

DIGITALIZAÇÃO E ESTADO CONSTITUCIONAL

PAULA VEIGA*

Em Março de 2020 todos ficámos mais dependentes do ciberespaço porque este se tornou quase o único *lugar* através do qual podíamos continuar a cumprir as nossas tarefas e a comunicar para além das paredes da nossa casa. Encontrei-me, pois, numa *suspensão reflexiva* sobre o que tinha vindo a estudar nos últimos tempos, a saber: as influências mútuas entre o direito constitucional e o direito internacional e, conseqüentemente, a possibilidade (teórico-metodológica) de o modelo do constitucionalismo poder ganhar um outro referente, além do *moderno* e *clássico* Estado, entidade à qual este modelo se refere há mais de dois séculos.

Permita-me o leitor um desabafo. Parece que estamos mesmo a viver grandes mudanças em cada década também no plano do conhecimento jurídico! Com efeito, primeiro, apercebi-me de que algumas vozes davam nota do crepúsculo do constitucionalismo, a área a que havia dedicado os primeiros anos de investigação e docência¹. Busquei salvá-lo, como já revelei no parágrafo anterior. Agora apercebo-me que o «admirável mundo novo» da *digitalização* pode fazer, novamente, perigar alguns dos pilares desse

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Sugestivo neste tema é o título da obra de Petra DOBNER / Martin LOUGHLIN, org., *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, 2010.

modelo de sucesso que é o constitucionalismo. Daí que tenha decidido, com o presente Escrito, *virar um pouco as agulhas* e reflectir, mais seriamente, sobre o impacto da internet e da tecnologia global neste modelo, embora continuando a socorrer-me, parcialmente, da metodologia empreendida nos últimos tempos, a saber: buscar os grandes quadros mentais do direito público para analisar as questões do ponto de vista do direito internacional e do direito constitucional, através de uma análise multinível. Será uma reflexão de cunho genérico, que tem como intuito lançar os olhos pelo que o que o constitucionalismo, enquanto modelo, nos legou, nomeadamente através dos grandes quadros racionais de pensamento do direito público, tentando indagar quais as principais mudanças que já se fazem sentir por efeito da sua *convivência* no ciberespaço, na medida em que, e tomando de empréstimo as palavras de Michael Stolleis, acredito que o «modelo de um estado constitucional democrático [...] de forma alguma representa o “fim da história”»².

Os novos recursos (seja a tecnologia global, seja a internet, seja o ciberespaço), que apelidaremos aqui de *digitalização*, alteraram profundamente os modos (mais basilares) humanos de se interagir, de negociar e de relacionamento, o que traz, inevitavelmente, consequências para o Direito enquanto Ciência. Já criaram novos bens jurídicos (bens intangíveis) e levam, também, à emergência de novas categorias normativas (*v.g.*, cibersegurança e ciberconflito; cibercrime; ciberdelinquência; *e*-comércio (a tecnologia como a nova infraestrutura para a troca de bens, serviços e capitais); governo digital; eventualmente *algo*-democracia; ...)³. Ora, tendo o Estado Constitucional e a Constituição sido construídos em torno das pessoas, em que um dos valores-base é a dignidade da pessoa humana⁴, é inevitável que o domínio da máquina e a emergência da inteligência artificial, associa-

² Michael STOLLEIS, «The Constitutional State in transition to the age of globalization», *BFD* 95/2 Coimbra, (2019) 1330.

³ Num outro momento, já escrevemos que a internet trouxe um «novo espaço sócio-político e *outro* linguajar». Paula VEIGA, «Democracia *em voga* e *e*-política, *e*-democracia e *e*-participação: brevíssimas reflexões», *BFD* 90/1, Coimbra, (2014) 463.

