

# REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIAIS

ANO LXII (XXXV da 2.<sup>a</sup> Série) Janeiro/Dezembro Ano de 2023 N.º 1-4

---

DIRECTOR

*PEDRO ROMANO MARTINEZ*

COMISSÃO DE REDACÇÃO

*RITA LOBO XAVIER*

*JOANA VASCONCELOS – NUNO SOUSA E SILVA*

*ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO*

*PAULA PONCES CAMANHO – PAULO DA ROCHA PICHEL*

SECRETÁRIO

*PEDRO FURTADO MARTINS*

DIRECÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

Rua de Alfredo Keil, 211, 32, 4150-049 Porto

EMPRESA PROPRIETÁRIA

SOCIEDADE DE PUBLICAÇÕES E ESTUDOS SOCIAIS, SPES

Rua de Alfredo Keil, 211, 32, 4150-049 Porto

EDITORA, DISTRIBUIDORA E DEPOSITÁRIA

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80 – 3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

  
ALMEDINA

## REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIAIS

DIRECTOR  
PEDRO ROMANO MARTINEZ

DISTRIBUIDORA  
EDIÇÕES ALMEDINA, SA  
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80  
3000-167 Coimbra  
Tel.: 239 851 904  
Fax: 239 851 901  
www.almedina.net  
editora@almedina.net

PRÉ-IMPRESSÃO  
EDIÇÕES ALMEDINA, SA

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Março, 2024

DEPÓSITO LEGAL  
261792/07

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

# Internet e Direitos Fundamentais: uma crescente interação

NUNO SOUSA E SILVA\*

**Resumo:** A interação entre a Internet e os direitos fundamentais motivou uma intervenção legislativa recente: a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. A Internet é uma parte relevante da vida em sociedade, que, como tal, não escapa ao alcance dos direitos fundamentais. Na última década a regulação da Internet tem sido inspirada cada vez mais por considerações jusfundamentais, falando-se a este propósito de constitucionalismo digital. Este artigo constitui uma reflexão sobre essa interação, apresentando exemplos em que a regulação do ciberespaço é equacionada essencialmente nesse plano.

**Sumário:** 1. A relação entre Internet e Direitos Fundamentais 2. Direito de acesso à Internet 3. Neutralidade da rede 4. Cibersegurança 5. Privacidade e proteção de dados 6. Liberdade de expressão e de informação 7. Proteção de pessoas vulneráveis 8. Conclusão: Direitos fundamentais dos fornecedores de serviços de Internet?

**Palavras-Chave:** constitucionalismo digital; direitos fundamentais; internet

**Abstract:**

The interaction between the Internet and fundamental rights prompted a recent legislative intervention: the Portuguese Charter on Human Rights in the Digital Age. The Internet is a dimension of everyday life, which, as such, does not escape the reach of fundamental rights. In the last decade Internet regulation

---

\* Advogado e Prof. Auxiliar da Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito (Porto). E :nsilva@ucp.pt W: www.nss.pt. Este texto, cuja origem remonta a lições de Direitos Fundamentais que lecionei em 2016, beneficiou de comentários de Benedita Menezes Queiroz e Pedro Sousa e Silva, que se registam e publicamente se agradecem. Como sempre, qualquer erro será exclusivamente imputável ao Autor.

has been increasingly influenced by fundamental rights considerations, giving rise to what has been called digital constitutionalism. This article provides a reflection on this interaction and presents examples in which the regulation of cyberspace has been essentially debated at that level.

**Summary:** 1. The interplay between the Internet and Fundamental Rights 2. Right of access to the Internet 3. Net neutrality 4. Cybersecurity 5. Privacy and data protection 6. Freedom of expression and information 7. Protection of vulnerable people 8. Conclusion: Fundamental rights of Internet service providers?

**Keywords:** digital constitutionalism; fundamental rights; internet

## 1. A relação entre Internet e Direitos Fundamentais

No contexto da discussão sobre o “estatuto jurídico das hiperligações”, o Tribunal de Justiça já afirmou:<sup>1</sup> “a *Internet* reveste (...) uma importância particular para a liberdade de expressão e de informação, garantida pelo artigo 11.º da Carta [dos Direitos Fundamentais da União Europeia], e (...) as hiperligações contribuem para o seu bom funcionamento, bem como para a troca de informações nessa rede caracterizada pela disponibilidade de quantidades de informação imensas.” A interação entre a Internet e os direitos fundamentais suscita um sem-número de questões, sendo por vezes difícil encontrar respostas plenamente satisfatórias.<sup>2</sup>

A configuração do sistema português de direitos fundamentais como um sistema aberto revela-se apta para lidar com realidades novas. Como escreve MANUEL AFONSO VAZ,<sup>3</sup> acerca dos artigos

---

<sup>1</sup> C-160/15, *GS Media* (EU:C:2016:644), §45.

<sup>2</sup> Pode ver-se, entre muitos outros, ORESTE POLLICINO / MARCO BASSINI / GIOVANNI DE GREGORIO, *Internet Law and Protection of Fundamental Rights* (Bocconi University Press 2022) e, com referências adicionais e numa perspetiva comparativa (EUA/UE), ORESTE POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?* (Hart 2021).

<sup>3</sup> ‘O tempo e a efetivação dos direitos fundamentais’ in CARLA AMADO GOMES (org.), *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público* (e-book 2012) p. 10.

16.º e 17.º da CRP, “estes artigos são portas abertas às agruras ou às benesses do tempo, e que não nos é permitido fechar.”.

A nível europeu foi adotada uma Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais para a Década Digital.<sup>4</sup> Trata-se de uma simples enunciação de princípios, constituindo, se tanto, *soft law*.<sup>5</sup> Em Portugal, foi-se mais longe, e, a meu ver desnecessariamente, aprovou-se a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital (CDHED).<sup>6</sup> É certo que a revolução digital impõe certas adaptações, também no contexto dos direitos fundamentais. No entanto, o sistema de Direitos Fundamentais e as constituições nacionais, bem como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos são suficientemente flexíveis e abertas para que a evolução e atualização possam ocorrer sem necessidade de intervenção expressa do legislador ordinário.

Os Direitos Fundamentais, quando abordados numa perspetiva histórica, são classicamente enquadrados em quatro gerações sucessivas.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> (2023/C 23/01). Proposta pela comissão em 26.I.2022 (COM (2022) 27 final) e assinada em 15.XII.2022.

<sup>5</sup> A declaração está dividida em 6 capítulos (Dar prioridade às pessoas no processo de transformação digital, Solidariedade e inclusão, Liberdade de escolha, Participação no espaço público digital, Segurança, proteção e capacitação e Sustentabilidade), com um total de 24 princípios.

<sup>6</sup> Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, retificada pela Declaração de Retificação n.º 18/2021, de 9 de junho e, na sequência da polémica em torno da desinformação, alterada pela Lei n.º 15/2022, de 11 de agosto.

<sup>7</sup> Assim, v.g., VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* (Almedina 2012) pp. 51-70; M. AFONSO VAZ ET. AL., *Direito Constitucional: o sistema constitucional português* (Coimbra Ed.2012) pp. 225-229. Apesar de a ideia de gerações fundamentais ser comum em várias jurisdições, a concreta divisão dessas gerações nem sempre coincide. Assim, nos EUA é comum referir os Direitos Económicos, Sociais e Culturais como direitos de segunda geração (CASS R. SUNSTEIN, ‘Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees’ in MICHAEL IGNATIEFF (ed), *American Exceptionalism and Human Rights* (Princeton University Press 2005) p. 93). Em contrapartida no Brasil há mesmo quem fale numa quinta geração (PAULO BONAVIDES, ‘A Quinta Geração de Direitos Fundamentais’ *Direitos Fundamentais & Justiça* N°3–ABR./JUN.2008 pp. 82-93

A **primeira geração**, tributária da concepção liberal original, apresentava os direitos fundamentais sobretudo como liberdades individuais, direitos de defesa contra o Estado.<sup>8</sup> O paradigma é a

---

concentrando-a em torno do “direito à paz”, mas outros autores, como AUGUSTO ZIMMERMAN, *Curso de Direito Constitucional* (Lumen Juris 2002) e ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional* (Atlas 2022), associam esta geração à evolução tecnológica computacional, isto é, internet, robótica e Inteligência Artificial). Uma incursão pouco detida pela doutrina brasileira permitiu-me encontrar autores que defendem a existência de oito (!) gerações.

