

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

número 8 | junho 2020



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INFORMAÇÕES FALSAS E FIGURAS PÚBLICAS: O PERIGO DE MANIPULAÇÃO DA ESFERA DE DISCURSO PÚBLICO¹

FREEDOM OF EXPRESSION, FAKE NEWS AND PUBLIC FIGURES: THE DANGER OF MANIPULATION OF PUBLIC DISCOURSE

Jónatas E. M. Machado*

Iolanda A. S. Rodrigues de Brito**

RESUMO

Este artigo tem por escopo analisar os efeitos democráticos de uma permanente contaminação da esfera de discurso público com informações de interesse público inverídicas. A disseminação de factos falsos, sobretudo através das redes sociais, com a aparência de notícias reais, coloca em risco o mercado livre das ideias, a livre discussão de questões de interesse público, a formação de uma opinião pública informada e a busca da verdade. A desinformação desencadeia um efeito epidémico, nomeadamente porque impede os cidadãos de ajustarem o seu voto de acordo com informações fidedignas de interesse público divulgadas, devido a uma intencional confusão entre o que é verdadeiro e falso. A liberdade de expressão não protege o direito de instilar a esfera pública com informações conscientemente falsas, nem o direito de combater adversários políticos ou ideológicos, assim como as suas ideias, com factos consabidamente falsos. Por conseguinte, numa sociedade democrática, a proteção do direito à honra de figuras públicas individuais prossegue interesses públicos e privados.

Palavras-chave: liberdade de expressão; esfera de discurso público; opinião pública; mercado livre das ideias; interesse público; procura da verdade; informações falsas; democracia; crise de confiança; literacia mediática; direito à honra; pessoas públicas singulares.

ABSTRACT

This article aims to analyze the democratic effects of ongoing contamination of public discourse with false information of public interest. The spread of fake news, in particular through social media, looking like real news, endangers the free

¹ Artigo publicado originariamente no Boletim da Faculdade de Direito, vol. XCV, Tomo I, em 2019, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

* Professor Associado Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Universidade Autónoma de Lisboa

** Mestre (pré-Bolonha) em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

marketplace of ideas, the free discussion of public interest matters, the formation of an informed public opinion and the search for truth. Disinformation triggers an epidemic effect as it prevents citizens from adjusting their vote according to the trustworthy public interest information disclosed, due to the intended confusion between what is true and false. Freedom of expression does not protect the right to fill the public sphere with fake news, neither the right to fight political or ideological opponents and their ideas with untrue facts, when there is actual malice. Therefore, in a democratic society, the protection of the right to reputation of individual public figures pursues both public and private interests.

KEYWORDS: freedom of expression; public discourse; public opinion; free marketplace of ideas; public interest; search for truth; fake news; democracy; crisis of trust; media literacy; right to reputation; individual public figures.

I. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão constitui uma dimensão estrutural do Estado de direito democrático, imprescindível ao autogoverno da comunidade política, à transformação pacífica da sociedade e à autorrealização individual. Com efeito, ela não se esgota numa valência autocentrada, enquanto direito de expressão individual e coletiva. De forma altruísta, a liberdade de expressão oferece-se ainda ao serviço da proteção dos demais direitos, liberdades e garantias, constitucionalmente consagrados, assim como dos direitos humanos, proclamados nos instrumentos normativos internacionais. É o que sucede, nomeadamente, quando se denuncia a violência sobre crianças ou idosos, em que se exerce o direito à liberdade de expressão e, em simultâneo, contribui-se para a defesa do direito à integridade física e moral de pessoas particularmente vulneráveis.

Neste sentido, impõe-se uma conceção multifuncional das liberdades da comunicação – onde se incluem, por exemplo, a liberdade de informação, a liberdade de opinião e a liberdade de imprensa – que alargue o seu espectro teleológico, de modo a abranger um conjunto significativo de finalidades substantivas, como a procura da verdade, a criação de um livre mercado das ideias, a preservação de uma esfera de discurso público desinibida, robusta e amplamente aberta, a garantia da formação de uma opinião pública livre e esclarecida e da vontade política, a autodeterminação democrática, a acomodação de interesses divergentes, o controlo da atividade governativa e do exercício do poder e a promoção e expressão da autonomia individual⁽⁴⁾.

Deste modo, a liberdade de expressão, particularmente exposta a tentativas de restrição, sobretudo quando o seu exercício se materializa na denúncia das patologias que afetam as várias dimensões da sociedade, alcança um nível de resistência reforçado quando entra em colisão com outros direitos. Numa sociedade democrática, é imperioso assegurar a tutela do maior número de condutas expressivas possível, ao abrigo do direito à liberdade de expressão.

4 Cf. Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 237 ss.

No regular funcionamento do Estado de direito democrático, é, porém, inevitável a ocorrência de conflitos entre bens jurídicos, como é o caso do constante confronto entre a liberdade de expressão e a honra, em particular de figuras públicas, sendo que, sempre que não for possível alcançar uma solução de realização plena de ambas, apenas em concreto é legítimo escolher uma em detrimento da outra, em termos proporcionais, contanto que esteja salvaguardado o núcleo essencial do direito preterido. Sucede que, a generalidade da casuística tem demonstrado que, no espaço de colisão em que os bens jurídicos lutam pela sobreposição, é frequente encontrarmos uma área cinzenta, a implicar um esforço de lucidez para apreender, com pinças, os segmentos discursivos que devem ser enquadrados na tutela do direito à liberdade de expressão ou, pelo contrário, na proteção jurídica concedida ao direito à honra.

Todavia, os contornos específicos de alguns casos concretos remetem-nos para um horizonte a preto e branco que torna visível, mesmo a olho nu, o bem jurídico concretamente prevalecente. E essa constatação decorre do simples facto de estar em causa o núcleo essencial do direito à honra, ao mesmo tempo que o outro direito, a liberdade de expressão, repudia a possibilidade de oferecer a sua tutela à conduta em causa. É o que ocorre quando está em causa a imputação de factos falsos, com a consciência dessa falsidade.

A esfera de discurso público deve ser protegida dos perigos inerentes à propalação intencional de informações falsas. Estas não servem qualquer interesse legítimo numa sociedade democrática. Embora seja necessário tolerar uma certa margem de erro em matéria de imputação de factos – consistente na afirmação de um facto falso, com a convicção da sua veracidade, cumprido o dever de informação – de modo a garantir um imprescindível *breathing space* para que a liberdade de expressão possa ser acautelada num Estado de direito democrático, a propagação dolosa de quantidades substantivas de inverdades consubstancia um risco sério para as sociedades democráticas. Nestas, a verdade continua a ser um valor fundamental e impreterível, nomeadamente quando se trata de conceber políticas públicas, tributar, orçamentar, legislar, regulamentar, administrar, contratar, gerir, regular, supervisionar, auditar, fiscalizar, julgar ou sancionar.

A instilação consciente de falsidades ou “factos alternativos” produz uma catadupa de efeitos maléficos que não podem deixar de originar uma profunda inquietação. Com efeito, começa por despoletar a deformação da opinião pública sobre uma determinada questão de interesse público, levando, por sua vez, a uma manipulação do processo político e eleitoral e, por fim, do próprio processo democrático. Uma informação falsa sobre um candidato ou um estado de coisas (v.g. migrações, insegurança, terrorismo), em contexto eleitoral, pode desviar o voto no melhor candidato e proporcionar a ascensão de figuras políticas que se pautam por valores antidemocráticos⁽⁵⁾.

Por isso, os segmentos discursivos consistentes na imputação dolosa de factos falsos não encontram na liberdade de expressão recetividade de tutela, pois, se se considerasse legítimo o exercício desse direito, conexionado com esse género

5 Cf. Joel Timmer, “Fighting falsity: fake news, Facebook, and the First Amendment”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 35, n.º3 (2017), p. 669 ss.

de condutas expressivas, estar-se-ia a contrariar os fundamentos teleológicos subjacentes à consagração e garantia efetiva da liberdade de expressão, em particular, a procura da verdade e do conhecimento, a formação de uma opinião pública livre e esclarecida, a criação de um mercado livre das ideias e a preservação de uma esfera de discurso público desinibida, robusta e amplamente aberta.

Não pode, assim, obrigar-se um direito a tutelar condutas que contrariam a sua essência, pois, de outra forma, estar-se-ia a descaracterizar o direito à liberdade de expressão, constitucional e internacionalmente consagrado, abalando um dos pilares mais relevantes da sociedade democrática. Nesta senda, a tutela de direitos fundamentais individuais, como o direito ao bom nome e reputação, realiza um *interesse particular* associado ao seu respetivo titular, que o invoca para se defender de imputações falsas, mas, em simultâneo, prossegue um *interesse geral* relacionado com o interesse da comunidade na expurgação da esfera pública de conteúdos falsos que prejudicam o bom funcionamento do processo democrático⁽⁶⁾.

Esta realidade impura, consistente na divulgação dolosa de informações falsas, ao produzir um efeito de contaminação da discussão sobre uma questão de interesse público e de desinformação da opinião pública, não pode ser escamoteada, mesmo em sede de ponderação entre bens jurídicos, devendo inclusivamente ser avaliado o seu impacto ao nível do processo eleitoral e democrático. Aliás, nem mesmo numa sociedade como a estadunidense, em que o Supremo Tribunal proclama, com a maior das veemências, a *freedom of speech*, restringindo, substancialmente, os meios de tutela jurídica em relação a figuras públicas, ousaria erguer o direito à liberdade de expressão para defender uma conduta que se consubstanciasse na imputação dolosa de factos graves e falsos. Por conseguinte, é imperioso poupar o direito à liberdade de expressão de ser evocado na tutela de condutas que são adversas à sua mais íntima essência e, em unísono, não negligenciar a proteção da honra quando esta é atingida no seu âmago.

Neste contexto, a consagração de meios de tutela jurídica para reagir perante uma utilização subversiva do direito à liberdade de expressão, revela-se tão crucial num Estado de direito democrático, comprometido com os valores da verdade e da justiça materiais, como a garantia da sua proteção jurisdicional efetiva⁽⁷⁾. Por outro lado, se é certo que a qualidade de figura pública dos eventuais visados concede um maior peso à liberdade de expressão, pelo contrário, a qualidade de figura privada reforça o âmbito de tutela da honra.

Além disso, a proteção devida por ofensas à honra de pessoa singular é mais robusta, em comparação com a que é devida por ofensas à honra, à credibilidade e ao prestígio de pessoas coletivas⁽⁸⁾. Estes são fatores a ter em conta na ponderação dos bens jurídicos, que se deverão tornar particularmente nítidos, nomeadamente, na apreciação concreta dos pressupostos do facto punível, assim

6 Embora esta ideia seja aqui proclamada por referência a pessoas singulares de estatuto público, pode revelar-se igualmente válida em relação a pessoas coletivas qualificáveis como figuras públicas.

7 Cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação de Figuras Públicas: Tutela Jurídica e Censura Judicial*, Lisboa: Editorial Juruá, 2016, p. 51 ss.

8 Cf., na jurisprudência do TEDH, Público - Comunicação Social, S.A. e Outros c. Portugal (2010) – in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

como na determinação da medida da pena de multa pela prática de um crime de difamação⁽⁹⁾, e ainda na avaliação sobre os requisitos da responsabilidade civil por ofensas à honra, incluindo na definição do âmbito da obrigação de indemnizar⁽¹⁰⁾.

II. ORDEM CONSTITUCIONAL FUNDADA NOS VALORES DA LIBERDADE, JUSTIÇA, ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

As liberdades comunicativas, incluindo as liberdades de expressão, informação, imprensa, radiodifusão e dos novos *media*, são notas caracterizadoras e constitutivas do “tipo” do *Estado Constitucional*⁽¹¹⁾. Nele, todas as dimensões da vida social se apresentam comunicativamente estruturadas, devendo salientar-se o papel que aquelas desempenham na garantia do bom funcionamento dos sistemas político, económico, científico, cultural, artístico, religioso ou desportivo, sendo que a diferenciação entre eles é sempre meramente heurística e tendencial, na medida em que se encontram estreitamente relacionados entre si⁽¹²⁾.

A garantia da legitimidade e do cumprimento do *contrato social* depende da possibilidade de livre discussão de todos os assuntos de relevo social, contra um pano de fundo de autonomia racional, pensamento crítico e responsabilidade ética. Nisso se consubstanciam as referências ao valor central da *razão pública* e da *razão comunicativa* numa ordem constitucional livre e democrática. As mesmas dependem da existência de uma opinião pública autónoma permanentemente informada. O Estado Constitucional concebe-se, hoje, como um *acordo discursivamente estruturado* com base no debate empenhado, aberto, informado e constante em torno das questões de interesse público.

Todavia, não pode escamotear-se o perigo que representa a difusão de informações massivamente falsas no *mercado livre de ideias*, que visam a desinformação da opinião pública sobre questões de interesse público e levam à deformação da vontade política dos cidadãos. Em especial, quando está em causa uma difamação de figura pública, consistente na imputação de factos falsos, em que a inverdade é mentalmente representada e aceite, aproveitando-a para desviar o voto de um determinado partido político, em eleições próximas, verifica-se uma situação que contraria as finalidades substantivas da proclamação de um direito à liberdade de expressão, como a procura da verdade, a garantia de um livre mercado de ideias e a formação de uma opinião pública livre e esclarecida. Neste contexto, a consagração de meios de tutela jurídica para reagir perante uma utilização subversiva do direito à liberdade de expressão, revela-se crucial num Estado de direito democrático, comprometido com o valor da justiça material.

Nesta linha, se se denegar a tutela jurídica devida em casos de imputação dolosa de factos falsos e desonrosos estar-se-á a dar azo a um desinteresse na participação da vida pública e ao repúdio de qualquer possibilidade de exercício de cargos públicos de relevo por parte de pessoas que se pautam por padrões de

9 Apesar de as incriminações nacionais que tutelam a honra e consideração preverem penas privativas da liberdade, é absolutamente inaceitável a sua aplicação, num Estado de direito democrático.

10 Cf. Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 109 ss.

11 Cf. Helmuth Schultze-Fielitz, “Art 5º”, *Grundgesetz Kommentar*, I (ed. Horst Dreier), Tübingen, 1996, p. 347; Reinhold Zipperli, “Die Entstehung des demokratischen Rechtsstaates aus dem Geiste der Aufklärung”, *Juristen Zeitung*, 23, 1999, p. 1126 ss.

12 Cf. Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 13 ss.

conduta irrepreensíveis, com o receio de que, ao adquirirem um estatuto de figura pública, fiquem impedidas de recorrer eficazmente aos meios de tutela jurídica para fazer face a mentiras, calúnias e enxovalhos que as envolvam, sobretudo quando daí resulte uma tentativa de controlar o processo eleitoral e democrático, pervertendo a esfera de discurso público e impedindo o funcionamento saudável do livre mercado das ideias⁽¹³⁾.

A. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito à liberdade de expressão é geralmente considerado como um “direito mãe” (*Mütterrecht*) que abrange as liberdades comunicativas e irradia a todas as estruturas de comunicação social de uma sociedade livre, democrática e pluralista. Longe de abarcar apenas os comunicadores e os recetores, ela visa inclusivamente proteger as redes de comunicação e distribuição de conteúdos informativos, juntamente com as correspondentes infraestruturas económicas. Por esse motivo, a liberdade de expressão decompõe-se em múltiplos direitos fundamentais comunicativos. De forma ampla e substantiva, abrange a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação, o princípio da proibição da censura, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas, a liberdade de radiodifusão e a liberdade de comunicação nas redes sociais⁽¹⁴⁾.