⁴ Ao nível da Constituição-documento, o paradigma clássico desse valor-base no plano do direito interno é o artigo 1.º da *Grundgesetz*. Na Constituição da República Portuguesa de 1976, *vide*, igualmente o artigo 1.º. Na doutrina constitucional portuguesa mais recente, sobre esse valor-base, *vide* Jorge Reis NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*, Coimbra: Almedina, 2018, 4 volumes; e João Carlos LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina*:

dos a um novo paradigma marcado pela aceleração, pela instantaneidade e pela conectividade, traga mutações em vários pilares do constitucionalismo (nomeadamente, no pilar dos direitos, no pilar institucional e no pilar da legitimidade). Acresce que, sendo a internet, por definição, uma área livre da soberania estadual, ao contrário do que sucede com os Estados (pelo menos na sua formulação clássica), o exercício de autoridade nacional sobre o ciberespaço será, por esse motivo, precário. Com efeito, muitos dos problemas gerados pela rede excedem a jurisdição de um só Estado, o que não pode deixar de implicar mudanças no direito e no Estado constitucionais, se se recordar que estes se pautaram, durante no mínimo dois séculos, pela centralização do poder e pela igualdade (pelo menos formal) de todos os indivíduos situados sob a égide desse poder.

O diagnóstico sumariamente apresentado nas linhas precedentes é real e já está em marcha, mas está apenas no seu início. Daí que se considere que agora que a compreensão normativa sobre o espaço digital se está a iniciar seja sumamente importante que essa compreensão (e as respectivas transformações) se façam em sentido correcto. Muitos dos perigos foram já destacados pelo historiador Yuval Noah Harari e são mundialmente conhecidos. Menciona-se um deles. Quando se olha para a *digitalização*, uma das primeiras questões de que devemos tomar consciência é a da complexidade da internet, já que, sob esse conceito unitário, estão uma série de protocolos e de programas que nos permitem realizar actividades tão distintas como as de investigar em bibliotecas virtuais, enviar mensagens electrónicas (*email*) ou apresentar declarações de impostos.

No âmbito do direito público, embora considerando que a *digitalização* é um problema social transversal, e, portanto, não é esta área do direito uma excepção⁵, a tecnologia global e a internet põem, novamente, e de imediato, na *ordem do dia* o problema da protecção dos direitos. Assinale-se, no entanto, e em primeiro lugar, que não há (ainda) nenhuma Carta Internacional de Direitos Digitais, que a ser aprovada o deverá ser sob os auspícios da ONU. Mas no direito internacional emergem novas configurações dos direitos humanos, sobretudo nos direitos à liberdade de expressão e à privacidade, sob a égide do princípio geral, proclamado pela Assembleia Geral

contributos para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana, Coimbra, 2003, Tese de Doutoramento polic.

⁵ Por exemplo, no direito do trabalho é fácil antever a criação de novas profissões.

das Nações Unidas de 19 de Dezembro de 2013 («The right to privacy in the digital age»), de que «the same rights that people have offline must also be protected online, including the right to privacy». Recorde-se, nesta área do Direito, a *Recommendation concerning the promotion and use of multilingualism and universal access to cyberspace*, da UNESCO (2003), em que se enfatiza, em especial, a necessidade de coexistência do sector público, do sector privado e da sociedade civil, nos planos local, nacional, regional e internacional e o princípio de acesso universal à rede como um serviço de interesse público. A esta Recomendação da UNESCO juntam-se as Cimeiras Mundiais sobre a Sociedade de Informação, sob os auspícios da ONU, que tiveram lugar em 2003 (Genebra) e 2005 (Tunes), das quais resultou a ideia, parcial ou aparentemente contrária à da Recomendação, da preterição do poder público na regulação da internet, salvo quando esteja em causa a salvaguarda do interesse público⁶. Com efeito, na Cimeira de Tunes, os EUA conseguiram que as funções da ICANN⁷ se mantivessem inalteradas, fazendo *cair por terra* as propostas de modelos intergovernamentais de gestão da internet. Efetivamente, tinha sido em resultado desta última Cimeira que havia sido criado o *Internet Governance Forum* (IGF), destinado a discutir todas as questões relacionadas com o governo da internet. No plano dos direitos, este fórum proclamou já uma Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet – a *IRPC Charter (The charter of human rights and principles for the internet*, no original). Nesta área do Direito é de realçar, ainda, o recente Relatório da Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre o direito à privacidade na era digital (A/HRC/39/29), apresentado à Assembleia Geral das Nações Unidas em 2018, e emanado na sequência da Resolução 34/7 dessa Assembleia.

