujos titulares não são legitimados pelo voto dos cidadãos e que simultaneamente beneficiam de um regime de tendencial imunidade aos clássicos mecanismos de controlo político. No que concerne ao segundo daqueles princípios, a doutrina alerta para a verosímil alteração do equilíbrio institucional estabelecido pela Constituição, por um lado, na medida em que a criação de “autoridades administrativas independentes” implica por regra que algumas competências de que eram titulares os órgãos

poderes seja intencional e a forma mais adequada para cumprir o fim das mencionadas entidades⁽³⁹⁾.

Tal implica que a actuação destas entidades não pode, obviamente, estar imune a controlo jurisdicional⁽⁴⁰⁾, fazendo surgir um novo domínio de estudo – o Direito Sancionatório das Entidades Reguladoras, na fronteira entre o Direito Penal e o Direito Administrativo⁽⁴¹⁾.

7. Sem poder entrar, no âmbito deste texto, nesse domínio, importa salientar que ao lado das sanções de tipo financeiro, disciplinar e contra-ordenacional existem as chamadas “sanções administrativas *stricto sensu*”⁽⁴²⁾, «quando ocorre uma restrição de um “*direito subjectivo*” ou a imposição de um “*ónus*” ou “*encargo*” a um particular, por decisão unilateral da administração pública, com intuito sancionatório – ou seja, predominantemente destinada à imposição de um sacrifício, como consequência de um incumprimento do conteúdo preceptivo de um comando normativo”⁽⁴³⁾.

Em nota de rodapé refere Miguel Prata Roque⁽⁴⁴⁾, «a mero título exemplificativo, refira-se – pela sua impressividade – o regime sancionatório previsto na Lei do Jogo (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro, de acordo com a redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 114/2011, de 30 de novembro), que, logo no seu

de soberania, ou órgãos deles dependentes, sejam afectadas a novos centros de poder e, por outro lado, porque a concentração de competências subsumíveis a diferentes funções de Estado na mesma instituição pode originar uma situação de exercício do poder sem o controlo do correlativo e necessário contra-poder». Especificamente quanto aos poderes sancionatórios da ERC, MIGUEL PRATA ROQUE, “Os poderes sancionatórios da ERC- Entidade Reguladora para a Comunicação Social”, MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA MENDES (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 367-442.

³⁹ Cfr. ANA PROENÇA COELHO, *op. cit.*, p. 438.

⁴⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 568, “A intervenção destas entidades administrativas independentes não posterga o direito de recurso para os tribunais, nos termos gerais, pois só assim se não descaracteriza o esquema jurisdicional de controlo constitucionalmente plasmado”. Cfr. ainda ANA PROENÇA COELHO, *op. cit.*, p. 438, “as autoridades reguladoras exercem os poderes que lhes foram confiados de acordo com o princípio da legalidade, sendo independentes na sua actuação (...) e que os actos que praticam são sujeitos ao escrutínio judicial (seja dos tribunais comuns- em matéria sancionatória- , seja dos tribunais administrativos – no caso de impugnação dos actos que revistam esta natureza”.

⁴¹ Sobre o tema, MIGUEL PRATA ROQUE, “O Direito Sancionatório Público enquanto bissectriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, *Revista Concorrência & Regulação*, ano IV, n.º 14/15, Abril/Setembro de 2013, pp. 105-173 e ainda MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA MENDES (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

⁴² MIGUEL PRATA ROQUE, “O Direito Sancionatório Público (...)”, *op. cit.*, p. 117. Cfr. MARIA CELESTE CARDONA, *op. cit.*, p. 809, identificando, no espectro das actuações integradas na função administrativa, as “actividades de comando e de controlo, com cariz policial e ordenador (administração de ordenação e sancionatória)”.

⁴³ Não curando já do exercício de poderes regulamentares e jurisdicionais por parte destas entidades.

⁴⁴ MIGUEL PRATA ROQUE, *op. cit.*, p. 117, nota de rodapé 55.

artigo 118.º, n.º 1, distingue e autonomiza expressamente a “*responsabilidade administrativa*” (prevista nos artigos 119.º a 137.º daquele diploma), que se aplica apenas às pessoas colectivas privadas que exercem funções de concessionários do jogo, e a “*responsabilidade contra-ordenacional*” (prevista nos artigos 138.º a 150.º), que se aplica aos funcionários e frequentadores daqueles estabelecimentos concessionados de jogo. Entre essas “*sanções administrativas*”, podem destacar-se: *i*) a rescisão ou suspensão da execução dos contratos de concessão (artigos 119.º e 120.º); *ii*) a imposição de sanções pecuniárias pelo incumprimento de normas prescritivas de condutas (artigos 121.º a 130.º). Trata-se, por conseguinte, de verdadeiras “*sanções administrativas ‘stricto sensu’*”, manifesta e expressamente autonomizadas das “*sanções contra-ordenacionais*” que, portanto devem estrita obediência às normas procedimentais e aos princípios gerais de Direito Administrativo.” Voltaremos no texto às sanções aplicáveis no âmbito do jogo (*online*), tendo em conta um caso recentemente verificado em Portugal de bloqueio de um destes *sites*.

Tirando eventualmente o artigo 34.º, n.º 2⁽⁴⁵⁾, são os artigos 40.º a 44.º da Lei-Quadro que parecem referir-se a procedimentos de intervenção administrativa em direitos fundamentais, que se reconduzem a fixação de tarifas e sanção de infracções e adopção das medidas necessárias (cfr. nomeadamente alíneas c) e d) do n.º 3 do artigo 40.º).

⁴⁵ “As entidades reguladoras podem ainda cobrar, nos termos dos respectivos estatutos, taxas ou tarifas às empresas e outras entidades destinatárias da actividade da entidade reguladora e dos serviços prestados por esta, com excepção das situações a que se refere o n.º 4 do artigo 40.º”.

III. INTERVENÇÃO ADMINISTRATIVA NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CIBERESPAÇO

8. Como já foi assinalado, o artigo 37.º da Constituição deve ser lido da forma mais ampla possível, implicando aí também o exercício da liberdade de expressão através da Internet, no ciberespaço⁽⁴⁶⁾. Este aspecto (a inclusão no âmbito de protecção da liberdade de expressão também do exercício da mesma no ciberespaço), não é, contudo, praticamente focado pela doutrina portuguesa, salvo honrosas excepções⁽⁴⁷⁾.

