

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

Fake News: Os Desafios para o Direito Penal

A desinformação no contexto eleitoral

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado Forense sob orientação do
Professor Doutor Germano Marques da Silva

Tamára Cheles

Maio

2021

“You are entitled to your opinion. But
you are not entitled to your own facts.”

Daniel Patrick Moynihan

À minha mãe.

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor Doutor Germano Marques da Silva, um eterno agradecimento pela orientação, ensinamentos e por toda a disponibilidade. Os seus contributos foram essenciais para a elaboração da dissertação.

À minha melhor amiga, minha mãe, a quem devo mais do que tudo. Por ser o meu ídolo, na verdadeira aceção da palavra. Pelo amor, apoio e motivação incondicional que sempre me oferece. Por ser quem mais me apoia e, ao mesmo tempo, quem mais me desafia. Uma eterna inspiração.

À minha restante família: avó, avô e tios. À minha avó por ser a minha segunda mãe e por ser a minha maior apoiante – tão importantes são os seus sentidos e calorosos abraços. Ao meu tio Paulo, por ser como um irmão para mim e por ter o dom de me fazer sempre rir, mesmo nos momentos mais difíceis. Ao meu tio Cuca, por ter um enorme orgulho em mim e por todas as palavras queridas que sempre me disse no momento certo – longe, mas perto de mim. Muito especialmente ao meu avô, que continue a ter o maior orgulho por mim por toda a eternidade, sei que farei por isso.

À minha segunda família, Amílcar e Zaida. À minha madrinha Zaida, por me ter direcionado para Direito.

Aos meus amigos, à família que eu escolhi e que são verdadeiros pilares da minha vida, a todos aqueles que me deram força e que sempre acreditaram em mim mais do que muitas vezes eu própria acreditei – saberão quem são.

Em especial, à Rita, por todo o amor e apoio incondicional – o que seria de mim sem ela. À Madalena, por ser verdadeiramente minha irmã e pela amizade e carinho de uma vida. À Matilde, por ser a amiga que sempre me centra e por todas as suas palavras bondosas. À Catarina, pelo apoio e ajuda inestimável e imprescindível que me deu nesta fase. Ao Guilherme, por toda a ajuda e paciência ao longo deste percurso.

Índice

Abreviaturas e siglas.....	8
Introdução.....	10
CAPÍTULO I - <i>Fake news</i> e o perigo de manipulação do discurso público.....	11
1. Novo paradigma social.....	11
CAPÍTULO II - Direitos Fundamentais: <i>as liberdades comunicativas</i>.....	16
1. A liberdade de expressão.....	16
1.1. <i>Introdução</i>	16
1.2. <i>Juízos de valor e afirmações de facto</i>	18
1.3. <i>O mercado livre de ideias</i>	19
2. Liberdade de expressão no ordenamento jurídico português.....	20
3. Os limites da liberdade de expressão.....	22
4. A liberdade de imprensa e os meios de comunicação social.....	22
4.1 <i>Os deveres dos jornalistas</i>	25
5. Do conflito: liberdades comunicativas <i>versus fake news</i>	26
CAPÍTULO III – Direitos Fundamentais: A tutela da honra.....	30
1. Breve enquadramento.....	30
1.1 <i>Conceito de figuras públicas</i>	31
2. A tutela penal da honra no ordenamento jurídico português.....	32
2.1 <i>A dignidade e necessidade de tutela penal</i>	32
2.2 <i>O bem jurídico</i>	32
3. O crime de difamação.....	35
3.1 <i>Breve introdução</i>	35
3.2 <i>O tipo objetivo e subjetivo</i>	35
3.2.1 O tipo objetivo.....	35
3.2.2 O tipo subjetivo.....	36
3.3 <i>A imputação de factos ofensivos da honra</i>	36
3.3.1 A prossecução de interesses legítimos.....	37
3.3.2 A prova da verdade da imputação (<i>exceptio veritatis</i>).....	38
3.4 <i>A equiparação</i>	39
4. O artigo 183.º.....	40

4.1	<i>Os meios</i>	40
4.1.1	Os meios ou circunstâncias que facilitem a divulgação	40
4.1.2	A comunicação social	41
4.1.3	A diferenciação dos meios.....	41
4.2	<i>A calúnia</i>	42
5.	A agravação – o agente passivo.....	43
6.	Do conflito: honra <i>versus fake news</i>	44
CAPÍTULO IV – A desinformação e os desafios para o direito penal		46
1.	A desinformação no contexto eleitoral.....	46
2.	Da necessidade de criação de um novo tipo ilícito.....	46
2.1	<i>Dignidade e necessidade de tutela penal</i>	47
2.2	<i>Existência de bem jurídico-penal</i>	48
2.3	<i>De iure constituendo</i>	48
2.3.1	Tipo objetivo.....	50
2.3.2	Tipo subjetivo	51
Conclusões.....		52
Jurisprudência.....		54
Bibliografia.....		Erro! Marcador não definido.

Abreviaturas e siglas

AAF DL	Associação Académica da Faculdade de Direito
Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art./Arts.	Artigo/Artigos
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDF	Carta Europeia dos Direitos Fundamentais
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Homem
Cf.	Confrontar
Consult.	Consultado
Coord.	Coordenação
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
Ed.	Edição
EJ	Estatuto dos Jornalistas
ERCS	Entidade Reguladora da Comunicação Social
N.º/N.ºs	Número/números
P./pp.	Página/páginas
Proc.	Processo
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
V.	<i>Versus</i>
Vol.	Volume

Palavras-chave: Desinformação, *fake news*, eleições, democracia, liberdade de expressão, direito à honra, difamação, calúnia.

Introdução

Esta dissertação tem como objeto a análise do fenómeno da desinformação – *fake news* – e os seus desafios para o direito penal. Subjaz-lhe o intuito de analisar as questões que o direito penal terá de responder atendendo a sociedade da pós-verdade e a rápida evolução tecnológica de que depende a sociedade contemporânea. Tratando-se da problemática da emissão de notícias falsas, não poderá faltar uma análise crítica dos direitos fundamentais que postulam a liberdade de cada um se exprimir de forma livre e a liberdade de imprensa, do regime da tutela da honra e ainda a análise ao novo desafio do direito penal, o recurso a *fake news* como arma política.

A figura de desinformação não é nova, porém, contemporaneamente, afigura-se complexamente diferente devido aos meios a que recorre. Assim, torna-se imperativo proceder, num primeiro momento, a algumas considerações iniciais, tais como à explicação do conceito, à sua caracterização e funcionamento.

Num segundo momento, é essencial a ponderação dos possíveis e eminentes conflitos com variados direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão e de imprensa, direitos estes garantidos pela Constituição da República Portuguesa, nomeadamente, um exame a estes direitos face a produção e divulgação de *fake news*.

De seguida, o foco recairá de forma mais aprofundada no regime jurídico da tutela da honra, compreendendo e analisando a sua eventual incompatibilização com as *fake news*.

Por fim, caberá referir que um dos pontos mais sensíveis que envolvem as *fake news* será a sua utilização como *instrumento* no contexto político e eleitoral e o impacto causado pelas mesmas na determinação de líderes políticos e na própria democracia. No que concerne à sua conjugação com o direito penal, o último capítulo destina-se à indagação das respostas a serem dadas face a este flagelo, bem como à análise da configuração de um potencial novo tipo criminal.

CAPÍTULO I - *Fake news* e o perigo de manipulação do discurso público

1. Novo paradigma social

O fenómeno de desinformação – comumente conhecido como *fake news* – sempre foi um obstáculo na sociedade. Contudo, com o aprimoramento das tecnologias e pelo facto de as mesmas serem consideradas, hoje em dia, parte da cultura moderna e de nos encontrarmos na relatada Era da Pós-Verdade (onde os factos objetivos valem menos do que os factos subjetivos, como o apelo às emoções e crenças pessoais de cada um)¹, a desinformação tomou de assalto a sociedade moderna informada e consciente.

