

ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES  
BRUNO ALBERGARIA  
MARIANA RODRIGUES CANOTILHO  
*Coordenadores*

*Prefácio*  
José Manuel Mendes

DIREITO CONSTITUCIONAL  
DIÁLOGOS EM HOMENAGEM AO  
80º ANIVERSÁRIO DE J. J. GOMES CANOTILHO

© 2021 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto ( <i>in memoriam</i> )	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

**FORUM**  
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luis Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do *e-mail* [editorial@editoraforum.com.br](mailto:editorial@editoraforum.com.br) para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

D536	Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho/ Ana Cláudia Nascimento Gomes, Bruno Albergaria, Mariana Rodrigues Canotilho (Coord.)– Belo Horizonte : Fórum, 2021.  1058 p; 17x24cm ISBN: 978-65-5518-191-3  1. Direito Constitucional. 2. Direito Internacional Público. 3. Direito Público. I. Gomes, Ana Cláudia Nascimento. II. Albergaria, Bruno. III. Canotilho, Mariana Rodrigues. IV. Título.  CDD 341.2 CDU 342
------	--

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GOMES, Ana Cláudia Nascimento; ALBERGARIA, Bruno; CANOTILHO, Mariana Rodrigues (Coord.). *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 1058 p. ISBN 978-65-5518-191-3.

## SUMÁRIO

---

BIOGRAFIA .....	31
-----------------	----

### SUBSÍDIOS PARA BIBLIOGRAFIA DO PROF. DOUTOR JOSÉ JOAQUIM GOMES

CANOTILHO .....	37
1 Doutrina .....	37
1.1 Monografias .....	37
1.1.1 Obras em colaboração .....	39
1.1.2 Obras colectivas .....	39
1.1.3 Outras .....	41
1.2 Artigos em monografias .....	41
1.3 Artigos em publicações periódicas .....	46
2 Constituição .....	51
3 Lições e sumários de lições .....	52
4 Jurisprudência crítica .....	52
5 Pareceres .....	55
6 Artigos em Dicionários .....	55
7 Recensões .....	55
8 Discursos .....	57
9 Prefácios de livros .....	57
10 Vária .....	58

### PREFÁCIO

#### UM HOMEM EM PERMANENTE AMANHECER

<b>José Manuel Mendes</b> .....	65
---------------------------------	----

### APRESENTAÇÃO

#### A PRODUÇÃO CIENTÍFICA DE JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

#### BRINDA O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO CONSTITUCIONAL; BRINDEMOS

AGORA JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: É AGORA JOSÉ! .....	69
---	----

### PARTE I

#### ARTIGOS DO SENHOR DOUTOR GOMES CANOTILHO

#### EM ALGUMA PARTE ALGUMA – A MÃO DE SOPRO CONTRA O MURO ESCURO

#### – DISCURSO DE ELOGIO DO DOUTORANDO *HONORIS CAUSA*,

#### O EX-PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO BRASIL, LUÍS INÁCIO LULA DA SILVA... 77

Fraternidade aberta .....	78
---------------------------	----

Em alguma parte alguma .....	79
------------------------------	----

Lula da Silva e o seu primeiro diploma .....	80
--	----

REGRESSO AO BRASIL PARA DISCUTIR QUESTÕES CONSTITUCIONAIS DO TRABALHO.....	87
1) Dizer a norma nas questões de trabalho (Porto Alegre, maio de 1994) .....	88
A) Dizer a norma na crise do Estado regulativo.....	88
1 A crise do Estado regulativo.....	88
2 O direito reflexivo.....	89
B) Convocação dos deuses .....	90
1 O trilema dos modelos: o juiz dos tribunais de trabalho e as máscaras de Júpiter, Hércules e Hermes .....	90
2 Dos modelos à prática. Dos “modelos de juiz” aos paradigmas de Estado .....	91
C) A problematização do direito de trabalho e dos direitos fundamentais.....	92
1 Juiz do trabalho: um juiz legal e natural?.....	92
2 O juiz de trabalho: um juiz das liberdades e dos direitos? .....	92
3 Exemplos.....	93
Exemplo 1 – A escravatura.....	93
Exemplo 2 – <i>A greve ilícita</i> .....	93
Exemplo 3 – <i>A cláusula de closed-shop</i> .....	93
4 Um direito com princípios .....	94
2) O direito constitucional desertou do direito de trabalho? (Porto, Colóquio Luso-Brasileiro, 26 de março de 2010).....	95
§§ 1º – O mote provocatório .....	95
§§ 2º – A inscrição territorial das leis .....	96
§§ 3º – Direito ao trabalho e direito de trabalho.....	97
§§ 4º – Direito ao trabalho e “dialéctica do não trabalho” .....	98
3) Constituição e direitos sociais (Coimbra, X Encontro Jutra, 10-12 de abril 2014).....	100
4) Fundamentalismo “Austeridatário” e erosão das normas reguladoras do trabalho (Campinas, julho de 2014).....	102
Modo Discursivo III .....	102
<i>Consensus</i> e modo discursivo dominante: o problema do crescimento.....	102
§§ – Modo Discursivo IV – O travão à dívida é também um travão ao Estado Social? Qual ou quais as causas da crise? .....	104
§§ – Modo Discursivo V – O que significa compromisso e consenso na situação de “coalescência” provocada pela crise financeira.....	104
§§ – Modo Discursivo VI – O que significa compromisso e consenso relativamente ao indicador sintético da qualidade da despesa pública? .....	105
§§ – Modo Discursivo VII – Constitucionalização da dívida e garantias constitucionais de irrevisibilidade .....	106
 <i>THE AGE OF DIGNITY</i> E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CANSAÇO DO MAINSTREAM TEÓRICO-FILOSÓFICO .....	107
Parte I – Fenomenologia .....	107
§§ 1 – A emergência da memória .....	107

1	O cinzento de Hegel.....	107
2	As novas teorias do direito .....	108
3	Fragmentos diletantes do meu além fenomenológico.....	108
4	Fenomenologia e responsividade .....	111
	§§ – Pergunta ou perguntas: o teste da pobreza e o teste da injustiça.....	112
	§§ – <i>A responsibility to protect</i> : onde e quem deve proteger? .....	113
	Parte II – <i>The age of dignity</i> e a dignidade da pessoa humana – Cansaço do <i>mainstream</i> teórico-filosófico?.....	114
A	“Aqui, lá e em todo o lugar” .....	114
B	Enquadramento .....	115
I	Normativização jurídico-constitucional.....	115
1	Referências textuais constitucionais .....	115
2	Referências textuais internacionais.....	115
3	Sentido da internacionalização e constitucionalização da dignidade da pessoa humana .....	115
II	Recorte teórico-dogmático .....	116
1	A teoria do objecto .....	116
2	A teoria da dádiva humana .....	117
3	A teoria do reconhecimento .....	118
4	A teoria da realização .....	119
	§§ – A dignidade da pessoa humana como fundamento da República .....	119
I	As dimensões normativo-constitucionais da dignidade da pessoa humana.....	119
1	Função primeira: respeito e dever de protecção.....	119
2	Função segunda: fundamento da liberdade e liberdades.....	120
3	Função terceira: inclusão do outro.....	121
4	Função quarta: radicação social existencial de pessoas.....	122
5	Função quinta: desigualdade.....	123
II	Dignidade-princípio e dignidade-direito.....	123

## PARTE II

### ARTIGOS DOS INTERLOCUTORES JURÍDICOS E AMIGOS DO SENHOR DOUTOR GOMES CANOTILHO

	LA DEMOCRACIA SIMULATIVA EN LA ERA DE LA POSMODERNIDAD	
	ELOY GARCÍA.....	127
1	Joaquim Gomes Canotilho, el “ <i>eveilleur</i> ” de Coimbra permanentemente alerta en tiempos de turbanza.....	127
2	<i>La Democracia simulativa</i> y la política constitucional construida como hiperrealidad virtual .....	131
3.1	La noción de “ <i>Democracia simulativa</i> ” de Ingolfur Blühdorn y sus aporías lógicas.....	141
3.2	La crisis financiera de 2008 y la pandemia de 2020: los letales efectos de dos meteoritos que han impactado nuestra existencia. Individuo, Tiempo y Lenguaje en su circunstancia de presente .....	148

3.3	¡Vade retro simulacro!.....	153
	Bibliografía .....	153

## AS RELAÇÕES ENTRE PROGRAMAS E PLANOS TERRITORIAIS E A HARMONIZAÇÃO ENTRE AS RESPECTIVAS NORMAS

<b>FERNANDO ALVES CORREIA</b> .....	157
Nota prévia.....	157
1    Um esclarecimento prévio: a distinção entre programas e planos territoriais .....	158
2    O princípio da harmonização entre as normas dos programas e dos planos como princípio constitucional.....	161
3    Os princípios regentes das relações entre as normas dos programas e dos planos ...	162
4    As relações entre programas, entre programas e planos e entre planos .....	168
4.1    Relações entre o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território e os programas setoriais e especiais.....	169
4.2    Relações entre os programas territoriais de âmbito nacional e os programas regionais.....	171
4.3    Relações entre os programas nacionais e regionais e os programas intermunicipais.....	171
4.4    Relações entre os programas nacionais e regionais e os planos territoriais .....	172
4.5    Relações entre os programas intermunicipais e os planos territoriais .....	175
4.6    Relações entre o plano diretor municipal e os restantes planos territoriais.....	175
5    Os instrumentos ou mecanismos de prevenção e de resolução dos conflitos ou das colisões de normas dos programas e dos planos .....	177
Referências.....	180

## LA CONSTITUCIÓN DEL ALGORITMO. EL DIFÍCIL ENCAJE DE LA CONSTITUCIÓN ANALÓGICA EN EL MUNDO DIGITAL

<b>FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN</b> .....	183
Introducción .....	183
1    ¿Qué fue de la constitución analógica?.....	184
2    Algoritmos y fuentes del Derecho .....	187
3    Algoritmos y derechos.....	188
Conclusiones .....	192

## JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA EM CRISE E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

<b>GILMAR FERREIRA MENDES</b> .....	195
1    Introdução .....	195
2    Os fundamentos da crise da democracia constitucional no Brasil.....	197
2.1    Ordem constitucional brasileira pós-1988.....	197
2.2    Origens da crise democrática brasileira .....	198

2.3	O papel da Corte Constitucional em tempos de populismo .....	201
3	A atuação do Supremo Tribunal Federal como agente estabilizador da crise institucional.....	202
3.1	A conformação do uso de acordos em investigações criminais .....	203
3.2	A afirmação da liberdade de expressão no ambiente universitário.....	206
4	Conclusão .....	208
	Referências.....	209