Pelo contrário, a análise da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América e a sua ligação com o ciberespaço já originou variados estudos. Mark Tushnet, por exemplo, veio indagar sobre a aplicabilidade da Primeira Emenda à Internet – realidade obviamente aí não contemplada aquando da sua inserção em 1791 no Bill of Rights. Naquilo que é denominado como *First Amendment Internet exceptionalism* (Excepção da Internet da Primeira Emenda), indaga se as características tecnológicas da Internet – bem como de outras tecnologias do século XXI - justificam uma diferenciação na regulação da disseminação da informação face àquela feita por referência à imprensa, rádio ou televisão⁽⁴⁸⁾. No ordenamento brasileiro e tendo em conta o Marco Civil da Internet, (Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014), a inclusão no direito à liberdade de expressão também do exercício da mesma no ciberespaço é unânime⁽⁴⁹⁾.

⁴⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, *op. cit.*, p. 572, “Além da protecção do conteúdo, o programa normativo do preceito alarga-se à protecção dos meios de expressão (palavra, imagem ou qualquer outro meio). A abertura constitucional - «qualquer outro meio»- permite incluir sem dificuldades as novas formas de expressão como «blogs», «chats», «protestos electrónicos» e os vários estilos (satíricos, irónicos, agressivos, retóricos, etc)”.

⁴⁷ Veja-se a menção feita na nota de rodapé anterior, bem como JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, anotação ao artigo 37.º, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, “os meios de comunicação podem ser: (...) (ii) meios de *acesso condicionado e de utilização livre* (como a rádio e televisão pela internet, a própria Internet, o correio electrónico, o *chat*, o telemóvel, o fax, o telefone, o telégrafo e meios de comunicação similares”, salientando ainda, quanto ao contexto em que surgem, os meios de comunicação directa, os de comunicação de massas e aqueles com suporte nas novas tecnologias de informação.

⁴⁸ MARK TUSHNET, “Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law”, 56 *Wm. & Mary Law Rev.* 2015, <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol56/iss4/15>, pp. 1637-1672. Cfr. ainda SETH F. KRAIMER, “Censorship By Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of The Weakest Link”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol 155, 2006, pp. 11-101 “the rise of the Internet has changed the First Amendment drama, for governments confront technical and political obstacles to sanctioning either speakers or listeners in cyberspace”.

⁴⁹ Cfr. MARCOS WACHOWICZ, apresentação, *Direito Autoral & Marco Civil da Internet*, MARCOS WACHOWICZ (org.), Curitiba, Gedai Publicações, 2015, p. 6, “o Marco Civil da Internet via principalmente assegurar a liberdade de expressão e de informação, tudo para garantir a construção de espaços democráticos na Sociedade Informacional. Assim é que o Marco Civil da Internet, ao prever sanções decorrentes do uso indevido de uma determinada pessoa, categoricamente ressalta que não se admite a interrupção dos serviços básicos de acesso, garantindo-se a liberdade de expressão na internet como um espaço aberto e democrático. Os fundamentos do uso da internet no Brasil previstos na lei do Marco Civil

Tendo em conta que a última alteração ao artigo 37.º da nossa Constituição data de 1997 e que desde então o ciberespaço e o recurso a novas tecnologias registaram um desenvolvimento expressivo, impõe-se uma leitura actualista do mencionado preceito, que contemple no seu âmbito esta realidade e que procure adaptar os imperativos daí constantes também à expressão de ideias e informações no ciberespaço⁽⁵⁰⁾.

O princípio fundamental em torno da liberdade de expressão é, claro, a sua vertente negativa (*status negativus*), de liberdade perante o Estado. O n.º 1 do artigo 37.º, *in fine*, expressa que este direito é garantido “sem impedimentos nem discriminações”, complementando o n.º 2 do artigo que “o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”.

Contudo, torna-se evidente que o mesmo pode estar sujeito a limites⁽⁵¹⁾, na medida em que podem ocorrer infracções cometidas no exercício deste direito (cfr. n.º 3), sendo inegável que, independentemente de não haver uma cláusula de limites expressos, o

respeitam o direito de informação e da liberdade de expressão de igual modo, percebendo-os enquanto direitos fundamentais apontados na Constituição Federal, promovem e garantem a integração do cidadão brasileiro a esta nova realidade tecnológica da Sociedade Informacional”. A referida lei consagra no artigo 2.º que “A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão”, elencando depois outros objectivos, sendo o fim primeiro da disciplina do uso da internet no Brasil “I- a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”. É de salientar, ainda, o artigo 19.º, “ Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.

⁵⁰ Como salienta LUÍSA NETO, *op. cit.*, pp. 31-32, “se os meios de comunicação *online* são veículo da liberdade de expressão e informação, importará alterar a abrangência subjectiva do conceito de comunicação social, no sentido de se alargar também a conteúdos de *blogs?* (...) em Portugal, uma inédita deliberação da ERC (1/DF-NET/2007) veio prever que, a partir de então, todas as pessoas que sintam violados os seus direitos de expressão em sítios da Internet que cumpram uma função de veículo de comunicação pública possam ver as suas queixas atendidas pelo Conselho Regulador.” Note-se, aliás, que ao abrigo do artigo 6.º, alínea e), dos Estatutos da ERC (aprovados em Anexo à Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro), “estão sujeitas à supervisão e intervenção do Conselho Regulador todas as entidades que, sob jurisdição do Estado Português, prossigam actividades de comunicação social, designadamente: 2 e) as pessoas singulares ou colectivas que disponibilizem regularmente ao público, através de redes de comunicações electrónicas, conteúdos submetidos a tratamento editorial e organizados como um todo coerente”.