A tecnologia tem evoluído a passos largos, o que leva o Estado, em consequência, a retirar benefícios da sua evolução. Contudo, ao progresso tecnológico subjazem desvantagens, podendo ser usado com fins antípodas ao livre desenvolvimento de uma sociedade democrática, como se tem verificado.

Desde 2016 que o conceito de *fake news* encontra-se constantemente presente na sociedade. A sua conceptualização revelou-se uma das maiores preocupações no sector político, bem como no sector de produção legislativa para fazer face aos efeitos provocados pela potencialização da criação e divulgação de *fake news*.

Contudo, o flagelo da publicação e divulgação de notícias falsas não é uma questão recente constituindo, desde sempre, uma preocupação², bem como com a existência de indivíduos ou grupos, nos vários planos sociais, que beneficiam com a sua difusão. Novidade é, certamente, o meio de produção e reprodução destas notícias (meio digital) e os fins para os quais estas são orientadas³.

¹ Vide SIMONE, Federica, “‘Fake News’, ‘post truth’, ‘hate speech’: nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale”, *Archivio Penale*, fascicolo n.º 1, Gennaio-Aprile, 2018, pp. 4-5 e REVAULT d’ALLONNES, Myriam, *A Verdade Frágil: O que a Pós-verdade faz ao Nosso Mundo Comum*, Edições 70, 2020.

² Com efeito, já no CP de 1866, no seu art. 10.º, se estabelecia a obrigação de que, sempre que algum periódico publicasse ou reproduzisse notícia que tivesse, posteriormente, sido “oficialmente desmentida ou retificada na folha oficial do governo”, o dito periódico teria de transcrever o desmentido ou retificação, in HENRIQUES SECCO, António, *Código Penal Português: precedido pelo Decreto com força de lei de 10 de Dezembro de 1852, seguindo de um appendice e anotado*, 6ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1881, pp. 314-315.

³ Também neste sentido, REIS BRAVO, Jorge, “Liberdade de expressão na Era digital: o resgate de um direito humano?”, *Revista do Ministério Público*, outubro-dezembro, n.º 160, 2019, pp. 50-51.

Caberá, antes de mais, delimitar o conceito de desinformação de que aqui tratamos. Apesar de não existir consenso no conceito definido e limitado⁴, seguindo a definição elaborada pela União Europeia, é verosímil afirmar que se poderá distinguir entre *misinformation* e *disinformation*. Quanto ao primeiro, tratar-se-á de conteúdo partilhado que é falso ou enganador, mas que a partilha do mesmo não contém intenção maliciosa de prejudicar, apesar dos seus efeitos poderem, de facto, causar danos⁵. Quanto à desinformação (em português), será toda e qualquer informação ou conteúdo falso ou enganador que é partilhado com intenção de enganar ou de obter vantagens económicas ou políticas e que poderá originar danos na sociedade⁶. Com efeito, o conceito de desinformação envolve, necessariamente, a existência de dolo, de um propósito de enganar, influenciar ou lesar terceiros.

A *internet* tem sido uma plataforma útil para o debate político da sociedade. Porém, as plataformas *online* poderão ser utilizadas por indivíduos com intenção maliciosa de publicarem e difundirem desinformação. Com efeito, os criadores de desinformação conseguem disseminar conteúdo falso ou enganador, de forma rápida, gratuita e abrangendo uma incomensurabilidade de público através do acesso à *internet* e às diversas plataformas digitais. Com tais recursos conseguem que o seu conteúdo falso receba milhares de visualizações e partilhas, tornando-se “viral” – *tendência* - alcançando, assim, uma maior divulgação.

Consequentemente, é com a democratização da *internet* que este flagelo – produção, publicação e divulgação de *fake news* – toma proporções nunca antes vistas. O debate político e a livre partilha de informações e opiniões são essenciais para a democracia. Os cidadãos deverão ser livres e capazes de aceder a mecanismos que lhes permita obter informações e proporcionar uma troca de ideias e opiniões que viabilize a existência de uma pluralidade e heterogeneidade de concepções na sociedade. Esta troca de informações, ideias e opiniões é o que possibilita a prosperidade da democracia.

O facto de os cidadãos estarem mais vulneráveis à receção de desinformação⁷, terá como consequência direta que estes não estejam aptos a receber informações políticas

⁴ Sobre o fenómeno e a definição do conceito, entre a vasta literatura existente, O. Klein, David e R. Wueller, Joshua, “Fake News: a legal perspective”, *Journal of Internet Law*, vol. 20, n. ° 10, 2017, pp. 6-13.

⁵ Por exemplo, a partilha de notícias ou informações com conteúdo falso ou enganador entre amigos.

⁶ EUROPEAN COMMISSION, *On the European Democracy Action Plan*, Communication from the Commission, 2020, pp. 17-18.

⁷ Vide PENNYCOOK, Gordon, CANNON, Tyrone e G. RAND, David, “Prior Exposure Increases Perceived Accuracy of Fake News”, *Journal of Experimental Psychology: General*, vol. 147, n. ° 12, 2018, pp. 1865-1880.

corretas e, assim, encontram-se impedidos de formarem uma convicção política livre e desprendida de sugestões falsas quando praticam o seu direito de voto⁸. A ideia base do sistema democrático assenta no conceito de os cidadãos estarem esclarecidos e informados aquando a votação dos seus representantes. Tal predominância de desinformação, contaminando as perceções dos cidadãos e, em consequência, da sociedade, representa um risco ímpar para a democracia sendo que a informação – viável e fidedigna – é um dos pilares para a sua consolidação⁹.

As campanhas eleitorais já não são realizadas apenas através da imprensa tradicional ou por comunicação entre os candidatos e o eleitorado. Com a revolução digital, as campanhas eleitorais tomaram um novo sentido: a instrumentalização e o recurso à *internet* para proveitos eleitorais. Com efeito, a *internet* passou a ser um importante veículo de transmissão de notícias, ultrapassando, de alguma forma, os tradicionais meios de comunicação social.

Casos de danos graves para a livre democracia perpetuados pela criação e divulgação de *fake news* não se ficam apenas no âmbito teórico ou ficcional sendo que existem exemplos concretos de quando e como a desinformação influenciou eleitores no exercício do seu direito de voto em eleições democráticas. Exemplo paradigmático de tal foram as eleições norte-americanas em 2016. Foi criado variadíssimo conteúdo de desinformação com o objetivo único de contaminar e influenciar os eleitores nas eleições presidenciais¹⁰. Com efeito, várias histórias, falsas ou enganadoras, foram criadas sobre os diferentes candidatos presidenciais, tendo como objetivo beneficiá-los ou denegrir a sua reputação de forma a manipular o eleitorado.

Nos últimos meses da referida campanha eleitoral, vinte *fake news* com conteúdo político produziram um melhor *engagement*¹¹ nas redes sociais do que vinte notícias

⁸ Também neste sentido, MANZI, Daniela, “Managing the misinformation marketplace: the first amendment and the fight against fake news”, *Fordham Law Review*, vol. 87, 2019, pp. 2627-2628.

⁹ De modo semelhante, RODRIGUES FREITAS, Juliana e CASAGRANDE PEREIRA, Luiz, “A tutela preventiva como instrumento capaz de garantir o devido processo eleitoral: do caráter não absoluto da liberdade à informação ao controle do conteúdo das *fake news*”, *Revista do Advogado*, ano XXXVIII, n.º 138, 2018, pp. 116-129.