Percebe-se do exposto que todos os desenvolvimentos no direito internacional são já do século XXI, na medida em que, até meados dos anos 90 do século XX, o interesse das Nações Unidas pela internet se concentrou

⁶ De acordo com o n.º 35 da Agenda de Tunes da *World Summit on the Information Society (WSIS, 2005)*, a regulação da internet, deve contar com todos os actores, aí incluídos os Estados, os intergovernamentais e os internacionais, numa lógica de coordenação global. Assinale-se que tal torna imperioso, por efeito do aumento de actividade por parte dos privados, a acentuação do efeito horizontal das normas protectoras de direitos há muito defendida pela doutrina alemã, porque no mundo digital muitas das ameaças aos direitos podem vão emergir sobretudo de empresas privadas e não do Estado.

⁷ *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*.

em actividades de instituições com funções específicas, das quais constituem exemplo a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional e a União Internacional das Telecomunicações.

No direito europeu, há a destacar, desde logo, a Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho⁸, na linha da *europização da protecção de direitos fundamentais pela tecnologia*, processo que havia sido iniciado com a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (a conhecida primeira directiva sobre protecção de dados pessoais). Neste âmbito, são de menção obrigatória, também, o Regulamento 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à internet aberta e que altera a Directiva 2002/22/CE, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas⁹, bem como o Regulamento 531/2012, relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União, além do bem conhecido Regulamento Geral sobre protecção de dados (Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016), que revogou a citada Directiva 95/46/CE¹⁰. Refira-se, ainda, a Directiva 2016/2102 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2016, relativa à acessibilidade dos sítios *web* e das aplicações móveis de organismos do sector público e a Directiva 2018/1972, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro, que estabelece o Código Europeu de Comunicações Electrónicas.

Ainda no direito europeu, mas agora no quadro do Conselho da Europa, destaca-se a criação do *Comité sobre Direitos Humanos e Inteligência Artificial* e do *Comité sobre Media e Sociedade de Informação*, com as suas variadas recomendações no âmbito dos media digitais, além da importante Convenção sobre Cibercrime, de 2001, vigente em Portugal desde

⁸ No direito interno português, esta Directiva implicou a Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, que alterou o regime das comunicações electrónicas.

⁹ Sendo estabelecido através de uma directiva, o serviço universal de acesso à Internet pode pois diferir entre os Estados-membros da UE.

¹⁰ Sobre esta matéria, no direito português, *vide* Alexandre Sousa PINHEIRO, *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa: AAFDL, 2015; Catarina Sarmento e CASTRO, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra: Almedina, 2005; Alexandre Sousa PINHEIRO *et al.*, *Comentário ao Regulamento Geral de Protecção de Dados*, Coimbra: Almedina, 2018.