## NOTAS ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

<b>INGO WOLFGANG SARLET</b> .....	211
Introdução .....	211
1    O direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988 e a PEC nº 17/19 .....	214
2    Âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais.....	219
2.1    Para além da privacidade e da autodeterminação informativa .....	219
2.2    Proteção de dados pessoais .....	222
3    Dimensão subjetiva e objetiva e multifuncionalidade do direito à proteção de dados pessoais .....	224
3.1    O direito à proteção de dados pessoais como direito subjetivo .....	224
3.2    A dimensão objetiva: deveres de proteção e de organização e procedimento .....	227
4    Titulares e destinatários do direito (e correspondentes deveres de proteção) à proteção de dados.....	230
4.1    Titularidade .....	230
4.2    Destinatários .....	232
4.2.1    Órgãos estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário .....	233
4.2.2    Particulares: o problema da eficácia do direito fundamental à proteção de dados pessoais na esfera das relações privadas .....	234
5    Limites e restrições .....	237
Considerações finais .....	239
Referências.....	240

## REPRESENTANTES DOS TRABALHADORES E DESPEDIMENTO: UMA PROTEÇÃO ADEQUADA E EFICAZ?

<b>JOÃO LEAL AMADO</b> .....	245
1    O direito à proteção adequada dos representantes dos trabalhadores.....	245
2    O despedimento patronal e o art. 410º do Código do Trabalho .....	248
2.1    Procedimento disciplinar e suspensão preventiva .....	248
2.2    A presunção legal de ausência de justa causa .....	250
2.3    Os meios de reação contra o despedimento .....	250
2.3.1    Suspensão do despedimento facilitada.....	251
2.3.2    Impugnação do despedimento acelerada? .....	252
2.4    Os efeitos da ilicitude do despedimento .....	253
3    Balanço: uma proteção adequada e eficaz? .....	256

O “MÍNIMO ESSENCIAL” DOS DIREITOS SOCIAIS: VALÊNCIAS E RISCOS DE UM CONCEITO MULTIFUNCIONAL

<b>JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO</b> .....	259
1 O conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias .....	259
2 Transposição para o domínio dos direitos sociais .....	261
3 O conceito de <i>minimum core</i> na ordem internacional dos direitos humanos .....	262
4 Justificação da adoção do conceito, no âmbito do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais .....	264
5 Crítica à teoria absoluta do <i>minimum core</i> .....	264
6 Valência do conceito, na ordem constitucional. O direito a um mínimo de existência condigna .....	267
7 Necessidade de um critério aberto e flexível de fiscalização. O mínimo essencial como elemento componente de um <i>standard</i> único de avaliação .....	271
8 Risco de efeitos contraprodutivos. O mínimo essencial como o máximo de extensão da fundamentalidade dos direitos sociais. Crítica .....	275
9 Conclusão .....	279

PODER JUDICIÁRIO E SEGURANÇA JURÍDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA

<b>JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI</b> .....	283
1 Introdução .....	283
2 Poder Judiciário e segurança jurídica .....	284
3 O Supremo Tribunal Federal na pandemia da Covid-19 .....	286
3.1 A tecnologia a serviço da jurisdição constitucional .....	286
3.2 Priorização dos casos relativos à pandemia e segurança jurídica .....	288
4 Conclusão .....	292
Referências .....	293

O PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA E A DIGNIDADE COMO VALOR: “COMPONENTES” DO PROJETO-PROJETAR DO DIREITO? UMA CONVERSATION PIECE COM HABERMAS E WALDRON

<b>JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES</b> .....	295
Referências .....	314

O TRIÂNGULO DIALÉTICO DE CANOTILHO E A TESE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA: SOBRE COMO NÃO PODEMOS DAR UM SALTO EM DIREÇÃO À DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

<b>LENIO LUIZ STRECK</b> .....	317
1 Introdução: por que a Constituição ainda deve “constituir-a-ação” .....	317
2 De como o constitucionalismo não morreu .....	319
3 Os obstáculos ao “constituir” da Constituição que deve sobreviver em face da falta de resolução do triângulo dialético de Canotilho .....	321
4 Conclusão .....	327
Referências .....	329

## CORRUPÇÃO NO BRASIL: A DURA LUTA PARA DESNATURALIZAR AS COISAS ERRADAS

<b>LUÍS ROBERTO BARROSO</b> .....	331
Nota prévia – J. J. Gomes Canotilho e o Brasil.....	331
Parte I – As raízes do atraso.....	333
I    Introdução .....	333
II   Origens remotas da corrupção no Brasil .....	334
III  Causas imediatas da corrupção .....	334
IV   Corrupção estrutural, sistêmica e institucionalizada. O pacto oligárquico .....	335
V    Reação da sociedade e das instituições.....	335
Parte II – Nada será como antes .....	336
I    A reação às mudanças: o pacto oligárquico contra-ataca.....	336
II   O paralelo com a Itália.....	337
III  Os custos da corrupção .....	338
IV   A corrupção é crime violento, praticado por gente perigosa .....	338
V    A tentativa de sequestro da narrativa .....	339
VI   Conclusão: um novo paradigma .....	339

## ESTADO INTERCONSTITUCIONAL DE DIREITO E SEUS DESAFIOS NA REPÚBLICA.COM

<b>LUIZ EDSON FACHIN, CHRISTINE PETER DA SILVA</b> .....	341
1    Chamamentos do século XXI .....	341
2    Plano de trabalho.....	343
3    Interconstitucionalidade: premissas teóricas.....	344
4    Pressupostos do Estado interconstitucional e democrático de direito .....	347
4.1  Soberania global .....	347
4.2  Transterritorialidade.....	348
4.3  Cidadania global .....	350
5    Desafios contemporâneos da jurisdição interconstitucional no Brasil.....	351
6    Diálogos interconstitucionais.....	354
Referências.....	355

## DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: PARALELO ENTRE A DOCTRINA DE CANOTILHO E O PANORAMA BRASILEIRO

<b>LUIZ FUX</b> .....	357
1    Direito processual constitucional e direito constitucional processual.....	357
2    Processo constitucional .....	357
3    Direito constitucional judicial .....	359
4    Direito constitucional processual .....	360

## OS DESAFIOS DOS MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS: AS RESPOSTAS DA UNIÃO EUROPEIA

<b>MANUEL PORTO</b> .....	373
1 Uma longa tradição de emigração da Europa para os outros continentes.....	373
2 A experiência bem-sucedida de abertura na União Europeia, com a circulação livre das pessoas dentro do seu espaço.....	374
3 Um novo mapa do mundo, com o decurso do século XXI.....	375
4 Um valor básico a ter em conta, a igualdade entre os seres humanos.....	376
5 As “justificações” dos encerramentos.....	377
5.1 Uma “justificação” de ordem cultural, estando em causa um problema de identidade do espaço de imigração, um país ou um outro espaço (como a Europa).....	377
5.2 Imigração e criminalidade.....	379
5.3 As dificuldades de, por razões de ordem económica e social, se integrarem fluxos numerosos de imigrantes.....	379
6 Caminhos a seguir.....	380
6.1 O Novo Pacto sobre Migração e Asilo.....	380
6.2 O apoio ao desenvolvimento de países menos favorecidos.....	381
6.2.1 A abertura do nosso mercado aos demais países do mundo.....	382
6.2.2 Apoios financeiros e de outras naturezas a países mais desfavorecidos.....	383
7 Conclusões.....	383
Referências.....	384

## A ERA DA INFORMAÇÃO E O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: REFLEXÕES SOBRE AS NOVAS TECNOLOGIAS E A TRANSPARÊNCIA DAS INFORMAÇÕES PÚBLICAS

<b>MARCO AURÉLIO MELLO</b> .....	389
1 A homenagem e o homenageado.....	389
2 Introdução.....	390
3 O que é democracia?.....	391
4 Democracia participativa, controle social sobre as decisões públicas e a importância do direito fundamental à informação.....	395
5 Vivemos uma “democracia digital”?.....	397
6 Conclusão.....	399

## O MODELO E A EXPERIÊNCIA SEMIPRESIDENCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1976

<b>PAULO RANGEL</b> .....	401
1 A construção do “arquetipo” de sistema semipresidencial a partir da experiência francesa.....	401
1.1 A gênese da Constituição de 1958: preponderância do Executivo e tradição bonapartista.....	401
1.2 As linhas de força do debate constituinte: “presidencialização” ou regresso ao orleanismo?.....	403

1.3	A evidência dos poderes presidenciais na versão originária da Constituição de 1958.....	405
1.4	A revisão constitucional de 1962, a eleição directa do presidente e o fechar do ciclo constituinte.....	407
1.5	A interminável disputa em torno da qualificação do “novo” sistema de governo – A tese duvergeriana e as experiências de coabitação.....	409
1.6	As respostas da doutrina francesa à “provocação duvergeriana”.....	411
1.7	O sistema francês visto de fora: reavaliação do semipresidencialismo e rejeição da tese do “sistema-camaleão”.....	413
2	A qualificação do sistema de governo português e a querela terminológica.....	417
2.1	A corrente que rejeita a qualificação do sistema como sistema semipresidencial.....	417
2.2	A remoção dos obstáculos taxionómicos, substantivos e terminológicos à qualificação do sistema português.....	420
3	O requisito da eleição “popular” do presidente.....	422
3.1	O lugar da eleição directa nos sistemas semipresidenciais.....	422
3.2	As razões das opções constituintes pela eleição directa.....	426
3.3	As razões de ser da eleição directa do presidente no sistema português.....	429
4	Excurso histórico e analítico sobre os mandatos presidenciais.....	431
4.1	Os cinco presidentes e a sua reeleição.....	431
4.2	A não verificação da “tese dos ovos e dos cestos”.....	432
4.3	As leituras “parlamentarizantes” dos poderes presidenciais.....	433
4.4	As provas de vida do “semipresidencialismo” em contexto de leituras “pró-parlamentares”.....	434
4.5	Os mandatos mais recentes e a primeira declaração de estado de emergência.....	437
5	O acervo constitucional de poderes presidenciais “próprios”.....	438
5.1	Os poderes “próprios” ou “exclusivos” do presidente português.....	438
5.2	O poder de dissolução parlamentar.....	439
5.3	O poder de veto político como um poder de conformação substantiva.....	441
5.4	A legitimidade para activar a fiscalização preventiva e o veto por inconstitucionalidade.....	443
5.5	Um enorme composto de poderes presidenciais.....	444
6	O Governo como órgão autónomo responsável pela política geral.....	444
6.1	A presidência do Conselho de Ministros como competência própria e exclusiva do primeiro-ministro.....	444
6.2	A inexistência de qualquer domínio material reservado ao presidente.....	445
7	A responsabilidade do Governo perante a Assembleia da República.....	446
7.1	A manifestação precoce da responsabilidade parlamentar na formação do Governo.....	446
7.2	O apuramento inicial da responsabilidade: a investidura parlamentar.....	447
7.3	A relação de responsabilidade permanente: moções de censura e confiança.....	448
8	A relação do Governo com o presidente da República como uma relação de responsabilidade assimétrica.....	451
8.1	A dificuldade da qualificação da relação presidente-Governo.....	451
8.2	O poder de nomeação do primeiro-ministro e do Governo.....	451