1. Proclamação internacional e constitucional

O contemporâneo direito à liberdade de expressão é uma reação consciente às práticas totalitárias, propagandistas e censórias dos regimes autoritários derrotados na II Guerra Mundial. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem veio consagrar este direito no seu artigo 19.º, ainda que sem efeito juridicamente vinculativo. Pouco depois, em 1950, o mesmo obteve consagração no artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

Volvidas várias décadas de integração europeia, o direito à liberdade de expressão obteve consagração no artigo 11.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁽¹⁵⁾. A nível regional, integra ainda os artigos 13.º da Convenção Americana de Direitos Humanos e 9.º da Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos. O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, no seu artigo 19.º, atribuiu-lhe normatividade jurídica no plano internacional universal. Trata-se de um direito indissociável das liberdades de consciência, religião, pensamento, opinião, reunião e associação, que possibilitam e estruturam a livre expressão e determinação individual e coletiva.

A Constituição da República Portuguesa (Constituição), no seu artigo 37.º, consagra o direito à liberdade de expressão. Aí, se dispõe, no n.º 1, que “[t]odos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.” O n.º 2 do

13 Cf. Costa Andrade, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 284, nota (281); Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação...*, ob.cit., p. 34.

14 Cf. Frank Fechner, *Medienrecht* (10. Auf.), Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2009, p. 19 ss; Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 357 ss e 416 ss.

15 Sobre este instrumento, cf. Jónatas E. M. Machado, *Direito da União Europeia* (2ª ed.), Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 285 ss.

mesmo preceito determina que “[o] exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.”

Este preceito normativo reveste-se do maior relevo teórico e prático, convidando a doutrina e a jurisprudência à adoção de um *conceito amplo de censura*, na medida em que a simples proibição de censura política e administrativa prévia de pouco ou nada valerá se o exercício da liberdade de expressão e informação abrir as portas às mais variadas formas de retribuição e retaliação política, jurídica, social e econômica e à aplicação de hipóteses e estatuições de responsabilidade civil e penal excessivamente dilatadas.

2. Titulares e destinatários

A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito de autodeterminação individual e coletiva. Ela pertence a todas as pessoas e não apenas aos cidadãos (arts. 12.º e 15.º da Constituição)⁽¹⁶⁾. Por sua vez, toda a coletividade tem o direito democrático à livre circulação de informação, porque disso depende a dinamização das esferas política, jurídica, econômica, religiosa, científica e cultural. A liberdade de expressão pode ser invocada por todos os protagonistas dessas esferas sociais, ou seja, pela generalidade dos indivíduos ou por grupos específicos (v.g. funcionários públicos; professores; estudantes)⁽¹⁷⁾. Titulares deste direito são igualmente pessoas coletivas de direito público não estadual e as de direito privado, na diversidade das suas formas e fins⁽¹⁸⁾.

Os jornalistas e os órgãos de comunicação social têm um *direito qualificado de liberdade de expressão*, na medida em que realizam uma importante função democrática, constitucionalmente reconhecida, de procura e transmissão de informação e de dinamização do debate sobre todas as questões de interesse público.

Nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição, “os direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas”. Longe de valerem apenas nas relações entre os particulares e os poderes públicos, eles valem igualmente nas relações entre particulares. Eles gozam, a um tempo, de eficácia vertical e horizontal, tendo eficácia irradiante para toda a ordem jurídica.

Destinatários da liberdade de expressão, em sentido amplo, são todos os indivíduos e entidades públicas e privadas. Todos estão obrigados a respeitá-la e todos podem ver-se na condição de violar as suas determinações. Entre outras coisas, a liberdade de expressão tem como corolário o dever de aceitar um clima de discórdia permanente e integrar uma esfera de discurso público caracterizada por níveis elevados de controvérsia, antagonismo e confrontação, mas devendo ser salvaguardada contra investidas direcionadas à contaminação do livre mercado das ideias, que desemboquem numa tentativa de instrumentalização do processo eleitoral, subvertendo os valores da democracia.

16 Cf. Christoph Grabenwarter, “GG Art. 5”, Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar 73, Ergänzungslieferung, Verlag: C.H.Beck, 2014, Rn. 23-31.

17 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 31.

18 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 34.

3. Programa normativo e âmbito de proteção

O âmbito normativo da liberdade de expressão compreende a comunicação oral, escrita, artística, de ideias, informações e opiniões de todo o tipo, difundida por qualquer meio, como o papel, as ondas hertzianas ou as plataformas digitais⁽¹⁹⁾. Estas noções devem ser interpretadas em sentido amplo, de modo a garantir uma proteção alargada da substância, forma e estrutura da comunicação.

O seu âmbito de proteção inclui não apenas a difusão de conteúdos dirigida ao maior número de destinatários possível, mas também a sua procura e receção. Quando se restringe a liberdade do emissor está-se inevitavelmente a restringir a liberdade dos potenciais recetores. A liberdade de expressão e de informação inclui um direito coletivo, decorrente do princípio democrático, de receber informações e opiniões. A liberdade de informação é protegida nas suas dimensões individuais e coletivas, substanciais e formais, ativas e passivas⁽²⁰⁾.

Igualmente relevante, dentro do âmbito normativo da liberdade de expressão em sentido amplo, é a distinção entre *afirmações de facto* e *juízos de valor*. No primeiro caso, tem-se em vista o esclarecimento e a formação da opinião pública através da disponibilização de informação verdadeira, correspondente à realidade. No segundo, reconhece-se que os factos não falam por si, sendo as pessoas que falam por eles e sobre eles, a partir de uma peculiar tomada de posição⁽²¹⁾. Os mesmos factos podem ser circunstancialmente interpretados de várias maneiras e conduzir, por isso, a diferentes juízos de valor sobre eles e sobre as pessoas que lhes estejam ligadas.

Apesar do seu carácter tendencial, a distinção entre afirmações de facto e juízos de valor é relevante. Ao passo que as afirmações de facto podem e devem ser objeto de um esforço razoavelmente diligente de verificação, os juízos de valor são intrinsecamente subjetivos, podendo variar de pessoa para pessoa⁽²²⁾. De um modo geral, exige-se que os factos sejam reportados de forma tão rigorosa quanto realisticamente possível, dentro das circunstâncias, e que os juízos de valor sejam emitidos de boa-fé e com um apoio substancial nos factos⁽²³⁾.

No entanto, o âmbito normativo deste direito não se circunscreve à difusão de informações, ideias e opiniões inócuas ou inofensivas. Com efeito, razões que se prendem com a esfera de discurso público, a cidadania, a democracia, o Estado de direito, o combate à corrupção e a centralidade da comunicação social há muito que têm levado a doutrina e a jurisprudência a sustentar que o mesmo abrange o discurso perturbador, desagradável, chocante, ofensivo e desrespeitador dirigido aos poderes públicos, a figuras públicas e a segmentos da população, especialmente no contexto de intensa confrontação política, ideológica e ética⁽²⁴⁾.

Porém, como vem sendo insistentemente reiterado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto, podendo ser limitado em função de interesses ou valores que concretamente se revelem preponderantes, como sucederá em caso de imputação de

19 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 23-31.

20 Cf. Matthias Cornils, “EMRK Art. 10”, Beck’scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht (Hrsg: Gersdorf/Paal), Stand, Ed. 8, 1-11-2014, Rn 13-33.

21 Cf. Christoph Grabenwarter, “GG Art. 5”, ob.cit., p. 47-48.

22 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 47-48.

23 Cf., na jurisprudência do TEDH, *Oberschlick v. Austria* (n.º 2) (1997), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

24 Cf., igualmente na jurisprudência do TEDH, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal* (2000), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

factos falsos, com desrespeito pelos deveres e responsabilidades adjacentes ou de formulação de juízos de valor desprovidos de qualquer base factual suficiente⁽²⁵⁾.

A liberdade de expressão tem um âmbito de proteção alargado, abrangendo e refletindo-se concretamente na posição jurídica de autores, escritores, guionistas, produtores de conteúdos, redatores, editores, jornalistas, apresentadores, pessoal técnico, equipamento de comunicação, emissores, serviços de comunicações, estruturas tecnológicas e económicas de transmissão, transporte e distribuição de conteúdos e, finalmente, recetores⁽²⁶⁾. Todos os sujeitos, objetos, elementos e momentos do processo de comunicação estão protegidos pelas liberdades comunicativas, obrigando a ponderações multidimensionais adequadas aos bens jurídicos em presença.

4. Aplicabilidade direta

O artigo 18.º, n.º 1, da Constituição dispõe que “[o]s preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Neste inciso, como imediatamente se depreende, assume-se a primazia das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, ao mesmo tempo que se afirma a respetiva aplicabilidade direta e a sua aplicação nas relações ente particulares.

A aplicabilidade direta significa que as normas de direitos, liberdades e garantias se aplicam “sem lei, contra a lei e em vez da lei”. Na ausência de uma lei que concretize e discipline o exercício de um direito constante do catálogo dos direitos, liberdades e garantias, deve o poder judicial aplicar diretamente a norma constitucional. Nesse caso, a norma de direitos, liberdades e garantias vale “sem lei”⁽²⁷⁾.

Do mesmo modo, quando exista uma lei que pretenda concretizar e regular o exercício de um direito, liberdade ou garantia mas que o faça em termos inconstitucionais, deve o poder judicial aplicar diretamente a norma constitucional consagradora do direito. Nesse caso diz-se que o direito, liberdade ou garantia vale “contra a lei e em vez da lei”.

Pode dar-se o caso, porém, de existir uma lei passível de várias interpretações, entre as quais podem ser encontradas interpretações compatíveis e incompatíveis com a Constituição. Nestes casos, pode falar-se aqui da *aplicabilidade indireta* dos direitos, liberdades e garantias, que consiste no dever de interpretação das normas legais suscetíveis de restringir os fluxos de informação em conformidade com estes direitos.

25 Cf. artigo 10.º, n.º 2, da CEDH.

26 Neste sentido, Stuart Minor Benjamin, “Transmitting, editing, and communicating: determining what “the freedom of speech” encompasses”, *Duke Law Journal*, vol. 60, n.º8 (2011), p. 1673 ss.; Susan P. Crawford, “Transporting Communications”, *Boston University Law Review*, vol. 89, n.º 3 (2009), p. 871 ss.

27 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7ª ed.), Coimbra: Almedina, 2003, p. 437 ss.

5. Restrições e limites às restrições

A dogmática dos direitos fundamentais do constitucionalismo moderno assenta na premissa de que a liberdade é a regra e a restrição à liberdade é a exceção. Por conseguinte, as restrições aos direitos, liberdades e garantias devem ser excepcionais, constitucional e legalmente autorizadas, não discriminatórias, prospetivas, proporcionais, devidamente fundamentadas e objeto de interpretação restritiva⁽²⁸⁾. Na prática, isso traduz-se na sujeição dos direitos, liberdades e garantias a uma *reserva de lei formal qualificada*, determinando os pressupostos, os requisitos e os limites das restrições, que encontra consagração no artigo 18.º, n.º 2 e 3, da Constituição⁽²⁹⁾. Ela corresponde, hoje, a um princípio estruturante dos direitos humanos, ocupando um lugar axial na jurisprudência do TEDH sobre a matéria das restrições aos direitos.

Este aspeto assume uma relevância prática decisiva, na medida em que a esse Tribunal caberá, em última análise, pronunciar-se sobre as ponderações efetuadas pelo legislador e pelos tribunais nacionais. Daí resulta que as normas constitucionais sobre restrições e limites às restrições devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com a jurisprudência de Estrasburgo sobre a CEDH. Por esse motivo, apresentaremos uma leitura integrada das normas constitucionais e convencionais. A restrição à liberdade de expressão exige, pois, uma *hermenêutica intertextual* de convergência e congruência entre direitos fundamentais e direitos humanos.

O artigo 18.º, n.º 3, da Lei Fundamental dispõe que a lei só pode (e só a lei pode) restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição⁽³⁰⁾. Integrando as liberdades comunicativas a categoria dos *direitos, liberdades e garantias*, conclui-se que só a proteção e promoção de bens jurídicos expressamente consagrados na Constituição legitima a restrição das liberdades comunicativas. O artigo 10.º, n.º 2, da CEDH especifica os bens que, no seio de uma sociedade democrática, justificam a restrição da liberdade de expressão.

Nos termos da Constituição, só a lei pode restringir as liberdades comunicativas. Mais precisamente, elas só podem ser restringidas através de Lei formal da Assembleia da República ou Decreto-Lei autorizado (artigo 18.º, n.º 1, al. *b*) e 165.º, n.º 1, al. *b*), da Constituição). Vale aqui uma reserva relativa de competência legislativa. Também o artigo 10.º, n.º 2, da CEDH estabelece que “[o] exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei”, deixando ao direito constitucional nacional a definição deste instrumento.

A sujeição ao *princípio da reserva de lei* das restrições à liberdade de expressão decorre, a um tempo, dos princípios democrático, do Estado de direito e da separação de poderes. Nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental, as restrições devem limitar-se ao necessário para a salvaguarda de direitos e interesses constitucionalmente protegidos. No mesmo sentido, o artigo 10.º, n.º 2,

28 Na jurisprudência do TEDH, *Bezymanny v. Russia*, (2010), § 3, in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

29 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 448 ss.

30 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 452 ss.

da CEDH só admite, como medidas restritivas, as que “constituem providências necessárias, numa sociedade democrática”.

Consagra-se, em ambos os preceitos, o princípio da *proibição do excesso* ou da *proporcionalidade em sentido amplo*⁽³¹⁾. Trata-se de um subprincípio concretizador do princípio do Estado de direito, que, na formulação da CEDH, é expressamente associado ao princípio democrático. Uma análise da jurisprudência do TEDH sobre esta matéria permite confirmar o peso que este princípio assume na aplicação dos critérios da proporcionalidade às leis restritivas da liberdade de expressão. Ele é considerado um princípio autónomo diretamente aplicável, mesmo que as restrições prossigam um interesse legítimo e tenham apoio numa lei formal⁽³²⁾.

Do princípio da proporcionalidade em sentido amplo decorre que as leis restritivas devem prosseguir um *fim legítimo*, que só pode ser a salvaguarda de um direito ou interesse constitucionalmente protegido. Aqui se incluem, nomeadamente, a tutela dos direitos de personalidade ou a salvaguarda da democracia comunicativa inerente ao tipo do Estado Constitucional.

O artigo 10.º, n.º 2, da CEDH menciona, como fins admissíveis, “a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”. A sua prossecução pode vir a legitimar uma restrição.

Do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, resulta também que deve ser utilizado um *meio legítimo*. Nem todos os meios podem ser utilizados para restringir direitos. Este aspeto é especialmente importante no âmbito das liberdades comunicativas, na medida em que o artigo 37.º, n.º 2, da Constituição afirma expressamente que o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

Igualmente relevante, nesta sede, é a exigência de que seja escolhido um *meio adequado* à prossecução do fim visado. Pretende-se evitar, além do mais, restrições excessivas, indiretas, ocultas ou subtis. Mais importante, em termos práticos, afigura-se a exigência da adoção de um *meio necessário*. A medida restritiva deve limitar-se ao estritamente necessário à salvaguarda dos direitos e interesses constitucionalmente protegidos. A mesma aponta para a procura de meios alternativos menos restritivos, menos suscetíveis de ter um impacto compressor da esfera de discurso público. Ela exige, por exemplo, que a pena de multa pelo crime de difamação seja preferida à pena privativa da liberdade, senão mesmo que esta seja pura e simplesmente eliminada.