2004¹¹. A nível jurisprudencial, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem vindo a assinalar um sentido bastante amplo à liberdade de expressão (nomeadamente desde o caso *Ahmed e Outros vs. Reino Unido*, 1998), em que se afirmou que esta liberdade, inscrita no art. 10.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, constitui um dos traços essenciais de uma sociedade democrática e que ideias que «ofendam» ou «choquem» estão no seu âmbito de protecção. Curiosamente, quer no caso *Handyside vs. Reino Unido* (1976), quer no caso *Otto-Preminger-Institut vs. Áustria* (1994), embora com outra fundamentação e continuando a assinalar a necessidade de conviver com ideias que choquem ou ofendam, *inclusive* obscenas, o Tribunal acabou por decidir manter restrições à liberdade de expressão. Numa decisão com um pleito similar ao do caso *Otto-Preminger-Institut vs. Áustria* (1994), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (no caso *Olmedo Bustos e Outros vs. Chile*, 2002) concluiu que este Estado havia incorrido num acto de censura prévia. Já no que respeita ao discurso de ódio, claramente maximizado através das redes sociais, a posição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem sido, igualmente, a de levar ao máximo a liberdade de expressão. Com efeito, no caso *Jersild vs. Dinamarca* (1994), o Tribunal determinou que a condenação do jornalista Jens Olaf Jersild pela Dinamarca não era necessária num Estado democrático, muito embora o jornalista tivesse entrevistado três pessoas que haviam feito declarações racistas e ofensivas a imigrantes, bem como a outras minorias. Entendeu o Tribunal que o Estado dinamarquês não havia demonstrado a necessidade de limitação à liberdade de expressão em razão de um objectivo necessário numa sociedade democrática. Paradigmática no que respeita à liberdade de expressão no mundo digital é a decisão de 2015 deste Tribunal (caso *Delfi AS vs. Estónia*, de 2015), em que um canal de notícias *online* foi responsabilizado por difamação por força de *posts* publicados na secção de comentários dos seus artigos.

No direito constitucional, a digitalização tem perfunctoriamente uma natureza dificilmente compatível com as funções tradicionais da Constituição, porque é pautada pela alta velocidade, pela rede global, por uma estrutura não estática e pela não espacialização dos problemas. Daí que a Constituição seja insusceptível de se *movimentar* no (e *cobrir* o) *espaço digital* como o fazia no espaço físico. O Estado constitucional encontra, igualmente,

¹¹ Vide Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.

obstáculos na compreensão das suas competências. Olhe-se, então, um pouco mais detalhadamente para esta área do direito, com a plena consciência de que se trata de uma abordagem necessariamente incompleta, porque muito genérica.

No pilar dos direitos, a digitalização implica, sobretudo, uma redefinição da privacidade¹² e de outros direitos (pessoais) relacionados com a autonomia (em especial, autonomia de uma vontade livre¹³), além da eventual consagração constitucional de novos direitos digitais, como, por exemplo: a) o direito de acesso à internet independentemente da condição económica; b) o direito à formação digital; c) o direito à neutralidade da rede; d) o direito de acesso *online* a dados, inovações, criações e conhecimento gerados por fundos públicos; e) o direito a obter reparação efectiva perante danos causados por condutas ilícitas na rede; f) o direito ao esquecimento. Como se percebeção do elenco apresentado, nos direitos ligados à digitalização haverá que distinguir entre os direitos de acesso à internet e os direitos exercidos na internet, independentemente da questão (diferente) de saber se o âmbito de protecção de cada um deles é o mesmo nos mundos físico e digital¹⁴⁻¹⁵

Relativamente ao primeiro desses direitos – o direito de acesso à internet – assinala-se que a Finlândia o consagrou juridicamente como um direito fundamental dos cidadãos em 2010, tendo sido o primeiro Estado a fazê-lo¹⁶, embora haja divergências quanto ao seu reconhecimento como um direito humano. A Finlândia é seguida por outros Estados, como o francês em que, em 2009, o Conselho Constitucional reconheceu que a livre comunicação de ideias e opiniões prevista na Declaração dos Direitos

¹² O processo de redefinição da privacidade encetou-se, já há alguns anos, com o reconhecimento do direito à autodeterminação informativa também digital.

¹³ Assinala-se que de grande impacto serão as transformações destes direitos quando estejam em causa crianças na Internet.