8.3	<i>A vexata quaestio</i> da admissibilidade constitucional dos governos de iniciativa presidencial .....	454
8.4	O poder presidencial de demissão do Governo .....	456
8.5	O sistema de governo português como um sistema semipresidencial com assimetria de responsabilidades .....	459

## O EQUÍVOCO DO “SEMIPRESIDENCIALISMO” (A CONTROVÉRSIA SOBRE O SISTEMA DE GOVERNO EM PORTUGAL)

<b>VITAL MOREIRA</b> .....	463	
1	Introdução .....	463
2	Os sistemas de governo e o chamado “semipresidencialismo” .....	464
2.1	Tipos de sistemas de governo .....	464
2.2	O “semipresidencialismo”, em especial .....	468
2.2.1	Os sistemas mistos .....	468
2.3	O lugar do chefe do Estado no sistema de governo .....	472
3	O sistema de governo em Portugal .....	473
3.1	Origens do sistema de governo .....	473
3.2	O sistema de poder político na Constituição de 1976 .....	475
3.2.1	Quadro político-institucional .....	475
3.2.2	O Presidente da República .....	477
3.2.2.1	Eleição e mandato presidencial .....	477
3.2.2.2	Independência partidária .....	478
3.2.2.3	Os poderes do Presidente da República depois de 1982 .....	479
3.2.2.4	Tipologia dos poderes do Presidente da República .....	481
3.2.2.4.1	Atos próprios de exercício livre .....	481
3.2.2.4.2	Atos próprios de exercício obrigatório .....	481
3.2.2.4.3	Atos próprios dependentes de proposta, autorização ou outro ato alheio .....	482
3.2.2.4.4	Condicionamento de atos presidenciais .....	482
3.2.2.4.5	Atos que são condição de existência e/ou eficácia de atos alheios .....	483
3.2.2.4.6	Veto político de atos legislativos .....	483
3.2.2.4.7	Fiscalização da constitucionalidade .....	484
3.2.2.4.8	Atos sujeitos a referenda governamental .....	485
3.2.2.5	Irresponsabilidade presidencial pelos atos de outros órgãos .....	485
3.2.2.6	Irresponsabilidade efetiva do Presidente da República no desempenho das suas funções .....	486
3.2.3	A Assembleia da República .....	487
3.2.4	O Governo .....	489
3.3	Prática do sistema político .....	491
3.3.1	Eleição presidencial e eleições parlamentares .....	491
3.3.2	Nomeação dos governos .....	492
3.3.3	Veto legislativo .....	493
3.3.4	Dissolução parlamentar .....	494

3.3.5	Presidência do Conselho de Ministros .....	494
3.3.6	Demissão dos governos .....	495
3.3.7	Mensagens à Assembleia da República e comunicações ao país.....	495
3.3.8	Declinação pessoal dos poderes discricionários .....	496
3.4	Caraterização do sistema de governo.....	497
3.4.1	As duas tradições do sistema de governo em Portugal.....	497
3.4.2	Qualificação do sistema de governo no período constitucional transitório (1976-82) .....	497
3.4.3	A qualificação do sistema de governo depois de 1982.....	499
3.4.4	Crítica das leituras não parlamentares do sistema de governo .....	500
3.4.4.1	Inconsequência da leitura semipresidencial .....	500
3.4.4.2	Crítica de outras qualificações não parlamentares .....	504
3.4.5	Justificação da qualificação parlamentar .....	505
4	Sistema de governo e “poder moderador” do Presidente da República .....	509
4.1	Natureza e função do “poder moderador” .....	509
4.2	Incompatibilidade do “poder moderador” com o “semipresidencialismo” .....	511
4.3	O poder moderador na CRP .....	512
5	Conclusão .....	514
	Referências.....	518

### PARTE III

## ARTIGOS DOS DISCÍPULOS JURÍDICOS E AMIGOS DO SENHOR DOUTOR GOMES CANOTILHO

### O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NA MODELAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

	<b>AFONSO PATRÃO</b> .....	525
I	Introdução: a ordem pública internacional e os valores irredutíveis do ordenamento jurídico .....	525
II	A impossibilidade de sobreposição da Constituição à excepção de Ordem Pública Internacional .....	530
III	A parametrização da Ordem Pública Internacional em face do direito internacional e do direito da União Europeia.....	535
IV	A relatividade especial dos direitos humanos: a <i>ordem pública verdadeiramente internacional</i> e a <i>importância dos valores a proteger</i> .....	539
V	Conclusão .....	543

DENSIFICAÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA ECOINOVAÇÃO. A INOVAÇÃO JURÍDICO-ECOLÓGICA COMO RESPOSTA ADEQUADA À EMERGÊNCIA CLIMÁTICA E AMBIENTAL

ALEXANDRA ARAGÃO .....	545
Parte I – O problema: crise ecológica em tempo de “cisne verde” .....	545
1    Consciência jurídica da gravidade da crise ecológica .....	547
2    Urgência ecológica.....	549
3    Consciência jurídica da urgência ecológica .....	550
4    O ponto zero da urgência ecológica: as declarações de emergência climática e ambiental .....	552
4.1    Força jurídica da declaração europeia de emergência climática e ambiental no plano internacional .....	553
4.2    Força jurídica da declaração europeia de emergência climática e ambiental no plano interno.....	555
4.3    Consequências jurídicas da declaração europeia de emergência climática e ambiental .....	556
Parte II – A solução: direito da transição ecológica .....	560
1    Ecoinovação para a transição ecológica e justa.....	562
2    Princípio de inovação.....	564
3    Contribuição do direito para a ecoinovação .....	568
3.1    Direito da ecoinovação .....	568
3.2    Inovação jurídico-ecológica .....	569
3.2.1    Graus de inovação jurídico-ecológica .....	570
3.2.2    Cenários de inovação jurídico-ecológica .....	571
3.2.3    Resultados da inovação jurídico-ecológica .....	573
Conclusão: direito da transição ecológica e estratégias jurídicas de inovação.....	576
Referências.....	576

DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE À “JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DIRIGENTE BRASILEIRA”?: COGITAÇÕES AD HONOREM SOBRE A NOSSA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL COGENTE

ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES .....	581
1    Da escolha do nosso tema sob o mote principal da nossa homenagem .....	581
2    Um dos erros da <i>Constituição dirigente</i> , segundo Gomes Canotilho: “A Constituição dirigente como centro de direção ou direção sem centro” .....	586
3    Sob a ótica processual: a multiplicidade de hipóteses decisórias cogentes do STF...	587
4    Jurisdicional constitucional cogente dirigente? .....	597
Referências .....	598

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E(M) DEMOCRACIAS FRÁGEIS: UM DIÁLOGO COM GOMES CANOTILHO NO CRUZAMENTO ENTRE A CRISE DEMOCRÁTICA E A “FUNÇÃO REPUBLICANA” DO JUIZ CONSTITUCIONAL

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ.....	601
1    Introdução: Gomes Canotilho, democracia e justiça constitucional .....	601

2	A crise da democracia: tirania(s) da maioria e populismo .....	602
3	As “democracias frágeis” e o “dirigismo constitucional”: as respostas do “constitucionalismo moralmente reflexivo” .....	605
4	Rumo a um conceito material de democracia? Sentido e limites <i>democráticos</i> da democracia .....	607
5	A “função republicana” do juiz constitucional: a partir das “democracias frágeis” ... e mais além .....	611
5.1	A redensificação da Constituição pelo juiz constitucional.....	613
5.2	O problema (da ampliação) das competências do juiz constitucional.....	617
5.3	Os limites das decisões do juiz constitucional: a justiça constitucional como realização <i>jurídica</i> da Constituição .....	620
6	Conclusões.....	623
	Referências.....	624

## EM BUSCA DE UMA PERSPETIVA SUBSTANCIAL DO CONCEITO DE “SUSPENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS”

<b>ANA RITA GIL</b> .....	631	
1	Introdução .....	631
2	Perspetivas sobre o conceito de suspensão de direitos fundamentais na doutrina portuguesa .....	633
3	Tentativa de resposta substancial para a significação de suspensão de direitos fundamentais .....	637
3.1	Pontos de partida.....	637
3.2	A suspensão de direitos como uma inversão estrutural controlada pela proibição do excesso .....	641
3.3	Análise .....	644
4	Reflexão final.....	646

## OS ALGORITMOS E O DIREITO: UM PERCURSO (NADA) LÓGICO

<b>BRUNO ALBERGARIA</b> .....	647
Da breve introdução, afinal, o que é um algoritmo?.....	650
Dos códigos algorítmicos ou <i>civil law</i> .....	653
Do <i>big data</i> ou <i>common law</i> .....	654
O <i>xeque-mate</i> jurídico.....	656
Como início: da gestão à decisão .....	660
<i>Doutor Ross</i> .....	661
O teste de Turing do direito .....	662
Da fundamentação da decisão .....	666
<i>Deep AI</i> .....	669
Do direito universal ao algoritmo-mestre: uma fórmula para tudo?.....	670
Do direito emotivo: uma condição humana.....	671
Conclusão .....	674
Referências.....	674

## A LEI DE TERRAS DE MACAU: OPÇÕES E INQUIETAÇÕES

<b>DULCE LOPES</b> .....	679
1 Introdução à Lei de Terras de Macau .....	679
2 Caracterização do contrato de concessão temporária de terras.....	680
3 A caducidade da concessão temporária de terras pelo decurso do tempo .....	683
3.1 A dimensão “constitucional” da proteção do direito de aproveitamento das terras.....	683
3.2 A dimensão legal: caducidade preclusiva ou caducidade-sanção? .....	685
4 Notas finais: o papel da Administração na apreciação e declaração da caducidade .....	691
Referências.....	693

## NE BIS IN IDEM: BREVE PONDERAÇÃO MACROCOMPARATIVA – CHINA E PORTUGAL

<b>FILIPA PAIS D’AGUIAR</b> .....	695
Elementos introdutórios.....	695
Breve ponderação macrocomparativa: a RP.....	699
Breve ponderação macrocomparativa: a RPC.....	711
Síntese comparativa .....	728
§1 Diferenças .....	728
§2 Semelhanças.....	729
Considerações finais .....	729
Glossário .....	729
Referências.....	730

## A SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO DE PONDERAÇÃO: DIMENSÕES MATERIAIS, PROCEDIMENTAL E METÓDICA DE APLICAÇÃO

<b>FLÁVIO PAIXÃO DE MOURA JÚNIOR</b> .....	735
1 O surgimento e a afirmação política do conceito moderno de sustentabilidade .....	736
2 A sustentabilidade como princípio estruturante .....	743
3 A dimensão procedimental da sustentabilidade .....	749
4 O programa multidimensional da sustentabilidade .....	751
5 A metódica integrativa procedimental-material da sustentabilidade.....	756
6 Notas conclusivas.....	765
Referências .....	766