Do mesmo modo, supõe que a responsabilidade civil seja preferida à responsabilidade penal, desde que aquela também seja, em todos os seus elementos (v.g. ilicitude; dano; nexo de causalidade; montante da indemnização), sujeita aos ditames do princípio da proibição do excesso. Finalmente, a necessidade impõe a preferência por meios que permitam proteger os direitos em presença expandindo a esfera de discurso público (v.g. direito de resposta), por oposição a meios que

31 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 457 ss.

32 Cf., por exemplo, *Público – Comunicação Social, S.A. et Autres c. Portugal* (2010), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, em especial §§ 54-56.

propiciem a sua restrição (v.g. responsabilidade penal e civil)⁽³³⁾.

Finalmente, impõe-se a opção por um *meio proporcional em sentido estrito*. As medidas restritivas das liberdades comunicativas não podem infligir um dano excessivo e exorbitante ao interesse público constitucional de acesso de todos os cidadãos à informação sobre os assuntos de interesse público e social a nível internacional, nacional, regional e local. Este aspeto não pode deixar de ser tido em conta quando se trata do combate à desinformação, nomeadamente nas redes sociais, chamando a atenção para a delicadeza da intervenção restritiva que venha a ser feita neste domínio. Uma ordem constitucional livre e democrática requer uma cidadania informada e participativa, ativamente envolvida na discussão desinibida, robusta e aberta de todas as questões relevantes para o desenvolvimento da personalidade individual e o autogoverno da comunidade.

A Constituição determina que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não podem ser retroativas (artigo 18.º, n.º 3, da Constituição). Elas estão sujeitas ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, que é um subprincípio do princípio do Estado de direito. Do mesmo resulta, além disso, a exigência de precisão, clareza e determinabilidade das leis restritivas. Pretende-se, deste modo, garantir uma relação de previsibilidade entre a hipótese e a consequência jurídica⁽³⁴⁾.

Interpretados com base na conexão semântica que estabelecem entre si, o princípio da segurança jurídica e da proporcionalidade em sentido amplo permitem fundamentar uma preferência por medidas restritivas mais claras e especificadas por comparação a medidas mais abertas, indeterminadas e não especificadas. Uma lei restritiva da liberdade de expressão, em sentido amplo, que seja demasiado vaga e indeterminada, poderá ser considerada inconstitucional se favorecer uma aplicação imprevisível, arbitrária e discriminatória⁽³⁵⁾.

6. Esfera de discurso público e opinião pública

A democracia comunicativa requer a criação de uma *esfera de discurso público* desinibida, robusta e amplamente aberta⁽³⁶⁾, onde possam ser livremente noticiados e debatidos todos os problemas políticos, económicos e sociais de interesse público⁽³⁷⁾. A liberdade de expressão é um direito fundamental que reconhece a existência de discordâncias no plano político, ideológico, ético e social, pretendendo que as mesmas sejam resolvidas pacificamente através da discussão aberta. A liberdade de expressão, tomada no sentido amplo, é um direito fundamental que convida à disputa.

33 Sobre o princípio da preferência dos meios menos gravosos, cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação...*, ob.cit., p. 55 ss.

34 Neste sentido, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], n.ºs 21279/02 and 36448/02 § 41, ECHR 2007XI); *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, 28 March 1990, § 68, Series A n.º 173.

35 Cf. Andrew E. Goldsmith, “The void-for-vagueness doctrine in the Supreme Court, revisited”, *American Journal of Criminal Law*, vol. 30 (2003), p. 279 ss.

36 Cf. Harry Kalven, Jr., ““Uninhibited, robust, and wide-open”: a note on free speech and the Warren Court”, *Michigan Law Review*, vol. 67, n.º 2 (1968), p. 289 ss.

37 Cf. Joseph Blocher, “Public discourse, expert knowledge, and the press”, *Washington Law Review*, vol. 87, n.º2 (2012), p. 409 ss.

As possibilidades jurídicas de crítica contundente, veemente e incisiva, direta ou indireta, são especialmente amplas quando esteja em causa a gestão dos assuntos e dos recursos públicos. Todavia, é essencial garantir que a abertura e amplitude que devem ser notas caracterizadoras da esfera de discurso público numa sociedade democrática não são convertidas numa excessiva e perigosa imposição de tolerância perante ideias tendencialmente subversivas dos valores da democracia.

6.1. Mercado livre das ideias

Na doutrina constitucional ganhou foros de cidade a noção de *mercado livre das ideias*⁽³⁸⁾. Trata-se de transpor, para a esfera pública, a analogia do mercado económico, com as suas características de abertura, concorrência, descentralização da autoridade e neutralidade do Estado. Pretende-se, desse modo, beneficiar consumidores, empresas e o próprio Estado, para além de se favorecer a autonomia individual, a igualdade, a criatividade, a inovação e o progresso técnico.

Numa sociedade democrática, estes mesmos princípios e fins estão em grande medida subjacentes ao confronto de ideias e opiniões. Um mercado livre das ideias diversificado e robusto constitui um dos pilares fundamentais da democracia, propiciando a mais ampla possível disseminação de informação, pontos de vista e opiniões a partir de fontes diversas e antagónicas, realidade essencial ao bem-estar das populações⁽³⁹⁾. A existência de diferentes vozes, a livre circulação de ideias, a concorrência de opiniões e a troca livre e desimpedida de vozes, favorecem a liberdade individual, a igualdade comunicativa, a geração de nova informação e novas ideias, a quantidade e qualidade de operadores de comunicação e a inovação tecnológica.

Todos os argumentos oferecidos a propósito de qualquer controvérsia podem ser testados no confronto comparativo com os correspondentes contra-argumentos. O mercado das ideias tem subjacente um importante princípio de autonomia e descentralização da autoridade, acentuando a soberania do emissor e do recetor. Ele revela hostilidade ao pensamento único, ao totalitarismo comunicativo e ao politicamente correto, favorecendo a liberdade de expressão e informação em todos os domínios, com vantagens para os particulares e o interesse público.

Contudo, não pode escamotear-se a possibilidade e necessidade de intervenção estadual, consistente na consagração legislativa de meios de tutela jurídica, a aplicar pelo poder judicial, para a correção de *falhas de mercado*, nomeadamente quando está em causa a contaminação da esfera de discussão pública com conteúdos expressivos substancialmente falsos que visam uma manipulação das instituições democráticas e a desinformação da opinião pública.

6.2. Questões de interesse público

A invocação do exercício do direito à liberdade de expressão será abusiva e ilícita se, desde logo, a conduta expressiva não realizar um interesse legítimo. Trata-se de um conceito amplo, presente na nossa lei penal da difamação⁽⁴⁰⁾, cujos

38 Cf. Vincent Blasi, “Holmes and the marketplace of ideas”, *The Supreme Court Review*, vol. 2004 (2004), p. 1 ss.

39 Neste sentido se pronunciou o Supremo Tribunal norte-americano no caso *Associated Press v. United States* 326 U.S. 1 (1945).

40 Cf. artigo 180.º, n.º2, al a), do Código Penal.

contornos não é necessário precisar neste contexto. No direito civil, não se encontra idêntica referência, no que diz respeito às ofensas ao crédito e ao bom nome, o que é apenas sintomático da obsolescência do respetivo regime e da necessidade de uma interpretação em conformidade com a Constituição e os direitos humanos.

Esta orientação hermenêutica aponta para uma alargada possibilidade de discussão de *questões de interesse público*, entendido este conceito em termos amplos e não estritamente políticos. O mesmo pode abranger a política, o direito, a religião, a economia, a sociedade, a educação, a ciência, a cultura ou o lazer. Nalguns casos, ele pode abarcar mesmo o discurso aparentemente privado. O alcance da responsabilidade civil e penal por afirmações de facto e juízos de valor proferidos neste contexto é drasticamente reduzido quando se trate de questões de interesse público, mas impondo-se sempre a articulação com os demais critérios de ponderação, como a veracidade dos factos e/ou o cumprimento do dever de informação, ou a existência de base factual suficiente quanto aos juízos de valor, para aferir da licitude ou ilicitude da conduta.

Se não se adotar uma aceção ampla do conceito de *questão de interesse público*, os tribunais ficarão frequentemente colocados numa posição que lhes permite ameaçar perigosamente a integridade da esfera de discurso público e limitar as possibilidades de participação dos cidadãos⁽⁴¹⁾. Independentemente das questões doutrinárias que a delimitação dos bordos exteriores do conceito em análise possa suscitar, não há dúvida de que são questões de interesse público as relativas ao exercício dos poderes do Estado, à gestão dos recursos públicos, o acesso a cuidados de saúde pública, à relação entre os setores público e privado. Trata-se de temas indissociáveis do direito de autogoverno democrático da comunidade política.

O TEDH tem sustentado que as críticas dirigidas à atividade governativa devem ser respondidas na esfera pública, com contra-argumentos, com mais debate, e não através de ações judiciais, civis ou criminais, potencialmente inibitórias e censórias da discussão⁽⁴²⁾, sendo apenas legítima e necessária a convocação dos meios de reação jurídica em casos particularmente graves, como quando está em causa a imputação de factos falsos, gravemente desonrosos, com a consciência da sua falsidade⁽⁴³⁾.

6.3. A procura da verdade

De entre os fundamentos teóricos historicamente atribuídos à liberdade de expressão, não pode deixar de registar-se, com afinco, a procura da verdade. Ela encontrava-se subjacente a diversas correntes de pensamento, como a filosofia de Sócrates, Platão e Aristóteles, a Cristandade Medieval, a Reforma Protestante ou o Iluminismo. A modernidade consolidou a noção de que na dicotomia discursiva inerente a um debate livre e aberto de ideias é mais provável a descoberta da verdade, do que num contexto autoritário em que as ideias são impostas em termos unilaterais e dogmáticos.

41 Convergentemente, Stephen J. Mattingly, “Drawing a dangerous line: why the public-concern test in the constitutional law of defamation is harmful to the first amendment, and what courts should do about it”, *University of Louisville Law Review*, vol. 47, n.º 1 (2008/2009), p. 739 ss.

42 Neste sentido, *Castells v. Spain* (1992), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

43 Cf. *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* (2007); *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina* (2017). In: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

A garantia da liberdade de expressão permite a identificação de mais proposições verdadeiras, ao mesmo tempo que rejeita as proposições falsas, contribuindo, de forma determinante, para a evolução do conhecimento e, portanto, para o progresso da sociedade. É certo que, no processo dialógico, surge inevitavelmente uma margem para o erro, mas somente na livre discussão de ideias é mais plausível a destrição entre a verdade e a falsidade⁽⁴⁴⁾.

Embora a mentira e a desinformação já existam no espaço público há muitos milénios, as filosofias pós-modernas vieram conferir uma pretensa legitimidade epistémica ao desprezo pela verdade, assim entendida⁽⁴⁵⁾. Para elas, não existe verdade fundacional, objetiva, absoluta, para além da mente humana. Longe de corresponder à estrutura ontológica das coisas, a verdade é vista como relativa, contextual, literária, retórica e subjetiva. O pós-modernismo rejeita as dicotomias epistemológicas tradicionais. A racionalidade não tem primazia sobre a irracionalidade, nem a verdade sobre a falsidade. Na versão neo-marxista do pós-modernismo, as palavras não descrevem uma realidade exterior pré-existente, antes a realidade é construída pelas palavras, em função das relações sociais de poder e dominação. Para este entendimento, a linguagem não distorce a realidade, na medida em que não existe realidade antes, fora e para além da linguagem. Pelo contrário, são as palavras que criam a realidade⁽⁴⁶⁾.

Ao mesmo tempo, a opção por uma dada narrativa é impulsionada por fatores como a emoção, a ideologia, a agenda ou o pragmatismo, e não pela procura da verdade e do conhecimento, no sentido tradicional destes termos. Apoiando este entendimento, alguns fabricam e disseminam factos alternativos que corroborem as visões do mundo, ideologias e agendas que professem e negam factos observáveis que sejam percebidos como potencialmente contrários às mesmas. As correntes populistas da atualidade aproveitaram uma parte desta visão das coisas, potenciando a desinformação e a manipulação através das redes sociais⁽⁴⁷⁾.

Na prática, verdade e mentira são vistos como meios alternativos e igualmente válidos para atingir finalidades políticas, jurídicas, económicas, científicas, sociais, culturais ou desportivas. Um candidato, um deputado ou um juiz, por exemplo, poderiam mentir descaradamente numa campanha eleitoral, na Assembleia da República ou numa sentença judicial, sem que isso fosse condenável do ponto de vista dos grupos de interesses que se considerassem beneficiados por tal atitude. Porém, os riscos políticos e jurídicos desta conceção estão à vista de todos. A deliberação racional e o contraditório de que a democracia e o direito dependem deixam de ter qualquer sentido se a verdade dos factos não for importante⁽⁴⁸⁾.

No seu radical subjetivismo corrosivo, vazio de conteúdo ontológico, estas filosofias, acabam por ser absurdas e autocontraditórias. Absurdas, porque não

44 Cf. Frederick Schauer, "Free speech, the search for truth, and the problem of collective knowledge", *SMU Law Review*, vol. 70, n.º 2 (2017), p. 231-232; Stephan M. Feldman, "Postmodern free expression: a philosophical rationale for the digital age", *Marquette Law Review*, vol. 100, n.º 4 (2017), p. 1123 ss.

45 Cf. Daniel C. Dennett, "Postmodernism and truth", in: *The Proceedings of the Twentieth World Congress of Philosophy*, vol. 8: Daniel Dahlstrom (ed.), Contemporary Philosophy, Bowling Green, OH: Philosophy Documentation Center, 2000, p. 93 ss.

46 Cf., em termos gerais, Arthur Marcwick, "Two approaches to the historical study: the metaphysical (including "postmodernism") and the historical", *Journal of Contemporary History*, vol. 30, n.º 1 (1995), p. 1 ss.

47 Cf. Anthony J. Gaughan, "Illiberal democracy: the toxic mix of fake news, hyperpolarization, and partisan election administration", *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, vol. 12, n.º 3 (2017), p. 57 ss.

48 Cf. S.I. Strong, "Alternative facts and the post-truth society: meeting the challenge", *University of Pennsylvania Law Review Online*, vol. 165, n.º 1 (2017), p. 137 ss.

impõem qualquer limite para a construção de realidades alternativas. Termos tão diversos como propriedade, contrato, discurso, crime, sanção, tortura, imposto, democracia, homem ou mulher, são apenas ficções da imaginação e construções sociais, podendo adquirir um qualquer significado e o seu contrário⁴⁹. Os mesmos não passam de convenções retóricas aproveitáveis se e na medida em que isso sirva uma determinada agenda⁽⁵⁰⁾. Abrem-se deste modo as portas ao mundo “pós-verdade”, “pós-liberdade”, “pós-direitos humanos”, “pós-democracia” ou “pós-justiça”⁽⁵¹⁾.