¹⁴ Tal é particularmente notório na questão da liberdade de comunicação e informação intermediada por jornalistas profissionais, sujeitos, portanto, a um estatuto específico com direitos e deveres.

¹⁵ No que respeita aos direitos exercidos na internet, salientam-se, sobretudo, o direito à privacidade na rede e o direito à autodeterminação informativa.

¹⁶ Na doutrina portuguesa, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem que o «acesso à rede é uma espécie de pré-requisito (*pre-commitment*) da própria liberdade de expressão via Internet». Dos autores, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed. revista, Coimbra Editora, anotação ao artigo 35.º, xi.

do Homem e do Cidadão de 1789 abrangia também a liberdade de acesso ao serviço de comunicações *online*, apoiando-se na orientação já proclamada pelas Nações Unidas num dos seus Relatórios. Esta é uma ideia similar à suportada pelo Comité de Direitos Humanos da ONU que, no comentário geral ao artigo 17.º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (direito à privacidade), já declarou que o âmbito de protecção do preceito engloba a vigilância, seja electrónica ou não, enquanto interceptação nas formas de comunicação (telefónica, telegráfica ou outra) ou a gravação de conversas. Numa postura claramente optimista, Tommaso Edoardo Frosini clama pelo reconhecimento do direito de acesso à internet como um direito fundamental de natureza social, no sentido amplo de permitir a inclusão¹⁷.

Também os direitos relacionados com a comunicação pelos media (nomeadamente a liberdade de expressão, imprensa e meios de comunicação) sofrem novos desenvolvimentos com este fenómeno¹⁸, porque emergem os media digitais, que são diferentes dos media tradicionais. Desde logo, existem hoje novos dispositivos (*v.g.*, computadores, smartphones, ...) e novos formatos (*v.g.*, podcasts, blogs, jornais electrónicos, ...) que tornam difícil a delimitação da fronteira entre comunicação individual e comunicação da imprensa. Depois, o texto e a palavra são, muitas vezes, substituídos pela imagem¹⁹. Mais. Na internet, os utilizadores têm a capacidade de controlar informação e comunicação²⁰. A estas alterações junta-se a nova (e grande) vulnerabilidade da opinião pública, com a diluição da função intermediária do jornalista (hoje, muitas vezes substituída por motores de busca ou redes sociais), as notícias falsas, os discursos de ódio

¹⁷ Tommaso Edoardo FROSINI, «Access to internet as a fundamental right», *Italian Journal of Public Law* 5/2 (2013) 226-234. Sobre a questão do acesso *vide* J. RIFKIN, *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life Is Paid-For Experience* (2000), *apud* Tommaso Edoardo FROSINI, *ibid*.

¹⁸ Tommaso Edoardo Frosini entende mesmo que as novas tecnologias representaram um desenvolvimento das liberdades clássicas e assinala uma nova liberdade – a liberdade informática. Assim, do autor, «Access to internet as a fundamental right», 227-228.

¹⁹ Neste sentido *vide* Benjamin BARBER, *Which Technology and Which Democracy. Democracy and Digital Democracy Conference*, 1998 (disponível em <<http://web.mit.edu/m-i-t/articles/barber.html>>, acedido em 2020/08/05).

²⁰ A liberdade de comunicação inclui as liberdades de circulação da informação e de recepção da informação, mas coloca a importante questão de saber quem são hoje os editores.

ou as estratégias de desinformação. Tal altera o modo como se percebe a *inclusive* a cidadania (participativa), pois hodiernamente a forma mais comum do seu exercício é o comentário a notícias (os hoje famosos *posts*)²¹. Mas a deliberação não pode consistir apenas em comentar. Deve passar, igualmente, por ler e/ou ouvir o que outros comentam. Não se duvida que a liberdade individual seja um elemento básico da comunicação, também da digital, mas tal não significa que se pugne por um mundo formado por indivíduos individualistas ou «meras caixas de ressonância» apenas com os seus desejos e, conseqüentemente, isolados da vida coexistencial que é característica essencial do ser humano. Recorde-se, ainda neste contexto, que o mundo digital se constrói muitas vezes pelos cânones da comercialização e do consumo e que a liberdade de imprensa e de radiodifusão estão constitucionalmente conformadas, *inclusive* sendo actividades supervisionadas, muitas vezes, por entidades independentes (no caso português, *vide* artigo 39.º CRP), o que se constitui numa característica essencial da liberdade de expressão num Estado de direito democrático.