<sup>8</sup> Esta concepção tem como exemplo a posição adotada por JOHN STUART MILL em relação à liberdade de expressão no seu conhecido livro *On Liberty* (1859), em que escrevia: “...*there ought to exist the fullest liberty of professing and discussing, as a matter of ethical conviction, any doctrine, however immoral it may be considered.*” Ainda hoje em dia, manifestando as variadas concepções filosóficas subjacentes, os entendimentos em relação ao chamado *hate speech* são assinalavelmente diferentes. Na conhecida decisão de 1969 *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444) o Supremo Tribunal Norte-americano considerou que o grupo Ku Klux Klan, apesar de ter um discurso racista de incitamento à violência, não poderia ser proibido. De acordo com o “Brandenburg Test”, o discurso violento só deve ser proibido se se verificarem duas condições: “(1) *the advocacy is “directed to inciting or producing lawless action,” and (2) the advocacy is “likely to incite or produce such action.”*”. Já o Supremo Tribunal Canadano no conhecido caso *Saskatchewan Human Rights Commission v. Whatcott* (2013 SCC 13) em que se discutiam panfletos homofóbicos, considerou que as palavras importam e que a liberdade de expressão não poderia ser invocada para o efeito. Esta segunda perspectiva é prevalente na Europa, mas com diferenciações acentuadas. Por exemplo, na Alemanha, na Áustria, na Bélgica e em França a negação do Holocausto (*Shoah*) constitui um crime tipificado, mas em Portugal não [cfr. T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d’expression. Etude de droit comparé* (Pedone, 2013)]. Em 2008 o Conselho da União Europeia adotou a decisão quadro 2008/913/JHA (OJ L 328/55) visando harmonizar as medidas penais contra o racismo e xenofobia, incluindo a negação de crimes contra a humanidade. Na jurisprudência do TEDH grande parte do *hate speech* é apreciado ao abrigo do artigo 17.º CEDH (abuso de direito), segundo o qual “Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção...” (cfr. DAVID KEANE, ‘Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights’, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 25(4), 2007, pp.641–663). Tal como afirmado no conhecido caso *Garaudy c. França*, ([dec.], 24-06-2003, 65831/01): “...*denying the reality of clearly established*

defesa do cidadão do Estado, visto como a principal ameaça às liberdades individuais. A restrição destas liberdades deveria ser mínima ou inexistente e o papel do Estado igualmente reduzido (dito Estado mínimo ou Estado Polícia).

A **segunda geração** assenta na conceção de democracia participativa, caracterizando-se pelo surgimento ou alargamento de liberdades e direitos de participação políticos (é disso exemplo o movimento sufragista). Trata-se de uma época de superação de discriminações e de afirmação de uma sociedade de participação, aberta a todos.

A **terceira geração**, produto de uma influência marxista, associa-se a direitos sociais (com destaque para os direitos dos trabalhadores) e à consagração de direitos a prestações (i.e. direitos através do Estado, dando corpo a um Estado Social). Neste contexto filosófico, ocorre também o enquadramento social e a função social dos direitos (v.g. a reconceptualização da propriedade).<sup>9</sup> Exprime-se, assim, uma importante dimensão coletivista dos direitos fundamentais.<sup>10</sup>

Mais recentemente, segundo alguns autores, estará em formação uma **quarta geração**.<sup>11</sup> Esta quarta geração carece, ao contrário das anteriores, de uma unidade epistemológica sedimentada.<sup>12</sup> É antes

---

*historical facts, such as the Holocaust (...) undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Their proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention.”* Sobre a liberdade de expressão recomendo o pequeno livro de NIGEL WARBURTON, *Free Speech – A very short introduction* (OUP 2009). Em Portugal veja-se, por todos, JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social* (Coimbra Ed. 2002).

<sup>9</sup> Sobre isso cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional* (Almedina 2008).

<sup>10</sup> Sobre o regime específico dos direitos sociais vide CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise* (Almedina 2017).

<sup>11</sup> P. ex. M. AFONSO VAZ ET. AL., *ob. cit.* pp. 228-229.

<sup>12</sup> Claro que esta unidade apenas se adquire integrando o processo evolutivo numa narrativa, necessariamente redutora e nem sempre precisa. JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral* (Principia 2011) p. 16:

usada para agrupar uma série de fenómenos contemporâneos, o mundo cambiante e complexo em que vivemos (a sociedade de informação; a sociedade de risco; a sociedade multicultural; a sociedade de consumo; a globalização), e a sua resposta em sede de Direito Constitucional.<sup>13</sup> São soluções, direitos e interesses protegidos, de estrutura muito diversificada, desde o direito individual ao controlo de dados pessoais (art. 35.º CRP) ao direito ao ambiente (art. 66.º CRP), passando pelo direitos dos consumidores (art. 60.º CRP) e o direito à identidade genética (art. 26.º/3 CRP). Apontam-se como traços tendencialmente comuns a estrutura circular destes direitos (i.e. a vinculação mútua do indivíduo, do Estado e da sociedade como um todo) e a sua projecção para o futuro, falando-se a este propósito de direitos de gerações futuras.

Este enquadramento das gerações de direitos fundamentais, associado à evolução do próprio conceito de Estado, apresenta os direitos fundamentais como o resultado e a causa de mudanças sociais. Espelhando os valores – essenciais e fundacionais (fundamentais numa dupla aceção) – de uma sociedade, os Direitos Fundamentais são o campo para maior influência da realidade constitucional.<sup>14</sup> Além disso, o campo fluído de intersecção entre a Filosofia e o Direito no domínio dos direitos fundamentais vai sendo delimitado pelos mecanismos jurídicos disponíveis para a respetiva tutela a nível na-

---

“Tem-se, por vezes, a errada convicção de que este processo [de evolução histórica dos direitos fundamentais] foi linear e de desenvolvimento progressivo. Nada de mais errado. (...) tanto o Estado como o Direito constitucional estão condicionados pela história (esse grande turbilhão)...”.

<sup>13</sup> Sobre a resposta do direito constitucional à globalização veja-se RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global* (UCE 2015) e SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global* (Coimbra 2011).

<sup>14</sup> No Acórdão TC n.º 105/90, de 29 de março pode ler-se: “a ideia de «dignidade da pessoa humana», no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica –, não é algo de puramente apriorístico (...) e ou a-histórico, mas algo que justamente se vai fazendo (e que vai progredindo) na história, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente «cultural»”.

cional, europeu e internacional.<sup>15</sup> Os direitos fundamentais não são apenas ou sobretudo proclamações políticas, são direitos subjetivos, gozando de tutela (normatividade), por meios que garantem a sua efetivação pela força, se e quando necessário.

A classificação das gerações de direitos fundamentais atende à estrutura e conteúdo tendencialmente comuns aos direitos de uma mesma geração. As gerações de direitos fundamentais não se apresentam como camadas geológicas delimitadas e facilmente observáveis. Grande parte do movimento evolutivo passou não só por reconhecer “novos direitos”, mas sobretudo por encontrar novas dimensões dos vários direitos fundamentais anteriormente consagrados, novas faculdades no âmbito de normas de direitos fundamentais já existentes, muitas vezes sem necessidade de alterações legislativas. Os direitos fundamentais são realidades (estruturas) complexas<sup>16</sup>, com várias dimensões,<sup>17</sup> decantando-se em faculdades subjetivas nos casos concretos.<sup>18</sup> Assim, pode distinguir-se um “direito central” (como o direito à autodeterminação pessoal – art. 26.º CRP) que se concretiza num conjunto (“feixe”) de direitos subjetivos individuais (por exemplo pode discutir-se se o direito a conduzir um automóvel,

---

<sup>15</sup> Não só a chamada justiça constitucional, mas, em bom rigor, toda a organização do Estado. Sobre este aspecto veja-se, por todos, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais* (UCE 2015).

<sup>16</sup> Sobre as dificuldades conceptuais, ilustradas pelas inúmeras locuções utilizadas para descrever a complexidade dos Direitos Fundamentais cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II (Almedina 2006) pp. 27-34.

<sup>17</sup> Tradicionalmente distingue-se a dimensão subjetiva (o direito subjetivo) e a dimensão objectiva (cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição* (2ª edição Coimbra Editora 2010) pp. 57 e ss. Em bom rigor são duas dimensões de uma mesma realidade, perspectivas complementares.

<sup>18</sup> VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 163: “Quando se falar num direito subjetivo fundamental não se pode, pois, pensar «num singular poder ou pretensão jurídica unidimensional ou unidirecional», antes a representação mais adequada é a de um feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontando em direcções distintas.”.

a vestir-se de uma dada forma ou a fumar integram o referido direito à autodeterminação pessoal).<sup>19</sup>

Quando o Direito se depara com novas realidades que levantam problemas novos ou apresentam novas dimensões de problemas conhecidos, a questão pode resolver-se por via interpretativa/integrativa ou por via legislativa. A primeira satisfaz necessidades prementes de julgar; a segunda garante uma maior segurança e previsibilidade do Direito. Normalmente, a abordagem de problemas jurídicos inovadores envolverá as duas operações.<sup>20</sup>

A Internet, quando surgiu, configurou-se como uma nova dimensão da realidade social e económico que, segundo alguns, tornava possível a realização de um certo ideal de anarquia (ausência de Governo) e anomia (ausência de Direito).<sup>21</sup> Em 1999 ERIC SCHMIDT, afirmava: “*The Internet is the first thing that humanity has built that humanity doesn't understand, the largest experiment in anarchy that we have ever had.*”. Os debates iniciais prendiam-se, por isso, com a impossibilidade de regular este espaço cuja arquitetura dificulta uma regulação direta por parte dos Estados.<sup>22</sup> No entanto, rapidamente

---

<sup>19</sup> Trata-se de um esquema de concretização que parte do mais abstrato e geral (“dignidade da pessoa humana” – art. 1.º CRP) passando por princípios mais concretizados (como igualdade – art. 13.º CRP) e direitos-quadro (exemplo de grande abstração é o “direito a livre desenvolvimento da personalidade” – art. 26.º CRP) até chegar a faculdades subjetivas individualizadas e concretas. Expondo esta perspectiva resumidamente veja-se JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais...cit.*, p.68.