¹⁰ Sobre o fenómeno vide, PARK, Ahran e HO YOUM, Kyo, “Fake news from a legal perspective: the United States and South Korea compared”, *Southwestern Journal of International Law*, vol. 25, 2019, pp. 100-119; PERSILY, Nathaniel, “The 2016 U.S Election: Can democracy survive the internet?”, *Journal of Democracy*, vol. 28, n.º 2, 2017, pp. 63-76 e C. DORF, Michael e G. TARROW, Sidney, “Stings and Scams: ‘Fake News,’ the First Amendment, and the New Activist Journalism”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 20, n.º 1, 2017, pp. 1-31.

¹¹ Tal traduzindo-se em gostos e partilhas dos seus conteúdos entre pessoas e/ou outras páginas, em suma, a “viralização” do conteúdo falso.

verdadeiras¹². Tal é demonstrativo do quão perigoso é o fenómeno da desinformação sendo que este pode, verdadeiramente, influenciar o curso de decisões democráticas ou causar ainda outros danos¹³. Por fim, indicamos ainda o caso da *Cambridge Analytica* que teve influência, através da criação e partilha *online* de conteúdos prejudiciais ou favoráveis, nas eleições presidenciais estadunidenses e, potencialmente, no referendo Brexit¹⁴. O quadro político português também foi e é alvo da publicação e disseminação de *fake news* no contexto eleitoral¹⁵.

A produção e divulgação de *fake news* poderá vir do mais amplo espectro de sujeitos, nomeadamente, dos próprios candidatos, colaboradores das campanhas eleitorais, indivíduos externos às mesmas (mas que detêm interesse ou são simpatizantes de algum dos candidatos ou partidos) ou ainda manipulação advinda de indivíduos ou entidades estrangeiras.

Pelo exposto, podemos afirmar que a divulgação de desinformação é uma verdadeira *arma* política na Era Digital, principalmente, no que se define agora como a Era da Pós-Verdade. Certo é que podemos questionar quão frágil e vulnerável poderá ser a democracia na Era Digital face à fiabilidade das informações a que os eleitores têm acesso aquando a escolha dos seus representantes. A criação e divulgação de *fake news* não influencia e altera somente a decisão do voto dos eleitores. Pelo facto de os cidadãos já não conseguirem (ou terem muita dificuldade em) distinguir entre notícias de conteúdo verdadeiro ou falso, cria-se um manto de neblina que inviabiliza e cria desconfiança aquando a receção de notícias verdadeiras que poderiam ser determinantes para a escolha do(s) candidato(s). Consequentemente, a desinformação não tem apenas uma vertente de ação positiva (influenciar o voto do eleitor), como também tem uma vertente de ação

¹² Cf. PERSILY, Nathaniel, ob. cit., p. 69.

¹³ Como exemplo de outros possíveis danos e efeitos da desinformação, veja-se o caso *Pizzagate* onde um indivíduo que teria lido a mencionada desinformação dirigiu-se ao estabelecimento munido com uma arma semiautomática e disparou no local, acreditando que a notícia em causa era verdadeira. Sobre o caso vide, “Fake News Onslaught Targets Pizzeria as Nest of Child-Trafficking”, *The New York Times*, 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/11/21/technology/fact-check-this-pizzeria-is-not-a-child-trafficking-site.html> (consult. a 2.2.21).

¹⁴ Quanto ao envolvimento da *Cambridge Analytica* na campanha eleitoral de Trump vide PERSILY, Nathaniel, ob. cit., pp. 64-66.

¹⁵ Como exemplo, indica-se a notícia do alegado incitamento, por parte da deputada Catarina Martins, ao vandalismo de estátuas e demolição do Padrão dos Descobrimentos ou ainda a notícia que alegava que o Primeiro-Ministro António Costa, se encontrava de férias aquando o fatídico incêndio em Pedrógão Grande, em 2017. Tal notícia voltou a ter destaque em várias redes sociais durante a campanha eleitoral para as eleições legislativas portuguesas de 2019. Disponíveis para consulta em: <https://poligrafo.sapo.pt/fact-check/catarina-martins-incitou-a-vandalizar-umas-estatuas-e-demolir-o-padrao-dos-descobrimentos> e <https://poligrafo.sapo.pt/fact-check/antonio-costa-estava-de-ferias-quando-ocorreu-o-incendio-de-pedrogao-grande-em-2017-2> (consult. a 2.2.21). Ambas consideradas falsas pelo Polígrafo, instituição de *fact-checking* portuguesa.

negativa (criação de um clima de desconfiança permanente nos cidadãos que resulta na igual desconfiança para com todo o tipo de notícias, não sendo capaz de distinguir entre notícias verdadeiras ou falsas, tratando todas com suspeita e, conseqüentemente, alienando-se de momentos em que haja a necessidade do exercício ao direito de voto).

O poder das *fake news* consubstancia-se pela velocidade a que as mesmas são partilhadas e divulgadas e pelo número virtualmente infinito de sujeitos que alcançam. No momento em que, porventura, se descubra que as mesmas são falsas, os danos já ocorreram e dificilmente a verdade é repostada ou, sendo, nunca será repostada à mesma velocidade nem abrangerá todos os sujeitos que acreditaram na desinformação.

CAPÍTULO II - Direitos Fundamentais: *as liberdades comunicativas*

1. A liberdade de expressão

1.1. Introdução

Com o início da imprensa moderna e com a possibilidade de imprimir e distribuir por um vasto público, o pensamento livre e crítico floresceu pelo mundo, maioritariamente pela Europa, onde a imprensa se desenvolveu significativamente de forma mais acelerada. A imprensa, ao proporcionar a difusão de ideias promoveu e contribuiu de forma crucial para o desenvolvimento do que atualmente são os direitos fundamentais e, conseqüentemente, a democracia¹⁶. Com efeito, a imprensa teve e continua a deter, um papel relevante para a construção de uma sociedade e democracia pluricultural e diversificada em ideias e pensamentos sendo que possibilita um sem fim de confronto entre variadas ideologias e concepções colocadas na esfera pública.

A liberdade de expressão e o discurso público tomaram novas proporções com a introdução da *internet* e com os vários recursos tecnológicos existentes. Com efeito, incorporamo-nos hoje, enquanto sociedade, na designada sociedade da informação. Com a integração destes novos recursos, verificamos uma superabundância de novos meios de comunicação. Os referidos meios favorecem, em ampla medida, a liberdade de expressão ao permitir comunicações instantâneas e sem fronteiras geográficas, criando infraestruturas próprias para a comunicação dos mais diversos grupos, possibilitando a criação de variadas plataformas que facilitam a partilha das mais variadas opiniões.

O direito à liberdade de expressão assume um lugar central no leque dos direitos fundamentais sendo possível afirmar que assume um papel de destaque na democracia e, conseqüentemente, na sociedade sendo que é a garantia ao direito à liberdade de expressão que permite e tutela que todos os indivíduos possam, livremente e sem censura, expressar os seus pensamentos e ideias. A liberdade para formular qualquer tipo de juízos e afirmações contribuirá para uma fiscalização dos poderes públicos. A liberdade de expressão tem um papel crucial na referida fiscalização, *maxime*, através da liberdade de imprensa. A comunicação social é o veículo que transporta para a comunidade, através

¹⁶ Neste sentido, MACHADO, Jónatas, ob. cit., pp. 47-51.

do direito à liberdade de imprensa, a difusão da discussão da atuação política, conferindo aos *media* uma verdadeira função de *watchdogs*¹⁷.