As mudanças no constitucionalismo operam-se, também, no *pilar institucional* e no *pilar da legitimidade*, igualmente seus núcleos irredutíveis. Pense-se na reestruturação dos órgãos democrático-representativos tradicionais (com a criação de páginas *online* para as várias instituições)²²; na adaptação aos novos meios de comunicação, desde logo para a formação da vontade política (que deixa de ser exclusivamente vontade popular democrática para passar a coexistir com a vontade em massa por via digital); na parcial

²¹ Relativamente à cidadania, não se pode deixar de lembrar que em Portugal já se pode assinar digitalmente (através da designada *chave móvel digital*. *Vide* <<https://www.autenticacao.gov.pt/assinatura-digital/assinatura-digital-qualificada>>, acessado em 2020/08/07), ampliando assim a forma como se exercem os direitos civis. A este propósito veja-se também em Itália o *Codice Dell'Amministrazione Digitale*, publicado na *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* a 16 de Março de 2005.

²² Utz Schliesky alerta para o facto de haver, no direito alemão, um silêncio constitucional relativamente às competências digitais dos órgãos constitucionais. Do autor, «Digitalisierung – Herausforderung für den demokratischen Verfassungsstaat. Ein Beitrag zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes am Vorabend des 70. Geburtstags», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* n.º 10 (2019) 696. A este propósito, saliente-se, desde já, que não parece benéfica a criação de uma nova instituição (que seria, possivelmente, uma entidade administrativa independente, no quadro do sistema constitucional português) com competência concentrada para a verificação da legalidade de conteúdos na internet, como já se viu defendido.

incompatibilidade da *digitalização* com as funções do espaço e do tempo da democracia parlamentar devido à aceleração temporal e à diferente legitimação da decisão (justamente pela exponenciação da vontade em massa e pelo facto de o mundo *online* ser projectado para captar a atenção do utilizador e não para promover um conhecimento livre e autónomo); na *digitalização* de muitas instituições da administração pública, agora já não apenas como um desafio meramente organizacional²³; na utilização de algoritmos e, conseqüentemente, nos problemas que tal facto introduz na transparência do armazenamento e utilização de bases de dados por todos os actores institucionais.

Nestes pilares institucional/legitimidade, uma das questões mais problemáticas tem a ver com o poder da tecnologia na *esfera pública*, tomando de empréstimo este último conceito no sentido teorizado por Jürgen Habermas, ou seja, enquanto esfera de comunicação, mas, agora, suportada pelos mecanismos *online*, e, por isso, alterado²⁴⁻²⁵. Com efeito, a nova esfera pública é *fragmentária* (inclui uma grande divergência de públicos – o político, o cultural, ...; o conhecimento gera-se e difunde-se de modo descentralizado e a reconstrução dos significados é efectuada por aceitação e reprodução sem controlo); é *imediate*; é, em regra, *egocêntrica*; é *público-privada*; tudo contribuindo para lhe retirar o traço de racionalidade identificado por Habermas. Com efeito, a garantia da esfera pública não é, por si

²³ Sobre este último aspecto, *vide* Wolfgang DENKHAUS / Eike RICHTER / Lars BOSTELMANN, *E-Government-Gesetz Onlinezugangsgesetz, Mit E-Government-Gesetzen der Länder und den Bezügen zum Verwaltungsverfahrenrecht. Kommentar*, München: C. H. Beck, 2019.