O que diria um filósofo pós-moderno se um tribunal o condenasse a uma pena de 25 anos de prisão por um crime que não cometeu, ou o obrigasse a pagar impostos por imóvel de que não é proprietário, a pretexto de que “não existe realidade fora do texto” da sentença ou da liquidação?⁽⁵²⁾ Mas não é só no direito que o absurdo se faria sentir. A realidade supostamente criada por uma nova palavra não conseguirá salvar uma filósofa pós-moderna que, por rejeitar o conceito de gravidade – por ser o produto cultural de um homem branco, anglo-saxónico, protestante e ocidental – decida saltar do alto da torre da Universidade de Coimbra.

Autocontraditórias, na medida em que não se pode razoavelmente dizer que a verdade objetiva não existe ou não é importante e ao mesmo tempo pretender que essa afirmação seja aceite como objetivamente verdadeira e decisiva. Com efeito, como podemos saber se as afirmações pós-modernas são verdadeiras se não existe verdade? Se a realidade é construída por palavras, com que base é que se pode criticar *fake news*, factos alternativos ou realidades alternativas? A liberdade de expressão e informação e a sociedade democrática e aberta só se deixarão viabilizar se este tipo de filosofias for claramente rejeitado. A erosão da verdade não deve ser aceite pelo direito constitucional como uma fatalidade inelutável. Pelo contrário, ela deve ser abertamente combatida pela filosofia e doutrina do direito⁽⁵³⁾.

Ainda assim, concede-se que a verdade deverá ser perspectivada em termos principiológicos, na medida em que a demonstração ou o alcance da verdade absoluta constitui um escopo inatingível. Por outro lado, a verdade não configura um bem absoluto, no sentido de poder legitimar quaisquer condutas expressivas que a pretendam exteriorizar ou publicitar, pois podem existir interesses ou valores que imponham um silenciamento da verdade em nome da necessidade de lhes conceder maior proteção numa situação concreta, como, por exemplo, a reserva da vida privada, o sigilo profissional, o segredo de justiça ou até a manutenção da ordem e da paz social.

No entanto, a procura da verdade, compreendida como a conformidade entre a manifestação de uma dada proposição e a realidade dos factos políticos, econó-

49 Cf. Catharine A. MacKinnon, “Points against postmodernism”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 75, n.º 3 (2000), p. 687 ss.

50 Cf. Jennifer Lynn Orff, “Demanding justice without truth: the difficulty of the postmodern feminist legal theory”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 28, n.º 3 (1995), p. 1197 ss.; Peter C. Schanck, “Understanding postmodern thought and its implications for statutory interpretation”, *Southern California Law Review*, vol. 65, n.º 6 (1992), p. 2505 ss.

51 Cf. Rodrigo Chacón, “Diagnosing the fault lines of globalization in a post-truth era”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 42, n.º 2 (2018), p. 7 ss.

52 Era esse, como é sabido, o *slogan* do pós-moderno Jacques Derrida, *Of Grammatology*, Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1976, p. 158.

53 Salientando este aspeto, Allison Orr Larsen, “Constitutional Law on an Age of Alternative Facts”, *New York University Law Review*, vol. 93, n.º 2 (2018), p. 175 ss., alertando para as consequências desastrosas que a construção de realidades alternativas pode ter em todas as áreas do direito. Cf., no mesmo sentido, Beryl Blaustone; Lisa Radtke Bliss, “The role of the lawyer and the essential skills to teach Law students in an era of fake news, “alternative facts” and Governing by Disruption”, *Loyola Journal of Public Interest Law*, vol. 19, 2018, p. 141 ss.

micos, sociais e materiais, constitui um móbil estruturante de qualquer sociedade democrática, que se materializa através da proclamação e efetivação das liberdades da comunicação, que tem, assim, como uma das direções de maior preponderância, a purificação dialógica e crítica da esfera de debate público, afastando as ideias menos aptas ou assentes em falsidades.

6.4. O perigo inerente à contaminação da esfera de discurso público e da opinião pública com informações falsas

Se o exercício das liberdades de comunicação visa, nomeadamente, a busca da verdade e do conhecimento, facilmente se compreende que, em simultâneo, pretende expurgar da esfera de discurso público quaisquer factos ou ideias descomprometidos com um princípio de verdade, em homenagem ao *princípio da proteção da confiança dos cidadãos*. A participação sadia na vida cívica depende da formação saudável da opinião pública. Quanto mais esclarecidos os cidadãos de um país, menor é a probabilidade de serem alvo de manipulação da sua vontade política.

A falsidade ou a mentira, quer se consubstanciem numa reprodução errónea ou dolosamente deturpada da realidade, revela-se perigosa para a livre discussão de ideias. Em particular, a contaminação substancial do debate de interesse público com uma factualidade cuja falsidade se conhece prejudica de forma grave o regular funcionamento do livre mercado de ideias, com consequências nefastas para a sociedade democrática⁽⁵⁴⁾.

Com a *Internet* e as redes sociais, assim como com as tecnologias da informação, o nível de conectividade entre as pessoas aumentou exponencialmente. Se, por um lado, esta circunstância veio reforçar o escrutínio dos poderes públicos, que deixou de ser uma função exclusiva da imprensa, também é certo que, por outro lado, sem a mediação do jornalismo, passa a inexistir o necessário filtro para garantir a fidedignidade dos conteúdos noticiosos. O recente fenómeno do recurso massivo a *fake news*, ou seja, a informação falsa publicada na *Internet* com a intenção de influenciar a opinião⁽⁵⁵⁾, teve impacto no resultado do referendo do *Brexit*, nas eleições norte-americanas que elegeram Donald Trump como Presidente⁽⁵⁶⁾ e ainda nas eleições presidenciais brasileiras que elegeram Jair Bolsonaro, o que

54 Cf. Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 237 e ss. As informações falsas disfarçadas de notícias representam um perigo mesmo em abstrato para o público devido à sua índole capciosa. Neste sentido, cf. John Allen Riggins, “Law student unleashes bombshell allegation you won’t believe!: ‘Fake news’ as commercial speech”, *Wake Forest Law Review*, vol. 52, n.º 5 (2017), p. 1313 ss; Emma M. Savino, “Fake news: no one is liable, and that is a problem”, *Buffalo Law Review*, vol. 65, n.º 5 (2017), p. 1101 ss.

55 Cf. Dallas Flick, “Combatting fake news: alternatives to limiting social media misinformation and rehabilitating quality journalism”, *SMU Science & Technology Law Review*, vol. 20, n.º 2 (2017), p. 375; Jeremy Geltzer, “Fake news & film: how alternative facts influence the national discourse”, *Southwestern Law Review*, vol. 47, n.º 2 (2018), p. 297 ss. O impacto das *fake news* tem sido de tal forma intenso que o *Collins English Dictionary* elegeu-as como palavras do ano de 2017. Além disso, o termo tem sido utilizado pelo Presidente Donald Trump para denegrir os meios de comunicação social tradicionais norte-americanos. Cf. Michael K. Park, “Separating fact from fiction: the First Amendment case for addressing ‘fake news’ on social media”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 46, n.º 1 (2018), p. 1 ss. Por detrás da criação de *fake news* estão, muitas vezes, motivações financeiras ou ideológicas. Cf. Idem, *Ibidem*, p. 1 ss.; Brittany Vojak, “Fake news: the commoditization of internet speech”, *California Western International Law Journal*, vol. 48, n.º 1 (2018), p. 123 ss. As *fake news* distinguem-se da sátira, pois, enquanto aquelas se baseiam em factos falsos dolosamente divulgados para enganar o público, a sátira recorre a uma dose de exagero que evidencia a falsidade e é criada com objetivos recreativos e jocosos. Cf. Nina Brown; Jonathan Peters, “Say this, not that: Government regulation and control of social media”, *Syracuse Law Review*, vol. 68, 2018, p. 521-522.

56 Nos últimos três meses de campanha presidencial norte-americana, em 2016, foram mais partilhadas, através das redes sociais, “notícias” falsas do que notícias verdadeiras de fonte jornalística, cf. Matthew LoBello, “The journalism licensing program: a solution to combat the selective exposure theory in our contemporary media landscape”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 36, n.º 2 (2018), p. 509 ss.

demonstra a premência do combate a quaisquer tentativas, logradas ou não, de inserir informações falsas no contexto de uma discussão com interesse público, envolvendo figuras públicas⁽⁵⁷⁾.

Com o sufrágio europeu de 2019 no horizonte, foi aprovada a Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2018, sobre a Utilização pela *Cambridge Analytica* de Dados dos Utilizadores do *Facebook* e o Impacto na Proteção de Dados, onde é reforçada a ideia de que a interferência nas eleições constitui um enorme risco para a democracia⁽⁵⁸⁾. De modo consentâneo, a Assembleia da República discutiu, pela primeira vez, o problema, em 6 de março de 2019, tendo sido aprovado, por maioria, o Projeto de Resolução n.º 2018/XIII que recomenda a adoção de medidas para a aplicação, em Portugal, do Plano Europeu de Ação contra a Desinformação⁽⁵⁹⁾.

Se é certo que o método político da desinformação não corresponde a uma estratégia recente, quando as informações falsas surgem associadas a possibilidades de difusão imediata e ampla, adquirem o poder de moldar os acontecimentos sociais, políticos e económicos à escala global, de uma forma que se pode facilmente revelar perigosa para as sociedades democráticas⁽⁶⁰⁾. Além disso, as informações falsas dolosamente divulgadas caracterizam-se por uma natureza sensacionalista e por serem apelativas em termos de popularidade, o que justifica o seu robusto poder de influência⁽⁶¹⁾.

A qualidade da informação obtida através dos novos *media* revela-se fundamental para o esclarecimento da sociedade, assim como para manter a responsabilidade das forças sociais, governamentais, empresariais e industriais. Neste sentido, algumas redes sociais, como o *Facebook* e o *Twitter*, têm vindo a estudar soluções que permitam assegurar a fiabilidade das notícias em circulação, inclusivamente por recurso a métodos de verificação dos factos (*fact checking*),

57 Cf. Lee K. Royster, “Recent development: fake news: potential solutions to the online epidemic”, *North Carolina Law Review*, vol. 96, n.º 1 (2017), p. 270 ss; Annie C. Hundley, “Fake news and the First Amendment: how false political speech kills the marketplace of ideas”, *Tulane Law Review*, vol. 92, n.º 2 (2017), p. 497 ss; Philip M. Napoli, “What if more speech is no longer the solution? First Amendment theory meets fake news and the filter bubble”, *Federal Communications Law Journal*, vol. 70, n.º 1 (2018), p. 55 ss; Erwin Chemerinsky, “Fake news, weaponized defamation and the First Amendment”, *Southwestern Law Review*, vol. 47, n.º 2 (2018), p. 291 ss; Carol Pauli, “Fake news, no news, and the needs of local communities”, *Howard Law Journal*, vol. 61, 2018, p. 563 ss; Alexandra Andorfer, “Spreading like wildfire: solutions for abating the fake news problem on social media via technology controls and government regulation”, *Hastings Law Journal*, vol. 69, n.º 5 (2018), p. 1409 ss; Michael K. Park, “Separating...”, *ob.cit.*, p. 1 ss.

58 *In*: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0433&format=XML&language=PT>. Merece ainda referência a existência de outros documentos internacionais sobre o problema das *fake news* de que é exemplo a *Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e “Notícias Falsas”, Desinformação e Propaganda*, adotada em Genebra/Viena, em 3 de março de 2017, assinada por representantes das Nações Unidas, da OSCE, da Organização dos Estados Americanos e da CADHP – Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos – *in*: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21287&LangID=E>.

59 Em 5 de dezembro de 2018, foi adotada, em Bruxelas, uma *Comunicação Conjunta ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões* – Plano de Ação contra a Desinformação [JOIN(2018) 36 final] – *in*: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/action-plan-against-disinformation>. Neste âmbito, a desinformação é compreendida como “uma informação verificável, falsa ou enganosa, que é criada, apresentada e divulgada para ganho económico ou para enganar intencionalmente o público, e suscetível de causar danos públicos. Os danos públicos incluem ameaças aos processos democráticos, bem como a bens públicos, como a saúde, o ambiente ou a segurança dos cidadãos da União. A desinformação não inclui erros por inadvertência, sátira e paródia, ou notícias e comentários partidários claramente identificados”. *In*: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=43498>. Ao contrário de Portugal, países como a França e a Alemanha já legislaram sobre esta matéria.

60 Cf. Dallas Flick, “Combating fake news: alternatives to limiting social media misinformation and rehabilitating quality journalism”, *SMU Science & Technology Law Review*, vol. 20, n.º 2 (2017), p. 375 ss; Ari Ezra Waldman, “The marketplace of fake news”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 20, n.º 4 (2018), p. 845 ss.

61 Cf. Carol Watson, “Information literacy in a fake/false news world: an overview of the characteristics of fake news and its historical development”, *International Journal of Legal Information*, vol. 46, n.º 2 (2018), p. 93 ss.

a algoritmos e a inteligência artificial, que não se livram de ser frequentemente apontados, mesmo à partida, como insuficientes⁽⁶²⁾. De resto, se existe alguma desconfiança em relação à eficácia dos meios de autorregulação, as propostas de heterorregulação revelam-se perigosas, por poderem facilmente desembocar em medidas censórias⁽⁶³⁾.

Nesta linha, há quem propugne que a alternativa melhor deverá passar pelo incremento da literacia mediática dos cidadãos (*media literacy*)⁽⁶⁴⁾. Conforme a Diretiva (UE) 2018/1808 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018, que alterou a Diretiva 2010/13/UE (Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual), a literacia mediática reporta-se às “competências, aos conhecimentos e à compreensão que permitem aos cidadãos utilizar os meios de comunicação social de forma eficaz e segura. A fim de que os cidadãos possam aceder à informação e utilizem, analisem de forma crítica e criem conteúdos mediáticos de forma responsável e segura, deverão possuir elevadas competências de literacia mediática”. Esta não deverá confinar-se a uma aprendizagem centrada em ferramentas e tecnologias, pois, deverá também procurar dotar os cidadãos das competências de pensamento crítico necessárias para emitir juízos, analisar realidades complexas e reconhecer a diferença entre factos e opiniões. Assim, sublinha que é crucial que “tanto os fornecedores de serviços de comunicação social como as plataformas de partilha de vídeos, em cooperação com todas as partes interessadas relevantes, promovam o desenvolvimento da literacia mediática em todos os quadrantes da sociedade, para os cidadãos de todas as faixas etárias e para todos os meios de comunicação social, e que a sua evolução seja acompanhada de perto”⁽⁶⁵⁾.

No entanto, a par de eventuais medidas neste campo, é imperioso reafirmar a importância do jornalismo profissional, tornando-se evidente a necessidade de encontrar formas de reforçar a sua estrutura económica, a liberdade de imprensa, a independência dos meios de comunicação social e a investigação jornalística⁽⁶⁶⁾. De facto, a crise do jornalismo tradicional, assente em fatores como uma acentuada quebra nas vendas das edições em papel, perda de patrocinadores – que se deslocaram, em grande medida, para as redes sociais – ou a precariedade dos vínculos laborais do jornalista, contribui substancialmente para o sucesso da estratégia da desinformação. Se os cidadãos acedem a conteúdos informativos, de forma gratuita, em particular, através de partilhas nas redes sociais, sem verificar a fidedignidade da fonte da notícia, a probabilidade de formarem a sua opinião sobre questões de interesse público com base em informações falsas é exponencial.