<sup>20</sup> Em sede de direitos fundamentais, JOSÉ MELO ALEXANDRINO (*Direitos Fundamentais...cit.*, p. 55) apresenta quatro modalidades de abertura do nosso sistema de direitos fundamentais: (i) a admissão de direitos fundamentais dispersos, (ii) a compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos fundamentais formalmente constitucionais, (iii) a possibilidade de descoberta jurisprudencial de direitos fundamentais junto de outras normas constitucionais e (iv) o aditamento expresso de direitos fundamentais por revisão constitucional.

<sup>21</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘Propriedade Intelectual e Internet’ in AAVV, *Direito da Sociedade da informação*, vol. VI (Coimbra Ed. 2006) pp. 145-147.

<sup>22</sup> Para uma panorâmica especialmente esclarecedora cfr. LAWRENCE LESSIG, *Code 2.0*. (Basic Books 2006).

se percebeu que este espaço não escapava à aplicação do Direito.<sup>23</sup> O legislador português confirma-o no art. 2.º/2 da CDHED “*As normas que na ordem jurídica portuguesa consagram e tutelam direitos, liberdades e garantias são plenamente aplicáveis no ciberespaço.*”. Em bom rigor, (desde que preenchida a respetiva hipótese normativa) todas as normas são aplicáveis no ciberespaço.

Por outro lado, com o passar do tempo tornou-se claro que o Direito necessitaria de se adaptar.<sup>24</sup> Como sublinha ANDREJ SAVIN<sup>25</sup> este meio de comunicação é diferente dos meios tradicionais (como rádio, televisão ou jornais) na medida em que cada pessoa pode facilmente participar ativamente na comunicação ao invés de ser um mero recetor. Por isso mesmo trata-se de um meio profícuo e dinâmico que provoca um abalo constante das noções anteriormente utilizadas em sede de regulação.

Os desafios inicialmente colocados pela Internet ao Direito derivavam do carácter transnacional e descentralizado da rede, gerando dificuldades em identificar os sujeitos e determinar o Direito que lhes é aplicável. Ao mesmo tempo, no contexto da Internet surgiram (e continuam a surgir) fenómenos próprios como as redes sociais,<sup>26</sup> a computação em nuvem,<sup>27</sup> ou o comércio eletrónico e intensificaram-se outros como a recolha e tratamento de dados pes-

---

<sup>23</sup> NICHOLAS TSAGOURIAS, ‘The legal status of cyberspace: sovereignty redux?’ in NICHOLAS TSAGOURIAS / RUSSELL BUCHAN, *Research Handbook on International Law and Cyberspace* (EE 2021) p.13.

<sup>24</sup> MICHAEL L. RUSTAD, *Global Internet Law in a Nutshell* (2nd ed., West 2013), p. 6: “The Internet has made it necessary to rework every branch of law”. Também DANIEL FREIRE E ALMEIDA, *Um Tribunal Internacional para a Internet* (Almedina 2015) p. 92.

<sup>25</sup> *EU Internet Law* (Edward Elgar 2020) p.1.

<sup>26</sup> Cfr. PAUL LAMBERT (ed), *Social Networking Law* (Clarus 2014); ARTEMI RALLO LOMBARTE / RICARD MARTÍNEZ MARTÍNEZ (eds.), *Derecho y redes sociales* (Civitas 2013).

<sup>27</sup> Além de CHRISTOPHER MILLARD (ed), *Cloud Computing Law* (OUP 2021), pode ver-se ANNE CHEUNG / ROLF WEBER, *Privacy and Legal Issues in Cloud Computing* (EE 2015).

soais, a encriptação,<sup>28</sup> a desinformação, o investimento e transações financeiras descentralizadas ou o chamado *user generated content*. Todas estas realidades levantam problemas jurídicos, novos e por vezes reconfiguram problemas antigos. As respostas vão sendo desenvolvidas, acompanhando, como não podia deixar de ser, a dinâmica social e tecnológica.

Como assinalámos, o sistema português de direitos fundamentais é caracterizado pela sua generosidade, abertura e maleabilidade.<sup>29</sup> A respetiva evolução histórica é sintetizada por VIEIRA DE ANDRADE através das ideias de acumulação, variedade e abertura.<sup>30</sup> De facto, a Constituição da República Portuguesa tem um catálogo especialmente longo de direitos fundamentais e admite ainda direitos fundamentais atípicos e extraconstitucionais.<sup>31</sup> Como corolário da cláusula aberta consagrada no artigo 16.º da CRP vale entre nós um conceito material de direitos fundamentais, prevalecendo a substância sobre a forma. Admitem-se direitos fundamentais extraconstitucionais tanto com origem na lei interna ordinária como de fonte internacional.

Deste modo, na identificação de um direito fundamental, há dois testes a fazer: (1) saber se a ordem jurídica portuguesa (nela incluindo o Direito Internacional<sup>32</sup>) consagra um dado direito, isto

---

<sup>28</sup> Sobre as dificuldades que isto levanta para a investigação criminal veja-se DAVID SILVA RAMALHO, ‘O uso de malware como meio de obtenção de prova em Processo Penal’ *Revista de Concorrência e Regulação* 16 (2013), pp. 195-243. Para uma perspetiva norte-americana vide JEAN-FRANÇOIS BLANCHETTE, *Burdens of Proof: Cryptographic Culture and Evidence Law in the Age of Electronic Documents* (MIT Press 2012)

<sup>29</sup> JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais...cit.*, p.52. JORGE MIRANDA, ‘A Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais’ in AAVV, *Estudos Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva* (Coimbra Ed. 2001) pp. 559 e ss.

<sup>30</sup> Ob cit., pp. 67-68.

<sup>31</sup> Sobre estes veja-se JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direitos Fundamentais Atípicos* (Editorial Notícias 1995).

<sup>32</sup> Em Portugal parece hoje claro que vigora um sistema monista, ou seja, concebendo o direito internacional como parte integrante da ordem jurídica nacional

é, se uma posição subjetiva individual, um poder individual de exigir ou pretender de outrem um dado comportamento; (2) em caso afirmativo, é necessário ajuizar se o direito em causa se constitui um direito fundamental.<sup>33</sup> A resposta afirmativa a estas duas questões tem repercussões importantes a nível de regime, especialmente quando o direito em causa seja considerado um direito análogo a um direito, liberdade e garantia. Neste último caso, ao abrigo do artigo 17.º da CRP, ser-lhe-á aplicável o respetivo regime (arts. 18.º a 23.º, 165.º/1/b) e 288.º d) da CRP).

A nossa realidade social – passada, presente e futura – é sempre matéria para os direitos fundamentais. A teoria geral dos direitos fundamentais permite estruturar um modo de pensar através da Constituição (e documentos congêneres como a CEDH e a CDFUE), uma técnica para, sob esse prisma, analisar e resolver questões jurídicas. A Internet é uma dimensão da nossa vida em sociedade que, como tal, não pode escapar a essa forma de raciocinar.<sup>34</sup> Mais, na última década a regulação da Internet tende a assumir uma visão cada vez mais permeável a considerações jusfundamentais, falando-se a este propósito de constitucionalismo digital.<sup>35</sup>

---

(cfr. JORGE MIRANDA, ‘Uma nova fase no direito internacional dos direitos do homem’ in JORGE MIRANDA, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais* (Principia 2006) p. 440, salientando a integração do direito internacional com o direito interno neste domínio).

<sup>33</sup> São vários os critérios propostos para determinar se uma determinada disposição consagra um direito fundamental. Sobre o tema cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 71 e ss.

<sup>34</sup> DOMINGO SOARES FARINHO, *Intimidade da Vida Privada e Media no Ciberespaço* (Almedina 2006) p. 10.

<sup>35</sup> GIOVANNI DE GREGORIO, ‘The rise of digital constitutionalism in the European Union’ *International Journal of Constitutional Law* (2021) pp. 41-70 descreve três fases desta evolução: liberalismo digital, ativismo judicial e, finalmente, o constitucionalismo digital, cujo exemplo paradigmático é o RGPD. Entre nós, com uma análise centrada nas plataformas e no seu poder, dito “excessivo”, vide SIMÃO MENDES DE SOUSA, *Constitucionalismo Digital: Uma introdução* (Almedina 2022).