²⁴ Uma visão sobre esta questão pode ter-se em Howard RHEINGOLD, *The Virtual Community: Homesteading on the Electronic Frontier*, 1993, polic.; e em Karen MCCULLAGH, «E-Democracy: Potential for Political Revolution?», *International Journal of Law and Information Technology* 11/2 (2003) 149-161.

²⁵ Nesta matéria, anota-se a paradigmática afirmação do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, Urteil 18.07.2018), em que se assinala a tendência de concentração e monopólio entre fornecedores e distribuidores de conteúdos, com perigo para o pluralismo de opinião: «Die Digitalisierung der Medien und insbesondere die Netz- und Plattformökonomie des Internets einschließlich der sozialen Netzwerke begünstigen [...] Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei Anbietern, Verbreitern und Vermittlern von Inhalten. [...] Solche Angebote sind nicht auf Meinungsvielfalt gerichtet, sondern werden durch einseitige Interessen oder die wirtschaftliche Rationalität eines Geschäftsmodells bestimmt».

só, garantia de um regime democrático²⁶. A generalização das redes sociais, sensivelmente a partir do ano 2000, impõe, pois, um debate académico sobre as suas influências na esfera pública e na democracia, porque o inicial clima de optimismo, fundado numa revitalização da democracia, dá lugar a novos perigos. Negar a transcendência das possibilidades de mobilização política que a *digitalização* proporciona é negar a realidade de que é possível instrumentalizá-la para objectivos políticos de maior ou menor legitimidade. Claramente acertadas parecem, neste contexto, algumas propostas já avançadas de criação de «plataformas de discurso público», bem como o essencial contributo que possa vir a ser dado pelo jornalismo profissional nessas redes, já que não se acredita que os problemas de legitimidade no espaço virtual se venham a resolver espontaneamente. Pode mesmo afirmar-se que, porque a democracia não coincide, necessariamente, com o princípio da soberania do gosto do consumidor, há que salvar a democracia no espaço digital.

No entanto, não entenda o leitor que se pensa e defende que a *e*-democracia só oferece desvantagens. Lembre-se, desde logo, o incremento no acesso à informação, o aumento das possibilidades de comunicação, as virtualidades dos movimentos de *e*-petição que se verificam um pouco por todo o mundo e que mostram algumas vantagens deste meio em virtude da proximidade, bem como, em geral, o incremento da dimensão participativa da cidadania (pelas facilidades de conexão entre candidato/elector; cidadão/governante; político/político; indivíduo/movimentos sociais, dos quais os boicotes constituem um exemplo paradigmático). Ainda assim não se pode olvidar que estes meios esbatem a fronteira entre o *público* e a *audiência*, porque hoje, muitas vezes, é a (antiga) audiência que procede à disseminação de conteúdos e ao debate, o que coloca o problema de redefinir quem é o público do debate (que sempre foi diferente do conceito de audiência). Quiçá sejam estas as principais diferenças entre democracia *através da internet* e democracia *na internet*, pois se tudo começou com a democracia *através da internet* – ou seja, esta era instrumental²⁷ – e as vantagens eram óbvias, hoje começa-se a assistir a uma democracia *na internet*

²⁶ Neste sentido, *vide* Peter DAHLGREN, «The Internet, Public Spheres, and Political Communication: Dispersion and Deliberation», *Political Communication* 22/2 (2006) 147-162.

²⁷ Nesta acepção, o discurso da *e*-democracia era claramente optimista.

(a internet como o novo *fórum público*), que tem o perigo de se transformar numa *algodemocracia* (determinação por algoritmos e por preferências de utilização, que conduz ao isolamento do cidadão – ou seja, o utilizador emerge como uma “câmara de eco” ou de autoexpressão). Numa frase: trata-se do *passo de gigante* entre a internet como meio/instrumento de comunicação e a internet como a sociedade virtual.