⁵¹ Sobre a existência de limites quando o direito em causa seja exercido no ciberespaço, cfr. a já referida deliberação da ERC 1/DF-NET/2007, disponível em

<http://www.erc.pt/download/YToyOntzOjg6ImZpY2hlaXJvIjtzOjM4OiJtZWVpYS9kZWVpc29lcy9vYmplY3RvX29mZmxpbmUvNzQ0LnBkZiI7czo2OiJ0aXR1bG8iO3M6MjM6ImRibGliZXJhY2FvLTFkZi1uZXQyMDA3Ij9/deliberacao-1df-net2007>, p. 26, “Esta esfera de comunicação, que acarreta um impacto profundo no domínio dos direitos fundamentais da comunicação e introduz alterações a noções como a protecção dos direitos de personalidade, o acesso à informação, a proibição da censura, o licenciamento e a regulação, nasce, contudo, alheia a uma qualquer disciplina estadual, permitindo facilmente transpor as restrições à liberdade de expressão. Há que notar, todavia, que, ainda que o meio de comunicação seja a internet, a liberdade de expressão e informação não é absoluta, encontrando restrições nos termos do art.º 18.º, CRP, e na concordância que possa ser necessário estabelecer em caso de conflito com outros direitos de igual dignidade constitucional”.

referido direito tem em todo o caso de ser harmonizado e sujeito a operações de ponderação com outros bens constitucionais⁽⁵²⁾, por exemplo quando coloque em causa os bens tutelados no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, ou o segredo de justiça (20.º, n.º 3). Como refere José Eduardo Figueiredo Dias⁽⁵³⁾, «A resolução dos conflitos e colisões entre direitos fundamentais é muitas vezes feita pelo próprio legislador. Tal será mesmo uma exigência constitucional, no caso dos direitos sujeitos à reserva de lei *restritiva*. No entanto, as dificuldades são inúmeras, uma vez que não se pode ter a pretensão de prever todos os hipotéticos conflitos entre direitos fundamentais através da via geral e abstracta (típica dos actos legislativos). Nesta linha, torna-se imprescindível que os juízos de ponderação e de eventual prevalência de um direito em relação a outro não sejam apenas efectuados ao nível legislativo, exigindo a intervenção do juiz e dos outros aplicadores concretos da Constituição. Daí que, se são de saudar as tentativas de diversas leis administrativas em fazer a articulação e a composição entre o direito à informação e à protecção da intimidade da vida privada - casos do CPA, da LADA e da LPDP -, a verdade é que o problema nunca será assim definitivamente resolvido. A lei terá de se limitar a densificar os parâmetros constitucionais, mas as tarefas de harmonização de direitos, da sua ponderação e a tentativa de conseguir a sua concordância prática, bem como a eventual opção por um dos direitos em detrimento do outro (quando a composição não for possível) só poderá ser feita ao nível do caso concreto. Como afirma RODERICK BAGSHAW a propósito do direito à privacidade, quando em conflito com outros interesses (designadamente a liberdade de expressão e de imprensa, a que poderemos acrescentar o próprio direito à informação), “insistir numa resolução perfeita ao nível teórico antes de passar ao nível prático seria utópico”»⁽⁵⁴⁾.

A propósito da liberdade de expressão, convém também não esquecer as limitações decorrentes do Direito Internacional e recebidas no ordenamento jurídico português: pense-se, nomeadamente, no artigo 10.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que dispõe que “O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança

⁵² Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, *op. cit.*, p. 574.

⁵³ JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, “Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 615-653, nomeadamente pp. 638-639.

⁵⁴ Sublinhados nossos.

pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”⁵⁵, bem como os considerandos (9) e (10) da Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 08/06/00, “relativa a determinados aspectos jurídicos dos serviços da sociedade de informação, em particular do comércio electrónico no mercado interno”, que lançam importantes pistas às considerações que faremos de seguida, relativas ao plano jurídico interno:

“ (9) A livre circulação dos serviços da sociedade da informação pode em muitos casos constituir um reflexo específico, no direito comunitário, de um princípio mais geral, *designadamente o da liberdade de expressão, consagrado no n.º 1 do artigo 10.º da Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, ratificada por todos os Estados-Membros*. Por esta razão, as directivas que cobrem a prestação de serviços da sociedade da informação devem assegurar que essa actividade possa ser empreendida livremente, à luz daquele preceito, apenas se subordinando às restrições fixadas no n.º 2 daquele artigo e no n.º 1 do artigo 46.º do Tratado. *A presente directiva não tem por objectivo afectar as normas e princípios nacionais fundamentais respeitantes à liberdade de expressão.*

(10) De acordo com o *princípio da proporcionalidade*, as medidas previstas na presente directiva limitam-se ao mínimo estritamente necessário para alcançar o objectivo do correcto funcionamento do mercado interno. Sempre que seja necessário intervir a nível comunitário, e a fim de garantir a existência de um espaço efectivamente isento de fronteiras internas no que diz respeito ao comércio electrónico, a presente directiva deve assegurar um alto nível de protecção dos objectivos de interesse geral, em especial a protecção dos menores e da dignidade humana, a defesa do consumidor e a protecção da

⁵⁵ Chama-se a atenção, a este propósito, para o recente caso *Delfi AS v. Estonia* (2015) ECtHR 64659/09, de 16 de junho de 2015, onde, por 15 votos a favor e 2 contra, a maioria decidiu que considerar o *site* de notícias estoniano Delfi responsável por comentários difamatórios anónimos publicados *online* por leitores, mesmo tendo estes sido removidos após pedido, não consubstanciava uma violação do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (liberdade de expressão), no que já tem sido apelidada de “decisão inesperada”, que “vai contra a Directiva sobre comércio electrónico” e que “dramaticamente retirou a Internet do espectro da liberdade de expressão- conforme veiculado em <http://arstechnica.co.uk/tech-policy/2015/06/shock-european-court-decision-websites-are-liable-for-users-comments/>”. Embora o acórdão não tenha efeito directo, pode vir a influenciar outras decisões judiciais no espaço europeu. O Tribunal entendeu que a natureza extremista dos comentários (configurando um discurso de ódio), o facto de serem publicados num *site* de notícias profissional, bem como as “medidas insuficientes” levadas a cabo pela Delfi para dissuadir com os comentários e a baixa probabilidade de os autores dos comentários serem responsabilizados, justificavam que fosse o site a ser responsabilizado.

saúde pública. Nos termos do artigo 152.º do Tratado, a protecção da saúde é uma componente essencial das outras políticas da Comunidade”.