## A LIBERDADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

<b>FLÁVIO PANSIERI</b> .....	771
A minha homenagem .....	771
1 Introdução .....	771
2 O constitucionalismo democrático como meio para a garantia da liberdade no século XXI .....	772

3	As liberdades instrumentais de Amartya Sen.....	775
4	A liberdade como fundamento da democracia .....	777
5	Conclusão .....	779
	Referências.....	780

## O CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL E NO BRASIL: A EXÓTICA CRIAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO PROFILÁTICA DA CONSTITUCIONALIDADE PELO STF

	<b>HÉLIO PINHEIRO PINTO</b> .....	781
	Palavras ao homenageado.....	781
	Introdução .....	782
1	Fiscalização judicial preventiva de constitucionalidade em Portugal.....	783
1.1	Conceito e requisitos do processo de fiscalização preventiva em Portugal .....	783
1.2	Efeitos da decisão do Tribunal Constitucional português .....	785
2	Fiscalização preventiva de constitucionalidade no Brasil .....	787
2.1	Fiscalização preventiva de constitucionalidade realizada pelos poderes Legislativo e Executivo.....	788
2.2	Fiscalização preventiva da constitucionalidade realizada pelo Poder Judiciário brasileiro .....	790
2.2.1	Compreensão prévia da questão.....	790
2.2.2	O controle preventivo da constitucionalidade material e formal na jurisprudência do STF e a sua incompatibilidade com a Constituição Federal.....	792
2.2.3	Princípio da separação dos poderes e destinatários das normas reguladoras do processo legislativo: competência para fiscalização preventiva da constitucionalidade conferida exclusivamente a órgãos políticos .....	795
2.2.4	A impropriedade do mandado de segurança para deflagração de um processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade: a ausência de direito líquido e certo do parlamentar-impetrante e o prejuízo para o direito líquido e certo de todos os demais .....	798
2.2.5	A (quase) universalização jurisprudencial do controle preventivo de constitucionalidade e a subversão do modelo de fiscalização da constitucionalidade das normas .....	799
2.2.6	O objeto do controle judicial preventivo da constitucionalidade e a incoerência do STF: a recusa de fiscalizar profilaticamente a legitimidade material de projetos de lei violadores de cláusulas pétreas.....	801
2.2.7	A desproporção em relação aos mecanismos de fiscalização preventiva constitucionalmente instituídos em Portugal: fiscalização exordial, amplo objeto do controle, rol de legitimados ativos extenso e inultrapassabilidade parlamentar do “veto” judicial.....	802
	Conclusão .....	804
	Referências.....	805

PAZ(ES), CONSTITUCIONALISMO(S) E VIOLÊNCIA(S) NA(S) CIDADE(S)  
DOS HOMENS – EM DIÁLOGO COM (A OBRA DE) JOSÉ JOAQUIM GOMES  
CANOTILHO

<b>JOÃO CARLOS LOUREIRO</b> .....	809
<b>I</b> Paz e guerra(s) na vida de Gomes Canotilho .....	810
1 Rua 15 de agosto e outras: nascer num mundo em guerra, crescer num país em ditadura .....	810
2 Praça do Império e Guerra Colonial .....	813
3 Avenida da Liberdade: Revolução de Abril e o fim da Guerra .....	815
<b>II</b> Violência(s): entre o sagrado e o profano .....	817
1 Estado, violências e paz.....	817
2 Os novos sagrados: entre o Estado e a economia .....	820
3 Violência(s) e paz(es): <i>lineamenta</i> teóricos e dogmáticos.....	821
3.1 A cidade subterrânea ou a avenida das pré-compreensões .....	821
3.2 Violências múltiplas: aproximações .....	823
4 Constitucionalismos múltiplos: a relevância no combate à violência .....	824
4.1 Constitucionalismo(s): à procura das raízes .....	826
4.2 Violência: alguns contributos constitucionais, ou entre bens fundamentais e vítimas .....	827
4.2.1 Bens fundamentais e violência .....	827
4.2.2 Vítimas: relevância, estatuto e direitos .....	827
4.3 Paz e pessoa(s): a cidade dos homens e o fundamento, ou sobre um constitucionalismo antissacrificial e antipatológico .....	828
4.4 Constitucionalismo, (neo/pós)colonialismo e paz.....	829
4.5 Promessas da paz: constitucionalismo e profecia.....	830
<b>III</b> Avenida(s) da Paz: (alguns) contributos para um constitucionalismo da paz em tempos de (neo)globalização .....	831
1 Constitucionalismo e cultura(s) da paz: entre o geral e o específico .....	832
2 Constitucionalismo e práticas da paz: o bispo na piroga e outras andanças .....	834
2.1 Disposições .....	834
2.2 Gestos .....	835
2.3 Instituições .....	836
3 Constitucionalismo e textos da paz: a Constituição de 1976 .....	837
3.1 A primeira Constituição: a revolução como “anjo da paz” .....	837
3.2 Constituição de 1976: brevíssima referência .....	838
4 Constitucionalismo global, paz e cosmopolitismo .....	840
4.1 Constitucionalismo: entre a utopia e a apocalítica .....	840
4.1.1 Canotilhos? Sobre o uno e o múltiplo .....	840
4.1.2 Utopia(s): abraços e distância.....	841
4.1.3 Apocalíptica(s)? A “escalada aos extremos” .....	842
4.2 Constitucionalismo e paz: entre a internacionalidade e o cosmopolitismo .....	844
<b>IV</b> Cantata (do constitucionalismo) da paz .....	845

## AGÊNCIAS REGULADORAS: (BREVE) VISÃO COMPARADA DAS REALIDADES EUROPEIA E BRASILEIRA

<b>JOÃO NUNO CRUZ MATOS CALVÃO DA SILVA</b> .....	849
1 Estado regulador .....	849
1.1 Estado regulador: privatizações, liberalizações e regulação pública .....	849
1.2 Estado regulador: garantia dos serviços essenciais .....	850
2 Agências reguladoras .....	852
2.1 Agências reguladoras na Europa: o caso de Portugal .....	852
2.1.1 Regulação independente na Europa: breve nota .....	852
2.1.2 Agências reguladoras em Portugal: independência .....	853
2.1.3 Agências reguladoras em Portugal: poderes .....	855
2.2 Agências reguladoras da União Europeia (UE).....	857
2.2.1 Agências da UE: do seu surgimento.....	857
2.2.2 Agências da UE: limitações à delegação de poderes (o princípio Meroni) .....	859
2.2.3 Agências da UE: reforço progressivo de competências.....	860
2.3 Crítica (geral) ao modelo das agências independentes .....	861

## DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL HUMANITÁRIO OU O OTIMISMO

<b>MÁRCIA MIEKO MORIKAWA</b> .....	863
I Introdução .....	863
II Deambulação do direito internacional humanitário .....	863
III Teoria do terreno .....	864
IV Encontro com o “constitucionalismo da dignidade humana” .....	865
V <i>Good governance</i> humanitária .....	865
VI O Estado humanitário em tempos de pandemia.....	866
VII Direito constitucional internacional humanitário ou o otimismo .....	866
Referências.....	867

## UM PASSEIO PELOS JARDINS DO DIREITO – HIPERTEXTOS, TRANSCIÊNCIA E TRANSJURIDICIDADE

<b>MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO, ALESSANDRA MACEDO FRANCA</b> .....	869
1 Introdução: de árvores a enciclopédias.....	869
2 Dos jardins-labirintos aos labirintos em rede.....	874
3 O universo complexo: transciência e <i>hiperlinks</i> .....	878
4 Juridicidade complexa e radicalização das interações: a transjuridicidade.....	881
5 Conclusão .....	883
Referências .....	885

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A SUA FORÇA NORMATIVA:  
UM DIÁLOGO COM KONRAD HESSE

<b>NÉVITON GUEDES</b> .....	889
I A importância e as tarefas da Constituição .....	889
II As dificuldades e os inimigos da Constituição .....	890
III As condições e pressupostos da força normativa da Constituição .....	891
IV O caso brasileiro .....	892

CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO: OS CASOS DE ENTREGA  
DISSIMULADA E DE RECEBIMENTO INDIRETO DA VANTAGEM INDEVIDA

<b>NUNO BRANDÃO</b> .....	897
I O problema .....	897
II A natureza pós-delitual do crime de lavagem de dinheiro .....	899
III Corrupção: modalidades e vantagens suscetíveis de lavagem .....	902
IV Corrupção passiva.....	904
V Corrupção ativa .....	908
VI Proposições conclusivas .....	911
Referências.....	913

TOMEMOS A SÉRIO A DIGITALIZAÇÃO: *RULE OF LAW* TAMBÉM NA REDE!

<b>PAULA VEIGA</b> .....	915
1 Introito e contextualização.....	915
2 Tópico I: Covid-19 e <i>apps</i> de rastreamento – Uma estranha experiência.....	917
3 Tópico II: <i>Digitalização e liberdade</i> – um novo contrato social? .....	919
4 Algumas previsões e conclusões .....	922
Referências.....	926

DIREITO INTERNACIONAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO: MUDANÇAS DE  
PARADIGMAS NO SISTEMA INTERNACIONAL E NA ORDEM JURÍDICA  
INTERNACIONAL

<b>PAULO CANELAS DE CASTRO</b> .....	929
Introdução .....	929
I Do Modelo de Vestefália da coexistência estadual à cooperação internacional, por vezes institucionalizada.....	936
1 O sistema internacional até ao fim do século XVIII.....	936
2 Mudanças no sistema internacional do século XIX.....	939
3 Reorganização do sistema internacional no fim do século XIX e impacto na estrutura do Direito Internacional.....	942
II A globalização – Breve caracterização de processo histórico contemporâneo.....	951
III Os impactos da globalização no sistema internacional e no Direito Internacional...	959
1 Globalização e sistema internacional.....	959
2 Globalização e Direito Internacional.....	964

2.1	Reconhecimento de novos sujeitos de Direito Internacional .....	964
2.2	Novas tendências no procedimento de formação de regras jurídicas internacionais .....	991
2.3	Impacto da globalização na conceção da soberania e do papel e estatuto do Estado .....	998
	Observações Finais.....	1003

## MOTO-PERPÉTUO: A REPOSIÇÃO DO CONTROLE NO SEIO DO CONSTITUCIONALISMO

<b>RODOLFO VIANA PEREIRA</b> .....	1015
Constitucionalismo e polissemia conceitual.....	1017
O controle como elemento catalisador de consenso teórico .....	1024
A Constituição atordoadada .....	1028
Referências.....	1033

## O PAPEL DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NACIONAIS NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EUROPEIA

<b>TERESA VIOLANTE</b> .....	1039	
1	“Integração à força” e déficit democrático: o papel dos tribunais constitucionais nacionais na democracia constitucional europeia .....	1039
2	O impacto da crise da zona euro em Portugal.....	1042
3	A jurisprudência constitucional sobre cortes remuneratórios.....	1044
4	A jurisprudência constitucional da austeridade e o princípio da separação de poderes.....	1046
4.1	A jurisprudência constitucional da austeridade e a separação horizontal de poderes.....	1046
4.2	A jurisprudência constitucional de austeridade e a separação vertical de poderes.....	1047
5	A jurisprudência constitucional da austeridade como foco de resistência à “integração à força” .....	1050
	Conclusões.....	1050

<b>SOBRE OS AUTORES</b> .....	1053
-------------------------------	------

# TOMEMOS A SÉRIO A DIGITALIZAÇÃO: RULE OF LAW TAMBÉM NA REDE!

PAULA VEIGA

## 1 Introito e contextualização

Escrever sobre afetos, sobretudo no contexto de um artigo científico, não é fácil. Diremos apenas que é um orgulho e uma felicidade imensos partilhar, há mais de vinte anos, com J. J. Gomes Canotilho dimensões *multinível*,<sup>1</sup> dimensões essas que passam, desde logo, pela admiração que nutrimos pelo mestre, mas também pelo carinho que sentimos em tê-lo como um amigo de todas as horas!