O problema é intrincado e sério, se se atentar que muitas das nossas ideias sobre o funcionamento da democracia são bastante antigas e foram igualmente adoptadas na modernidade. Com efeito, em termos de deliberação, há grandes pontos de contacto entre a ágora grega, o fórum romano e o parlamento moderno²⁸, ao contrário do que sucede com a internet, que se pauta por uma arquitectura descentralizada e por uma grande dificuldade de controlo dos fluxos de informação. Daí que, para não se incorrer nos riscos já identificados pela *democracia líquida* (Zygmunt Bauman), esta potenciação da comunicação fluída e permanente que a *digitalização* proporciona, em especial através das redes sociais, tenha que ser contrabalançada com: a) a criação de plataformas apropriadas para a realização de debates e para os processos de votação; b) o desenvolvimento de infraestruturas de comunicação invioláveis, que diminuam o risco de acções antidemocráticas, a emergência de campanhas de desinformação e os ataques de *hackers*.

Já se disse. Volta-se a afirmá-lo. A *digitalização* no Estado constitucional está apenas no seu início. Este é *o momento* para que não seja perspectivada como um destino, mas como um desafio de desenvolvimento de um novo processo de *design*, com soluções discutidas e concertadas, ao contrário das soluções *ad hoc* que caracterizaram os primeiros anos do império da *digitalização*²⁹. Desde logo, é essencial que se não esqueça que apesar de estruturalmente diferente do espaço real, a internet é também um espaço social, e, por isso, carecido de normas jurídicas. No plano dos direitos, o mundo digital tem que continuar a ser regido *legalmente* e sob a *ideia do Estado de direito*, verdadeira conquista e património do constitucionalismo, já que uma mera declaração de ilegalidade não pode ser o caminho. Bem se

²⁸ Neste sentido, Utz SCHLIESKY, «Digitalisierung – Herausforderung für den demokratischen Verfassungsstaat. Ein Beitrag zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes am Vorabend des 70. Geburtstags», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º10 (2019) 697.

²⁹ Sobre a evolução da internet de uma lógica de auto-regulação para uma lógica de co-regulação, vide Christopher T. MARSDEN, *Internet Co-Regulation. European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, Cambridge University Press, 2011, 46 s.

sabe o quão rapidamente ela se pode transformar numa censura de conteúdos. No plano institucional, um dos grandes desafios é, de facto, a criação de um processo de governo da internet como tarefa regulatória de todos os actores da sociedade internacional (e do qual a Convenção sobre Cibercrime, de 2001, já constitui um excelente exemplo). Com efeito, alguns terão na sua memória a imagem de Mark Zuckerberg, fundador do Facebook, a pedir desculpa perante o Parlamento Europeu em Maio de 2018, não como indivíduo mas como se de um governante se tratasse...

RESUMO: No presente Escrito pretende-se apontar problemas e pistas de solução sobre o impacto da internet e da tecnologia global – a *digitalização* – no modelo do constitucionalismo, continuando a adoptar a metodologia de buscar os grandes quadros mentais do direito público para analisar as questões do ponto de vista do direito internacional e do direito constitucional. Trata-se de uma análise de cunho genérico dos pilares típicos dessa racionalidade constitucional, isto é, o *pilar dos direitos* e o *pilar institucional/ legitimidade*.

PALAVRAS-CHAVE: *digitalização; internet; desafio ao Estado constitucional*

Digitalization and the Constitutional State

ABSTRACT: The aim of this Article is to point out some of the problems and solutions arising from the impact of the internet and global technology – the *digitalization* – on the model of constitutionalism, while still adopting the method of reviewing international law- and constitutional law-related issues against the backdrop of the public law framework. Thus, it is a generic analysis under an approach typical to the constitutional rationality, namely: the pillar of *rights* and the *institutional/ legitimacy* one.

KEYWORDS: *digitalization; internet; challenges to the constitutional State*