62 Cf. Ari Ezra Waldman, “The marketplace of fake news”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 20, n.º 4, 2018, p. 857 ss; Joel Timmer, “Fighting falsity...”, ob.cit., p. 669 ss. Alguns autores norte-americanos alertam também para o perigo de regular as *fake news*, em virtude de poder implicar uma restrição à Primeira Emenda. Cf. Nina I. Brown; Jonathan Peters, “Say this, not that: Government regulation and control of social media”, *Syracuse Law Review*, vol. 68, 2018, p. 521 ss.

63 Cf. Damien Tambini, *Fake News: Public Policy Responses*, London: Media Policy Project, London School of Economics and Political Science, 2017, p. 1-16; Caroline Delmazo; Jonas C. L. Valente, “Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques”, *Media & Jornalismo*, n.º 32, vol. 18, n.º 1 (2018), p. 166.

64 Cf. Ari Ezra Waldman, “The marketplace...”, ob.cit., p. 845 ss; Joel Timmer, “Fighting falsity...”, ob.cit., p. 669 ss; David Goldberg, “Responding to ‘fake news’: is there an alternative to law and regulation?”, *Southwestern Law Review*, vol. 47, n.º 2 (2018), p. 417 ss.

65 In: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1808&qid=1551957202355&from=en>.

66 Cf. Dallas Flick, “Combatting fake news...”, ob.cit., p. 375 ss. Com efeito, as *fake news* fragilizam a própria liberdade de imprensa, na medida em que os cidadãos ficam confundidos sobre o que é ou não verdade, ficando, assim, neutralizada a função de escrutínio dos poderes públicos a cargo dos meios de comunicação social. Cf. Andrea Butler, “Protecting the democratic role of the press: a legal solution to fake news”, *Washington University Law Review*, vol. 96, n.º 2 (2018), p. 419-420.

Por outro lado, se a celeridade e o imediatismo são cruciais em matéria de divulgação de notícias, também é certo que, numa época em que existe muita poluição informativa, é necessário mais tempo para verificar os factos, impondo-se um equilíbrio entre os interesses do imediatismo (e do lucro) e o cumprimento dos deveres deontológicos, de forma a garantir a defesa da veracidade da notícia que é dada em primeira mão, ou seja, ainda que se venha a revelar errada, tem de poder demonstrar-se que houve um cuidado razoável de verificação dos factos.

Aliás, as *fake news* podem ser uma oportunidade para reerguer o jornalismo de referência, comprometido com o cumprimento dos deveres deontológicos e com um princípio de veracidade. Se os cidadãos deixam de ser capazes de discernir o que é verdadeiro ou falso, é a confiança na democracia que fica prejudicada, infligindo um profundo golpe na desejável participação esclarecida na vida cívica. Neste sentido, o jornalismo de qualidade, apostado numa existência cada vez mais digital, pode ser uma das soluções para a *crise de confiança* na veracidade dos conteúdos informativos divulgados⁽⁶⁷⁾.

Na metáfora do livre mercado das ideias, as melhores ideias vencem, enquanto as menos aptas são colocadas de fora, sendo o regular funcionamento do mercado o mais eficaz teste da verdade⁽⁶⁸⁾. Contudo, existem falhas de mercado e as *fake news* são disso exemplo. Isto, sem esquecer o perigo acrescido da *falsidade profunda* (*deep fake*), potenciada pelas possibilidades tecnológicas quase ilimitadas de manipulação da imagem e da palavra até ao ponto de ser impossível refutar a respetiva autenticidade⁽⁶⁹⁾. A sua ascensão, despoletada pela assimetria informativa e pela incapacidade dos consumidores de distinguir as notícias verdadeiras e falsas, compromete o mercado das ideias e a esfera de discurso público⁽⁷⁰⁾. Aliás, a difusão de informações falsas sobre questões de interesse público⁽⁷¹⁾ não é apenas um perigo em si mesma como produz uma espécie de *efeito de irradiação negativo* em relação a informações verdadeiras⁽⁷²⁾.

Se, por um lado, as informações falsas são divulgadas para enganar o cidadão e para deformar a sua opinião pública e a vontade política, por outro lado, quando estão em causa notícias assentes em factos verdadeiros e de interesse público, o cidadão já não atualiza a sua opinião e o seu sentido de voto em termos conformes com um eventual juízo crítico porque admite que, apesar de grave, a notícia pode ser falsa⁽⁷³⁾.

67 Cf. Terry Flew, “Digital communication, the crisis of trust, and the post-global”, *Communication Research and Practice*, vol. 5, n.º1 (2019), p. 4-22; Charlie Beckett, “‘Fake news’: the best thing that’s happened to journalism”, *POLIS: Journalism and Society at the LSE*, 11 Mar 2017, in: <http://eprints.lse.ac.uk/76568/>.

68 Cf., na jurisprudência do Supremo Tribunal norte-americano, *Abrams v. United States*, a opinião dissidente do juiz Oliver Wendell Holmes, 250 U.S. 616, 630 (1919).

69 Cf. Sarah Brayne; Karen Levy; Bryce Clayton Newell, “Visual Data and the Law”, *Law and Social Inquiry*, vol. 43, n.º 4 (2018), p. 1149 ss.

70 Em termos puros, alguns autores defendem que a doutrina do livre mercado das ideias apenas é aplicável a ideias, excluindo os factos e, assim, as *fake news*. Neste sentido, cf. Ari Ezra Waldman, “The marketplace...”, ob.cit., p. 848; Clay Calvert; Stephanie McNeff; Austin Vining; Sebastian Zarate, “Fake news and the First Amendment: reconciling a disconnect between theory and doctrine”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 86, n.º1 (2018), p. 99 ss.

71 Com efeito, o perigo democrático subjacente às *fake news* radica sobretudo em factos de interesse público, pois, informações falsas sobre questões que nada importam à sociedade não são aqui o cerne do problema. Cf. Marc Jonathan Blitz, “Lies, line drawing, and (deep) fake news”, *Oklahoma Law Review*, vol. 71, n.º1 (2018), p. 59 ss.

72 Cf. Andrea Butler, “Protecting...”, ob.cit., p. 419 ss.

73 Tem sido, aliás, esta a estratégia do Presidente Donald Trump sempre que os meios de comunicação social de referência lhe imputam alguma conduta merecedora de um juízo crítico por parte dos cidadãos. A sua administração recorre frequentemente a acusações de *fake news* em relação a notícias veiculadas pela imprensa, assim como se defende com ‘factos alternativos’ quando confrontada com verdades embaraçosas. Cf. Michael K. Park, “Separating...”, ob.cit., p. 1 ss.

Nesta senda, os poderes públicos deixam de ser escrutinados e as instituições públicas, que se querem transparentes, passam a estar envoltas numa cortina negra que esconde, da luz do dia, quaisquer patologias subjacentes ao exercício de cargos públicos e ao funcionamento dos diversos edifícios da sociedade democrática. E, em última instância, é a própria democracia que fica em risco de não sobrevivência. A confiança na relação entre governantes e governados, instituições públicas e entidades privadas e cidadãos em geral de que todas as formas de governo democrático dependem dá lugar à desconfiança generalizada. Neste ambiente de obscurantismo, os cidadãos passam a viver em bolhas de filtro (*filter bubbles*), direcionadas a manobrar a opinião pública, a incitar à polarização política da sociedade e a promover o extremismo violento e o discurso do ódio⁽⁷⁴⁾.

B. DIREITO À HONRA

O direito ao bom nome, à honra, ao crédito e à reputação pretende proteger os indivíduos contra imputações difamatórias que, pela sua falsidade, coloquem em causa a imagem moral externa da pessoa e o seu estatuto social, podendo comprometer a sua capacidade de ação e interação nas esferas da vida social em que ele pretenda movimentar-se⁽⁷⁵⁾. Assim sucede quando essas imputações sujeitam a pessoa visada ao ódio, ao desrespeito ou ao ridículo dos seus concidadãos⁽⁷⁶⁾. Este direito de personalidade tem sido associado ao direito à felicidade pessoal, que pressupõe que o indivíduo deva ser protegido diante de ataques desnecessários ao seu carácter, ao seu estatuto social e ao seu bom nome e reputação⁽⁷⁷⁾ e, nalguns casos, mesmo de elogios e louvores imerecidos, por vezes motivo de forte desconforto⁽⁷⁸⁾.

Justifica-se, sem reticências, a sua tutela penal e civil, estruturadora da respetiva proteção de natureza sancionatória, reparatória e inibitória. Não se pretende proteger *pseudo-reputações*, na medida em que estas, ao protegerem injustificadamente quem delas se pretende prevalecer, podem prejudicar aqueles que com ele interagem, violando os princípios básicos de verdade, boa-fé, igualdade e reciprocidade, materialmente informadoras do tráfico jurídico⁽⁷⁹⁾. O ordenamento jurídico só visa proteger a honra, o crédito e o bom nome que sejam efetivamente merecidos e devidos⁽⁸⁰⁾.

74 Sobre a relação interna entre democracia e confiança, cf. Mark E. Warren (ed.), *Democracy and Trust*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 22 ss., 42 ss., e 88 ss. Sobre a polarização política, cf. Terry Flew, “Digital communication, the crisis of trust, and the post-global”, *Communication Research and Practice*, vol. 5, n.º1 (2019), p. 4-22; <https://www.coe.int/en/web/campaign-free-to-speak-safe-to-learn/dealing-with-propaganda-misinformation-and-fake-news>. Na Índia, a divulgação de informações falsas através do *Whatsapp* já despoletou uma recente onda de violência que comprova o poder nefasto das *fake news* – in: <http://www.forbesindia.com/blog/public-good/to-stop-fake-news-outrage-is-not-enough/>.

75 Cf. J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 466 ss.; Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 759 ss.

76 Cf. Roger Armstrong; Mark Lee, “Documentaries, docudramas and dramatic license: crossing the legal minefield”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 8, 2001-2002, p. 23 ss.

77 Cf. Teri Hollander, “Enjoining unauthorized biographies and docudramas”, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, vol. 16, n.º 1 (1995), p. 150 ss.

78 Cf. Andrew Osorio, “Twilight: the fading of false light invasion of privacy”, *New York University Annual Survey of American Law*, vol. 66, n.º1 (2010), p. 198 ss.

79 Cf. Laura Heymann, “The law of reputation and the interest of the audience”, *Boston College Law Review*, vol. 52, n.º 4 (2011), p. 1341 ss.

80 Cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação...*, ob.cit., p. 12 ss.

As pessoas tomam as suas decisões envolvendo pessoas, empresas, produtos ou serviços com base na respetiva reputação, tendo todo o interesse em basear essas decisões em informação verdadeira⁽⁸¹⁾. Embora este princípio seja geralmente aceite, a sua concretização substantiva e processual conhece, nos vários ordenamentos jurídicos, diferenças substanciais. É o que ocorre, desde logo, com as imputações difamatórias.

Nos Estados Unidos, tradicionalmente conhecidos como defensores de uma conceção assaz alargada de liberdade de expressão, o direito ao bom nome e reputação nem sempre protege contra imputações difamatórias, em particular em relação a figuras públicas, incluindo titulares de cargos políticos e celebridades. Mesmo aí o Supremo Tribunal norte-americano não hesita em reconhecer a legitimidade do recurso a ações judiciais por parte de figuras públicas quando estas logram demonstrar a falsidade das imputações, que foram feitas com o conhecimento da sua falsidade ou com indiferença irresponsável relativamente à sua verdade ou falsidade, daí advindo danos⁽⁸²⁾.

1. Consagração internacional, constitucional e legislativa

No plano internacional, importa salientar, desde logo, a CEDH, que erigiu o direito à honra como um dos bens jurídicos cuja proteção pode, em certas circunstâncias, legitimar uma interferência no direito à liberdade de expressão (artigo 10.º, n.º2). Em sentido convergente, deve ainda trazer-se à colação a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 1.º; artigo 11.º; artigo 53.º, relevando, neste âmbito, a remissão para a CEDH). Além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não deixou de consagrar idêntica tutela do bem jurídico (artigo 12.º), o mesmo sucedendo com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 19.º, §3, 1). No plano regional, encontramos semelhante consagração em instrumentos normativos internacionais como a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 13.º, n.º2, al. a)) ou a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança (artigo 10.º).

Sem prejuízo das suas múltiplas vestes na terminologia jurídica – *v.g.* honra, reputação, bom nome, consideração social, crédito – é indubitável a sua elevação à categoria de bem jurídico-constitucional, integrando a constelação de direitos fundamentais. O artigo 26.º, n.º 1, da Lei Fundamental estatui que “[a] todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, *ao bom nome e reputação*, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

Além disso, o bem jurídico é tutelado pelo Direito Civil (artigo 70.º, n.º1; 79.º, n.º3; 484.º CC) e pelo Direito Penal (artigos 180.º e ss, CP). A tutela da honra é ainda evidenciada por legislação avulsa, como a Lei da Imprensa⁽⁸³⁾ (*v.g.* artigo 24.º, n.º1), a Lei da Televisão⁽⁸⁴⁾ (*v.g.* artigo 27.º, n.º1), a Lei da Rádio⁽⁸⁵⁾ (*v.g.* artigo 27.º,

81 Cf. Laura Heymann, “The law...”, *ob.cit.*, p. 1418 ss.

82 Assim é desde o caso fundamental, *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964).

83 Cf. Lei n.º 2/99, de 13/01, alterada pela Lei n.º 18/2003, de 11/06, pela Lei n.º 19/2012, de 08/05 e pela Lei n.º 78/2015, de 29/07.

84 Cf. Lei n.º 27/2007, de 30/07, atualizada pela Lei n.º 8/2011, de 11/04, pela Lei n.º 40/2014, de 09/07 e pela Lei n.º 78/2015, de 29/07.

85 Cf. Lei n.º 54/2010, de 24/12, atualizada pela Lei n.º 38/2014, de 09/07 e pela Lei n.º 78/2015, de 29/07.

n.º1) ou o Estatuto do Jornalista⁽⁸⁶⁾ (v.g. artigo 14.º, n.º2, al. g)). No seu conjunto, estas disposições demonstram que o ordenamento jurídico não se compadece com a disseminação de *fake news* sobre a pessoa e a conduta dos indivíduos.

2. Titularidade: pessoas singulares e coletivas

Enquanto direito fundamental, o direito ao bom nome e reputação encontra-se submetido ao princípio da universalidade, em matéria de titularidade. Com efeito, à luz do artigo 12.º da Constituição, “[t]odos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”. Deste modo, à semelhança do direito à liberdade de expressão, o direito à honra é um direito fundamental de todos os seres humanos, sendo uma decorrência da dignidade da pessoa humana. Nesta esteira, compreende-se que a Lei Fundamental equipare, para estes efeitos, os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal, garantindo-lhes, salvo algumas exceções, os mesmos direitos e submetendo-os aos mesmos deveres impostos ao cidadão português (artigo 15.º).

Contudo, a Constituição não se limita a assegurar o direito ao bom nome e reputação ao indivíduo. Sendo certo que, de um ponto de vista histórico, se trata de um bem jurídico associado às pessoas singulares, dúvidas não existirão do acerto do reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais a pessoas coletivas. Nesta linha, a cartilha constitucional estende a tutela às pessoas coletivas, estatuidando que estas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza (artigo 12.º, n.º 2).