Os novos recursos (seja qual for a sua formulação em concreto: tecnologia global, internet, ciberespaço, redes sociais etc.), que apelidaremos aqui, genericamente, de *digitalização*, alteraram profundamente os nossos dias. Hoje constituem um *local* de convívio, de trabalho, de comércio, de propaganda política e até de prática de atos ilícitos. Mas os problemas da regulação jurídica dessa *digitalização* assumem contornos muito diferentes, e bem mais complexos, quando deixamos de usar a tecnologia apenas para nos comunicar com a família e os amigos. Tal mutação traz, inevitavelmente, consequências para o direito como ciência e para o direito constitucional em particular.

Além da pertinência do tema pela sua atualidade, foram, em concreto, duas as frases de J. J. Gomes Canotilho que nos deram o mote para este ensaio de diálogo com o mestre. Uma consta dos *Comentários à Constituição do Brasil*,<sup>2</sup> em que J. J. Gomes Canotilho, numa expressiva alusão à obra de Lawrence Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, escreve que o “Código é a lei” (*Code is law*) e a “política dos algoritmos” tornam indispensável o repensamento da democracia, da república e do cidadão”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> A expressão *multinível* fez a sua entrada no constitucionalismo português pela pena de J. J. Gomes Canotilho.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

<sup>3</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. República e auto-determinação política. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

A outra faz o título de uma publicação *on-line* e é também ao nosso mestre atribuída: “Os problemas estão nas ruas do país, não nos artigos da Constituição”.<sup>4</sup> Adaptando as palavras de J. J. Gomes Canotilho, diríamos que *os problemas estão na rede, não nos artigos da Constituição*.

No *direito constitucional*, as principais, e mais imediatas, preocupações impostas pela *digitalização* relacionam-se com: (i) a compreensão das competências, já que a amplitude da *net* ultrapassa as jurisdições dos Estados; (ii) a proteção dos direitos; e (iii) a formação da vontade política e, conseqüentemente, o discurso público.<sup>5</sup> Mas, se, num primeiro momento, os constitucionalistas, e os juristas em geral, se preocuparam sobretudo com a proteção dos direitos, *maxime* do direito à privacidade,<sup>6</sup> a evolução tem-nos colocado hoje também problemas em torno da nova esfera pública, que é *fragmentária, imediata, egocêntrica e público-privada*. Com efeito, nos nossos dias é difícil distinguir entre informação individual e informação da imprensa, bem como o que verdadeiramente é a opinião pública. A estes núcleos problemáticos fundamentais acrescentam-se outros, ainda com incidência no direito constitucional, se bem que igualmente ligados ao direito administrativo. Estamos a pensar nas novas formas de realização do serviço público, das quais constituem um bom exemplo as “investigações *on-line*” e as “patrulhas *on-line*”, que podem, sob o manto da eficiência, trazer novos perigos para os direitos das pessoas (nestas novas metodologias de investigação e de cooperação policial incluem-se a videovigilância, as escutas, os *drones* etc.).

Novos recursos, novos dispositivos (*v.g.*, computadores, *smartphones* etc.), novos formatos (*v.g.*, *podcasts*, *blogs*, jornais eletrónicos etc.) e novas categorias normativas (*v.g.*, cibersegurança e ciberconflito; cibercrime; ciberdelinquência; *e-comércio*, ou seja, a tecnologia como a nova infraestrutura para a troca de bens, serviços e capitais); governo digital; eventualmente a *algo-democracia* etc.),<sup>7</sup> todos demonstram a complexidade da *digitalização*. Acreditamos que é, pois, chegado o momento para, também no mundo luso-brasileiro, começar a lançar os olhos para este novo mundo na perspectiva do constitucionalismo, com especial incidência para o respeito pela *rule of law*. Seleccionámos dois tópicos: i) a possibilidade de usar os novos recursos digitais para conter um vírus cosmopolita (infelizmente um dos grandes assuntos do momento); ii) relance de olhos por alguma jurisprudência relacionada com ambientes digitais, nomeadamente na equação entre liberdade de expressão e direito à privacidade.

<sup>4</sup> CRISTO, Alessandro; CHAER, Márcio. José Joaquim Canotilho: “Problemas estão nas ruas, não na Constituição”. *Conjur*, 10 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-10/jose-joaquim-canotilho-problemas-estao-nas-ruas-nao>. Acesso em: 13 nov. 2020.

<sup>5</sup> Tivemos oportunidade de escrever, em geral, sobre as implicações da *digitalização* no direito constitucional em VEIGA, Paula. *Digitalização e Estado Constitucional*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 96, t. II, p. 1127-1139, 2020.

<sup>6</sup> E o conseqüente reconhecimento do direito à autodeterminação informativa digital.

<sup>7</sup> Como já escrevemos num outro momento, a internet trouxe um “novo espaço sócio-político e *outro* linguajar”. Assim, VEIGA, Paula. *Democracia em voga e e-política, e-democracia e e-participação: brevíssimas reflexões*. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, XC/1, 2014. p. 463.

## 2 Tópico I: Covid-19 e *apps* de rastreamento – Uma estranha experiência

A pandemia do coronavírus tem-nos feito enfrentar muitos problemas e contradições. Um deles é o do seu cosmopolitismo (por alguns, a nosso ver erroneamente, apelidado de democraticidade) em face de um combate preponderantemente anulador das dimensões internacional e cosmopolita, entretanto, alcançadas no domínio do direito, sobretudo do direito constitucional. Com efeito, apesar de existir hoje uma coordenação internacional incontestavelmente mais significativa do que em outras pandemias (nomeadamente através da Organização Mundial de Saúde), o combate ao vírus continua ainda, fundamentalmente, a ter lugar no quadro nacional, estando a cargo de cada Estado em particular, o que reforçou a noção de soberania, com as fronteiras nacionais a reganharem de novo significado (pelo menos na Europa).

Aquando do espraiamento do Covid-19, logo emergiram as propostas de monitorização da epidemia através da tecnologia. Por outras palavras: a mitigação e a antecipação da propagação da pandemia poderiam ser ajudadas pelas aplicações (as *apps*) de rastreamento. Depressa os juristas se levaram a alertar para a defesa do Estado de direito e da privacidade (eu incluída). Importa que recordemos algumas ideias básicas neste contexto: i) a excecionalidade de uma crise justifica também medidas excecionais; ii) o princípio da proporcionalidade tem diferentes aproximações em períodos de normalidade e em situações de exceção; iii) a privacidade, enquanto proteção do “espaço pessoal” de um indivíduo, deriva da própria ideia de Estado de direito; iv) o direito à privacidade é um direito fundamental e um direito humano (em concreto, no plano europeu, protegido através do art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos), assumindo-se a proteção de dados e a privacidade como dois direitos distintos.

O mundo ofereceu-nos duas aproximações diferentes no que toca à utilização destas aplicações. A Ásia preferiu o rastreamento digital, assente na sua conceção de maior confiança no Estado e maior relevância do coletivo sobre o individual, fruto das tradições confucionistas e mais autoritárias que lhe são próprias; a Europa optou, maioritariamente, pelo distanciamento social. Com efeito, um olhar em torno do mundo, permite perceber que a geolocalização, através de *smartphones*, foi prática na China, em Taiwan, na Coreia do Sul e em Singapura. Neste último caso em concreto, após ter sido realizado um estudo sobre o impacto das *apps*, generalizou-se a ideia de que o sistema só seria eficaz se 60% da população baixasse a aplicação, o que viria a revelar-se evidente também em Portugal, embora só muito mais tarde.

A Europa envidou esforços para uma resposta conjunta nesta matéria, embora sem sucesso imediato. Efetivamente, assumindo como ideias-chave, a anonimização dos dados (através de dados agregados); a voluntariedade da aplicação; a criação de uma estrutura de supervisão eficaz; e o princípio da limitação da finalidade; em abril de 2020, pronunciaram-se, oficialmente, quer o Comité Europeu de Proteção de Dados, através das Diretrizes nº 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e ferramentas de *contact tracing* no contexto do surto de Covid-19 (21.4.2020),<sup>8</sup> quer o Conselho da Europa, num

<sup>8</sup> EDPB. *Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de Covid-19*. Disponível em: [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing\\_pt](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing_pt). Acesso em: 10 nov. 2020.

documento emanado a 7 de abril, tendo também a Comissão Europeia salientado que, embora este fosse apenas um instrumento dentro de uma estratégia global de saúde pública, via claras vantagens na criação de uma aplicação única para dispositivos móveis no nível europeu. Contudo, continuou a assistir-se a uma abordagem fragmentada e descoordenada dos vários Estados-Membros da União Europeia, cada um criando, e a seu tempo, a sua aplicação de rastreamento.<sup>9</sup>

O Reino Unido já havia testado um mecanismo similar em 2011, através do projeto piloto *Fluephone*. Esta *app* permitia o registo de sintomas gripais, ao mesmo tempo que monitorizava o fluxo da transmissão do vírus. Mas o jornal *The Guardian* havia informado que, à época, dados atribuíveis a pessoas concretas foram partilhados com empresas. Também na Noruega, poucos dias após o lançamento da *Smittestopp*, se soube que um programador havia criado outra *app* que permitia saber quem em redor do utilizador teria a mesma aplicação. Foi, justamente, na lógica destas preocupações que a França se viu obrigada, aquando de uma primeira apresentação, a adiar a votação na Assembleia Nacional do diploma sobre a aplicação francesa. Em Portugal, a *StayAway Covid* viria a ser disponibilizada no início do mês de agosto de 2020,<sup>10</sup> revelando durante as semanas seguintes uma fraca adesão. Tal haveria de levar a uma proposta do Governo no sentido da obrigatoriedade da aplicação, durante o mês de outubro desse ano, mas rapidamente retirada pela sua desconformidade com a política europeia nesta matéria. Sabe-se hoje que pelo menos três *apps* – a italiana *Immuni*, a alemã *Corona Warn* e a irlandesa *Covid-tracker* – estão a funcionar em rede, o que significa que se um cidadão de um destes Estados-Membros decidir viajar para um dos outros, não precisará descarregar a versão local da *app*, uma vez que a do seu país de origem funcionará igualmente bem.