A liberdade de expressão, para além de ser um bem individual inerente a cada cidadão, é também um bem coletivo numa sociedade democrática, garantindo a livre circulação de ideias ou opiniões, sejam estas as da maioria ou da minoria, ou mesmo tratando-se de ideologias aberrantes e atípicas para a sociedade moderna. A opressão e a censura de ideias ou informações que sejam minoritárias ou incómodas, resultaria numa sociedade não livre, na medida em que aos sujeitos apenas seria disponibilizada a opinião, informação e ideias da maioria ou dos poderes políticos. A introdução na sociedade de ideias incómodas e dissonantes, sejam elas certas ou erradas, comporta uma importância crucial no sentido em que o confronto das variadas ideias disponíveis contribui para uma sociedade mais democrática e livre por estar mais esclarecida e informada. Assim, é possível concluir que a liberdade de expressão é essencial em qualquer democracia e, como refere Francisco Teixeira da Mota, o grau de democraticidade de um Estado pode ser aferido através do grau efetivo da liberdade de expressão de que gozam os seus cidadãos¹⁸.

A liberdade de expressão é *conditio sine qua non* da autodeterminação democrática de cada indivíduo e é indispensável para que haja uma livre participação cívica¹⁹. Sem a garantia do direito à liberdade de expressão, o sentido útil da participação democrática é perdido. Com efeito, a liberdade de expressão detém uma relação de simbiose com a democracia: se as eleições livres constituem a garantia de uma livre e verdadeira democracia, haverá, necessariamente, que existir a formação de uma opinião livre, própria e autónoma com recurso à liberdade de expressão (em sentido amplo), para que se possa constituir uma verdadeira democracia, sendo a admissibilidade de uma constituição livre de liberdade de expressão, garantia dessa mesma²⁰.

O pluralismo de expressão é o corolário da democracia, sendo tal reconhecido no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa. A diversidade democrática é realizada através da criação e partilha de discurso e contradiscurso, de argumentos e de contra-argumentos. A dispersão de ideias deve ocorrer de uma forma tendencialmente

¹⁷ Também assim, *idem, idem*, pp. 266-268.

¹⁸ Vide, TEIXEIRA DA MOTA, Francisco, *A liberdade de expressão em tribunal*, Lisboa, Ensaio da Fundação, 2013, p. 11.

¹⁹ Neste sentido, MACHADO, Jónatas, *ob. cit.*, pp. 259-261.

²⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspetiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 44.

desregulada, sem intervenção estatal, sendo este um critério essencial num contexto de Estado de Direito democrático. Contudo, o Estado pode e deverá regular a circulação de ideias e de informações com dois objetivos: impedir a concentração dos meios de comunicação social, sendo estes livres e abertos para qualquer indivíduo (que assim o deseje) entrar; e, por outro lado, garantir e criar autênticas possibilidades de desenvolvimento comunicativo para todos os indivíduos, inclusive (e, talvez, principalmente) para os que detêm ideias e opiniões disruptivas.

A doutrina tem vindo a entender a liberdade de expressão em dois sentidos: sentido amplo, onde estão compreendidos um conjunto de direitos fundamentais que a doutrina designa como liberdades comunicativas sendo que, perfilhando esta conceção, a liberdade de comunicação trata-se de um *super conceito* onde se incorporam todos os tipos de liberdades de expressão; e, por outro lado, a liberdade de expressão em sentido estrito, onde estaria compreendida a liberdade de opinião, de informação, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão.

Para além da sua consagração a nível nacional, a liberdade de expressão encontra-se estipulada em inúmeros instrumentos jurídicos internacionais²¹.

1.2 Juízos de valor e afirmações de facto

É possível desdobrar a liberdade de expressão em dois vetores: juízos de valor e afirmações de facto²². O primeiro consagra uma subjetividade quanto a algo, não tendo como fim a descrição da realidade ou, nas palavras de Jónatas Machado, “os mesmos relevam na procura de sentido e no desenvolvimento de uma autoconsciência, crítica e reflexiva, individual e coletiva”²³. Quanto ao segundo, trata de afirmações factuais onde se propõe retratar algum aspeto da realidade. Independentemente da veracidade da afirmação, se se tratar de uma descrição de algo que é, ou supostamente é real, estamos perante uma afirmação de facto, ainda que se venha a demonstrar a falsidade da mesma.

Atentos à questão em análise, as afirmações de facto revelam especial relevância sendo que estas “são elementos fundamentais para a construção e discussão de visões do

²¹ Vide, art. 10.º CEDF, art. 19.º DUDH, art. 11.º CDFUE e ainda o art. 19.º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos.

²² Realçando, também, a importância na distinção entre juízos de valor e afirmações de facto, TEDH, *Pinto Pinheiro Marques v. Portugal*, 22.1.15.

²³ MACHADO, Jónatas, ob. cit., pp. 425-426.

mundo, bem como de concepções políticas, ideológicas (...), a partir das quais são tomadas decisões individuais e coletivas”²⁴.

Consequentemente, o direito à liberdade de expressão tutela as duas figuras. De outro modo não poderia ser, uma vez que a liberdade de expressão comporta a possibilidade de se obter informações e de ser informado e, ao mesmo tempo, a capacidade de os indivíduos se expressarem livremente²⁵.

1.3 O mercado livre de ideias

Várias teorias foram elaboradas para fundamentar o argumento de que o direito à liberdade de expressão faz parte de uma sociedade livre e aberta, sendo que o mesmo não poderá sofrer restrições. Como tal, trazemos à colação a teoria do mercado livre de ideias, criada por Holmes, juiz do Supremo Tribunal norte-americano.

A ideia central desta teoria parte da concepção de que todas as ideias devem ser admitidas e divulgadas para que se possa construir um debate sobre as mesmas, independentemente do seu conteúdo. Segundo esta teoria, o mercado permite uma troca livre de ideias e, com efeito, promove um sistema democrático que permite aos indivíduos descobrir as verdades e as políticas que melhor se adequam e servem a sociedade²⁶. Assim, a única maneira de se verificar uma verdadeira democracia seria admitir e possibilitar que as diferentes ideias *lutassem* entre si para que no final se distinguisse entre as melhores e verdadeiras e, consequentemente, as falsas. Holmes afirma que o melhor teste de veracidade de uma ideia é o poder do pensamento de ser ela própria aceite num mercado competitivo de ideias²⁷. Isto é, a metáfora concentra-se na ideia de que, tal como um mercado livre de bens onde o consumidor determina qual é o melhor produto, numa esfera pública democrática onde a livre troca de ideias impera, as melhores ideias também prevalecerão.

Também Stuart Mill concebe a sua doutrina através do mesmo entendimento: nenhuma ideia, má ou falsa, deverá ser silenciada. Todas as ideias deverão confrontar-se para que seja possível demonstrar e denunciar a sua inveracidade²⁸. A ausência da

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Também assim, COSTA ANDRADE, Manuel, ob. cit., pp. 267-284.

²⁶ Neste sentido, MACHADO, Jónatas, ob. cit., p. 188; MANZI, Daniela, ob. cit., p. 2626; WALDMAN, Ari Ezra, “The Marketplace of Fake News”, *Penn Law Journals – Journal of Constitutional Law*, vol. 20, 2018, pp. 851-856.

²⁷ Ac. STJ Norte-Americano *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

²⁸ STUART MILL, John, *On Liberty*, Batoche Books, 2001, pp. 34-36.

liberdade de expressão e, conseqüentemente, da possibilidade de se discutirem todas as ideias, tornará sempre menos provável a descoberta da verdade.

É do nosso entender que a teoria do mercado livre de ideias tem como crença otimista que a verdade irá prevalecer e triunfará na livre discussão de ideias e ainda o reconhecimento de que todos os indivíduos detêm a mesma competência racional para participarem num processo de debate crítico. Neste sentido, nenhuma ideia poderá ser, *a priori*, excluída, mas sim desacreditada e refutada depois de ter sido colocada em consideração e discussão.

Fazendo um paralelo com o conceito de mercado económico²⁹, uma crítica a fazer à teoria será a de que nem todos os cidadãos detêm o mesmo poder de compra, sendo certo que as ideias mais difundidas e defendidas não são, necessariamente, as de superior qualidade ou valor.