De forma idêntica, o TEDH nunca hesitou em admitir uma interferência legítima no direito à liberdade de expressão em nome da necessidade de proteger o bom nome de uma pessoa coletiva. Contudo, em termos comparativos, é mais amplo o âmbito de tutela do direito à honra de pessoa singular do que de pessoa coletiva, devendo esta diferente natureza ter impacto ao nível da ponderação entre bens jurídicos conflitantes⁽⁸⁷⁾.

3. Dimensões hermenêuticas tuteladas

A honra, o crédito e o bom nome são bens ligados à preservação da dignidade individual em sociedade⁽⁸⁸⁾. A sua razão de ser prende-se, em primeira linha, com a proteção do indivíduo diante de afirmações de facto falsas. Este direito não abarca a proteção de reputações infundadas e imerecidas, suscetíveis de induzir outros em erro e causar danos. Por isso, o direito não assegura tutela contra toda e qualquer imputação que lese a reputação, o crédito e o bom nome⁽⁸⁹⁾.

A defesa destes bens da personalidade deve ser feita num quadro geral de promoção da verdade, do conhecimento, da transparência e da confiança. Por esse motivo, ela não pode restringir de maneira desproporcional a liberdade de expressão e informação colocando em causa a integridade da esfera de discurso

86 Cf. Lei n.º 1/99, de 01/01, atualizada pela Lei n.º 64/2007, de 06/11 e com a retificação n.º 114/2007, de 20/12.

87 A título exemplificativo, *Público - Comunicação Social, S.A. et Autres c. Portugal* (2010), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.
88 Cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Curso de Direito da Comunicação Social*, Lisboa: Wolters Kluwer, 2013, p. 110 ss.

89 Cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação...*, ob.cit., p. 12 ss.

público inerente a um Estado de direito democrático⁽⁹⁰⁾. Pelo contrário, o direito à honra, ao crédito e ao bom nome é restringido perante a necessidade de assegurar a difusão e discussão de informação sobre questões de interesse público⁽⁹¹⁾.

Daqui decorre o dever de interpretar as normas legais referentes à tutela da honra, do bom nome e da reputação em conformidade com a Constituição, de forma a colocá-las ao serviço da promoção das finalidades constitucionais substantivas de proteção de uma sociedade livre e democrática, onde as questões de interesse público sejam objeto de informação e discussão livre e aberta.

Semelhante orientação foi, desde há muito, seguida, como se sabe, pelo Supremo Tribunal norte-americano, que, neste domínio, tem tido uma função precursora, salientando a relevância das normas constitucionais no domínio da difamação⁽⁹²⁾. Na sua célebre decisão do caso *New York Times Co. v. Sullivan*⁽⁹³⁾, afirmou que a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, consagradora da liberdade de expressão e de imprensa, estabelece limites ao “*direito da difamação*”, ou seja, à proteção que a ordem jurídica de um Estado democrático pode conceder ao bom nome de uma pessoa individual ou coletiva. No domínio da discussão de relevo político, só quando uma imputação alegadamente difamatória tiver sido proferida com conhecimento da sua falsidade – situação que podemos reconduzir ao dolo – ou com uma indiferença displicente relativamente à sua veracidade – situação que podemos reconduzir ao dolo eventual e à negligência grosseira (*reckless disregard for the truth*).

Posteriormente, este tribunal foi ainda mais longe, sustentando que a liberdade de expressão requer a verificação destes critérios sempre que se esteja perante imputações dirigidas a autoridades públicas (*public officials*) e figuras públicas, entendidas estas como pessoas que tenham assumido papéis de especial proeminência nos assuntos, questões ou negócios da sociedade⁽⁹⁴⁾. Para haver difamação de uma autoridade pública ou de uma figura pública é necessário que um facto objetivamente verificável tenha sido afirmado com conhecimento da sua falsidade ou com indiferença displicente relativamente à sua veracidade. Este critério, que exclui a mera culpa, pretende proteger a liberdade de informação e de discussão das questões de interesse público, mesmo que não estritamente político⁽⁹⁵⁾.

A aplicação de um entendimento aproximado no contexto da ordem jurídica portuguesa é possível se forem adotadas determinadas estratégias hermenêuticas. Daqui resulta que as *afirmações de facto* ou os *juízos valor* que um jornalista, articulista ou normal cidadão faça sobre a conduta de indivíduos ou instituições publicamente relevantes devem ter unicamente como limite a consciência ou a suspeita fundada da falsidade das mesmas ou a falta de quaisquer indícios sérios da sua verdade.

Do ponto de vista do direito constitucional à liberdade de expressão e de informação, deve ser possível exprimir suspeitas – razoavelmente apoiadas, por via

90 Cf. *Lingens v. Austria* (1986), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

91 Cf. *Oberschlick v. Austria* (n.º 1) (1991), 25-26, 57-59; *Vereinigung Demokratischer Soldaten sterreichs and Gubi v. Austria* (1994), p. 17, 37. In: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

92 Cf. Dwight L. Teeter Jr.; Don R. Le Duc; Bill Loving, *Law of Mass Communications* (9ª ed.), New York: Foundation Press, 1998, p. 206 ss.

93 Cf. 376 U.S. 254 (1964).

94 Cf. *Curtis Publ'g Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 155 (1967)

95 Cf. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 345 (1974); *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1, 19 (1990).

dedutiva, indutiva e abdutiva, em evidências factuais circunstanciais – de que algo vai mal no funcionamento das instituições socialmente relevantes, *latu sensu*, sem que seja exigível que se consiga provar num tribunal, aspeto particularmente relevante naquelas situações da vida pública em que “é irresponsável não especular”.

Quando toma conhecimento da existência de fatores indiciadores de irregularidade, disfunções ou corrupção no funcionamento das instituições, um jornalista ou um cidadão não devem ter que provar completamente a verdade dos factos, mas apenas a plausibilidade racional desses indícios e das inferências ou dos juízos de valor apoiados nos mesmos. Isto, tanto mais quanto é certo que, em muitos casos, os responsáveis pelo irregular funcionamento das instituições políticas e sociais são os primeiros a ocultar as informações necessárias para provar essa irregularidade⁽⁹⁶⁾.

O princípio anticorrupção, inerente à normatividade constitucional, requer efetividade nas soluções, para que o combate às patologias do poder não se torne impossível ou extremamente difícil⁽⁹⁷⁾. O âmbito de tutela do direito à liberdade de expressão deve, assim, ser definido com uma amplitude tão extensa quanto possível, encontrando somente um limite intransponível em condutas graves, de que é exemplo a divulgação consciente de falsidades.

4. Eficácia jurídica, restrições e colisões

À semelhança do que sucede com o direito à liberdade de expressão e com os demais direitos fundamentais, o direito ao bom nome e reputação é diretamente aplicável e vincula entidades públicas e privadas. Isto significa, desde logo, que não necessita de qualquer interposição do legislador para poder ser invocado, decorrendo diretamente da Constituição (*ex constitutione*)⁽⁹⁸⁾. No entanto, a tutela do direito à honra não justifica a desconsideração de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, como o direito à liberdade de expressão, não lhe sendo legítimo neutralizar as funções subjetivas e objetivas que este último direito desempenha numa sociedade democrática. No direito constitucional dos direitos fundamentais, a liberdade é, como vimos, a regra e a restrição à liberdade é a exceção⁽⁹⁹⁾.

Por esse motivo, as restrições estão sujeitas a uma *reserva de lei formal qualificada*, obedecendo a princípios especialmente rigorosos, onde estão inscritos os *limites dos limites*⁽¹⁰⁰⁾. Em primeiro lugar, os fundamentos de restrição de

96 Cf. Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 807. Cf., entre nós, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, I Secção, Processo nº 941/09.0TVLSB.L1.S1, de 21-10-2014., em cujo sumário se pode ler: “I - A prevalência do direito à honra e ao bom-nome, no confronto com o direito à liberdade de expressão e de informação, relativamente a afirmações lesivas do mesmo, não se compadece com as situações em que aquelas afirmações, embora potencialmente ofensivas, sirvam o fim legítimo do direito à informação e não ultrapassem o que se mostra necessário ao cumprimento da função pública da imprensa. II - O direito do público a ser informado tem como referência a utilidade social da notícia – interesse público –, devendo restringir-se aos factos e acontecimentos que sejam relevantes para a vivência social, apresentados com respeito pela verdade. III - A verdade noticiosa não significa verdade absoluta: o critério de verdade deve ser mitigado com a obrigação que impende sobre qualquer jornalista de um esforço de objetividade e seguindo um critério de crença fundada na verdade.”

97 Cf. Zephyr Teachout, “Constitutional purpose and the anti-corruption principle”, *Northwestern Law Review Colloquy*, vol. 108 (2014), p. 200 ss.

98 Cf. Wilson Steinmetz, “Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais”, in: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, p 22 ss.

99 Cf. J. J. Gomes Canotilho; Jónatas E. M. Machado, “*Reality Shows*” e *Liberdade de Programação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 10 ss.

100 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 451 ss; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am

direitos devem procurar-se no interior da própria Constituição. Em segundo lugar, as restrições estão sujeitas a um princípio de excepcionalidade e de ponderação proporcional de direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Por serem excepcionais, as limitações aos direitos fundamentais devem ser devidamente fundamentadas e interpretadas restritivamente.

Daqui decorre que as restrições legais de direitos e a resolução administrativa e judicial de colisões de direitos constitucionalmente protegidos estão sujeitas a uma metódica de ponderação de direitos e interesses em presença, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso⁽¹⁰¹⁾. No caso das restrições, estas devem ter fundamento constitucional e consistir nos meios menos limitativos que sejam adequados, necessários e proporcionais, em sentido estrito, à sua salvaguarda⁽¹⁰²⁾.

Na resolução de colisões deve procurar-se, numa lógica de proporcionalidade, o ponto ótimo de equilíbrio, que se revele menos oneroso para os direitos em presença, tomando em consideração todas as circunstâncias do caso. A metodologia de ponderação proporcional e harmonização equilibrada é essencial à emergência de um ambiente discursivo globalmente positivo e justo, fundamental à criação de oportunidades comunicativas para os indivíduos e para os grupos¹⁰³. É também a esta metodologia que se deve recorrer quando se opera a interpretação das leis em conformidade com a Constituição⁽¹⁰⁴⁾ e desta em conformidade com os direitos humanos⁽¹⁰⁵⁾.

5. Dignidade humana e direitos de personalidade

A tutela da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade constituem elementos estruturantes do Estado Constitucional. Estes valores postulam a natureza moral e racional do ser humano e a sua autonomia e responsabilidade. Eles incorporam um dever de proteção de determinadas dimensões imateriais da personalidade, como a consciência, a autonomia, o pensamento e a reputação. Nisso se consubstanciam os chamados direitos de personalidade.

Ao mesmo tempo que garante a liberdade de expressão, no artigo 37.º, a Constituição determina, no n.º1 do artigo 26.º, que “[a] todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”. Por que assim é, tanto os direitos que compõem a liberdade de expressão em sentido amplo, como os direitos de personalidade devem ser considerados traves mestras de uma sociedade livre, pluralista e democrática, assente num princípio de dignidade e autonomia⁽¹⁰⁶⁾. Eles complementam-se na afirmação e proteção da dignidade da pessoa humana e na construção de uma sociedade aberta.

Main: Suhrkamp, 1986, 258 ss.

101 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 1236 ss; Robert Alexy, *Theorie...*, ob.cit., p. 143 ss.

102 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 457 ss.

103 Cf. Hannes Rösler, “Dignitarian posthumous personality rights - an analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 26, n.º1 (2008), p. 167.

104 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 1310 ss.

105 Cf. Francesca Bignami, “The case for tolerant constitutional patriotism: the right to privacy before the European Court”, *Cornell International Law Journal*, vol. 41, n.º 2 (2008), p. 218 ss.

106 Cf. Hannes Rösler, “Dignitarian...”, ob.cit., p. 158.

Um nível satisfatório de proteção dos direitos de personalidade pode inclusive encorajar uma maior participação na esfera pública, ao abrigo da liberdade de expressão, na medida em que confere aos indivíduos uma maior confiança na proteção da sua individualidade⁽¹⁰⁷⁾. Daqui decorre uma importante consequência hermenêutica. A liberdade de expressão em sentido amplo e os direitos de personalidade não podem ser dissociados por uma leitura do texto constitucional apostado em identificar, radicalizar e explorar antinomias, antagonismos e contradições, reais ou hipotéticos. Antes devem ser alvo de uma leitura sinóptica e de uma interpretação sistemática, consentânea com o princípio da *unidade da Constituição*⁽¹⁰⁸⁾.

6. O caso das figuras públicas: conceito, limites e tipologia

A distinção entre figuras públicas e figuras privadas reveste-se de valor dogmático estruturante na conceitualização do âmbito de proteção da liberdade de expressão e de informação. Ela é um lugar-comum na doutrina que se dedica ao estudo deste direito fundamental do ponto de vista do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos. Mas não se trata apenas de uma construção doutrinal. Essa diferenciação já se encontra incorporada e consolidada na jurisprudência constitucional dos mais variados quadrantes e, em termos especialmente relevantes para o direito português, na jurisprudência do TEDH.

Uma conceção da liberdade de expressão com um âmbito normativo alargado conduz, compreensivelmente, a um conceito relativamente amplo de figura pública. Na doutrina e na jurisprudência germânica, fala-se de *personas da história do tempo* (*Person der Zeitgeschichte*), em sentido absoluto e relativo, embora com o significado de pessoa da história contemporânea⁽¹⁰⁹⁾. Trata-se de um conceito amplo, que se estende para além da esfera estritamente política, para as esferas económica, social e cultural, admitindo, por isso, uma grande diversidade de concretizações⁽¹¹⁰⁾.

Na jurisprudência norte-americana existe igualmente o conceito de figura pública⁽¹¹¹⁾. Aí a taxonomia das figuras públicas tem sido procurada a partir de diferentes binómios, distinguindo entre figuras públicas voluntárias e involuntárias, definitivas e temporárias, ilimitadas e limitadas. Através desta metodologia o conceito de figura pública é densificado a partir do seu interior. O bordo exterior do conceito é delimitado por contraposição com a figura privada⁽¹¹²⁾.

Embora o conceito norte-americano de figura pública surja associado às *nuances* do respetivo direito da responsabilidade (*v.g. torts, liability*), ele cruza-se frequentemente com a construção dogmática alemã. A respetiva densificação é particularmente sugestiva, na medida em que evidencia a complexidade da interação dos indivíduos com a esfera pública⁽¹¹³⁾. Vale a pena olhar o conceito mais de perto.

107 Cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação...*, ob.cit., p. 34 ss.

108 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 1223 ss.

109 Cf. Frank Fechner, *Medienrecht* (10. Auf.), Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2009, p. 77 ss; Axel Beater, *Medienrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 518 ss.

110 Cf. Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 803 ss.

111 Cf. Scott Schackelford, "Fragile merchandise: a comparative analysis of the privacy rights for public figures", *American Business Law Journal*, vol. 49, n.º1 (2012), p. 125 ss.