## 2. Direito de acesso à Internet

Nos países que consagraram a chamada *three strikes law* (como em França a lei HADOPI), que implicava o corte de acesso à Internet para quem seja apanhado três vezes a utilizar a rede para a partilha ilegal de ficheiros, foi debatido se existiria um direito fundamental de acesso à Internet.<sup>36</sup> O problema coloca-se igualmente em relação às ordens de bloqueio que impõe aos fornecedores de serviços de internet a adoção de medidas técnicas no sentido de impedir a generalidade dos internautas de aceder a dado um *site*. Numa primeira decisão, o Tribunal Constitucional Francês considerou a lei HADOPI parcialmente inconstitucional, reconhecendo que a liberdade de expressão (prevista no art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) englobava a liberdade de acesso à Internet.<sup>37</sup>

Em 2011, um relatório das Nações Unidas reconheceu especialmente o papel do acesso à Internet como meio de realização de vários direitos fundamentais.<sup>38</sup> Hoje em dia parece claro que o acesso à Internet (nisso incluindo o direito a fazer hiperligações, enviar e-mails, colocar páginas online e, de um modo geral, de navegar de forma não restrita)<sup>39</sup> não é mais do que uma concretização fáctica diferente de direitos já consagrados como o livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º), a liberdade de expressão e informação (art. 37.º CRP), de criação artística (art. 42.º CRP), de exercício de atividades económicas

---

<sup>36</sup> Cfr. CHRISTOPHE GEIGER, 'Challenges for the Enforcement of Copyright in the Online World: Time for a New Approach' in PAUL TORREMANS (ed.), *Research Handbook on the Cross-Border Enforcement of Intellectual Property* (EE 2014) pp. 704-730.

<sup>37</sup> Décision n° 2009-580 DC de 10 de junho de 2009. Com uma contextualização da decisão e excertos do respectivo texto cfr. TITO RENDAS / NUNO SOUSA E SILVA, *Direito de Autor nos Tribunais* (UCE 2015) pp. 438-444. A decisão do TEDH *Ahmet Yildirim v. Turkey*, 3111/10 (decisão de 18.XII.2012) parece ir no mesmo sentido.

<sup>38</sup> [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf)

<sup>39</sup> Não obstante, pode e deve distinguir-se o direito de acesso à rede do direito de carregar conteúdos.

(art. 61.º CRP) ou mesmo de participação política (art. 48.º CRP).<sup>40</sup> Mesmo assim, o legislador português, no art. 35.º/6 da CRP (e art. 3.º CDHED) reconheceu expressamente o direito de livre acesso à Internet e, conseqüentemente, a tarefa do Estado de promover esse acesso. Isso é concretizado em especial através da chamada “Tarifa social de Internet”, estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 66/2021, de 30 de julho. A nível europeu também têm sido adotadas medidas, como Regulamento (UE) 2017/1953 de 25 de outubro de 2017 que altera os Regulamentos (UE) n.º 1316/2013 e (UE) n.º 283/2014 no que se refere à promoção de conectividade à Internet em comunidades locais. Em Fevereiro de 2023 a Comissão apresentou a proposta de Regulamento designada Gigabit Act (COM(2023) 94 final) procurando facilitar o acesso e partilha de infraestruturas de rede.

Por outro lado, o art. 5.º da CDHED dispõe: “É proibida a interrupção intencional de acesso à Internet, seja parcial ou total, ou a limitação da disseminação de informação ou de outros conteúdos, salvo nos casos previstos na lei.”. No entanto, tem vindo a ser reconhecido que em vários casos (violação de direito de autor, difamação, pornografia, conteúdo terrorista e outra atividade criminal) existem motivos legítimos para impedir o acesso a conteúdos ou ordenar a respetiva remoção.<sup>41</sup>

### 3. Neutralidade da rede

Outra matéria muito discutida relaciona-se com saber se um prestador de serviços de acesso à Internet poderá discriminar en-

---

<sup>40</sup> A proposta (chumbada em 2011) de uma nova constituição islandesa foi elaborada de forma colaborativa com um grande destaque para as tecnologias da informação (e-mails, mensagens de facebook e fora *online*). Sobre o processo veja-se MARCO BANI, ‘Crowdsourcing democracy: the case of Icelandic social constitutionalism’ in AAVV, *Politics and Policy in the Information Age* (Springer 2012) pp. 1-19.

<sup>41</sup> Algumas situações constituirão limites iminentes a direitos fundamentais, outras colisões de direitos.

tre conteúdos. Está em causa a chamada neutralidade da rede (*net neutrality*).<sup>42</sup> O termo é atribuído ao autor norte-americano TIM WU<sup>43</sup> e refere-se à necessidade de garantir o tratamento igual dos utilizadores da rede, nomeadamente impedindo que os fornecedores de serviço de acesso à Internet tratem diferentemente o conteúdo transmitido, por exemplo cobrando valores mais elevados para que um dado conteúdo chegue mais rapidamente aos utilizadores ou, em contrapartida, penalizando outros conteúdos.<sup>44</sup>

Na vanguarda mundial, o Chile adotou em 2010 uma lei no sentido de impor aos fornecedores de serviços de internet essa mesma neutralidade (não discriminação).<sup>45</sup> Em 2012 a Holanda tornou-se o segundo país do mundo e o primeiro na Europa a adotar uma lei semelhante.<sup>46</sup> O legislador europeu aprovou em 2015 o Regulamento

---

<sup>42</sup> A neutralidade da rede é um tema de telecomunicações, distingue-se da neutralidade de plataformas e outros intermediários. Assim práticas como *shadow banning*, promoção de conteúdos próprios, *rankings*, sistemas de pontuação, ou sistemas de recomendação, não são relevantes neste contexto.

<sup>43</sup> ‘Network Neutrality, Broadband Discrimination’ *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2 (2003) pp. 141-175.

<sup>44</sup> Apesar das semelhanças conceptuais, o chamado *shadow banning*, isto é, a prática de retirar o destaque de certos conteúdos ou utilizadores em plataformas que usem sistemas de recomendação (como redes sociais ou *marketplaces*) não se confunde com a neutralidade da rede, que se situa ainda ao nível das telecomunicações. Sobre esta prática veja-se CATALINA GOANTA / GERASIMOS SPANAKIS, *Influencers and Social Media Recommender Systems: Unfair Commercial Practices in EU and US Law* (March 2020). TTLF Working Paper No. em <https://ssrn.com/abstract=3592000> Como sublinham o regime das práticas comerciais desleais tem âmbito limitado a relações profissionais-consumidor (*b2c*), pelo que não se aplica aos casos mais relevantes de *shadow banning*. Veja-se ainda PADDY LEERSSEN, ‘An end to shadow banning? Transparency rights in the Digital Services Act between content moderation and curation’, *CLSR* 48 (2023).

<sup>45</sup> Trata-se da Ley 20453 de 26 de Agosto, disponível em <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20453>.

<sup>46</sup> A não discriminação dos conteúdos transmitidos poderá ser sustentada no princípio da igualdade (art. 12.º da CRP) e na liberdade de expressão (art. 37.º CRP). Sobre o ponto *vide* JASPER SLUIJS, ‘From Competition to Freedom of Expression: Introducing Art. 10 ECHR in the European Network Neutrality Debate’ *Human*

(UE) 2015/2120 de 25 de novembro de 2015 que estabelece medidas respeitantes ao acesso à **Internet aberta** e altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) n.º 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União.<sup>47</sup> Trata-se da consagração do princípio da neutralidade da rede, que o legislador nacional também enuncia no art. 10.º da CDHED “*Todos têm direito a que os conteúdos transmitidos e recebidos em ambiente digital não sejam sujeitos a discriminação, restrição ou interferência em relação ao remetente, ao destinatário, ao tipo ou conteúdo da informação, ao dispositivo ou aplicações utilizados, ou, em geral, a escolhas legítimas das pessoas.*”.

Nos termos deste Regulamento 2015/2120, os utilizadores finais de serviços de internet “*têm o direito de aceder a informações e conteúdos e de os distribuir, de utilizar e fornecer aplicações e serviços e utilizar equipamento terminal à sua escolha, através do seu serviço de acesso à Internet, independentemente da localização do utilizador final ou do fornecedor, ou da localização, origem ou*

---

Rights Law Review vol. 12(3) (2012) pp. 509–554 (demonstrando as complexidades do tema, em especial a dificuldade da eficácia horizontal de direitos fundamentais). Além disso, a CRP consagra uma garantia institucional relativa ao serviço público de rádio e televisão (art. 38.º/5). Parece ser defensável que o espaço que esses meios de comunicação ocupavam na realidade constitucional foi em grande medida substituído pela Internet. Garantias institucionais são definidas como previsões constitucionais que, sem atribuírem direitos subjectivos fundamentais, visam proteger certas realidades [ditas instituições na sua configuração essencial, complexos jurídico-normativos que garantem que o legislador não descaracteriza ou desfigura uma dada instituição (esta última definição encontra-se em VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 136-137)]. Trata-se de um aspecto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sobre a figura cfr. MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais* (Almedina 2007).

<sup>47</sup> Sobre este veja-se TIAGO BESSA, ‘As Novas Regras sobre Neutralidade de Rede e Gestão de Tráfego na Internet’ in AAVV, *Estudos de Advocacia em Homenagem a Vasco Vieira de Almeida* (Almedina 2017) pp.473-487.