9. O que parece evidente, à luz da formulação constitucional, é a proibição de censura, nos termos do n.º 2 do artigo. Ora, este conceito de *censura*, tendo em conta o surgimento de novas realidades provenientes da Internet e ciberespaço, implica a necessidade de ampliar o próprio conceito de “censura”⁽⁵⁶⁾, aí contemplando também intervenções na liberdade de expressão, mesmo que praticadas por entidades administrativas, logo, não sendo “restrições a direitos fundamentais” no sentido estrito do artigo 18.º, n.º 2⁽⁵⁷⁾.

E é neste ponto que gostaria de me focar sumariamente, tomando em especial atenção o mecanismo conhecido como “*notice and take down*” e o papel, entre outros, do ICP- ANACOM, enquanto autoridade administrativa independente⁽⁵⁸⁾.

10. A mencionada Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, tem como objectivos principais evitar que as legislações nacionais divirjam de forma a perturbar o funcionamento do mercado interno e fixa as bases que facilitam o recurso a acordos voluntários que estabelecem mecanismos céleres e fiáveis para a retirada ou bloqueio do acesso a conteúdos ilícitos.

Os artigos 12.º a 14.º da Directiva estabelecem diferentes tipos de responsabilidades consoante se tratem de serviços de transmissão e acesso de dados, de *caching* (armazenamento automático e provisório de dados) e de *hosting* (alojamento de

⁵⁶ Cfr. RAQUEL ALEXANDRA BRÍZIDA CASTRO, “Constituição e ciberespaço: argumentos para um “*Direito Constitucional do Inimigo*”?”, *Cyberlaw by CIJIC*, Número 1, Janeiro 2016, pp. 204-243, p. 231.

⁵⁷ Não nos interessa, por outro lado, a situação em que a intervenção é decretada por um tribunal, porquanto nesse caso, como é evidente, a intervenção é praticada pela função jurisdicional e não administrativa. Veja-se por exemplo o caso do *blog* Póvoa Online, cujo encerramento foi decretado por sentença judicial, tendo a mesma considerado que a maior parte do *blog* consistia em artigos de opinião, criticando o presidente e vice-presidente da Câmara em várias facetas, também como “cidadãos, pais, familiares e amigos”, não estando em causa, pois, “uma crítica construtiva, baseada em factos provados, concretos e objectivos, mas com o objectivo de difundir, junto do público, de forma gratuita, a ideia de que os requerente são corruptos e corruptíveis” (informação obtida em <https://lugardoconhecimento.wordpress.com/2008/06/30/blogue-povoa-online-encerrado/>).

⁵⁸ Questiona LUÍSA NETO, *op. cit.*, p. 33, “Sendo os blogues actualmente dos principais meios de exercício do direito fundamental à liberdade de expressão, até que ponto é legítimo fazer impender sobre o fornecedor de serviço de armazenagem de blogues (por ex., o *blogger*) a obrigação imediata de retirar ou impossibilitar, por si mesmo, sem ordem de nenhum tribunal ou entidade administrativa competente, o acesso a esse determinado conteúdo?”. Contudo, como se verá, poderá, eventualmente, estar em causa uma ordem decretada por uma entidade administrativa, o que, seguindo o raciocínio admitido pela autora, seria, nesse caso, argumento a favor da legitimidade da entidade.

dados), definindo os pressupostos que configuram a dita responsabilidade e as suas isenções.

O mecanismo previsto no artigo 14.º da Directiva denomina-se, como já referido, *notice and take down*. Com o objectivo de eliminar conteúdo ilegal da Internet, desresponsabiliza os servidores caso eles removam expeditamente ou impeçam o acesso aos conteúdos ilícitos, após terem conhecimento da ilicitude dos mesmos. Contudo, estando em causa, na colocação do conteúdo, uma manifestação do direito à liberdade de expressão do utilizador- pense-se num comentário racista, violento ou na colocação de conteúdos relacionados com pedofilia- a ordem de eliminação do conteúdo irá, necessariamente, implicar uma restrição a esse direito fundamental.

O artigo 14.º da Directiva não impõe, contudo, a criação de um procedimento específico em cada Estado membro, embora isso fosse benéfico para os objectivos comuns da União, como foi concluído após consulta pública em 2010 e, nomeadamente, face à contestação a este tipo de medidas, por causa do *chilling effect* que podem ter no exercício da liberdade de expressão⁽⁵⁹⁾.

11. Ora, a Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, foi transposta para a ordem jurídica nacional pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 07 de janeiro, entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março e pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto.

Como decorre da exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 7/2004 (nomeadamente do seu ponto 3), um dos grandes objectivos do mesmo “consiste em determinar o regime de responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços. Mais precisamente, visa-se estabelecer as condições de irresponsabilidade destes prestadores face à eventual ilicitude das mensagens que disponibilizam. Há que partir da declaração da ausência de um dever geral de vigilância do prestador intermediário de serviços sobre as informações que transmite ou armazena ou a que faculta o acesso. Procede-se também ao enunciado dos deveres comuns a todos os prestadores intermediários de serviços”, como resulta das disposições da Directiva atrás citadas. “Segue-se o traçado do regime de responsabilidade específico das actividades que a própria directiva enuncia: simples transporte, armazenagem intermediária [*coaching*] e armazenagem principal. Aproveitou-se a oportunidade para prever já a situação dos prestadores intermediários de

⁵⁹ Cfr. SETH F. KREIMER, “Censorship By Proxy (...)”, *op. cit.*, pp. 11-101.

serviços de associação de conteúdos (como os instrumentos de busca e as hiperconexões), que é assimilada à dos prestadores de serviços de armazenagem principal. Introduce-se um esquema de resolução provisória de litígios que surjam quanto à licitude de conteúdos disponíveis em rede, dada a extrema urgência que pode haver numa composição *prima facie*. Confia-se essa função à entidade de supervisão respectiva, sem prejuízo da solução definitiva do litígio, que só poderá ser judicial.”