Que avaliação se pode fazer do funcionamento das *apps*, isto é, da tecnologia, passado já algum tempo após a sua implementação? Uma primeira leitura passa, necessariamente, pela imposição, por parte da União Europeia, que reputamos como boa, da voluntariedade da utilização destas plataformas. Não poderia ser de outro modo, atendendo ao quadro jurídico europeu comum de proteção de dados e de privacidade. E não temos dúvidas quanto à desvantagem da criação de um precedente em matéria de restrição à privacidade dos cidadãos, ainda que o motivo seja imperioso. Uma segunda leitura é a da relativa incapacidade da União Europeia para dar uma resposta comum a um quadro pandémico global.<sup>11</sup> Uma terceira e decisiva leitura é da confusão e da fraca adesão que a aplicação gerou em terras lusas. Com efeito, se notícias jornalísticas de setembro do ano de 2020 davam conta de que muitos portugueses haviam importado para os seus telemóveis a aplicação errada (tinham “baixado” a aplicação *Stayaway*<sup>12</sup> – uma aplicação espanhola – em vez da *StayAway Covid* – a aplicação portuguesa), no final

<sup>9</sup> A aplicação europeia só veio a ser criada em momento posterior, o que, em tempo de urgência pandémica, é muito pouco eficaz.

<sup>10</sup> Decreto-Lei nº 52/2020, de 11 de agosto.

<sup>11</sup> Neste sentido, veja-se a notícia da criação da aplicação europeia só na segunda metade do mês de dezembro de 2020 em: COVID-19. Nova app da União Europeia quer ajudar quem viaja em tempo de pandemia. *Observador*, 16 dez. 2020. Disponível em: <https://observador.pt/2020/12/16/covid-19-nova-app-da-uniao-europeia-quer-ajudar-quem-vai-viajar/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

<sup>12</sup> A *Stayaway* é uma aplicação lançada por uma empresa espanhola, que se limita a medir distâncias entre pessoas através de comunicações *bluetooth*.

desse mesmo ano verificou-se que muitos portugueses que haviam instalado a aplicação a desinstalaram dos seus telemóveis.<sup>13</sup> Segundo o que nos foi dado a perceber, do outro lado do Atlântico, o cenário com a *Coronavirus-SUS* não diverge muito.

E que avaliação se pode fazer sobre este tipo de *apps*, com as lentes da *rule of law*? Serão leituras mais complexas, porque em longo prazo, mas ainda assim possíveis. Essas análises prendem-se com: (i) o ceticismo relativamente a retrocessos no que respeita ao tratamento de informação pessoal dos cidadãos (daí a importância da não criação de um precedente, ainda que, neste caso, ele fosse legitimamente fundado); (ii) o necessário respeito pelo princípio da igualdade no quadro do Estado de direito (há cidadãos que não podem utilizar estas aplicações, o que sempre levará à questão da sua eficácia); e (iii) a possibilidade de estes mecanismos poderem vir a servir para identificar, e discriminar, grupos de pessoas, *maxime* minoritários. Com efeito, mesmo o vírus, que alguns afirmam ser democrático, tem um impacto diferente em determinados grupos, como em pessoas mais idosas, em pessoas com condições patológicas preexistentes, em pessoas que vivem em situação de pobreza, em pessoas com incapacidades, nos migrantes e requerentes de asilo. O Estado de direito não pode nunca ser indiferente à ponderação destas situações diferentes. De qualquer modo, quando tocou a usar a tecnologia para a proteção da nossa saúde, o cenário mundial é de uma fraquíssima adesão (ao contrário do que sucede para ócio ou comércio, por exemplo), o que, como intitulámos, nos confronta, enquanto Humanidade, com uma estranha experiência.

### 3 Tópico II: *Digitalização e liberdade* – um novo contrato social?

Elegemos para esta seção três decisões judiciais que envolvem o Facebook e duas que envolvem igualmente a internet, mas, em geral, isto é, os motores de pesquisa Google e Yahoo!. São elas o *caso Schrems*, de 2015 (Acórdão C-362/14), o *caso Independent Data Protection Centre (ULD) v. Wirtschaftsakademie*, de 2018 (Acórdão C-210/16) e o *caso Eva Glawischnig-Piesczek*, de 2019 (Acórdão C-18/18), julgados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (adiante TJUE); e os casos *França/EUA/L.i.c.r.a. v. Yahoo!*, de 2000 e *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, este último igualmente julgado pelo TJUE em 2014 (Acórdão C-131/12).

Embora em nenhuma destas decisões judiciais se analise, em particular, a questão da defesa da *rule of law* na rede, cada uma, ao seu modo, permite-nos antever quais os principais problemas que a navegação na internet, ou numa rede social, podem trazer e como deve ser equacionada a resposta no quadro do princípio do Estado de direito democrático.

No que respeita à rede social Facebook, lançada em 2004 e disponibilizada mundialmente em 2006, tendo-se constituído como uma rede de uso gratuito, impõe-se uma palavra adicional. Além dos inegáveis benefícios, também os problemas que o Facebook tem vindo a gerar são prova de vários perigos. Esclareça-se que principal razão

<sup>13</sup> O jornal *Público* noticiou que, segundo dados do Instituto de Engenharia de Sistemas e Computadores, Tecnologia e Ciência (Inesc Tec), entidade que coordena a aplicação, teriam sido 60% dos utilizadores a desinstalar a aplicação (PEQUENINO, Karla. 0% já apagaram a StayAway Covid: são 1,8 milhões de portugueses. *Público*, 15 jan. 2021. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/01/15/tecnologia/noticia/60-ja-apagaram-stayaway-covid-sao-18-milhoes-portugueses-1946366>. Acesso em: 18 jan. 2021).

da escolha desta rede social em concreto prende-se com o facto de ser a mais utilizada em Portugal.<sup>14</sup> O Facebook criou, muito recentemente, uma entidade de controlo – o *Facebook Oversight Board* – responsável pela fixação do *Facebook's Community Standards*.<sup>15</sup> Foi através deste mecanismo que, muito impulsionada por várias demandas, a rede social passou a excluir, entre outros, conteúdos relacionados com pornografia, discurso de ódio, violência e tortura de animais. De resto, o Facebook tem sido um verdadeiro laboratório em termos de *digitalização* se nos recordarmos de 2018 e do escândalo da Cambridge Analytica, que publicitou ao mundo como as violações de privacidade podem influir nos direitos políticos. Com efeito, esse caso mostrou que as novas plataformas podem criar fachadas que perpetuam o mito da transparência, sacrificando a democracia. Será importante nunca esquecermos que a riqueza do pensamento plural e da ação política, próprios da democracia, não podem ser negados no mundo virtual, mas que, também, a influência na liberdade de decisão é, ao mesmo passo, uma influência na autonomia da vontade. Daí que nos pareça que não há, verdadeiramente, uma dicotomia entre autonomia e regulação, se esta obedecer aos princípios e normas da *rule of law* e do constitucionalismo em geral.<sup>16</sup>

Começemos pelo caso que envolveu o Yahoo!, a França, os EUA e um leilão de feição nazi – caso *França/EUA/L.i.c.r.a. (Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France) v. Yahoo!* de 2000 –, que pôs a nu as questões das diferenças normativas entre os vários Estados, que o recurso à internet obriga a conciliar, por força de a “jurisdição” não se limitar, nesses casos, à delimitação territorial de um Estado. Em causa estava o direito de a Yahoo! Inc., uma empresa norte-americana, permitir visitantes nos seus *sites* para a compra e venda de itens nazis, sendo que, em França, onde o caso foi suscitado, esse comércio é ilegal. Este foi quicá o caso propulsor para a discussão sobre a necessidade de impor limites à liberdade de expressão (e à consequente admissibilidade, ou não, do discurso de ódio) no ambiente digital.<sup>17</sup>

Neste contexto da liberdade de expressão, dos seus limites e das diferentes conceções consoante os vários Estados, é essencial, também, a referência ao caso *Schrems*, acima identificado, podendo ainda ser útil uma referência ao caso *Süreke e Özdemir v. Turquia*, julgado não pelo TJUE, mas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (adiante TEDH), ainda nos finais do século XX (em 1999). Relativamente a esta decisão do TEDH, é imperioso destacar o entendimento do Tribunal de que a liberdade de expressão, prevista no art. 10º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, permite muito poucas restrições (compreendendo essa liberdade um discurso baseado na intolerância).

<sup>14</sup> AS REDES sociais mais usadas em Portugal. *Marketing lovers*. Disponível em: <https://www.marketinglovers.pro/as-redes-sociais-mais-usadas-em-portugal/>; e BACELAR, Rui. As 10 redes sociais mais usadas em Portugal em 2019. *4GNews*, 13 dez. 2019. Disponível em: <https://4gnews.pt/redes-sociais-mais-usadas/>. Acesso em: 8 out. 2020.

<sup>15</sup> O *Facebook Oversight Board* foi proposto em 2018 por Mark Zuckerberg.

<sup>16</sup> A prova da inexistência dessa dicotomia é dada pela vinculação de entidades privadas ao respeito pelos direitos fundamentais e pela aproximação entre o direito público e o direito privado em muitas ordens constitucionais, incluindo a portuguesa.

<sup>17</sup> Uma pormenorizada descrição do caso pode ler-se em GREENBERG, Marc. A return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo! case and the regulation of online content in the world market. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 18, p. 1191, 2003. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=pubs>. Acesso em: 8 out. 2020.

No entanto, o Tribunal admitiu, o que interessa sobremaneira neste contexto, a possibilidade de o seu exercício ser um veículo para a disseminação de um discurso de ódio ou para o incitamento à violência. Nestas hipóteses, adverte o Tribunal, os Estados-Parte devem adotar medidas legais, nomeadamente criminais (cfr. §63 da decisão).<sup>18</sup> Ainda no que respeita à liberdade de expressão por via digital e ao TEDH, é importante destacar que este Tribunal reconheceu, relativamente à Google, que os *sites* de busca são desenhados para facilitar a criação e partilha de *websites*, constituindo, por isso, um meio de exercício da liberdade de expressão (*caso Ahmet Yildirim v. Turquia*, 2012, §49).