*destino da informação, do conteúdo, da aplicação ou do serviço*” (art. 3.º/1), o que pode ser visto como uma concretização importante do princípio da neutralidade tecnológica. O ponto de partida é que os fornecedores de serviços de internet “*não podem bloquear, abrandar, alterar, restringir, ou degradar conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou categorias específicas dos mesmos, nem estabelecer discriminações entre eles ou neles interferir*” (art. 3.º/3 1º parágrafo). No entanto, o bloqueio de conteúdos ilícitos e medidas não discriminatórias de gestão de tráfego continua a ser admissível, dentro de certos limites (art. 3.º/3).<sup>48</sup>

Por seu lado, nos termos do art. 4.º os fornecedores de serviços de Internet ficam obrigados a prestar informação clara e transparente sobre as restrições contratuais ao tráfego e a publicá-las. Em Portugal a autoridade de controlo destas regras é a ANACOM (Autoridade Nacional de Comunicações), que fica incumbida de fiscalizar e aplicar as respetivas sanções (arts. 5.º e 6.º do Regulamento, concretizados na Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto, Lei das Comunicações Eletrónicas).

Este Regulamento já foi interpretado pelo TJ no acórdão C-807/18 e C-39/19, *Telenor*.<sup>49</sup> Estava em causa a chamada prática de tarifa zero (*zero rating*), de acordo com a qual o tráfego de dados móveis de determinadas aplicações não era computado para efeitos dos limites do pacto de dados contratado.<sup>50</sup> O Tribunal de Justiça decidiu que essa oferta comercial não era compatível com o Regulamento 2015/2120.

---

<sup>48</sup> Como explica TIAGO BESSA, *ob. cit.*, pp. 482-483 podemos distinguir as medidas normais de gestão de tráfego (baseadas em critérios técnicos), previstas no segundo parágrafo do art. 3.º/3 e geralmente admissíveis, das medidas *excepcionais*, apenas admitidas nas situações previstas no terceiro parágrafo do mesmo artigo 3.º/3. A norma de interpretação mais difícil e, num certo sentido mais contraditória, é o art. 3.º/5. Sobre isso veja-se ROBERT O’DONOGHUE/TOM PASCOE, ‘Net Neutrality in the EU: Unresolved Issues Under the New Regulation’ (2016) in <https://ssrn.com/abstract=2741173>.

<sup>49</sup> EU:C:2020:708.

<sup>50</sup> TIAGO BESSA, *ob. cit.*, pp. 485-486 pronunciava-se já no sentido da inadmissibilidade dessa oferta.

#### 4. Cibersegurança

À medida que a vida das pessoas – nos planos social, profissional, financeiro, afetivo e até sexual –, se situa crescentemente no domínio digital, o direito à liberdade e à segurança (art. 37.º CRP) deve ser garantido também neste contexto. Os legisladores, com destaque para o legislador europeu, têm vindo a revelar-se cada vez mais interventivos em matéria de **cibersegurança**.<sup>51</sup> Na verdade, mesmo no mundo “analógico” há cada vez mais componentes digitais dirigidos à segurança de pessoas e bens (portões e fechaduras, automóveis, *pacemakers* ou brinquedos, sistemas informáticos de hospitais, universidades, aeroportos ou ferrovias, da rede elétrica ou distribuição de água, só para dar alguns exemplos).

O Regulamento (UE) 2019/881, de 17 de Abril de 2019 relativo à **ENISA** (Agência da União Europeia para a Cibersegurança) e à certificação da cibersegurança das tecnologias da informação e comunicação e que revoga o Regulamento (UE) n.º 526/2013 (conhecido como Regulamento Cibersegurança), define cibersegurança, como “*todas as atividades necessárias para proteger de ciberameaças as redes e os sistemas de informação, os seus utilizadores e outras pessoas afetadas*” (art.2.º /1).

Em Portugal, a **Lei 46/2018**, de 13 de agosto, transpõe a Directiva 2016/1148 (conhecida como Directiva NIS)<sup>52</sup>, reconhece a impor-

---

<sup>51</sup> Esta intervenção é, por vezes, indireta. Assim, o legislador espanhol adotou o Esquema Nacional de Seguridad (Real Decreto 3/2010, de 8 de Janeiro, regulamentado pela última vez pelo Real Decreto 311/2022, de 3 de maio) que impõe a certificação do cumprimento de determinados padrões de cibersegurança para prestar serviços a entidades públicas espanholas. Na mesma linha, nos EUA, o Federal Risk and Authorization Management Program (FedRAMP) impõe uma certificação prévia de sistemas *cloud* para processamento de informação federal.

<sup>52</sup> A Lei foi objeto de regulamentação: a nível europeu com o Regulamento de execução (UE) 2018/151 da Comissão de 30 de janeiro de 2018 que estabelece normas de execução da Diretiva (UE) 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante à especificação pormenorizada dos elementos a ter em conta pelos prestadores de serviços digitais na gestão dos riscos que se colocam

tância central da Internet na vida em sociedade e impõe obrigações de segurança à Administração Pública<sup>53</sup> e a todos aqueles que, independentemente da natureza pública ou privada, sejam:

- *operadores de infraestruturas críticas* (definidas no art. 3.º/d);
- *operadores de serviços essenciais* – certas empresas no sector da energia, transportes, banca, saúde, fornecimento de água potável e infraestruturas digitais (art. 10.º e Anexo);
- *prestadores de serviços digitais*, que no termos do art. 11.º podem ser prestadores de:
  - o Serviços de mercado em linha (art. 3.º/q);
  - o Serviços de motor de pesquisa em linha (art. 3.º/r);
  - o Serviços de computação em nuvem (art. 3.º/p);
- e ainda a *quaisquer outras entidades que utilizem redes e sistemas de informação* (art. 2.º/1/e)).

Como é natural os deveres destas entidades são diferentes. No caso de as entidades preencherem simultaneamente mais do que um conceito, ser-lhes-á aplicável o regime mais gravoso (art. 2.º/5). A aplicabilidade desta Lei depende, compreensivelmente, da existência de uma ligação ao território nacional. No caso dos prestadores de serviços digitais tal conexão resultará de estes terem o seu estabelecimento principal, isto é a sua sede, no território nacional (art. 2.º/4), mas a Lei aplica-se também àquelas empresas que prestem serviços digitais em Portugal e designem um representante estabelecido em território nacional (art. 2.º/3).

A Lei 46/2018 estrutura-se em torno de prevenção – adoção de medidas de segurança adequadas (arts. 14.º, 16.º e 18.º, o qual no n.º 4 exclui as micro e pequenas empresas, i.e., as que tenham menos de 50 trabalhadores) – e reação/mitigação – impondo para o efeito

---

à segurança das redes e dos sistemas de informação, bem como à especificação pormenorizada dos parâmetros para determinar se o impacto de um incidente é substancial e a nível nacional através do DL 65/2021, de 30 de julho.

<sup>53</sup> Excluem-se serviços secretos e forças armadas (art. 2.º/6).

deveres de notificação de incidentes ao Centro Nacional de Cibersegurança (arts. 13.º, 15.º, 17.º e 19.º). A violação destes deveres gera responsabilidade contraordenacional (art. 23.º) com coimas até € 50.000 no caso das pessoas coletivas. Os prestadores de serviços digitais têm ainda de notificar o Centro Nacional de Cibersegurança do exercício da sua atividade (art. 30.º), sob pena de incorrerem em coima (art. 24.º/1/c) até € 9.000 no caso de pessoa coletiva), mas as micro e pequenas empresas, i.e., com menos de 50 trabalhadores, estão isentas desse dever de notificação.

A Lei tem também uma dimensão administrativa – cria o Conselho Superior de Segurança do Ciberespaço (órgão de consulta do Primeiro-Ministro, arts. 5.º e 6.º), o Centro Nacional de Cibersegurança (autoridade nacional de cibersegurança, art. 7.º) e a Equipa de Resposta a Incidentes de Segurança Informática Nacional (CERT.PT) (art. 9.º).

O regime da Lei 46/2018, será alterado pela transposição da Diretiva (UE) 2022/2555 de 14 de dezembro de 2022 relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de cibersegurança na União que altera o Regulamento (UE) n.º 910/2014 e a Diretiva (UE) 2018/1972 e revoga a Diretiva (UE) 2016/1148 (Diretiva SRI 2 ou, em inglês, **NIS 2**). Esta Diretiva, que deve ser transposta até Outubro de 2024, faz parte de um pacto mais amplo e corporiza a nova estratégia europeia para a cibersegurança, incluindo também a Diretiva (UE) 2022/2557, de 14 de dezembro de 2022 relativa à resiliência das entidades críticas e que revoga a Diretiva 2008/114/CE do Conselho, a qual alarga a lista de infraestruturas críticas, o Regulamento (UE) 2022/2554 de 14 de dezembro de 2022 relativo à resiliência operacional digital do setor financeiro e que altera os Regulamentos (CE) n.º 1060/2009, (UE) n.º 648/2012, (UE) n.º 600/2014, (UE) n.º 909/2014 e (UE) 2016/1011 (DORA) e a Diretiva (UE) 2022/2556 de 14 de dezembro de 2022, que altera as Diretivas 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/59/UE, 2014/65/UE, (UE) 2015/2366 e (UE) 2016/2341 no que diz respeito à resiliência operacional digital para o setor financeiro (conhecido como regulamento **DORA**).