Dispõe-se ainda (ponto 8) que “muitas funções atribuídas a entidades públicas aconselham a previsão de entidades de supervisão. Quando a competência não couber a entidades especiais, funciona uma entidade de supervisão central: essa função é desempenhada pelo ICP-ANACOM⁽⁶⁰⁾. As entidades de supervisão têm funções no domínio da instrução dos processos contra-ordenacionais, que se prevêem, e da aplicação das coimas respectivas”.

Saliente-se ainda o artigo 7.º e 8.º do diploma, que evidenciam a possibilidade, genérica, de medidas restritivas por parte das entidades competentes, e com maior interesse, o artigo 13.º.

«Artigo 7.º - Medidas restritivas

1 - Podem ser adotadas medidas, incluindo providências concretas contra um prestador de serviços, restritivas à circulação de um determinado serviço da sociedade da informação proveniente de outro Estado membro da União Europeia na medida em que possa lesar ou ameaçar gravemente:

b) A saúde pública;

c) A segurança pública, nomeadamente na vertente da segurança e defesa nacionais;

d) Os consumidores, incluindo os investidores.

2 - A adoção deve ser precedida:

⁶⁰ Sobre o ICP-ANACOM e suas competências, MARIA CELESTE CARDONA, *op. cit.*, pp. 696-711 e, com mais detalhe, pp. 737-745, dividindo as suas competências em regulatórias (de protecção de direitos dos utentes), de supervisão e fiscalização, sancionatórias, competências regulamentares e competências de cooperação interna e internacional. Cfr. também ANA PROENÇA COELHO, *op. cit.*, p. 439 e ss.

a) *Da solicitação ao Estado membro de origem do prestador do serviço que ponha cobro à situação;*

b) *Caso este o não tenha feito, ou as medidas que tome se revelem inadequadas, da notificação à Comissão e ao Estado membro de origem da intenção de adotar as medidas restritivas.*

3 - *O disposto no número anterior não prejudica a realização de diligências judiciais, incluindo a instrução e demais actos praticados no âmbito de uma investigação criminal ou de um ilícito de mera ordenação social.*

4 - *As medidas adotadas devem ser proporcionais aos objetivos a tutelar.*

Artigo 8.º- Actuação em caso de urgência

Em caso de urgência, as entidades competentes, incluindo os tribunais, podem tomar medidas restritivas não precedidas das notificações à Comissão e aos outros Estados membros de origem previstas no artigo anterior.”»

Já o artigo 13.º do referido diploma, relativo aos deveres comuns dos prestadores intermediários dos serviços, estabelece que “*cabe aos prestadores intermediários de serviços a obrigação para com as entidades competentes:*

a) *De informar de imediato quando tiverem conhecimento de actividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam;*

b) *De satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem;*

c) *De cumprir prontamente as determinações destinadas a prevenir ou pôr termo a uma infracção, nomeadamente no sentido de remover ou impossibilitar o acesso a uma informação;*

d) *De fornecer listas de titulares de sítios que alberguem, quando lhes for pedido*”⁽⁶¹⁾.

Salientam-se de seguida ainda alguns artigos e passagens mais importantes do Decreto Lei n.º 7/2004 (sublinhados nossos): «”*Artigo 14.º- Simples transporte*

⁶¹ Sublinhados nossos.

1 - O prestador intermediário de serviços que prossiga apenas a actividade de transmissão de informações em rede, ou de facultar o acesso a uma rede de comunicações, sem estar na origem da transmissão nem ter intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na selecção destas ou dos destinatários, é isento de toda a responsabilidade pelas informações transmitidas.

2 - A irresponsabilidade mantém-se ainda que o prestador realize a armazenagem meramente tecnológica das informações no decurso do processo de transmissão, exclusivamente para as finalidades de transmissão e durante o tempo necessário para esta.

Artigo 15.º - Armazenagem intermediária

1 - O prestador intermediário de serviços de transmissão de comunicações em rede que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na selecção destas ou dos destinatários e respeite as condições de acesso à informação é isento de toda a responsabilidade pela armazenagem temporária e automática, exclusivamente para tornar mais eficaz e económica a transmissão posterior a nova solicitação de destinatários do serviço.

2 - Passa, porém, a aplicar-se o regime comum de responsabilidade se o prestador não proceder segundo as regras usuais do sector:

a) Na actualização da informação;

b) No uso da tecnologia, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação.

3 - As regras comuns passam também a ser aplicáveis se chegar ao conhecimento do prestador que a informação foi retirada da fonte originária ou o acesso tornado impossível ou ainda que um tribunal ou entidade administrativa com competência sobre o prestador que está na origem da informação ordenou essa remoção ou impossibilidade de acesso com exequibilidade imediata e o prestador não a retirar ou impossibilitar imediatamente o acesso.

Artigo 16.º - Armazenagem principal

1 - O prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento

de actividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação.

2 - Há responsabilidade civil sempre que, perante as circunstâncias que conhece, o prestador do serviço tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação.

3 - Aplicam-se as regras comuns de responsabilidade sempre que o destinatário do serviço actuar subordinado ao prestador ou for por ele controlado.

(...)

Artigo 18.º- Solução provisória de litígios

1 - Nos casos contemplados nos artigos 16.º e 17.º, o prestador intermediário de serviços, se a ilicitude não for manifesta, não é obrigado a remover o conteúdo contestado ou a impossibilitar o acesso à informação só pelo facto de um interessado arguir uma violação.

2 - Nos casos previstos no número anterior, qualquer interessado pode recorrer à entidade de supervisão respectiva, que deve dar uma solução provisória em quarenta e oito horas e logo a comunica electronicamente aos intervenientes.

3 - Quem tiver interesse jurídico na manutenção daquele conteúdo em linha pode nos mesmos termos recorrer à entidade de supervisão contra uma decisão do prestador de remover ou impossibilitar o acesso a esse conteúdo, para obter a solução provisória do litígio.

4 - O procedimento perante a entidade de supervisão será especialmente regulamentado.

5 - A entidade de supervisão pode a qualquer tempo alterar a composição provisória do litígio estabelecida.

6 - Qualquer que venha a ser a decisão, nenhuma responsabilidade recai sobre a entidade de supervisão e tão-pouco recai sobre o prestador intermediário de serviços por ter ou não retirado o conteúdo ou impossibilitado o acesso a mera solicitação, quando não for manifesto se há ou não ilicitude.