O outro caso referido – *caso Schrems* –, julgado pelo TJUE, em 2015, é habitualmente conhecido como *caso Facebook*. Ele atesta a importância conferida pela União Europeia à proteção de dados pessoais dos cidadãos, nomeadamente no que respeita à sua privacidade e inviolabilidade (sendo evidente que o Facebook, ao utilizar mecanismos que se instalam diretamente no computador do usuário – os *cookies* –, procede ao tratamento de dados). O relevo em matéria de proteção de dados levou *inclusive* a União Europeia a invalidar o Tratado Safe Harbour (Convenção entre os EUA e a União Europeia sobre transferência de dados), na sequência deste caso. *Schrems* emerge através do expediente processual do reenvio prejudicial encaminhado ao TJUE pela High Court Ireland, tendo nascido de um litígio que envolvia Maximillian Schrems e a Data Protection Commission, sobre a recusa desta em investigar uma queixa apresentada por Schrems pelo facto de o Facebook Ireland, além de conservar dados, transferir para os EUA dados pessoais dos seus utilizadores. Como se sabe, há hoje algumas vozes que, relativamente a esta questão dos dados, já se referem a uma *datafication* enquanto lógica de quantificação (e monetarização) dos humanos através de informação digital.

Neste contexto talvez seja, ainda, conveniente não esquecer o que se disse no recente Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia *Independent Data Protection Centre (ULD) v. Wirtschaftsakademie* (C-210/16), de 2018. Aqui se estabeleceu, também em sede de reenvio prejudicial, que quer o Facebook, quer uma escola privada (a *Wirtschaftsakademie*) seriam controladores dos dados pessoais dos utilizadores de uma página de Facebook. No fundo, em causa estava a recolha de dados pessoais dos utilizadores da página através de *cookies*, dados que seriam recolhidos por ambos (quer pelo Facebook, quer pela *Wirtschaftsakademie*), bem como uma possível responsabilização de um administrador de uma página de uma rede social. Com efeito, foi o administrador da página – a *Wirtschaftsakademie* – que definiu os parâmetros quando a criou na rede social Facebook – segundo as suas preferências. O que este recente caso mostra é que, no conflito entre o direito à proteção dos dados pessoais e a liberdade de expressão, o Tribunal manifestou neste processo a prevalência do primeiro, pelo menos no âmbito europeu.

Outro importante caso no contexto da *digitalização*, de posições subjetivas e dos seus perigos, é aquele que deu origem à emergência de um novo direito do mundo digital – o direito ao esquecimento (*right to be forgotten*) –<sup>19 20</sup> hoje consagrado no art.

<sup>18</sup> Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58278%22%5D%7D>. Acesso em: 8 out. 2020.

<sup>19</sup> Tal como emergem novos direitos com a *digitalização*, também surgem novas formas de violações desses direitos, até agora desconhecidas. É, por isso, essencial que as plataformas *on-line* obedeçam aos critérios de proteção de direitos humanos.

<sup>20</sup> A recente obra *The Cambridge Handbook of New Human Rights. Recognition, novelty, rhetoric* identifica o direito de acesso à internet e o direito ao esquecimento como os direitos das novas tecnologias (ARNAULD, Andreas

17º do Regulamento Geral de Protecção de Dados. Referimo-nos ao caso *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, igualmente julgado pelo TJUE em 13.5.2014. Mario Costeja González, advogado, desejava o apagamento de uma dívida, já saldada, para impedir a ida para hasta pública do seu apartamento. Nesse sentido, pretendia que os dados do processo de execução em que tinha estado envolvido fossem suprimidos da internet. Foi-lhe reconhecido o *right to be forgotten*.

Já o dissemos no início. Mas voltamos a reforçar a ideia. O problema da regulação da internet assume contornos muito distintos quando a rede deixa de ser apenas um local de convívio com os amigos e passa a ser um ambiente político-público. Por outras palavras: os problemas são outros quando deixamos de usar a tecnologia para comunicar com a família e os amigos e passamos a fazer dela um veículo para a formação da decisão coletiva. O impacto de uma publicação no Facebook para a vida pública, por exemplo, pode aferir-se lembrando a publicação em direto do vídeo da morte de Philando Castile pela polícia nos EUA, no verão de 2016, e as suas repercussões. Ou, mais remotamente, a influência decisiva que tiveram não só o Facebook, mas, igualmente, o YouTube e o Twitter, em 2011 no Egipto, quando quatro dos principais provedores de serviços de internet cortaram o acesso internacional aos seus clientes. Só estes dois exemplos já provam que as plataformas *on-line* são, de facto, hoje “espaços” de participação democrática.<sup>21</sup>

Neste contexto, talvez seja conveniente lançar ainda os olhos para o que nos ensina o recente Acórdão C-18/18 do TJUE – caso *Eva Glawischnig-Piesczek v. Irland Facebook*. Eva foi membro do Parlamento austríaco, concretamente do Conselho Nacional, e o caso incide sobre um usuário do Facebook que partilhou um artigo sobre Eva, acompanhado de um comentário ofensivo e difamatório. Em julho de 2016, Eva entrou com um processo para a remoção do comentário pelo Facebook Ireland, que não o fez de imediato e que quando o efetuou, fê-lo apenas em território austríaco. O processo acabou no Supremo Tribunal Federal, que usou igualmente o reenvio prejudicial para o TJUE. Da economia desta decisão importa realçar a importância conferida por este Tribunal da União Europeia ao impedimento de acesso a informações ilícitas, ou à sua remoção. Acresce que, neste julgamento, se reconhece o real impacto dos *posts* nas redes sociais, projeção que vai além da sua interpretação literal, pelo simples facto de uma qualquer declaração nas redes sociais poder ser divulgada e partilhada a alta velocidade.

#### 4 Algumas previsões e conclusões

Estamos hoje convictas de que os anos 20 do século XXI, os *novos anos 20*, não serão de *jazz* ou de *Gatsby*, mas a década da normação cibernética, cuja revolução já havia sido iniciada, mas que foi agora precipitada pela Covid-19. Com efeito, o uso da internet já vinha evoluindo e a uma velocidade espantosa. Quer normações, quer decisões de

---

von; DECKEN, Kerstin von der; SUSI, Mart (Ed.). *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Recognition, novelty, rethoric. Cambridge: Cambridge University Press, 2020).

<sup>21</sup> Em termos de direitos políticos, vários estudos apontam a Estónia como um dos Estados mais digitais na Europa (onde, por exemplo, é generalizado o voto eletrónico).

instituições (sobretudo europeias), como as que se fizeram referência *supra*, mostram um particular empenho, por um lado, em proteger a privacidade, mas, por outro, sem esquecer a autopreservação do ambiente digital. No entanto, não podemos deixar de reconhecer que o vírus precipitou ainda mais esse cenário.

O novo ponto nodal, e o desafio, reside, hoje, no equilíbrio entre essa privacidade e a autopreservação do mundo digital, em que se assiste ao incremento de fenómenos como o *hate speech* e as *fake news*.<sup>22</sup> É aí que entronca, novamente, a questão e, porventura, com maior acuidade, de se perceber se há um novo contrato social (um *contrato social digital*), em que a comunicação, a deliberação e a cidadania seriam determinadas por novas regras. Tendemos a responder negativamente, orientando-nos por duas ideias-chave: i) manutenção da regra da *rule of law* no ciberespaço; ii) interdisciplinaridade, agora mais exigente, de modo à obtenção de estruturas conformes a essa *rule of law*, desde a fase do desenho dos novos formatos (assente na ideia (europeia) de regulação *by design*).

A vida pública exige o cumprimento de determinadas regras. E a “expectativa de privacidade” diminui substantivamente quando se decide partilhar informação em redes sociais. Com efeito, ainda que as redes sociais não sejam instituições democráticas, elas emergem numa comunidade democrática. Assim, a hermenêutica em torno da liberdade de expressão deve operar-se dentro dos mesmos standards. Continuando a usar como exemplo a rede social Facebook, diríamos que, ao aderirmos, estamos a entrar num espaço que tem um impacto aproximado ao de uma esfera pública, diferentemente da sugestão dada pelo linguajar dessa rede (o nosso “grupo de amigos”). A ferramenta da partilha que a rede proporciona num *click* deve nos fazer perceber que se trata de um conteúdo que deixou de se localizar na nossa esfera privada, embora, em termos rigorosos, se continue a exigir um consentimento livre, inequívoco, específico e informado do utilizador. Tal verifica-se porque, as mais das vezes, é também apenas com um *click* que aceitamos uma política de privacidade, que está preestabelecida. Para esta discussão continua a ser muito útil a *Sphärentheorie* (a teoria germânica das três esferas) – existe a *esfera íntima*, que abrange informações de tal forma reservadas que, em regra, nunca serão acessíveis a outros (dentro desta esfera podemos encontrar aspetos relativos à vida sentimental, ao estado de saúde, à vida sexual, às convicções políticas e religiosas etc.); e num plano menos inacessível, embora igualmente reservado, temos a *esfera privada*, que pode variar de pessoa para pessoa, uma vez que engloba os hábitos de vida e as informações que a pessoa partilha com a sua família e amigos, e cujo conhecimento o respetivo titular tem interesse em guardar para si. Finalmente, a *esfera pública*, que contempla os comportamentos e atitudes deliberadamente acessíveis ao público e que são suscetíveis de serem conhecidos por todos.

É por se tratar de uma esfera que em muitos casos se assimila à pública, em que se efetua um discurso aberto ao público, que não espanta que o Facebook proíba pornografia infantil, veículos discriminatórios com base na raça ou religião, veículos incitadores de genocídio e de terrorismo (de acordo com os *Facebook’s Community Standards*). Com efeito, recorde-se, por exemplo, o estatuído no parágrafo 2 do art. 19º do Pacto Internacional

<sup>22</sup> Em algumas ordens jurídicas, como a brasileira, já se discute o fenómeno do *astrourfing*, neste contexto significando a simulação de movimentos populares, supostamente espontâneos, por via digital, discussão que ainda não se verifica em Portugal.

dos Direitos Cíveis e Políticos (*liberdade de opinião e expressão e proibição da propagação em favor da guerra e do apelo ao ódio nacional, racial ou religioso*):

O exercício do direito previsto no parágrafo 2 deste artigo implica deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, pode estar sujeito a certas restrições, expressamente previstas na lei, e que sejam necessárias para: a) Assegurar o respeito pelos direitos e a reputação de outrem; b) A protecção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral públicas.

Em, no plano europeu, realce-se o nº 2 do art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

Entronca aqui, por isso, essa questão sobre a qual a Europa muito se tem debruçado, em grande parte propiciada pela *digitalização* – os já mencionados fenómenos do *hate speech* e das *fake news*. Neste âmbito, é importante referir: (i) a Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho da União Europeia, de 28.11.2008 (que impõe um dever de criminalização aos Estados-Membros e tem vindo a implicar a assinatura, por algumas plataformas digitais, do Código de Conduta de 2016),<sup>23</sup> e (ii) agora no quadro do Conselho da Europa, as várias recomendações do seu Comité de Ministros,<sup>24</sup> destacando-se o Plano de Acção de Combate ao Extremismo Violento e à Radicalização Conducente ao Terrorismo que inclui a Campanha, lançada em 2012, “Movimento Contra o Discurso de Ódio”. No âmbito deste órgão:

[...] “discurso de ódio” engloba todas as formas de expressão que propaguem, incitem, promovam ou justifiquem o ódio racial, a xenofobia, o antisemitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância, incluindo: a intolerância expressa por nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, pessoas migrantes e pessoas descendentes de migrantes.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Detalhes sobre este Código de Conduta podem encontrar-se em EUROPEAN COMMISSION. *The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online\\_en#theuicodeofconduct](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en#theuicodeofconduct). Acesso em: 19 jan. 2021.