Existe igualmente uma proposta controversa de alteração do Regulamento (UE) 2019/881 no respeitante aos serviços de segurança geridos, apresentada em Abril de 2023.<sup>54</sup>

Além desta dimensão, mais focada na prevenção, existem outros aspetos ligados à cibersegurança, como o cibercrime, ciberterrorismo, ciberespionagem e guerra no ciberespaço, que levantam complexas questões de Direito Internacional, Europeu e nacional, tanto num plano processual quanto substantivo.<sup>55</sup>

No domínio da cibersegurança e segurança da informação são ainda relevantes determinadas normas técnicas, como a norma estabelecida pela Organização Internacional de Normalização (ISO) 27001, e esquemas de certificação, como os relatórios SOC (*System and Organization Controls*). Por outro lado, além destes padrões técnicos, que por vezes funcionam como *soft law*, existe uma tendência crescente para consagrar expressamente deveres de segurança da informação na lei, como por exemplo o art. 32.º RGD.

## 5. Privacidade e proteção de dados

A privacidade, como um valor juridicamente tutelado, é relativamente recente na história da humanidade, tendo sido definida num artigo fundacional de SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS<sup>56</sup> como o “direito a ser deixado só”. No entanto, o seu âmbito é mais vasto e manifesta-se em dimensões muito variadas.<sup>57</sup> A reserva da intimidade da vida privada, prevista no artigo 26.º/1 da CRP é também garantida

<sup>54</sup> COM (2023) 208 final.

<sup>55</sup> Para uma introdução a estes temas cfr. DAVID P. FIDLER, *Advanced Introduction to Cybersecurity Law* (EE 2022). Com uma visão aprofundada dos múltiplos aspetos da cibersegurança vide DENNIS-KENJI KIPKER, *Cybersecurity* (C. H. Beck 2023).

<sup>56</sup> ‘The Right to Privacy’ Harvard Law Review 4(1890) pp.193-220.

<sup>57</sup> Sobre esta evolução veja-se, por todos, ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A construção dogmática do direito à identidade informacional* (AAFDL 2015).

por outros direitos fundamentais,<sup>58</sup> nomeadamente, os artigos 34.º (inviolabilidade do domicílio e da correspondência<sup>59</sup>) e 35.º (utilização da informática) o qual recebeu vários aditamentos e que, fruto da evolução tecnológica e social, se tornou ainda mais relevante.<sup>60</sup>

À medida que a tecnologia foi evoluindo foram-se multiplicando as formas de atentar contra a privacidade das pessoas, seja através de binóculos mais potentes, dispositivos de visão noturna, mecanismos de escuta e gravação ou, por último, a informática com a sua crescente capacidade de armazenar e processar dados pessoais.<sup>61</sup> Recentemente, numa decisão unânime, o TEDH confirmou o carácter ilícito (por violação do art. 8.º da CEDH) da utilização de tecnologia de reconhecimento facial para identificar, localizar e deter um indivíduo num processo contraordenacional, demonstrando o carácter dinâmico destas normas, escritas antes de existirem sistemas de reconhecimento facial.<sup>62</sup>

A nível europeu foi consagrada legislação de protecção de dados pessoais, nomeadamente a Diretiva 95/46/CE transposta para o ordenamento nacional pela Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro, substituída pelo Regulamento Geral de Protecção de Dados e a Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao tratamento

---

<sup>58</sup> GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 467. Sobre tema numa perspectiva de Direito Privado *vide* PAULO MOTA PINTO, ‘O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada’ BFDUC [1993] pp. 475-586. Sobre as várias dimensões da privacidade numa perspectiva anglo-saxónica veja-se DANIEL SOLOVE, *Understanding privacy* (HUP 2008).

<sup>59</sup> Que se deverá aplicar também ao correio eletrónico. Como explicam GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, vol. I (Coimbra Ed. 2007) p. 544 a distinção entre comunicação de massas (a que esse artigo não se aplica) e comunicação individual é difícil no caso da Internet. Por exemplo, um *post* de Facebook disponibilizado a 400 “amigos” estará coberto pelo artigo 34.º?

<sup>60</sup> GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p.550 assinalam a mudança do “contexto constitucional” do artigo.

<sup>61</sup> GERALD SPINDLER, *Persönlichkeitsschutz im Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung* (C.H. Beck 2012) pp. 23-37.

<sup>62</sup> *Glukhin v. Russia*, 11519/20 (decisão de 4.VII.2023).

de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, transposta para o ordenamento jurídico pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto. Tudo isto concorre para a formação de um “direito à autodeterminação informacional” com assento constitucional no artigo 35.º da CRP.<sup>63</sup>

Esta perspetiva constitucional levou já a que a Diretiva 2006/24 (relativa à conservação dos dados), transposta em Portugal pela Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho Diretiva viesse a ser declarada inválida pelo Tribunal de Justiça.<sup>64</sup> Na sequência dessa decisão, o Tribunal Constitucional, no conhecido acórdão TC 268/2022, de veio a declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constante do artigos 4.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho em virtude da sua desproporcional restrição à privacidade dos cidadãos.<sup>65</sup>

A CDHED reconhece o direito à privacidade digital, incluindo através do recurso à criptografia (art. 8.º),<sup>66</sup> a preservação da identidade

<sup>63</sup> GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p.551.

<sup>64</sup> Acórdão C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland* (EU:C:2014:238). Esta abordagem foi confirmada a propósito do direito nacional sueco, julgado incompatível com a Diretiva 2002/58 no acórdão C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige* (EU:C:2016:970) e a propósito do direito nacional do Reino Unido (C-623/17, *Privacy International* (EU:C:2020:790)). Já, no caso C-511/18, *Quadrature du Net* (EU:C:2020:791), a propósito do Direito Francês, o Tribunal de Justiça admitiu a licitude de alguma “vigilância” e tratamento de dados para fins de segurança nacional e combate ao crime, desde que respeitados certos limites de proporcionalidade.

<sup>65</sup> Um outro exemplo, na mesma linha, pode encontrar-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019, de 21 de outubro que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, na parte em que admite o acesso dos oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança (SIS) e do Serviço de Informações Estratégicas e de Defesa (SIED), relativamente a dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação, para efeitos de produção de informações necessárias à salvaguarda da defesa nacional e da segurança interna.

<sup>66</sup> A regulamentação jurídica da criptografia é matéria altamente complexa. Uma discussão importante diz respeito à chamada *encryption backdoor* (uma meio de reverter a encriptação dos dados que as empresas tecnológicas deveriam facultar

digital (art. 12.º), o direito ao esquecimento (art. 13.º) e o direito à proteção contra a geolocalização abusiva (art. 17.º). Na verdade, a generalidade dos direitos consagrados no RGPD são concretizações de direitos fundamentais, ou seja, trata-se de legislação materialmente constitucional.

Nesta matéria existe uma marcada divergência entre a conceção norte-americana e a conceção europeia. Como explica WALTER BERKA:<sup>67</sup> *“In Europe, processing of data is prohibited unless there is an explicit legal basis that allows it. In the US, by contrast, it is allowed unless it causes harm or is expressly limited by US law.”*. Estas diferenças assumem um especial relevo na Internet em que existe um constante fluxo de dados entre os dois lados do atlântico e têm sido alvo de uma intrincada jurisprudência e negociação, sobretudo na sequência da exposição dos programas de vigilância em massa existentes nos EUA.<sup>68</sup>

---

às autoridades policiais) nos EUA. Sobre isso cfr. OLIVIA GONZALEZ, ‘Cracks in the Armor: Legal Approaches to Encryption’ *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* (2019) pp.1-48. **Outro tema diz respeito ao controlo de exportações**, uma vez que certo tipo de tecnologia de encriptação é considerada tecnologia de uso dual/dupla utilização, ou seja, algo que pode ser usado para fins pacíficos e para fins militares. Isto leva à aplicação de controlo de exportações, salvo no caso de se preencher a chamada *cryptography note* (que prevê certas exceções). Esta matéria tem enquadramento no Acordo de Wassenaar sobre controlos de exportação de armas convencionais e bens e tecnologias de dupla utilização, do qual Portugal é signatário. Criticando este regime veja-se KARIM K. SHEHADEH, ‘The Wassenaar Arrangement and Encryption Exports: An Ineffective Export Control Regime that Compromises United States Economic Interests’ *American University of International Law Review* (1999) pp. 271-320. As regras essenciais nesta matéria constam do **Regulamento 428/2009**, de 5 de Maio de 2009 que cria um regime comunitário de controlo das exportações, transferências, corretagem e trânsito de produtos de dupla utilização.