7 - A solução definitiva do litígio é realizada nos termos e pelas vias comuns.

8 - O recurso a estes meios não prejudica a utilização pelos interessados, mesmo simultânea, dos meios judiciais comuns.

(...)Artigo 36.º - Atribuições e competência

1 - As entidades de supervisão funcionam como organismos de referência para os contactos que se estabeleçam no seu domínio, fornecendo, quando requeridas, informações aos destinatários, aos prestadores de serviços e ao público em geral.

2 - Cabe às entidades de supervisão, além das atribuições gerais já assinaladas e das que lhes forem especificamente atribuídas:

a) Adotar as medidas restritivas previstas nos artigos 7.º e 8.º;

b) Elaborar regulamentos e dar instruções sobre práticas a ser seguidas para cumprimento do disposto no presente diploma;

c) Fiscalizar o cumprimento do preceituado sobre o comércio electrónico;

d) Instaurar e instruir processos contra-ordenacionais e, bem assim, aplicar as sanções previstas;

e) Determinar a suspensão da actividade dos prestadores de serviços em face de graves irregularidades e por razões de urgência.

3 - A entidade de supervisão central tem competência em todas as matérias que a lei atribua a um órgão administrativo sem mais especificação e nas que lhe forem particularmente cometidas.

4 - Cabe designadamente à entidade de supervisão central, além das atribuições gerais já assinaladas, quando não couberem a outro órgão:

a) Publicitar em rede os códigos de conduta mais significativos de que tenha conhecimento;

b) Publicitar outras informações, nomeadamente decisões judiciais neste domínio;

c) Promover as comunicações à Comissão Europeia e ao Estado membro de origem previstas no artigo 9.º;

d) *Em geral, desempenhar a função de entidade permanente de contacto com os outros Estados membros e com a Comissão Europeia, sem prejuízo das competências que forem atribuídas a entidades sectoriais de supervisão.*”»

Como já salientado por Raquel Brízida Castro⁽⁶²⁾, podemos concluir que existem casos de *notice and takedown* no ordenamento jurídico-nacional, praticados por entidades administrativas independentes fortes (ERC), mas também por entidades administrativas independentes com funções de regulação (ICP-ANACOM)⁽⁶³⁾. Com efeito, nos termos do Decreto-Lei n.º 7/2004, especificamente do seu artigo 35.^o(64) e 36.º, n.º 1, resulta que as autoridades que poderão impor o bloqueio ou a remoção de conteúdos do ciberespaço são as entidades de supervisão específica ou, caso não existam, o ICP-ANACOM.

⁶² RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, *op. cit.*, pp. 204-243, p. 232 “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 como tal insuscetíveis de serem divulgados, por violarem ou poderem violar o direito à reserva da intimidade da vida privada ou a segurança pública. Serão tais procedimentos subsumíveis ao conceito de censura, em termos constitucionalmente *ilícitos*?” e nota de rodapé 17 na mesma página “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 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”. Cfr. também RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, *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, p. 219 “Cumprir, em conformidade com o exposto, aquilatar se, apesar as novas tecnologias: i) esta é uma forma de o Estado, através dessas autoridades administrativas, interferir materialmente nos conteúdos expressivos, sujeitos a tratamento editorial, objeto de *notice and take down* e se, mesmo assim: ii) este procedimento constitui um meio adequado, indispensável e proporcional de garantir a proteção dos bens eventualmente colidentes, os quais beneficiam de igual respaldo constitucional, expresso ou implícito”.

⁶³ Cfr. MARIA CELESTE CARDONA, *op. cit.*, p. 741, “O ICP pode praticar diversos tipos de actos sancionatórios, aplicar multas contratuais, sanções no âmbito de processos contra-ordenacionais, sanções de natureza administrativa e sanções pecuniárias compulsórias”.

⁶⁴ Artigo 35.º

Entidade de supervisão central

1 - É instituída uma entidade de supervisão central com atribuições em todos os domínios regulados pelo presente diploma, salvo nas matérias em que lei especial atribua competência sectorial a outra entidade.

2 - As funções de entidade de supervisão central serão exercidas pela ICP - Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM).

12. No Decreto-Lei n.º 7/2004, a existência de um procedimento de *notice and takedown* retira-se da conjugação dos artigos atrás mencionados – sem prejuízo da necessária articulação com as normas estatutárias das entidades reguladores competentes consoante a matéria.

Como expõe Pedro Gonçalves⁽⁶⁵⁾, o artigo 18.º prevê uma situação de “solução provisória de litígios” em que a entidade administrativa na verdade não actua enquanto juiz do litígio, mas no âmbito de uma “missão pública de polícia”⁽⁶⁶⁾, num “sistema político-administrativo de controlo de conteúdos”⁽⁶⁷⁾, enquadrando Portugal - ao lado da Alemanha e Espanha- nos países em que a lei atribui directamente a uma autoridade administrativa a competência para exercer funções de polícia e controlo de conteúdos no ciberespaço, podendo determinar a remoção e o bloqueio de acesso a conteúdos ilícitos⁽⁶⁸⁾.

Independentemente da classificação que se faça do tipo de intervenção em causa, certo é que a mesma, restringindo direitos fundamentais, nomeadamente o direito à liberdade de expressão, deve encontrar-se sujeita ao princípio da proporcionalidade⁽⁶⁹⁾- seja entendendo que a mesma se enquadra no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, seja

⁶⁵ PEDRO GONÇALVES, “Regulação Pública de Conteúdos na Internet”, *op. cit.*, pp. 111-112, “Assim, a diferenças entre as duas situações (artigos 15.º/3, por um lado, e 16.º e 17.º, por outro) cifra-se no facto de, na primeira, o prestador de serviços (de “caching”) ser confrontado com o conhecimento de que um determinado conteúdo que transmite e armazena foi retirado pelo seu autor, por sua própria iniciativa ou na sequência de um acto público (*administrativo* ou *judicial*) de carácter impositivo. Neste cenário, o prestador intermediário não tem de efectuar qualquer ponderação sobre o carácter ilícito da informação em causa. Actuando mecanicamente, limita-se a (dever) retirar todas as consequências de uma decisão tomada a montante.