<sup>24</sup> Uma listagem pode ter-se em COUNCIL OF EUROPE. *Committee of Ministers: selection and most recent Adopted Texts*. Disponível em: [https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset\\_publisher/C10Tb8ZfKDoJ/content/declaration-on-freedom-of-communication-on-the-internet-adopted-by-the-committee-of-ministers-on-28-may-2003-at-the-840th-meeting-of-the-ministers-dep?\\_101\\_INSTANCE\\_C10Tb8ZfKDoJ\\_viewMode=view/](https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/C10Tb8ZfKDoJ/content/declaration-on-freedom-of-communication-on-the-internet-adopted-by-the-committee-of-ministers-on-28-may-2003-at-the-840th-meeting-of-the-ministers-dep?_101_INSTANCE_C10Tb8ZfKDoJ_viewMode=view/). Acesso em: 10 nov. 2020. De entre estas, destacamos especialmente a Recomendação CM/Rec (2007) 11, sobre a promoção da liberdade de expressão e informação no novo ambiente de informação e comunicação.

<sup>25</sup> Mais uma vez a ordem jurídica alemã oferece-nos uma inovação jurídica. Referimo-nos ao *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, no quadro do discurso de ódio, que entrou em vigor a 1º.10.2017. Segundo este instrumento, a regulação só será aplicável às redes sociais com mais de dois utilizadores, não se incluindo, portanto, as mensagens privadas. O *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* introduziu os *content moderators*, embora já se tenham levantado algumas vozes no sentido da inconstitucionalidade do diploma.

Mais uma vez, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos pode ser uma valiosa ajuda nesta questão das restrições à liberdade de expressão, que, num contexto de um ambiente democrático e de direito, não pode deixar de se entender também como uma procura da verdade e do conhecimento. Dessa jurisprudência é possível perceber que a liberdade de expressão para fins políticos goza de maior amplitude, sendo, por isso, nestes casos a margem de apreciação dos Estados mais reduzida (assim, *vide Axel Springer AG v. Alemanha*, de 2012, e *Morice v. França*, de 2015), podendo configurar-se como mais restrita em casos de liberdade de expressão para fins comerciais (*Mouvement raëlien Suisse v. Suíça*, de 2012). De qualquer modo, o discurso de ódio nunca goza da proteção do art. 10º da CEDH (*Gündüz v. Turquia*, de 2003, em especial, §41). Para fins políticos, será, portanto, permitido o exagero, a provocação e a sátira, mesmo a irreverente (novamente *Gündüz v. Turquia*, de 2003, e *Eon v. França*, de 2013), ainda que tal não possa ser confundido com difamação (*Delfi v. Estónia*, de 2015). E a censura, mesmo em espaço digital, não será permitida (caso *Ahmet Yildirim v. Turquia*, de 2013), sendo, igualmente, reconhecido o direito de acesso à internet.<sup>26</sup> Com efeito, já no nº 34 do Comentário Geral ao art. 19º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (adotado na 102ª sessão, 11-29.7.2011), o Comité de Direitos Humanos havia esclarecido que quaisquer restrições de *sites*, *blogs* ou qualquer outro sistema de disseminação da informação só seriam permitidas na medida em que fossem compatíveis com o §3, não sendo admitidas proibições genéricas, nem proibições relacionadas com críticas a um governo ou sistema político.<sup>27</sup> <sup>28</sup> No que toca à difamação, percebe-se pelo caso *Delfi v. Estónia*, de 2015 (em especial, §§89 e 92), quão difícil serão os seus novos contornos na “nova idade” em que a comunicação é eletrónica e em que, como o Tribunal já reconheceu, os danos são muito maiores.<sup>29</sup> Certo é que, no âmbito de um sistema regido pela *rule of law*, o discurso discriminatório não poderá ser admitido.

<sup>26</sup> Saliente-se que este caso foi o primeiro em que o problema da liberdade de expressão em plataformas digitais foi colocado ao TEDH, esperando-se, neste momento, perceber como vai evoluir essa jurisprudência. De qualquer modo, nessa decisão, o Tribunal reconheceu que, teoricamente, o direito de acesso à internet era protegido pelas normas da liberdade de expressão em 20 Estados-Parte do Conselho da Europa, designadamente Alemanha, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Espanha, Eslovénia, Estónia, Finlândia, França, Irlanda, Itália, Lituânia, Holanda, Polónia, Portugal, República Checa, Roménia, Reino Unido, Rússia e Suíça. Curioso ainda verificar que a nova versão da Constituição grega (modificada em 2001) já prevê, no art. 5ºA, nº 2 o seguinte: “All persons have the right to participate in the Information Society. Facilitation of access to electronically transmitted information, as well as of the production, exchange and diffusion thereof, constitutes an obligation of the State, always in observance of the guarantees of articles 9, 9A and 19”.

<sup>27</sup> O referido comentário está em PORTUGAL. Ministério Público. *Comité dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/comite-dos-direitos-do-homem?menu=direitos-hu-manos>. Acesso em 13 nov. 2020.

<sup>28</sup> Neste contexto, há que nunca olvidar a resolução, adotada por consenso a 5.7.2012, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre promoção, proteção e gozo de direitos humanos na internet (“The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet”), que preceitua: “the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one’s choice, in accordance with articles 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights”.

<sup>29</sup> A esse propósito veja-se o caso julgado pela High Court of South Africa (North Gauteng, Pretoria) em 2013 (caso *Isparta v. Richter and Another*), em que se procedeu a uma indemnização por difamação no Facebook.

## Referências

ARNAULD, Andreas von; DECKEN, Kerstin von der; SUSI, Mart (Ed.). *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Recognition, novelty, rethoric. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

AS REDES sociais mais usadas em Portugal. *Marketing lovers*. Disponível em: <https://www.marketinglovers.pro/as-redes-sociais-mais-usadas-em-portugal/>.

BACELAR, Rui. As 10 redes sociais mais usadas em Portugal em 2019. *4GNews*, 13 dez. 2019. Disponível em: <https://4gnews.pt/redes-sociais-mais-usadas/>. Acesso em: 8 out. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. República e auto-determinação política. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

COUNCIL OF EUROPE. *Committee of Ministers: selection and most recent Adopted Texts*. Disponível em: [https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset\\_publisher/C10Tb8ZfKDoJ/content/declaration-on-freedom-of-communication-on-the-internet-adopted-by-the-committee-of-ministers-on-28-may-2003-at-the-840th-meeting-of-the-ministers-dep?\\_101\\_INSTANCE\\_C10Tb8ZfKDoJ\\_viewMode=view/](https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/C10Tb8ZfKDoJ/content/declaration-on-freedom-of-communication-on-the-internet-adopted-by-the-committee-of-ministers-on-28-may-2003-at-the-840th-meeting-of-the-ministers-dep?_101_INSTANCE_C10Tb8ZfKDoJ_viewMode=view/). Acesso em: 10 nov. 2020.

COVID-19. Nova app da União Europeia quer ajudar quem viaja em tempo de pandemia. *Observador*, 16 dez. 2020. Disponível em: <https://observador.pt/2020/12/16/covid-19-nova-app-da-uniao-europeia-quer-ajudar-quem-vai-viajar/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

CRISTO, Alessandro; CHAER, Márcio. José Joaquim Canotilho: “Problemas estão nas ruas, não na Constituição”. *Conjur*, 10 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-10/jose-joaquim-canotilho-problemas-estao-nas-ruas-nao>. Acesso em: 13 nov. 2020.

EDPB. *Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de Covid-19*. Disponível em: [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing\\_pt](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing_pt). Acesso em: 10 nov. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online\\_en#theeucodeofconduct](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en#theeucodeofconduct). Acesso em: 19 jan. 2021.

GREENBERG, Marc. A return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo! case and the regulation of online content in the world market. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 18, p. 1191, 2003. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=pubs>. Acesso em: 8 out. 2020.

PEQUENINO, Karla. 0% já apagaram a StayAway Covid: são 1,8 milhões de portugueses. *Publico*, 15 jan. 2021. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/01/15/tecnologia/noticia/60-ja-apagaram-stayaway-covid-sao-18-milhoes-portugueses-1946366>. Acesso em: 18 jan. 2021.

PORTUGAL. Ministério Público. Comité dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/comite-dos-direitos-do-homem?menu=direitos-humanos>. Acesso em 13 nov. 2020.

VEIGA, Paula. Democracia em voga e e-política, e-democracia e e-participação: brevíssimas reflexões. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, XC/1*, 2014.

## Jurisprudência

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Ahmet Yildirim *v.* Turquia, 2012.

Axel Springer AG *v.* Alemanha, 2012.

Delfi *v.* Estónia, 2015.

Eon *v.* França, 2013.

Gündüz *v.* Turquia, 2003.

Morice *v.* França, 2015.

Mouvement raëlien Suisse *v.* Suíça, 2012.

Sürek e Özdemir *v.* Turquia, 1999.

Tribunal de Justiça da União Europeia

Eva Glawischnig-Piesczek, Tribunal de Justiça da União Europeia, 2019, Acórdão C-18/18.

Google Spain SL, Google Inc. *v.* Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, Tribunal de Justiça da União Europeia, 2014 (Acórdão C-131/12).

Independent Data Protection Centre (ULD) *v.* Wirtschaftsakademie, 2018, Acórdão C-210/16).

Schrems, Tribunal de Justiça da União Europeia, 2015, Acórdão C-362/14.

Tribunal de Grande Instance de Paris, França

França/EUA/L.i.c.r.a. *v.* Yahoo!, 2000.

High Court of South Africa, Pretoria.

Isparta *v.* Richter and Another, 2013.

## Diplomas

Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho da União Europeia, de 28 de novembro de 2008.

Decreto-lei nº 52/2020, de 11 de agosto (Estabelece o responsável pelo tratamento dos dados e regula a intervenção do médico no sistema Stayaway Covid), Portugal.

Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de Covid-19, Comité Europeu para a Proteção de Dados.

Resolução do Conselho de Direitos Humanos (5 Julho 2012), The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 20th Session, UN Doc. A/HRC/20/8.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VEIGA, Paula. Tomemos a sério a digitalização: rule of law também na rede!. In: GOMES, Ana Cláudia Nascimento; ALBERGARIA, Bruno; CANOTILHO, Mariana Rodrigues (Coord.). *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 915-927. ISBN 978-65-5518-191-3.

---