112 Cf. Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 44-46.

113 Sobre o conceito de figura pública, cf. Idem, *Ibidem*, p. 44 ss.

São *figuras públicas voluntárias* as pessoas que, deliberadamente, procuraram a fama e a notoriedade, em virtude da sua profissão, modo de vida, realizações ou vocação, tendo decidido assumir um maior protagonismo e uma maior visibilidade junto do público em geral (v.g. políticos, atores, atletas profissionais), atraindo sobre si a respetiva atenção. Em causa podem estar pessoas que se dedicaram a atividades públicas, que assumiram um papel proeminente em instituições ou atividades de interesse político, económico, social e cultural, ou que submeteram o seu trabalho à publicidade crítica.

A noção de voluntariedade reveste-se do maior relevo, tendo sobretudo em conta que ela expressa uma deliberada assunção do *risco de exposição*. Estas figuras públicas têm menor margem para se queixarem se a publicidade que procuraram não serve os seus interesses exatamente do modo e na medida em que esperavam. As mesmas gravitam numa órbita de interesse e escrutínio público, em que o *interesse informativo*, ou a *dignidade noticiosa* (*newsworthiness*), se confunde com a mera curiosidade pública, com a conivência de uma boa parte da doutrina e da jurisprudência⁽¹¹⁴⁾.

Já as *figuras públicas involuntárias* são aquelas que, também em virtude da sua vocação, da sua profissão ou dos seus feitos, acabaram por adquirir um estatuto de notoriedade sem ou contra a sua vontade, suscitando um legítimo interesse do público sobre a sua vida e atividade⁽¹¹⁵⁾. Trata-se de um conceito indeterminado, vocacionado para abarcar aquelas situações em que, de um modo ou de outro, uma pessoa atrai sobre si a atenção pública.

Alguns, tornam-se figuras públicas por “pouca sorte”, i.e., por estarem no sítio errado e à hora errada (v.g. um controlador de tráfego aéreo na altura de um acidente de avião). Outros, assumem claramente os riscos inerentes à publicidade (v.g. cirurgião plástico de celebridades), em virtude das suas ações e omissões. Nesta categoria podem incluir-se, nomeadamente, pessoas que surgem associadas a um evento com interesse informativo, ou dignidade noticiosa, tais como as vítimas de crimes ou de acidentes, os suspeitos ou acusados de crimes, pessoas que se destacaram por atos heróicos ou cuja informação, colocada nas redes sociais, suscitou grande interesse do público.

Em certos casos, é difícil a distinção desta categoria relativamente à das figuras públicas voluntárias, porque, ao aceitar espontaneamente determinadas posições ou ocupações (v.g. jogador ou árbitro de futebol), presume-se que o indivíduo aceita voluntariamente o risco de publicidade que lhes está associado. Igualmente reconduzíveis a esta categoria são familiares, amigos, sócios ou funcionários de figuras públicas voluntárias. O caso das crianças é mais problemático, dada a sua especial vulnerabilidade⁽¹¹⁶⁾. As figuras públicas involuntárias dificilmente poderão recuperar o seu estatuto privado enquanto forem alvo de interesse informativo. Ainda

114 Cf. Darby Green, “Almost famous”, *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice*, vol. 6, n.º1 (2003), p. 98 ss.

115 Cf. *Ann-Margret v. High Society Magazine, Inc.*, 498 F. Supp. 401, 407 (S.D.N.Y. 1980); Darby Green, “Almost...”, ob.cit., p. 98 ss.

116 Cf. Francesca Bignami, “The case...”, ob.cit., p. 241 ss; Axel Beater, *Medienrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 519.

assim, as compressões dos seus direitos de personalidade devem limitar-se ao estritamente necessário para a apresentação de informação de interesse público⁽¹¹⁷⁾.

São *figuras públicas permanentes* as pessoas que, de uma forma ou de outra, definitivamente se radicaram na história do tempo. A história universal conhece muitas figuras que se tornaram uma parte integrante da história universal. Mesmo nos nossos dias, ninguém disputaria esse estatuto a Churchill, Roosevelt, Estaline, Hitler, Ghandi ou Mandela.

São *figuras públicas temporárias* as pessoas que conhecem um estatuto de celebridade apenas por algum tempo, tendo vindo a perdê-lo em virtude das circunstâncias, da simples passagem do tempo ou por decisão voluntária de recuperar um estilo de vida de maior recato e discrição. Nestes casos, pode haver lugar a um tratamento diferenciado das informações relativas à fase pública e à fase privada da vida das pessoas em causa. Como quer que seja, a maior ou menor permanência do estatuto de figura pública poderá depender menos do estilo de vida do visado, do que da permanência do interesse público nos factos da sua vida pessoal⁽¹¹⁸⁾.

Consideram-se *figuras públicas ilimitadas*, aquelas pessoas que atingem uma notoriedade alargada aos vários domínios da vida social, ou seja, em todos os contextos e para todos os efeitos (*all-purpose public figures*)⁽¹¹⁹⁾. Aos mais variados assuntos surgem sempre associadas as mais variadas pessoas, compreendendo-se que seja impossível discutir assuntos sem discutir pessoas. Algumas delas tornam-se verdadeiras figuras públicas, ainda que de alcance variável. Elas correspondem, em larga medida, às pessoas absolutas da história contemporânea (*absolute Personen der Zeitgeschichte*).

Alguns exemplos, propositadamente formulados de maneira algo repetitiva, permitirão sublinhar este ponto. Como já foi salientado noutra sede, é totalmente impossível discutir religião sem examinar as vidas de Jesus Cristo, Maomé, Buda, Lutero ou Torquemada. É impossível discutir filosofia sem discutir as vidas de Sócrates, Platão, Immanuel Kant, Martin Heidegger ou Jean Paul Sartre. É impossível discutir política sem atentar para as vidas de Alexandre o Grande, Júlio César, Cícero, César e Lucrecia Bórgia, George Washington, Robespierre, Napoleão, Hitler ou Churchill⁽¹²⁰⁾.

Algumas destas pessoas são especialmente notórias pelos seus feitos históricos, mais do que pelas suas ideias. Outras revelam-se ou expõem-se na crónica dos acontecimentos humanos com um temperamento intrincado e complexo e uma estrutura intelectual, emocional, moral e ética falível e contraditória, como de resto é próprio do ser humano⁽¹²¹⁾. Como quer que seja, casos há em que a vida, a

117 Cf. Darby Green, "Almost...", ob.cit., p. 98 ss.

118 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 104.

119 Neste sentido se pronunciou o Supremo Tribunal norte-americano no caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 341 (1974).

120 Cf. J.J. Gomes Canotilho; Jónatas E.M. Machado; António Pereira Gaio Júnior, *Biografia Não Autorizada Versus Liberdade de Expressão* (2ª ed.), Revista e Atualizada, Lisboa: Juruá, 2015, p. 48. Seria muito fácil continuar os exemplos, mas não queremos sobrecarregar o texto com eles. Mas é igualmente impossível discutir Direito, sem mencionar Moisés, Sólon, Justiniano, Hugo Grócio, ou Hans Kelsen. É impossível falar de ciência sem discutir as vidas de Pitágoras, Euclides, Isaac Newton, Charles Darwin ou Albert Einstein. É impossível discutir economia sem falar da vida de Adam Smith, Karl Marx ou John Maynard Keynes. É impossível discutir cultura e arte sem falar da vida de Leonardo da Vinci, Miguel Ângelo, Wolfgang Amadeus Mozart ou Picasso. É impossível falar de desporto sem falar de Mohamed Ali, Pelé, Maradona ou Michael Jordan. Finalmente, é impossível discutir sociabilidade sem falar de Florence Nightingale, Hellen Keller ou Madre Teresa de Calcutá.

121 Cf. Edward C. Chang; Lawrence J. Sanna, *Virtue, Vice, and Personality: The Complexity of Behavior*, Washington DC: American Psychological Association (APA), 2003, p. 1 ss.

obra e os feitos de algumas pessoas pode acabar por ter relevo, não apenas para um, mas para alguns ou até para todos os domínios da vida social, dada a íntima conexão entre todos eles.

Em sentido oposto, o conceito de *figuras públicas limitadas* abrange aquelas pessoas que atingem o estatuto de figura pública com alcance diminuto e temporário. Num certo sentido, trata-se aqui das *relative Personen der Zeitgeschichte* referidas pela doutrina alemã⁽¹²²⁾. Em muitos casos estamos diante de figuras públicas involuntárias, ligadas a um determinado evento (v.g. controlador de tráfego aéreo no caso de acidente de aviação). Noutros, pode tratar-se de pessoas apanhadas no meio de uma determinada controvérsia (v.g. advogado ligado a um processo judicial envolvendo figuras públicas; manifestante de uma causa social) ou que voluntariamente decidiram tomar parte numa determinada controvérsia de interesse público. Ponto é que assumam um protagonismo central na informação ou discussão pública acerca de um determinado evento ou tema, de alcance restrito.

Em princípio, o estatuto de figura pública limitado tenderá a decair naturalmente com a passagem do tempo. Pode dar-se o caso, porém, de as mesmas permanecerem figuras públicas *ratione materiae*, isto é, sempre que se voltar a falar sobre a questão de relevante interesse público a que as mesmas surjam associadas. Em todo o caso, é clara a proximidade entre este tipo de figuras públicas e as chamadas figuras privadas⁽¹²³⁾.

A delimitação do conceito de figura pública não estaria completa sem uma referência à *figura privada*. Esta caracteriza-se por não ter procurado a visibilidade pública ou desejado participar ativamente na discussão de um tema de relevante interesse público. Por esse motivo, ela não dispõe de facilidade de acesso aos meios de comunicação, o que a priva de capacidade de resposta e retaliação, tornando-a, por isso, mais vulnerável. Porque assim é, o interesse público na proteção das figuras privadas mostra-se mais acentuado. Uma secretária de um político, um cientista de investigação com fundos federais ou uma pessoa publicamente acusada da prática de um crime, têm sido consideradas figuras privadas distintas das figuras públicas, mesmo quando limitadas e temporárias, e por isso com uma maior dignidade de proteção dos seus direitos de personalidade⁽¹²⁴⁾.

Da taxonomia e delimitação exterior do conceito de figura pública podem extrair-se várias conclusões. Importa, em primeiro lugar, ter presente a natureza meramente tendencial do conceito de figura pública e das categorias em que se desdobra. As possibilidades de combinação dos vários binómios são múltiplas, com as consequências jurídicas daí resultantes. Em segundo lugar, o conceito de figura pública adquiriu uma grande amplitude de forma a abarcar todas as pessoas cujo protagonismo lhes permite, numa medida razoável, conformar positivamente os acontecimentos em áreas de interesse social geral ou específico. Em terceiro lugar, pode ser difícil, nalguns casos, distinguir uma figura pública temporária e limitada de uma pessoa privada. Assim é, além do mais, em virtude de vários fatores, re-

122 Cf. Axel Beater, *Medienrecht*, ob.cit., p. 520.

123 Cf. Darby Green, "Almost...", ob.cit., p. 101 ss.

124 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 94 ss.

lacionados com a recente evolução mediática e das tecnologias da comunicação, que têm conduzido ao progressivo alargamento do conceito de figura pública (v.g. *reality shows*, redes sociais) e ao correspondente esbatimento da distinção entre figuras públicas e figuras privadas⁽¹²⁵⁾.

Pelo seu protagonismo social, as figuras públicas gozam de uma maior capacidade de influenciar os meios em que projetam a sua identidade e desenvolvem a sua atividade e por vezes os próprios poderes sociais. O espaço/tempo tende a curvar-se, com intensidade variável, diante da massa e energia que emana das figuras públicas. Por esse motivo, são-lhes assacadas maiores responsabilidades de natureza política, económica, social e cultural. Graças ao interesse que suscitam junto do público, as mesmas tendem a beneficiar de maiores possibilidades de acesso aos meios de comunicação social.

De um modo geral, as figuras públicas gravitam numa órbita de interesse e escrutínio público, em que o interesse informativo e a dignidade de notícia se manifestam com maior intensidade. Os limites da crítica aceitável são mais elevados quando se esteja diante de titulares de cargos políticos ou de outras figuras públicas e privadas envolvidas em transações com instituições públicas em que sejam movimentados recursos públicos⁽¹²⁶⁾. Estas devem esperar um escrutínio mais intenso e críticas mais duras por parte da comunicação social e do público em geral⁽¹²⁷⁾.

A relevância social da sua conduta pode ter um impacto sobre um conjunto significativo de pessoas e distorcer o normal funcionamento dos sistemas político, jurídico, económico e social. Daí a importância de as sujeitar a uma adequada vigilância por parte da publicidade crítica. Não se pode razoavelmente esperar que o exercício de uma crítica dura, contundente e incisiva, dirigida a pessoas e a instituições de relevância pública e baseada em factos comprovados ou em suspeitas razoavelmente fundadas em indícios sérios de condutas ilícitas ou antisociais, não venha a produzir quaisquer consequências políticas, sociais ou económicas nos visados.

Pelo contrário, o exercício do direito de crítica não pretende ser indiferente, inócuo ou inofensivo. Ele pretende, precisamente, levar as instituições competentes e o público em geral a desconfiar das pessoas com uma reputação imerecida e entidades objeto da crítica e a persuadi-los da necessidade de tomar medidas de reação e mudança diante da realidade dos factos subjacentes a essas críticas. A crítica visa afetar a estima da pessoa, com uma reputação enganadora, junto da comunidade, dissuadindo os outros de se relacionarem com ela nos mesmos termos. A crítica parte do princípio de que, tratando-se de factos verdadeiros de significativo relevo público, esse efeito é socialmente útil e necessário.

Numa ordem constitucional democrática e de Estado de direito, o exercício do direito de crítica tem frequentemente como consequência a perda de eleições, a não realização de negócios, a invalidação de transações já efetuadas, a desvalorização da cotação em bolsa, a perda de clientela e a deslegitimação social de indivíduos, empresas e instituições políticas e sociais. Na verdade, é esse o seu efeito pretendido, o que é inteiramente legítimo quando esteja em causa a denúncia

125 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 101 ss.

126 Nesse sentido se pronunciou o TEDH no caso *Lingens v. Austria* (1986), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

127 Cf. *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

factualmente sustentável de condutas ilícitas ou antissociais, assentes em factos verdadeiros. A defesa do direito de crítica supõe, necessariamente, a defesa dos efeitos políticos, sociais e económicos que dela resultam. Isto, sem prejuízo da obrigação de cuidado e objetividade, tanto maior quanto mais lesivas forem, previsivelmente, as consequências das imputações.

C. PRINCÍPIO DA JUSTIÇA MATERIAL

A República Portuguesa funda-se na dignidade da pessoa humana, estando comprometida com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Os valores da liberdade e da justiça encontram-se radicados no Estado de direito democrático, empenhado, nomeadamente no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 1.º e 2.º da Constituição). A justiça material não pode deixar de fazer parte da própria ideia de direito, radicada na proclamação da dignidade humana, na tutela da liberdade e do desenvolvimento da personalidade e na garantia da realização da igualdade. Um Estado de justiça é, em sentido estrito, perspectivado como aquele em que se consagram, respeitam e protegem os direitos, impondo-se uma distribuição equitativa entre os direitos e os deveres fundamentais⁽¹²⁸⁾.

E não pode haver justiça material sem verdade material, sendo que ambas pressupõem que existe "realidade" para além das palavras e que ela desempenha um papel central no discurso político, jurídico e social, que os observadores são geralmente capazes de determinar e descrevê-la de alguma forma adequada e que é possível e desejável distinguir entre verdade e falsidade. As instituições políticas, legislativas, administrativas e jurisdicionais só estarão em condições de realizar a justiça individual e social, nos planos distributivo, comutativo ou retributivo a partir de uma descrição verdadeira da realidade dos factos⁽¹²⁹⁾.

D. PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

A *função de Estado de direito* atribuída também à liberdade de expressão apresenta-se intimamente relacionada com a noção de autodeterminação democrática da comunidade política, consubstanciando uma exigência de controlo democrático do comportamento dos poderes públicos, tendo em vista a sua conformidade com as decisões democraticamente tomadas pelos órgãos representativos dos cidadãos⁽¹³⁰⁾.

Verificando-se uma conexão interna entre o princípio democrático e o princípio do Estado de direito, compreende-se que a *função de fiscalização* e o *valor de controlo* da atividade governativa realizada pela liberdade de expressão possam e devam ser compreendidos também por referência a este princípio. As liberdades da comunicação constituem mecanismos fundamentais de crítica e controlo do exercício dos poderes públicos⁽¹³¹⁾.

128 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 245 ss.

129 Cf. Ralph Grunewald, "Comparing injustices: truth, justice, and the system", *Albany Law Review*, vol. 77, n.º 3 (2013/2014), p. 1139 ss.

130 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 254 ss.

131 Cf. Rudolf Streinz, "Der Einfluss der Verfassungsrechtsprechung auf die Pressefreiheit", *AFP, Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, 28, 1997, p. 857 ss. e 868 ss.

No quadro desta função de controlo, não é apenas o poder político que está submetido à publicidade crítica democrática, mas todos os poderes sociais, especialmente aqueles que, pelo seu relevo, protagonismo e notoriedade, conseguem conferir às suas atividades ramificações políticas, administrativas, económicas, sociais e culturais suscetíveis de influenciar ou perturbar o regular funcionamento do sistema social⁽¹³²⁾, como quando são imputados factos conscientemente falsos, aproveitando esse contexto para manipular o sentido de voto dos cidadãos.

E. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

A doutrina constitucional sublinha que o princípio democrático tem como subprincípio a *democracia comunicativa*, estruturado em torno das noções de opinião pública e comunicação cívica e política democrática⁽¹³³⁾. A existência, no seio da comunidade política, de uma *opinião pública autónoma* funciona como *garantia substantiva da democracia*, a nível nacional, regional e local. Para poder funcionar, uma democracia necessita de todo o tipo de informação sobre as mais variadas questões. Mas a informação sobre o funcionamento das instituições públicas reveste-se de especial importância, na medida em que são estas que procedem à recolha, priorização, alocação e gestão dos recursos públicos.

A garantia da liberdade de expressão é indispensável ao regular funcionamento do sistema político democrático. É de fundamental interesse público assegurar o livre debate sobre questões políticas, económicas, sociais e culturais, contanto que a informação disseminada se encontre comprometida com um princípio de veracidade, que garante a tutela quer de imputações verdadeiras, quer de imputações erróneas, que, embora falsas, foram divulgadas com a consciência da veracidade, cumprido o dever de informação. É hoje uma verdade constitucional incontornável que a liberdade de expressão constitui uma pré-condição do funcionamento democrático do sistema político, assumindo um papel insubstituível na formação de uma opinião pública livre e esclarecida e da vontade política⁽¹³⁴⁾.

A democracia comunicativa, indissociável dos ideais de democracia participativa e deliberativa, aponta para a centralidade democrática dos direitos da comunicação, consagrados nos artigos 37.º e 38.º da Constituição, como sejam, a liberdade de expressão, a liberdade de informação – abrangendo os direitos de informar, de se informar e de ser informado, os direitos dos jornalistas, a liberdade de imprensa, a liberdade de radiodifusão, a liberdade de programação. O mesmo vale, naturalmente, para a sua concretização legislativa, designadamente através da Lei de Imprensa⁽¹³⁵⁾ ou do Estatuto do Jornalista⁽¹³⁶⁾.

132 Cf. James Gobert; Maurice Punch, “Whistleblowers, the public interest, and the public interest disclosure Act 1998”, *The Modern Law Review*, vol. 63, n.º 1 (2000), p. 25 ss.

133 Cf. Bodo Klein, *Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten, Verfassungsfragen des Wettbewerbs im Pressewesen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p. 134 ss.; Peter Schwacke; Eberhard Stolz; Guido Schmidt, *Staatsrecht* (3. Auf.), Köln: Dt. Gemeindeverl., 1993, p. 92 ss. e 264; Jean L. Cohen, “The public sphere, the media and civil society”, in: Andrés Sajó; Monroe Price (eds.), *Rights of Access to The Media*, The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 37 ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 287 ss.

134 Cf. Ronald D. Rotunda; John E. Nowack, *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure*, 3ª ed., IV, St. Paul, Minn.: West Group, 1999, p. 257, afirmando que “speech is part of the legislative process itself; restriction of speech alters the democratic process and undercuts the basis for deferring to the legislation that emerges. Additionally, the restraint of speech may often be seen as a short range aid to societal programs by insulating the current government from criticism caused by debate”.

135 Cf. Lei n.º 2/99, de 13/01, alterada pela Lei n.º 18/2003, de 11/06, pela Lei n.º 19/2012, de 08/05 e pela Lei n.º 78/2015, de 29/07.

136 Cf. Lei n.º 1/99, de 01/01, atualizada pela Lei n.º 64/2007, de 06/11 e com a retificação n.º 114/2007, de 20/12.

Estes e outros instrumentos concretizadores ou limitadores da liberdade de expressão em sentido amplo têm que ser interpretados em conformidade com a Constituição e com o direito internacional dos direitos humanos. Eles estão ao serviço dos princípios constitucionais da democracia, do Estado de direito, da separação e controlo recíproco dos poderes públicos e privados, da transparência e da boa governação.

Nesta linha, a liberdade de expressão pode (e deve) ser esticada para acolher condutas caracterizadas pela antipatia, inimizade, hostilidade e até mesmo pela natureza ofensiva, mas não concede a sua tutela a imputações de factos dolosos falsos e desonrosos, independentemente de poder invocar-se um debate de interesse público e o estatuto público do visado.

A disseminação de falsidades na esfera de discurso público põe em causa o livre mercado das ideias e impede a procura da verdade, desencadeando a desinformação da opinião pública e comprometendo a vontade política dos cidadãos. Certamente dúvidas não remanescem sobre a gravidade do perigo que representa para as sociedades democráticas, impondo-se tolerância zero para quaisquer formas de pretensão exercício da liberdade de expressão que, de forma sub-reptícia, almejam a subversão dos princípios do Estado de direito democrático.

III. CONCLUSÃO

Numa ordem constitucional fundada nos valores da liberdade, da justiça, do Estado de direito e da democracia, a proclamação e garantia efetiva do direito à liberdade de expressão, amplamente compreendido, devem ser acompanhadas do reconhecimento da existência de limites imprescindíveis à tutela de outros bens jurídicos. Numa sociedade democrática, caracterizada, desde logo, pela tutela de uma esfera de discurso público desinibida, robusta e amplamente aberta, em que as questões de interesse público devem poder ser discutidas com tenacidade e plena intensidade retórica, é inevitável uma fricção permanente entre, por um lado, o direito à liberdade de expressão e, por outro lado, o direito à honra de pessoas singulares, em particular se se tratar de figuras públicas. Aliás, o desenlace concretamente concedido para cada conflito individual constitui um indicador eficaz do nível de qualidade de qualquer democracia, impondo-se, em uníssono, garantir as liberdades e assegurar a justiça material.

A liberdade de expressão (artigos 37.º e ss. da Constituição) e a honra (artigo 26.º, n.º1, da Constituição) são bens jurídicos com idêntica valência constitucional, merecendo o estatuto de direitos fundamentais integrados no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, o que implica, nomeadamente, a sua aplicabilidade direta, vinculando entidades públicas e privadas e a submissão das eventuais restrições aos princípios da reserva de lei formal qualificada e da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso (artigo 18.º, da Constituição).

Perante uma colisão entre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e a honra, impõe-se carrear, primeiramente, os arrimos constitucionais pertinentes, ou seja, os princípios da ponderação entre bens jurídicos, da concordância prática ou da harmonização, da preferência concreta, da proporcionalidade em sentido amplo, da salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais

e ainda da interpretação das normas em conformidade com a Constituição e com a CEDH.

Com efeito, em caso de conflito, o julgador, colocado perante o dever de administrar justiça, deve tentar harmonizar os dois bens jurídicos, em busca do ponto ótimo de tutela, de modo a que possam ambos realizar-se. Contudo, por vezes, essa tarefa revela-se infrutífera, o que obriga o julgador a encontrar o bem jurídico que deve prevalecer no caso concreto, solução que apenas será válida se a restrição for considerada proporcional, nas suas várias dimensões, e ainda se estiver salvaguardado o núcleo essencial do direito concretamente preterido. Por outro lado, na resolução do caso por apelo às normas civis e, eventualmente, penais, é imperioso que o julgador esteja comprometido com a busca dos sentidos interpretativos mais conformes com a Constituição e com a CEDH, compreendida à luz da jurisprudência do TEDH.

Na verdade, uma desconsideração ponderativa por parte do julgador dos critérios que o TEDH vem aplicando, a propósito do conflito entre a liberdade de expressão e a honra, colocaria o Estado português numa situação de perigo de responsabilização internacional, o que, inclusivamente, ajuda a explicar o crescente número de condenações de Portugal na instância jurisdicional de Estrasburgo. Neste sentido, na interpretação e aplicação das normas pertinentes em função do caso, o julgador deve convocar os princípios consistentemente aplicados pelo TEDH, na densificação interpretativa do artigo 10.º da CEDH⁽¹³⁷⁾. Neste âmbito, releva, desde logo, a qualificação da pessoa visada por uma determinada conduta expressiva de índole ofensiva, considerando o TEDH que a liberdade de expressão tem um âmbito de proteção reforçado quando o visado é uma figura pública, em comparação com a tutela que lhe é concedida perante ofensas a uma figura privada.

A distinção entre factos e juízos de valor revela-se de uma importância igualmente crucial na ponderação, porquanto são aplicáveis critérios diversos consoante a conduta expressiva em causa se possa reconduzir a uma imputação de factos ou à formulação de juízos de valor ofensivos. Em matéria de imputação de factos, o julgador deve analisar a existência de um interesse público, a verdade do facto e/ou a boa-fé, aferida pelo cumprimento dos deveres e responsabilidades subjacentes ao exercício do direito à liberdade de expressão.

Em relação aos juízos de valor, por estar em causa a liberdade de opinião, a proteção garantida pela CEDH é mais robusta, em particular quando está em causa um debate de interesse público e os envolvidos são figuras públicas, mas, por não se tratar de um direito absoluto, impõe-se, mesmo nesse contexto, a verificação dos critérios ajustados à especificidade dos juízos de valor: o interesse público; a existência de uma base factual suficiente; a boa-fé.

137 Este entendimento vem sendo sufragado pelos tribunais superiores, desde o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, II Secção, Processo n.º 1272/04.7TBBCL.G1.S1, de 30-06-2011, que teve o mérito de, pela primeira vez, estabelecer a existência de implicações jurídicas decorrentes do paradigma europeu dos direitos humanos. Mais recentemente, podemos destacar também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, I Secção, Processo n.º 1454/09.5TVLSB.L1.S1, de 30-01-2017, onde se pode ler: “[a] resolução concreta do conflito entre a liberdade de expressão e a honra das figuras públicas, no contexto jurídico europeu, onde nos inserimos, decorre sob a influência do paradigma jurisprudencial europeu dos direitos humanos”; o “TEDH, interpretando e aplicando a CEDH, tem defendido e desenvolvido uma doutrina de protecção reforçada da liberdade de expressão, designadamente quando o visado pelas imputações de factos e pelas formulações de juízos de valor desonrosos é uma figura pública e está em causa uma questão de interesse político ou público em geral”; “[p]erante uma orientação jurisprudencial estabilizada junto do TEDH, como acontece em casos como o dos autos, os tribunais portugueses não poderão deixar de se influenciar pelo paradigma europeu dos direitos humanos”. In: www.dgsi.pt.

Com efeito, sendo certo que é fundamental tomar em consideração, no processo ponderativo, a circunstância de o visado ser uma figura política – fator que reforça o peso da liberdade de expressão no confronto com o valor da honra – também não pode ser escamoteado, sob pena de se incorrer numa resolução jurídico-concreta desequilibrada, que o estatuto público da pessoa tem de ser analisado conjuntamente com outros critérios igualmente relevantes: o interesse público, a verdade ou falsidade do facto; a boa-fé. Do mesmo modo, a qualidade de pessoa singular concede uma proteção reforçada ao direito à honra, em comparação com aquela que é atribuível a pessoas coletivas.

Em todo o caso, se procedermos a uma leitura transversal da jurisprudência do TEDH, em matéria de liberdade de expressão, compreendemos que pode ser justificada uma interferência no direito à liberdade de expressão, mesmo no contexto de um debate de interesse público e a envolver uma figura política ou pública em geral, se estiver em causa a imputação de factos falsos, com a consciência da sua falsidade. Deste modo, sempre que se constate a existência de uma imputação de factos falsos, ostensivamente graves, com a consciência da falsidade, deve considerar-se que, embora se possa afirmar eventualmente, o interesse público da questão e o estatuto de figura política, falham as exigências da verdade do facto e da boa-fé, que, se se verificassem poderia lograr a exclusão da ilicitude.

Com efeito, a contaminação propositada da esfera de discurso público com falsidades, compromete a procura da verdade, fazendo com que a liberdade de expressão repudie do seu âmbito de tutela esse género de condutas. Embora se postule uma conceção ampla de liberdade de expressão, de modo a garantir uma proteção reforçada do maior número de condutas expressivas possível, sobretudo no contexto de um debate de interesse público e a envolver figuras públicas, não pode esticar-se a liberdade de expressão de forma a abrigar conteúdos expressivos que ponham em causa as suas próprias finalidades substantivas.

Num Estado de direito democrático, o princípio da liberdade tem de caminhar, impreterivelmente, de mãos dadas com o princípio da justiça material. Se a esfera de discurso público estiver imbuída de informação falsa que é apresentada com a aparência de notícia, a distinção entre verdade e falsidade é desvanecida. Nesta linha, a propagação de quantidades massivas de falsidades desemboca numa espécie de *insegurança informativa* e numa *crise de confiança*, com evidentes implicações para a democracia e a paz social. Com efeito, se os cidadãos se sentirem compelidos a desconfiar constantemente da fidedignidade dos conteúdos noticiosos a que, direta ou indiretamente, acedem, ficam impossibilitados de adotar decisões esclarecidas, ficam na dúvida sobre quais as melhores políticas para o seu país e sobre os melhores candidatos para os representar.

A democracia carece da existência de uma esfera de discurso público construtivo, robusto, amplo e desinibido, ao mesmo tempo que necessita de cidadãos bem informados sobre as questões de interesse público. Se o eleitorado deixa de conseguir discernir o verdadeiro e o falso, o bom e o mau, em quem deve ou não confiar, que ideias deve ou não apoiar, fica neutralizado o autogoverno democrático e o sentido de voto deixa de poder afirmar-se como livre, pois, torna-se manipulável⁽¹³⁸⁾.

¹³⁸ Cf. Michael K. Park, “Separating...”, ob.cit., p. 14-15.