<sup>67</sup> ‘CETA, TTIP, TiSA, and Data Protection’ in AAVV, *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA. New Orientations for EU External Economic Relations* (OUP 2017) p. 177

<sup>68</sup> Isto levou a que o Tribunal de Justiça considerasse nos casos C-362/14, *Schrems* (EU:C:2015:650) e C-311/18, *Schrems II* (EU:C:2020:559) que as

## 6. Liberdade de expressão e de informação

A Internet é por vezes designada “autoestrada da informação” (*information superhighway* ou *Infobahn*). Na verdade, a rede das redes é atualmente um dos principais meios de produção e troca de informação, o que coloca a liberdade de expressão (e direitos políticos associados) e os seus limites no centro das discussões relativas à sua regulação.<sup>69</sup> Revelam-se aqui tensões entre liberdade de expressão, por um lado, e responsabilidade, transparência e, num certo sentido, uma discussão sobre a própria noção de verdade e realidade.

Na Internet, os intermediários (em especial as redes sociais e os motores de busca), assumem um papel central no controlo do acesso à informação. Os motores de busca são o sistema de navegação do ciberespaço. Como afirmou o BGH na conhecida decisão *Paperboy*:<sup>70</sup> “*Sem conteúdo os motores de busca nada encontrariam – sem motores de busca não seria possível encontrar nada no oceano infinito de informação da Internet*”.

Redes sociais como o Youtube, Twitter, Facebook ou Instagram revelam-se tanto ou mais importantes para a disseminação e discussão de ideias do que certos meios de comunicação social tradicionais, como jornais ou estações televisivas.<sup>71</sup> No entanto, não existe plena equiparação jurídica entre estas atividades. Até agora o paradigma regulatório dos intermediários tem sido o de isenção de responsabilidade. É, porém, cada vez mais claro que estas plataformas podem distorcer a realidade, manipulá-la ou modulá-la de acordo com as preferências dos utilizadores, mostrando resultados diferentes a cada

---

decisões de adequação, que permitiam a transmissão de dados para os EUA, fossem consideradas inválidas. Foi recentemente aprovada uma nova decisão de adequação (*Data Privacy Framework*).

<sup>69</sup> O art. 7.º CDHED concretiza precisamente o direito de reunião, manifestação, associação e participação em meio digital ou através destes.

<sup>70</sup> BGH, 17.VII.2003 – I ZR 259/00 *Paperboy* rn. 65.

<sup>71</sup> ORESTE POLLICINO / MARCO BASSINI / GIOVANNI DE GREGORIO, *ob. cit.*, p. 13.

utilizador, explorando as suas inseguranças ou vulnerabilidades (quase sempre tendo em vista a maximização do lucro). Também por isso, as últimas tendências vão no sentido de impor mais deveres a estes intermediários.<sup>72</sup>

Ao mesmo tempo, a neutralidade de certas plataformas tende a ser questionada. Apesar de a Internet ter assentado, nos dois lados do Atlântico, numa isenção de responsabilidade por parte dos intermediários, este paradigma tem vindo a evoluir.<sup>73</sup> Essa mudança faz-se tanto em virtude da maior proximidade entre os intermediários e os conteúdos, o que leva a questionar a sua real neutralidade, e em resultado de intervenções legislativas. Não obstante, essas mudanças, quando conduzem a uma maior responsabilização dos intermediários geram incentivos para os intermediários censurarem discurso com potencial responsabilizante ou controverso. Ou seja, perdemos o discurso mais importante para a liberdade de expressão, aquele que é controverso.<sup>74</sup>

A título de exemplo: o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos apreciou uma decisão do Supremo Tribunal Estoniano que tinha considerado que um portal *online* de notícias (Delfi) era coautor dos comentários às notícias que publicava e, por isso, civilmente responsável por não ter retirado comentários claramente ilegais (sobretudo

---

<sup>72</sup> Veja-se NUNO SOUSA E SILVA, ‘Novas Regras para a Internet: Notas Breves sobre Iniciativas Europeias de Regulação de Plataformas Digitais’ in Revista de Direito Intelectual 1/2021 pp. 75-102.

<sup>73</sup> Nos EUA a normal essencial é a famosa Section 230 (47 USC) parte do Communications Decency Act de 1996, que estabelece: “No *provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.*”. Na UE os princípios equivalentes foram consagrados na Diretiva 2000/31 relativa ao comércio eletrónico. Sobre o tema pode ver-se JEFF KOSSEFF, *The Twenty-Six Words That Created the Internet* (Cornell University Press 2019).

<sup>74</sup> NUNO SOUSA E SILVA, *Responsabilidade Na Internet: O Ato Dos Serviços Digitais Garante A Liberdade De Expressão?* in <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/responsabilidade-na-internet-o-ato-dos-servicos-digitais-garante-a-liberdade-de-expressao/>

difamatórios) por sua própria iniciativa.<sup>75</sup> O Tribunal de Estrasburgo decidiu que um tal entendimento era uma restrição admissível e proporcional da liberdade de expressão, prevista no artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.<sup>76</sup> Esta polémica decisão foi apreciada em recurso para a Grande Câmara, que configurou o problema como um conflito entre os artigos 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar, aí incluindo o direito à honra das pessoas afetadas pelos comentários) e 10.º (liberdade de expressão) da CEDH, concluindo que a responsabilização do portal online era uma restrição admissível à liberdade de expressão.<sup>77</sup> Não obstante, a propósito da proteção da propriedade intelectual, proteção de dados (com destaque para o direito ao apagamento), combate a conteúdo terrorista, pornografia infantil e discurso nocivo, as intervenções dos legisladores e dos tribunais restritivas da liberdade de expressão têm aumentado.

Outro fenómeno com importantes reflexos na liberdade de expressão diz respeito à divulgação de conteúdo falso, malicioso ou enganador (fenómenos designados por *fake news*, *misinformation*, *disinformation* e *malinformation*).<sup>78</sup> O problema passa, desde logo, por saber quem é que determinará o que é que verdadeiro ou fal-

---

<sup>75</sup> Recusando assim a aplicação da exclusão de responsabilidade para o mero armazenamento previsto no art. 14.º da Directiva 2000/31.

<sup>76</sup> *Delfi v. Estonia*, 64569/09 (decisão de 10.X.2013).

<sup>77</sup> Em linha próxima pode ver-se recentemente *Sanchez v. França*, 45581/15 (decisão de 2.IX.2021).

<sup>78</sup> Desinformação (*desinformation*) diz respeito a informação deliberadamente errada ou enganosa (que é disseminada com um objetivo de manipulação (como a contrainformação)); informação incorreta (*misinformation*) pode resultar apenas de incúria ou falta de contexto, mas não envolve uma intenção de enganar; informação nociva ou maliciosa (*malinformation*) diz respeito a informação verdadeira mas disseminada com o objetivo ou efeito de causar dano a alguém (e.g. *revenge porn* ou a revelação de dados pessoais de alguém, o chamado *doxing*). Esta categorização encontra-se em CLAUDE WARDLE/ HOSSEIN DERAKHSHAN, *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking* (Council of Europe report DGI (2017)09). Para notas breves sobre o tratamento jurídico de *fake*

so.<sup>79</sup> Este tema esteve no centro do debate acerca do artigo 6.º da CDHED, que na sua versão original previa um sistema oficial da verificação de fatos, tendo sido revogado, nessa parte, pela Lei n.º 15/2022, de 11 de agosto.<sup>80</sup>

## 7. Proteção de pessoas vulneráveis

De acordo com o chamado “modelo social europeu” incumbe à União Europeia e aos Estados a proteção das categorias de pessoas mais vulneráveis, como idosos, crianças, pessoas portadoras de deficiência ou, a um nível diferente, consumidores.<sup>81</sup>

Do ponto de vista da Internet isto significa em primeira linha um combate à infoexclusão com medidas de promoção do acesso à Internet e ao uso de tecnologias digitais<sup>82</sup> e uma orientação geral no sentido de os serviços do Estado não poderem ser acessíveis ou prestados exclusivamente por meios digitais sem assistência pessoal (veja-se o art. 19.º CDHED). Por outro lado, os próprios serviços digitais públicos são sujeitos a obrigações de acessibilidade, permi-

---

*news* no Direito Norte-Americano veja-se DAVID KLEIN / JOSHU WUELLER, ‘Fake News: A legal perspective’ JIL vol. 20 (2017) pp. 5-13.

<sup>79</sup> Basta pensarmos nas várias informações, contraditórias mas todas de fonte oficial, sobre a importância e eficácia do uso de máscaras durante a pandemia COVID-19.

<sup>80</sup> A questão foi mesmo objeto de um acórdão em sede de fiscalização abstrata, mas, em face da alteração legislativa entretanto ocorrida, o Tribunal Constitucional considerou ocorrer inutilidade superveniente (Ac. TC 66/2023, de 7 de março).

<sup>81</sup> Em bom rigor deverá assinalar-se que o Estado tem um dever de proteção de direitos fundamentais em geral. Sobre o tema *vide* JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais* (UCE 2015) *passim*, esp. pp. 357 e ss. (discutindo quais os bens fundamentais suscetíveis de exigir proteção estadual).