Diferentemente, na segunda situação, o prestador intermediário de serviço (de “hosting” ou de associação de conteúdos) é confrontado com a alegação, feita por um terceiro, de que transmite e armazena uma informação ilícita; não há agora qualquer decisão prévia de remoção ou de impedimento de acesso a essa informação. Na posição de “middleman”, o prestador intermediário é convidado ou instado (por um terceiro) a remover ou impedir o acesso a uma informação posta em rede pelo seu contratante. Nos termos da lei, para se eximir de qualquer responsabilidade, deve actuar em conformidade com o pedido que lhe é dirigido se a ilicitude da informação em causa é manifesta”.

⁶⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *op. cit.*, p. 113.

⁶⁷ *Idem*, p. 116.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ LUÍSA NETO, *op. cit.*, p. 34, “Seja como for, a questão deve ser vista à luz da evidência de que a eventual restrição – e/ou mero condicionamento- de direitos, liberdades e garantias, como os que ao caso subjazem, não pode deixar de acolher os critérios de legitimidade constitucionalmente previstos na lei fundamental portuguesa, que acompanha nesta matéria aliás os principais documentos internacionais atinentes à matéria. RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Constituição e ciberespaço (...)”, *op. cit.*, p. 227, “tal como a rigidez constitucional, o imperativo de protecção dos direitos, liberdades e garantias mantém-se, através da sua aplicabilidade directa, 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”.

enquanto decorrência do artigo 266.º, n.º 3, da Constituição, já que o princípio da proporcionalidade vincula, como é sabido, toda a actividade da Administração Pública.

13. Tendo em conta as críticas que se podem traçar em torno do artigo 14.º da Directiva (lentidão da retirada dos conteúdos ilícitos, desrespeito por direitos fundamentais), a Comissão iniciou, em Junho de 2012, um procedimento de consulta pública relativamente ao tratamento de conteúdos ilegais na Internet (*public consultation on “procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries”*)⁽⁷⁰⁾. Durante esse procedimento, mais uma vez se fizeram sentir críticas em torno da fraca salvaguarda dos direitos fundamentais dos utilizadores (particularmente da liberdade de expressão) no procedimento de *notice and take down*⁽⁷¹⁾.

Tendo em conta os resultados obtidos, a Comissão entendeu desenvolver um novo regime dos procedimentos em causa, lançando um novo procedimento de consulta dedicado apenas ao *notice and take down*.

Em 2013, a Comissão apresentou, aliás, um documento de trabalho intitulado *E-commerce Action plan 2012-2015 – State of play 2013*⁽⁷²⁾, onde refere que “on the basis of the information obtained through these consultations and other information, the Commission services are working on an impact assessment on notice-and-action procedure”, tendo já surgido vozes no sentido de estar em preparação uma eventual Directiva apenas referente ao *notice and takedown*. Contudo, não foi possível obter mais informação sobre o desenvolvimento da matéria.

14. Gostaríamos de terminar esta análise com a chamada de atenção para alguns casos recentes – já enunciados no início do texto- e que demonstram o impacto da intervenção de autoridades (ainda que no primeiro caso de fonte jurisdicional) sobre o exercício de direitos fundamentais no ciberespaço, nomeadamente da liberdade de expressão:

De acordo com a notícia constante de http://rr.sapo.pt/noticia/53204/juiz_bloqueia_whatsapp_a_100_milhoes_de_brasileiros, a justiça brasileira ordenou o bloqueio do *WhatsApp* em Maio de 2016, tendo como objectivo entregar às autoridades informação sobre um grupo de traficantes de droga,

⁷⁰ Mais informações em http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/notice-and-action/index_en.htm

⁷¹ Os resultados podem ser consultados em http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/clean-and-open-internet/summary-of-responses_en.pdf

⁷² Disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communications/130423_report-ecommerce-action-plan_en.pdf

sendo esta a segunda vez em cinco meses que a justiça brasileira ordena o bloqueio da aplicação (note-se, bloqueio para todos os seus – muitos – utilizadores). Já no ano passado um tribunal, que pretendia obter informações sobre um grupo de criminosos, perante a recusa do Whatsapp em fornecer as referidas informações decretou o bloqueio da aplicação por 48 h, baseado no Marco Civil da Internet. Contudo, durante a tarde um outro juiz, em São Paulo, levantou o mesmo bloqueio, argumentando ser desrazoável afectar milhões de utilizadores por causa da conduta da empresa, convertendo antes o bloqueio numa sanção pecuniária.

Já em Portugal e com maior interesse para a presente temática, a Inspeção Geral das Actividades Culturais, serviço da Administração direta do Estado, na sequência de um memorando assinado em Agosto entre a IGAC, a Direcção-Geral do Consumidor, a APRITEL (Associação dos Operadores de Telecomunicações) e o MAPiNET (Movimento Cívico Anti-Pirataria na Net), e ainda várias associações do sector⁽⁷³⁾, pretende simplificar o bloqueio de *sites* com conteúdo pirata, baseado em eventual incumprimento de regras respeitantes a direitos de autor (fundado no artigo 2, n.º 2, al. b), do Decreto-Regulamentar n.º 43/2012, de 25 de maio, conjugado com o disposto no Decreto-lei n.º 7/2004 de 7 de janeiro, com as suas alterações⁽⁷⁴⁾. Assim, com base num acordo, o bloqueio passará a ser feito com intervenção do MAPiNET, no que representa um “acordo de auto-regulação relativo à protecção do direito de autor e dos direitos conexos em ambiente digital”.

De acordo com a notícia presente na página do MAPiNET, <http://www.mapinet.org/site/index.php/artigos-noticias/25-assinado-um-acordo-que-simplifica-o-bloqueio-de-sites>, «A operacionalização vai ser feita pela MAPiNET - Movimento Cívico Antipirataria na Internet, que conta entregar dois blocos de 50 sites com conteúdos pirata por mês ao IGAC⁽⁷⁵⁾, que por sua vez envia o ofício aos operadores para que os endereços Web (DNS) sejam bloqueados, passando a ser exibida aos utilizadores a mensagem de “site indisponível” ou “site não encontrado” quando tentarem aceder a um URL bloqueado».