2. Liberdade de expressão no ordenamento jurídico português

Primeiramente, será necessário referir que a liberdade de expressão em sentido amplo, está compreendida no princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que se configura num instrumento que conduz e possibilita a autodeterminação e definição individual. A dita liberdade possibilita que o indivíduo se desenvolva e se afirme através da interação comunicativa e da própria comunicação com os demais.

Como supra descrito, a liberdade de expressão comporta uma dimensão ampla e estrita, sendo que a Constituição compreende ambas: artigo 37.º (em sentido amplo) e artigos 37.º, números 1 e 4, e 38.º, número 1 (em sentido estrito). De mencionar ainda os artigos 42.º e 43.º que consagram a liberdade de criação artística e a liberdade de ensinar e aprender, liberdades essas que estão, inegável e intrinsecamente, ligadas à liberdade de expressão num sentido amplo.

A doutrina portuguesa distingue duas dimensões dos direitos fundamentais: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva das liberdades de comunicação abrange uma dimensão negativa de defesa contra a interferência estadual e de terceiros, sendo que cabe ao Estado a sua efetiva defesa e concretização dos diferentes direitos inseridos nas liberdades de comunicação. Daqui decorre, conseqüentemente, um dever de abstenção do Estado de

²⁹ Também tecendo críticas realizando um paralelo com o mercado económico, WALDMAN, Ari Ezra, ob. cit., pp. 854-855.

regular e limitar as liberdades de comunicação do titular de direitos, só podendo, de forma excecional e de acordo com um conjunto rigoroso de pressupostos materiais e formais, limitá-las, de acordo com o número 2 do artigo 37.º.

Quanto à dimensão objetiva, no entender de Jónatas Machado, esta refere-se à força normativa dos direitos fundamentais sobre os poderes públicos e sociais e a existência de corolários estruturais e institucionais resultantes destes direitos³⁰. Ora, esta conceção objetiva traduz-se na ideia de que as liberdades de comunicação têm uma função cultural de promoção da tolerância no plano social, isto é, os poderes públicos para além das competências negativas, detêm competências positivas de promoção e proteção das liberdades de comunicação. Ora, o Estado deve ser entendido como guardião das mesmas, podendo intervir positiva e ativamente para melhorar a qualidade do debate público.

Do direito à liberdade de expressão foram sendo retirados outros direitos comunicativos, podendo afirmar que se trata de um direito superior do qual se extrai as demais liberdades comunicativas. Do mencionado direito é possível compreender uma dupla dimensão: dimensão substantiva que possibilita ao sujeito a atividade de pensar, criar opiniões próprias e autónomas e de as exteriorizar; e dimensão instrumental que se reconduz ao usufruto dos meios adequados para a efetivação da dimensão substantiva³¹.

Do supra exposto, conclui-se que a atividade e liberdade de pensar e expor o seu pensamento pressupõe a liberdade de expressão. Com efeito, é possível concluir que cada indivíduo tem o direito de pensar e dizer o que pensa de forma livre, mesmo não fornecendo argumentos verificáveis para o seu juízo. O direito à liberdade de expressão não obriga a uma contemplação profunda, exausta e exata, pelo contrário, compreende a possibilidade de cada sujeito ter a liberdade para criar o seu pensamento e opinião com maior ou menor amplitude.

Quanto à titularidade das liberdades de comunicação, sendo este um direito fundamental, o princípio que importa chamar à colação será o da universalidade, consagrado nos artigos 12.º e 15.º da Constituição, sendo que as liberdades de comunicação apresentam uma extensão a todos os cidadãos, bem como a pessoas coletivas.

³⁰ Neste sentido, MACHADO, Jónatas, ob. cit., p. 383.

³¹ *Idem, idem*, pp. 416-420.

3. Os limites da liberdade de expressão

Pela existência de variados e diferentes direitos fundamentais, por vezes os direitos colidem advindo da complexidade e heterogeneidade da sociedade. Nestas situações, a solução passa pela restrição, na medida do necessário, para que todos os direitos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes³².

A liberdade de expressão admite restrições, mesmo as baseadas no seu conteúdo³³. Tais restrições, com o fim de harmonizar e proteger a pluralidade e heterogeneidade da sociedade, são admissíveis pela Constituição e têm como fundamento traduzirem-se em comportamentos inadmissíveis e intolerados. Não obstante, é certo que tais restrições têm de ser operadas e fundarem-se numa ponderação democrática face ao impacto que os referidos comportamentos possam ter noutros direitos ou bens dignos de tutela constitucional.

4. A liberdade de imprensa e os meios de comunicação social

A liberdade de imprensa tem expressão constitucional no artigo 38.º da Constituição, sendo possível observar não apenas um direito, mas uma constelação de direitos e liberdades: liberdade de criação, liberdade de intervenção na orientação editorial por parte dos jornalistas (e colaboradores), entre outros³⁴.

Os meios de comunicação funcionam como um meio de expressão e/ou de informação de e para a sociedade³⁵. Tratando-se, verdadeiramente, de um vetor da liberdade de expressão, o regime da liberdade de imprensa também se encontra sujeito à submissão das infrações aos princípios gerais do direito criminal.

Importante será mencionar que, apesar de imprensa poder compreender tanto uma noção ampla como estrita, fará apenas sentido analisar a temática adotando a sua noção

³² Cf. art. 18.º, n.º 2 CRP e art. 335.º, n.º 1 CC.

³³ Tenhamos em consideração o disposto no n.º 3 do art. 37.º CRP, remetendo o legislador para as infrações cometidas no âmbito do direito penal ou do ilícito contraordenacional, como são exemplo os crimes contra a honra, consagrados nos arts. 180.º e ss do CP, ou ainda o crime de incitamento ao ódio e violência, consagrado no art. 240.º CP.

³⁴ Neste sentido, GOMES CANOTILHO, José e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, pp. 577-580.

³⁵ A liberdade de imprensa dos meios de comunicação apenas se encontra tutelada na medida em que estes funcionem como meios de liberdade de expressão e de opinião e não enquanto suportes de acções publicitárias ou de entretenimento, como é mencionado por GOMES CANOTILHO, José e MOREIRA, Vital, ob. cit., p. 580.

ampla. Para além do mais, o número 5 do artigo 38.º demonstra que a Constituição adota o conceito amplo na medida em que uma noção estrita da palavra apenas compreenderia a imprensa escrita, impressa e aquela que revestisse determinada natureza, como a informativa, política ou ideológica. Quanto à comunicação social, este é um conceito aberto e dinâmico que se encontra em constante evolução. Aliás, contemporaneamente, verifica-se uma transição da imprensa tradicional para os meios digitais, realizando os seus fins através de várias plataformas *online*³⁶. O conceito postulado pela Constituição aceita este dinamismo e progresso do conceito, sendo que as novas tecnologias – como a *internet* e o correio eletrónico – constituem uma nova dimensão da conceção de imprensa sem deixar de beneficiar da proteção constitucional e do regime dos direitos, liberdades e garantias. Outra interpretação não poderia ser retirada confrontando com o que atualmente podemos considerar imprensa. A própria *internet* é utilizada como meio de partilha e propagação de informação nos seus mais variados formatos. Para além do mais, face a evolução da sociedade, a informação é partilhada de forma quase instantânea nas mais diversas plataformas acessíveis e facilitadas pela *internet*³⁷.

A liberdade de imprensa tem um forte cariz político, em particular em Portugal onde a mesma sofreu graves censuras e limitações durante o Estado Novo. Tanto assim o é que a Constituição, no artigo 38.º, número 4, primeira parte, estabelece devidamente a independência dos meios de comunicação social perante os poderes políticos, nomeadamente perante o Governo e demais órgãos executivos do poder central, regional ou local³⁸. Para além desta exigência, a segunda parte do número 4, do artigo 38.º estipula a exigência da independência perante o poder económico. Tal exigência é fulcral para garantir a pluralidade e diversidade de opiniões e perspetivas partilhadas pela imprensa, não sendo admitida uma concentração dos meios de comunicação, nem sendo permitida uma dependência destes aos poderes económicos – daqui decorre a exigência do princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos comunicativos.