<sup>82</sup> O art. 2.º/1 CDHED refere-se precisamente à “inclusão social em ambiente digital”.

tindo o acesso a pessoas com deficiência.<sup>83</sup> Este tipo de requisitos também será, a partir de 28 de junho de 2025, imposto às próprias empresas privadas.<sup>84</sup>

O reconhecimento da especificidade da experiência de consumo, em especial da posição vulnerável dos consumidores, é anterior à Internet. O artigo 60.º CRP consagra há décadas um conjunto de direitos dos consumidores, alguns dos quais com natureza de direitos, liberdades e garantias.<sup>85</sup> Apesar disso a Internet suscita questões novas no domínio das relações de consumo, impondo-se ao Estado um imperativo de legislar de forma diferenciada.<sup>86</sup> Constituem disso exemplo as regras do DL 24/2014, que estabelecem um direito de livre desistência nos contratos de consumo celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial.

Por outro lado, a Internet, através da intermediação de relações – aquilo a que se convencionou chamar “economia de plataformas” –, alterou as relações sociais, económicas e jurídicas, que passaram de bilaterais (trabalhador-empregador ou profissional-consumidor) a trilaterais (em que as relações são mediadas por uma plataforma). Esta estrutura gera novas vulnerabilidades e dependências. Por um lado, existem novas categorias de profissionais, cujo negócio assenta numa reputação (*rating*, número de seguidores, visualizações ou outras métricas) e no acesso a redes sociais ou mercados em linha (*marketplaces*), que em grande medida não controlam. Por outro lado, muito do trabalho passa a ser tratado como absolutamente fungível,

---

<sup>83</sup> Veja-se o Decreto-Lei n.º 83/2018, de 19 de outubro, que define os requisitos de acessibilidade dos sítios web e das aplicações móveis de organismos públicos, transpondo a Diretiva (UE) 2016/2102.

<sup>84</sup> Decreto-Lei n.º 82/2022, de 6 de dezembro, que transpõe a Diretiva (UE) 2019/882, relativa aos requisitos de acessibilidade de produtos e serviços.

<sup>85</sup> Veja-se VIEIRA DE ANDRADE, ‘Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976’ BFDUC [2002] pp. 43-64.

<sup>86</sup> Sobre isto cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet* (Almedina 2002) e mais amplamente JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo* (Almedina 2022).

podendo ser obtido de qualquer lado, ao preço mais baixo e sem quaisquer garantias de dignidade ou direitos laborais.<sup>87</sup>

Estes aspetos motivaram já alguma reação por parte da UE, que aprovou o Regulamento (UE) 2019/1150, de 20 de Junho de 2019 relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha (conhecido como Regulamento “P2B”). O grande objetivo desta legislação é proteger os utilizadores profissionais, como parte mais fraca, na sua relação com certas plataformas digitais, garantindo-lhes previsibilidade e meios de reação. Além disso, em Dezembro de 2021 a Comissão Europeia apresentou uma proposta de Diretiva relativa à melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais.<sup>88</sup> O legislador português antecipou-se nesta matéria e consagrou, no art 12.º-A do Código do Trabalho (introduzido pela Lei 13/2023, de 3 de abril) uma presunção de contrato de trabalho no âmbito de plataforma digital.

Por último podemos dizer que, na Internet, somos quase todos vulneráveis, correndo riscos de usurpação de identidade, intrusão nos nossos sistemas informáticos, exploração de dados pessoais, ofensa ao bom nome e outras violações de direitos de personalidade.<sup>89</sup>

Uma outra vulnerabilidade, ou até risco existencial, diz respeito ao impacto ambiental das tecnologias da informação. Muito do hardware depende de elementos raros cuja extração implica intensa poluição e os serviços de computação consomem grandes quantidades de água e energia.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Sobre o fenómeno da chamada *gig economy* veja-se JEREMIAS PRASSL, *Humans as a Service*, (OUP 2018). Especificamente sobre a intermediação do trabalho no contexto digital cfr. MARY L. GRAY / SIDDHARTH SURI, *Ghost Work: How to Stop Silicon Valley from Building a New Global Underclass* (HarperCollins 2019).

<sup>88</sup> COM (2021) 762 final

<sup>89</sup> Em sentido próximo SANDRA PASSINHAS, ‘A proteção do consumidor no mercado em linha’ RFDUL [2021] p. 871 “As vulnerabilidades, contudo, são um elemento inerente à vida digital”.

<sup>90</sup> Veja-se p. ex. KATE CRAWFORD, *Atlas of AI* (Yale University Press 2021) pp. 23 e ss.

## 8. Conclusão: Direitos fundamentais dos fornecedores de serviços de Internet?

Não podemos esquecer que as normas e princípios que temos vindo a enunciar representam, noutra perspetiva, uma limitação considerável dos interesses dos fornecedores de serviços de internet, afetando e restringindo a sua liberdade de iniciativa económica (art. 61.º CRP) e o seu direito de propriedade (art. 62.º CRP).<sup>91</sup> A Constituição Portuguesa é clara no reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas coletivas, na medida em que sejam “*compatíveis com a sua natureza*” (art. 12.º/2 CRP).<sup>92</sup> Assim, muitas das questões que aqui se levantam podem e devem ser enquadradas como conflitos de direitos. Se é verdade que as principais ameaças aos direitos fundamentais resultam atualmente da atividade de multinacionais privadas,<sup>93</sup> sobretudo aquelas que exploram plataformas, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais não valem da mesma forma nas relações horizontais (isto é, entre sujeitos privados) e nas relações verticais.<sup>94</sup> Na verdade, como assinala PAULO MOTA PINTO,<sup>95</sup> deve

---

<sup>91</sup> IAN BROWN, ‘Internet self-regulation and fundamental rights’ (2010) in <https://ssrn.com/abstract=1539942>.

<sup>92</sup> De igual forma o TEDH tem reconhecido a existência de direitos humanos de pessoas coletivas (cfr. MARIUS EMBERLAND, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection* (OUP 2006)).

<sup>93</sup> Não adiro à perspetiva, aliás pouco fundamentada, de SIMÃO MENDES DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 76 de acordo com a qual “as plataformas digitais pelos seus efeitos na comunidade global são tidas como sujeitos de Direito Público e, como tal, são-no também de Direito Constitucional”. Se o critério de qualificação for o seu efeito na comunidade global, os Beatles, Cristiano Ronaldo e Madonna também serão sujeitos de Direito Público...

<sup>94</sup> Sobre o tema veja-se, por todos, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares* (Almedina 2019), com uma crítica contundente e convincente à tese da eficácia imediata.

<sup>95</sup> ‘A influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado Português’ in PINTO MONTEIRO/JÖRG NEUNER/INGO SARLET, *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspetiva de Direito Comparado* (Almedina 2007) pp. 155-156.

dar-se sempre preferência às normas de Direito Privado, interpretadas em conformidade com os direitos fundamentais.

Além disso, ao contrário do que sucede com o Estado, que está vinculado à satisfação do interesse público, as entidades privadas terão, dentro de certos limites, liberdade de fixarem as suas regras e atuar de acordo com os seus interesses (incluindo a maximização do lucro) e as suas convicções (designadamente ideológicas).

Tem-se discutido se deverá reconhecer-se um princípio de neutralidade tecnológica e qual o papel da regulamentação: se deve assentar na promoção do desenvolvimento tecnológico ou no princípio da precaução.<sup>96</sup> Algumas das intervenções legislativas recentes (como o DSA ou a Diretiva dos Direitos de Autor no Mercado Único Digital), apesar de serem apresentadas como uma imposição de deveres e maior controlo dos “gigantes tecnológicos”, podem ter o efeito paradoxal de levantar barreiras à entrada neste mercado, solidificando a sua posição.

Por outro lado, um excesso de regulação nestes domínios pode conduzir-nos a uma esterilização do discurso, penalização da criatividade e ao surgimento de uma monocultura.<sup>97</sup> O prejuízo seria enorme.

---

<sup>96</sup> Esta referência à neutralidade tecnológica não é restrita ao contexto digital (apesar de ter origem no direito das comunicações eletrónicas). Veja-se por exemplo os considerandos 2 e 19 do Regulamento (UE) 2021/1153 de 7 de julho de 2021 que cria o Mecanismo Interligar a Europa (relativo a transportes). Sobre o tema, sublinhado que apesar das alusões frequentes, os contornos deste princípio são poucos claros *vide* ULRICH KAMECK / TORSTER KÖRBER, ‘Technological Neutrality in the EC Regulatory Framework for Electronic Communications: A Good Principle Widely Misunderstood’ ECLR [2008] pp. 330-337. WINSTON MAXWELL / MARC BOURREAU, ‘Technology Neutrality in Internet, Telecoms and Data Protection Regulation’ CTRLR [2015] pp. 1-4 propõem três significados distintos deste princípio: 1) definição dos resultados pretendidos, deixando liberdade quanto aos meios tecnológicos a utilizar, 2) regulação agnóstica quanto à tecnologia e 3) ausência de impacto no mercado.

<sup>97</sup> A internet é um importante centro cultural que deve ser preservado também nessa dimensão.