O critério base para que os *sites* sejam bloqueados é a identificação de, pelo menos, 500 conteúdos ilegais, ou de dois terços do repositório com obras piratas⁽⁷⁶⁾.

⁷³ Memorando disponível em <https://paulasimoesblog.files.wordpress.com/2015/09/memorando.pdf>

⁷⁴ Cfr. considerando 3 do Memorando e Cláusula 3.ª do mesmo.

⁷⁵ Nos termos da cláusula 5.ª, n.º 3, do Memorando.

⁷⁶ Cfr. cláusula 5.ª, n.º 4, do Memorando.

Recolhida a prova, o MAPiNET encaminha a denúncia para a IGAC, que tem a responsabilidade de a confirmar e, caso se justifique, fazer chegar uma notificação junto dos operadores de comunicações⁽⁷⁷⁾. Cabe a estes garantir o bloqueio dos *sites* piratas denunciados, passando a ser exibida aos utilizadores a mensagem de “*site* indisponível” ou “*site* não encontrado” quando tentarem aceder ao respectivo URL.

Desde a data da assinatura do Memorando do Entendimento, terão sido bloqueados pelos operadores de telecomunicações 330 *sites* que alegadamente partilhavam conteúdos ilegais⁽⁷⁸⁾. Um dos bloqueios em causa (*site* Ultimate Music) levou a críticas de que a informação que a IGAC está a receber do MAPiNET é criada pelo próprio MAPiNET e de que os documentos que eventualmente poderiam ser usados como prova (a localização exacta das obras; a defesa da pessoa que está a ser acusada) não estão a chegar à IGAC⁽⁷⁹⁾. De acordo com esta informação “Mesmo não tendo provas ou evidências entregues pelo MAPiNET, a IGAC também não está, ela própria, a analisar os pedidos de bloqueio: se o fizesse nunca teria bloqueado o *site* Ultimate Music, uma vez que este *site* não disponibiliza obras, nem dá acesso ilegítimo a obras disponibilizadas por terceiros. Acresce a este argumento, que poucos dias depois de se saber do bloqueio do Ultimate Music, veio a público o bloqueio de um outro *site* cujo domínio nem sequer estava registado, ou seja, a IGAC mandou bloquear um *site*, que não existia (entretanto o *site* foi registado por alguém e mais recentemente foi desbloqueado em pelo menos alguns ISPs)”⁽⁸⁰⁾.

Entretanto, também recentemente o bloqueio de um *site* de jogos (o *Carbon Games*) com base no Decreto-Lei n.º 66/2015 (Regime Jurídico dos Jogos e Apostas *Online*) – que permite a suspensão do exercício da actividade de jogos e apostas *online* pelo Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos, integrado no Turismo de Portugal (cfr. ainda artigo 3.º, n.º 2, alínea p) do Decreto-Lei n.º 129/2012, de 22 de junho, republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 66/2015 e artigo 19.º, n.º 1, determinando que “o Turismo de Portugal, I.P., no âmbito da sua actividade de controlo, inspeção e regulação da

⁷⁷ Cfr. cláusula 6.ª do Memorando.

⁷⁸ Conforme informação constante de <http://fevip.org/site/noticias/>, veiculada por Paulo Santos, Diretor Executivo da FEVIP, Associação Portuguesa de Defesa de Obras Audiovisuais.

⁷⁹ Ver, entre outros, <https://revolucaodosbytes.pt/novo-site-legitimo-bloqueado-e-sujeito-a-duplo-pagamento/> e <https://revolucaodosbytes.pt/igac-e-mapinet-nao-cumprem-o-memorando-de-entendimento/>. Mais críticas em <https://paulasimoesblog.wordpress.com/2016/01/21/update-turismo-de-portugal-bloqueou-carbon-games/>

⁸⁰ Segundo <https://paulasimoesblog.wordpress.com/2016/03/10/igac-e-mapinet-nao-cumprem-memorando-de-entendimento/>

exploração e prática dos jogos de base territorial e dos jogos e apostas *online*, exercida através da comissão de jogos e do Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos, detém poderes e prerrogativas de autoridade pública administrativa e de entidade de regulação”) - já foi qualificado como um “erro” pela própria entidade⁽⁸¹⁾.

Como resulta, aliás, da pergunta n.º 443/XIII, de 22 de janeiro de 2016, formulada pelo Bloco de Esquerda ao Ministro da Cultura, “o problema de fundo mantém-se: é possível o bloqueamento indiscriminado de *sites* por ordem administrativa sem qualquer controlo judicial e, neste caso, sem sequer ser notificada a entidade alvo do bloqueio, nem haver nenhuma possibilidade da entidade alvo do bloqueio poder reclamar”⁽⁸²⁾.

15. Os casos avançados, nomeadamente o último, permitem defender que também a intervenção restritiva de um direito fundamental praticada pela Administração, neste caso no ciberespaço, para além de sujeita ao princípio da proporcionalidade e apenas justificável se procurar a concordância prática com outros bens constitucionalmente protegidos, tenha de ser feita com base em lei prévia, que defina os denominadores mínimos necessários à actuação da entidade administrativa, só assim respeitando exigências de determinabilidade⁽⁸³⁾, sob pena de inconstitucionalidade.

⁸¹<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e4a6c635639775a584a6e6457353059584d7657456c4a535339775a7a51304d79313461576c704c5445756347526d&fich=pg443-xiii-1.pdf&Inline=true>

⁸² Veja-se que a resposta, disponível em

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e4a6c635639775a584a6e6457353059584d7657456c4a53533977636a51304d79313461576c704c544574595335775a47593d&fich=pr443-xiii-1-a.pdf&Inline=true>, na qual vem distinguir o que resulta do Memorando de Entendimento, sujeito à tutela do Ministério da Cultura, e o que resulta do Decreto-Lei, sujeito à tutela do Ministério da Economia e fora do âmbito do referido memorando. Contudo, a resposta afigura-se também relevante pelas considerações que faz sobre o Memorando e objectivos do mesmo.

⁸³ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 191-194.