A própria Constituição, no espírito do debate aberto, livre, informado e democrático, no seu artigo 38.º, número 6, parte final, determina o pluralismo ideológico, consagrando a obrigação de existência de diversas correntes ideológicas e de opinião

³⁶ Os jornais tradicionais já se converteram e adaptaram às redes sociais. Com efeito, através de várias redes sociais, já publicam e partilham notícias, atingindo um público-alvo muito maior do que poderiam atingir por via da imprensa tradicional. Mais sobre o assunto, vide CARDOSO, Gustavo, BALDI, Vania, et al., *Fake News em ano eleitoral: Portugal em linha com a UE*, Relatórios OberCom, 2019, pp. 48-50.

³⁷ Neste sentido, GOMES CANOTILHO, José e MOREIRA, Vital, ob. cit., pp. 592-593.

³⁸ Independência essa que é garantida através da ERCS, por força do art. 39.º, n.º 1, al. c) CRP.

dentro das estruturas internas de cada órgão de comunicação social³⁹. Tal é demonstrativo do quão essencial é numa democracia a existência de debate e do confronto livre e aberto das várias ideias e posições.

O Estado garante a liberdade de imprensa pela sua não ingerência e assegurando a sua proteção através do apoio a empresas jornalísticas, tendo este apoio de se pautar pela imparcialidade e não discriminação. Os direitos fundamentais funcionam como garantia contra o Estado, contudo, o direito à liberdade de imprensa vai mais longe pois é também uma liberdade consagrada e exequível através do Estado⁴⁰.

Em concreto, quanto aos direitos dos jornalistas, é possível identificar, através do número 2 do artigo 38.º da Constituição: a liberdade de expressão e criação [alínea a), primeira parte] e o direito de intervirem na orientação editorial do órgão de informação em que trabalham [alínea a), segunda parte]. Para além destes, a alínea b), garante o direito de acesso às fontes de informação estando este direito diretamente ligado ao direito à proteção do sigilo profissional que garante que não sejam prejudicados ou lesados por não revelarem as fontes que originaram as peças jornalísticas.

Não obstante, apesar de a liberdade de imprensa ter uma vertente pessoal, não será exclusivamente assim, na medida em que se estende o direito às pessoas coletivas, por força do número 2 do artigo 12.º da Constituição, bem como se poderá extrair da estrutura do próprio artigo⁴¹. Para além do mais, o fim prosseguido por variadas pessoas coletivas poderá recair na direta dependência da liberdade de imprensa, desde que se verifique o respeito pelo princípio da especialidade.

Os meios de comunicação social são, inegavelmente, um fenómeno de poder fáctico, do ponto de vista político, económico ou ideológico, sendo neste sentido que se fala nos meios de comunicação social como o quarto poder e como *cães de guarda*, apostado no controlo e responsabilização pública dos poderes legislativos, executivo e judicial, fazendo a ligação entre os cidadãos e o poder político, assegurando a transparência e a descoberta da verdade e a prevenção de atuações malignas por parte dos poderes políticos⁴².

³⁹ Cabe à ERCS, nos termos da al. f), n.º 1, do art. 38.º CRP, a garantia do pluralismo ideológico.

⁴⁰ Vide GOMES CANOTILHO, José e MOREIRA, Vital, ob. cit., p. 586.

⁴¹ Cf. al. c), n.º 2, art. 38.º CRP.

⁴² Cf. MACHADO, Jónatas, ob. cit., pp. 266-268 e ainda COSTA ANDRADE, Manuel, ob. cit., pp. 52-53.

Certo é que a par das suas garantias constitucionais, as ações dos *media* poderão ser um instrumento de violação de outros direitos fundamentais e ainda detêm um alargado poder de condicionamento do debate democrático⁴³.

Os meios de comunicação social não são apenas titulares de direitos fundamentais, como também são obrigados ao respeito pelos demais direitos de terceiros. Daí que haja uma crescente preocupação, bem como necessidade, de se garantir a transparência e a independência destes perante poderes económicos e/ou políticos e ainda a necessidade de se asseverar um pluralismo ideológico.

4.1 Os deveres dos jornalistas

O binómio direitos-deveres também encontra a sua aplicação no âmbito da actuação profissional dos jornalistas. Com efeito, a par dos direitos destes, são apresentados alguns deveres que os profissionais terão de seguir e respeitar. Estes deveres derivam do relevo público do trabalho que os jornalistas exercem no domínio da formação da opinião pública e da vontade política⁴⁴. A formação da opinião pública deriva, na sua maioria, do divulgado pelos *media*, ao abrigo do seu direito de imprensa e, também, através do direito de informar. Assim, é natural que se exijam determinadas condutas a quem informa a sociedade e a quem tem o poder de influenciar a opinião pública e o curso da expressão política.

Neste âmbito, a jurisprudência tem sido fulcral para delimitar a atividade jornalística regulada pela lei, nomeadamente na formulação de regras de conduta da atividade em questão. É seguro afirmar a existência de uma “presunção de verdade dos conteúdos informativos em matéria de interesse público”⁴⁵, estando esta presunção diretamente correlacionada com os direitos de informação dos cidadãos. A doutrina e a jurisprudência têm vindo a defender a existência de um dever de verdade das informações partilhadas, não impossibilitando a existência de ligeiras incorreções ou imprecisões que sejam toleráveis. Em suma, a verdade da imputação de factos não tem de ser positivamente demonstrada pelo jornalista, importa é que este se tenha pautado e cumprido as regras deontológicas e as *legis artis* a que está adstrito⁴⁶.

⁴³ Também concordando, GOMES CANOTILHO, José e MOREIRA, Vital, ob. cit., p. 594.

⁴⁴ Vide MACHADO, Jónatas, ob. cit., p. 588.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Neste sentido, Ac. TRL, de 9.4.19 – Proc. n.º 16687/16.0T8PRT.L1-7 (Micaela Sousa), Ac. TRL, de 11.9.12 - Proc. n.º 1361/09.1TJLSB.L1-1 (João Ramos de Sousa) e Ac. STJ, de 6.7.11 – Proc. n.º 2619/05.4TVLSB.L1.S1 (Gabriel Catarino).

5. Do conflito: liberdades comunicativas *versus fake news*

Creemos que a proteção da liberdade dos meios de comunicação social é fundamental para garantir a devida abertura e transparência do processo político-democrático, sendo que o seu papel se afigura essencial para informar e expor o poder político à sociedade, desempenhando, deste modo, um papel de *watchdogs* ao serviço da comunidade, vigiando o poder político. Certo é que muitos dos escândalos políticos nunca seriam conhecidos do público se não fosse o trabalho de investigação realizado pelos *media*.

É seguro concluir que a liberdade de expressão apoia e protege as vozes dissidentes da sociedade e que assegura permanentemente o debate público aberto e livre a qualquer indivíduo que assim pretenda.

A existência de afirmações falsas fará parte, inevitavelmente, do discurso público sendo que não é possível afirmar de imediato que uma ideia é falsa ou que não corresponde à verdade. Daí que a metáfora do mercado livre de ideias, em teoria, funcione: é através do confronto entre as várias ideias e opiniões que se extrai a melhor das apresentadas. Todavia, situação deveras diferente será a emissão de factos falsos. Ao contrário das ideias, os factos não poderão ser discutidos de uma forma subjetiva: ou são verdadeiros ou são falsos. Se se admitir, como na sociedade contemporânea se tem vindo a admitir e a permitir, que os factos estão sujeitos a uma subjetividade consoante ideologias, valores e perceções pessoais, seria possível contestar tudo o que se admite como verdadeiro⁴⁷.

Quanto à atividade jornalística, os tribunais portugueses têm vindo a delimitá-la, estabelecendo o que o é ou não permitido fazer no âmbito da liberdade de imprensa⁴⁸. É possível observar que os tribunais admitem que existam imprecisões ou incorreções, desde que ligeiras, sendo que a sua verificação não coloca em causa o exercício da liberdade de imprensa. Contudo, situação diferente será a publicação de notícias falsas, onde o jornalista atuou com consciência da falsidade dos factos reportados ou apurou tais

⁴⁷ A título de exemplo, recentemente tem havido um crescimento da teoria de que a Terra não é redonda – facto aceite e assente na comunidade científica -, mas sim plana.

⁴⁸ COSTA PINTO, Frederico Lacerda, “A Actividade Jornalística à Luz da Jurisprudência Penal”, in BLANCO DE MORAIS, Carlos, DUARTE, Maria Luísa e BRÍZIDA CASTRO, Raquel (coord.), *Media, Direito e Democracia*, Almedina, 2013, pp. 259.

factos através de uma investigação negligente da sua parte. Com efeito, determinam os tribunais que existem limites para os erros factuais ou para imprecisões. A liberdade de imprensa deverá sempre respeitar os padrões de boa-fé e de diligência exigida aos profissionais em questão pelo que se torna incompatível com a emissão dolosa de *fake news*⁴⁹. Em suma, não se poderá exigir dos jornalistas uma atividade de investigação absoluta dos factos e isenta de erros, no entanto, quando se trata de divulgação de factos, é exigível que atuem de boa-fé e de acordo com a ética imposta à profissão o que, de forma evidente, não se verifica em situações em que o profissional tem consciência de estar a transmitir notícias falsas.

Neste sentido, a distinção entre *misinformation* e desinformação é essencial. Como se poderá concluir pelo exposto, os tribunais portugueses aceitam e tutelam a *misinformation*, mas já não a desinformação. O que aqui se propõe não é a exigência da verdade em qualquer tipo e forma de comunicação (em sentido amplo). O que aqui se defende é a ideia de que a divulgação de *fake news*, com a consciência de o serem, não poderá ser tutelado pela liberdade de expressão, em particular quando se trate de notícias que envolvam políticos ou poderes públicos, na medida em que tais temas são de profundo interesse público e têm a possibilidade de fracionar profundamente a sociedade, tendo os jornalistas a responsabilidade (e obrigação ética) de informar a sociedade e não, pelo contrário, de a desinformar.

Cabrá ainda analisar se o mercado livre de ideias comporta a desinformação. Afirmava Stuart Mill que para se apurar a verdade através de um debate aberto e livre não se poderiam censurar as falsas opiniões. Para o citado autor, estas têm valor na medida em que só com o contraste entre as diversas opiniões em circulação se poderia atingir a descoberta da verdade⁵⁰. Todavia, o pensamento de Mill, não coloca a tónica na questão que analisamos. A ideia de criar, publicar, e divulgar *fake news* ter efeitos positivos no mercado livre de ideias, presume que as mesmas são ideias e que a sua apresentação poderá ser alvo de um debate livre e, assim, a discussão levará à descoberta da verdade. Mas tal não acontece. As *fake news* não se reportam a ideias, reportam-se a factos efetivamente falsos, colocados em circulação com o único propósito de manipular e contaminar factos verdadeiros e não de aprimorar o debate e discurso público.

⁴⁹ Também assim, Ac. STJ, de 17.9.09 - Proc. n.º 832/06.6TVLSB.S1 (Cardoso de Albuquerque) e Ac. STJ, de 6.7.11 – Proc. n.º 2619/05.4TVLSB.L1.S1 (Gabriel Catarino).

⁵⁰ STUART MILL, John, *On Liberty*, Batoche Books, 2001, pp. 34-36

Nesta medida, o próprio conceito de desinformação não se poderá, nunca, coligar à teoria do mercado livre de ideias. Primeiramente, as *fake news* não são ideias *per se*, tratam-se de factos, recaindo no conceito de afirmações de facto pois pretendem descrever uma realidade (apesar de errónea) e não poderão nunca ser consideradas juízos de valor. Em segundo lugar, o intuito de apresentar novas ideias no mercado é o de possibilitar e fomentar um debate livre para que se possa atingir a melhor ideia dentro de todas as apresentadas. Todavia, o objetivo da desinformação é precisamente o oposto: adulterar e influenciar o discurso público, apresentando à sociedade factos falsos, não tendo qualquer fim de se atingir a verdade.

Ora, o discurso público, particularmente o atinente à discussão política e eleitoral (pelos motivos já supra apresentados), deverá ser protegido da criação, publicação e partilha intencional de desinformação. Como bem salienta Jónatas Machado, implícito no dever de informar encontram-se os imperativos de não distorcer, fabricar ou encenar notícias⁵¹. O dever de verdade parte da conceção do relevo dos meios de comunicação social na criação da opinião pública pelo que esta não deverá ser alvo de manipulações e introdução de informação falsa por parte de quem tem o direito (e dever) de informar os cidadãos. Os *media* deverão utilizar o poder informativo de forma responsável, de modo a não minar a formação da opinião pública e da vontade política.

Contudo, do exposto, não se poderá retirar a defesa de uma atividade jornalística livre de erros factuais e até mesmo de atividades investigatórias no âmbito da prossecução da profissão sem quaisquer imprecisões ou até de dados incorretos, pelo que se deverá tolerar uma certa margem de erro como já foi supra defendido. Não pretendemos que as criações de peças jornalísticas se encontrem livres de erros ou imperfeições na sua totalidade. Tais erros e imprecisões, até um certo limite, farão parte da natureza das coisas. Como tal, não se poderá exigir dos jornalistas uma apuração dos factos tal como se exige aos tribunais. Se a atividade em questão tiver respeitado os padrões de boa-fé e tendo havido uma diligente investigação dos factos, mesmo que contenha erros, se forem toleráveis face ao que mencionámos, não estaremos perante desinformação, mas sim perante *misinformation*.

A desinformação não tem qualquer benefício numa sociedade democrática, aliás, a propagação massiva de *fake news* apenas vem asfixiar o próprio direito à liberdade de expressão na medida em que as mesmas descaracterizam a sua própria essência. Com

⁵¹ Cf. MACHADO, Jónatas, ob. cit., p. 590.

efeito, na nossa modesta opinião, não se deverá invocar o direito à liberdade de expressão para tutelar a criação e divulgação de desinformação sendo estas condutas adversas à mais pura essência da liberdade de expressão: a procura da verdade e a formação de uma opinião pública livre e esclarecida⁵². A verdade nunca poderá ser alcançada se o discurso público for constantemente contaminado com desinformação de modo a influenciar e manipular os cidadãos. Mais, julgamos que o próprio direito à liberdade de expressão não poderá comportar a renúncia às finalidades substantivas e próprias da tutela ao direito à liberdade de expressão: a procura da verdade e a formação de uma opinião individual livre de manipulações e influências⁵³.

Em virtude do aludido, não nos oferece dúvida, com o devido respeito por opinião contrária, que a liberdade de expressão não justifica nem legitima as *fake news*⁵⁴ nem haverá qualquer fundamento e interesse legítimo que fundamente a criação e publicação de notícias factualmente falsas com o intuito de manipular e desinformar os titulares do direito à informação. A desinformação deforma a opinião pública sobre um tema de relevo o que, por sua vez, levará a uma deformação da conceção do eleitorado sobre um determinado candidato o que poderá, potencialmente, desviar o voto no mesmo. É inegável que a propagação de desinformação é um risco sério e grave para a democracia, manipulando o processo eleitoral e os próprios eleitores e, em última instância, manipulando o processo democrático *per se*⁵⁵.

⁵² Também defendendo a “potencialidade corrosiva da democracia, da qualidade da participação dos cidadãos e do debate público” das *fake news*, Ac. TRL, de 20.2.20 - Proc. n.º 5407/16.9T8ALM.L1-6, (Ana Azeredo Coelho).

⁵³ Também neste sentido, MACHADO, Jónatas e RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., “Liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas: o perigo de manipulação da esfera de discurso público”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XCV, tomo I, 2019, pp. 45-48.

⁵⁴ Também defendendo a tese de que na liberdade de expressão não cabe a divulgação de notícias falsas, MELO ALEXANDRINO, José “Art. 37.º - Anotação”, in MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2010, p. 839.

⁵⁵ Também assim, MACHADO, Jónatas e RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., pp. 72-73.

CAPÍTULO III – Direitos Fundamentais: A tutela da honra

1. Breve enquadramento

A criação e divulgação de *fake news* poderá criar diversos e variados danos, nomeadamente, como já foi referido, um potencial dano para a democracia, minando a possibilidade de os cidadãos se informarem verdadeira e livremente sobre os candidatos ou partidos aquando eleições ou, ainda, produzindo danos para o indivíduo visado diretamente com a desinformação.

Sendo um dos fins da divulgação de desinformação a manipulação de eleições, o conteúdo da mesma poderá ser orientado para favorecer ou desfavorecer candidatos. Com efeito, caberá afirmar que nem toda a desinformação atentará contra a honra. Contudo, as *fake news* sendo, na sua maioria, notícias com cariz negativo, poderão visar afetar um indivíduo (ou vários) em concreto pelo que, potencialmente, poderão produzir danos sobre o bem jurídico honra. Caberá realizar uma breve contextualização do problema que nos propomos desenvolver e a sua dimensão jurídico-penal.

A honra configura-se como um direito fundamental do desenvolvimento pessoal e individual, bem como da personalidade do indivíduo e estabelece-se como um vetor central e inderrogável da dimensão socio-pessoal do ser humano. Assim, é inderrogável o seu vínculo com a própria dignidade da pessoa humana. A imputação de factos falsos a indivíduos através de *fake news* colocará em causa a imagem externa e o *status* dos visados podendo criar sérias lesões na vida pessoal e profissional destes⁵⁶.

Num Estado de Direito, é inevitável que os bens jurídicos conflituem entre si, sendo que ao atuar no exercício de um, é possível colidir com outros de igual hierarquia constitucional. Numa democracia, onde existe liberdade para partilhar e expor diferentes opiniões e pensamentos, bem como para se informar e ser informado, é inevitável o constante confronto entre a liberdade de expressão e de imprensa com a honra, sendo natural a existência permanente de uma relação de tensão entre os dois bens⁵⁷ - tal será a consequência de se tutelar uma liberdade de expressão e de imprensa livres.

Particularmente no contexto político, as pessoas tomam muitas das suas decisões com base em notícias que circulam acerca dos candidatos e nas suas reputações, sendo que é

⁵⁶ Também assim, MACHADO, Jónatas e RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., p. 72.

⁵⁷ Também neste sentido, RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 51-55.

imperativo que as notícias sejam partilhadas com base em informação verdadeira e livre de qualquer intenção de influenciar o eleitorado.

1.1 Conceito de figuras públicas

As *fake news* têm a intenção de influenciar a opinião pública, em especial a opinião política, influenciando resultados eleitorais. Deste modo, uma grande parte incidirá sobre figuras públicas, em particular candidatos a cargos políticos ou às ideologias subjacentes a estes.

A diferenciação entre figuras públicas e privadas reveste-se de importância para o tema em análise. Apesar de o tipo criminal não diferenciar de forma expressa a qualidade da vítima (sem prejuízo do estipulado pelo artigo 184.º do Código Penal) não é criminalmente irrelevante se os factos imputados afetam uma figura pública ou uma privada.

Ambas são titulares do direito à honra, mas existe uma diferença notória entre quem se colocou de forma voluntária na esfera pública daquele que se mantém fora desta. Destarte, a figura pública intervirá no decurso dos acontecimentos sociais e públicos pelo que estará, inevitavelmente, mais exposta às críticas e opiniões. Estas, por se colocarem numa posição pública de forma voluntária, assumem um risco de exposição que decorre da própria atividade de se ser uma figura pública⁵⁸. Como tal, deverão apresentar uma maior tolerância para a crítica e escrutínio público. Pelo contrário, a figura privada é um sujeito passivo dos acontecimentos sociais que apenas observa o seu desenrolar⁵⁹.

Todavia, não se retira do estatuto da figura pública que as mesmas não mereçam tutela da sua honra - haverá sempre limites que não poderão ser ultrapassados. Como menciona Iolanda Rodrigues, a “tolerância à crítica tem que conhecer barreiras, sob pena de se negar, de uma forma intolerável, a proteção da honra destas figuras”⁶⁰.

⁵⁸ MACHADO, Jónatas e RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., pp. 81-83.

⁵⁹ Também do entendimento que a tutela da honra de figuras públicas é menor do que a tutela da honra de figuras privadas, Ac. TC n.º 113/97, de 5.2.97 e Ac. TC n.º 292/2008, de 29.5.08.

⁶⁰ RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., pp. 257-259.

2. A tutela penal da honra no ordenamento jurídico português

2.1 A dignidade e necessidade de tutela penal

A intervenção do direito penal assenta numa lógica de *ultima ratio* de intervenção, tendo de existir a necessidade imprescindível da sua atuação para que seja exequível a devida proteção dos bens jurídicos fundamentais e essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade⁶¹. Deste modo, o direito penal apenas se irá imiscuir na tutela de determinado bem jurídico caso exista dignidade e carência de tutela penal.

Quanto à dignidade penal, apenas os bens jurídicos fundamentais a possuirão, podendo, com efeito, usufruir de proteção penal. Em relação à necessidade de tutela penal, tratar-se-á da conceção de que o direito penal tem uma natureza verdadeiramente subsidiária e atua conforme o princípio da necessidade. Assim, o direito penal apenas intervirá quando os meios jurídicos de outros ramos se revelem impróprios e ineficazes para a proteção do bem jurídico⁶². Quanto ao princípio da idoneidade, o direito penal deverá sempre atuar através do meio menos oneroso e gravoso para os titulares⁶³.

Nenhum bem jurídico é absoluto e também não será absoluta a sua tutela pelo direito penal, havendo a necessidade de um equilíbrio face o contexto social, em virtude do próprio princípio de subsidiariedade. Com efeito, como indica Iolanda Machado, a proteção penal só deverá ser acionada quando for ultrapassada a barreira do contato social permitido pois, a partir desse limite, os riscos a que o bem jurídico se expõe não têm de ser suportados sem a intervenção penal⁶⁴.

A honra poderá sofrer ataques que, até certa medida, poderão ser suportados ou tutelados através de outros meios jurídicos que não os penais. Ultrapassados os limites toleráveis e segundo os quais os demais ramos poderão tutelar, o legislador penal criminaliza a difamação e a injúria, sem descurar um equilíbrio entre este bem jurídico e os demais existentes.

2.2 O bem jurídico

A matéria do bem jurídico honra trata-se de uma matéria com controvérsias e algumas dificuldades na sua conceção jurídica.

⁶¹ Ideia revelada no art. 18.º, n.º 2 CRP.

⁶² FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 3.ª ed., GestLegal, 2019, pp. 146-148.

⁶³ RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., p. 244.

⁶⁴ *Idem, idem*, p. 247.

Uma dificuldade maior apresenta-se na construção do bem jurídico protegido havendo uma divergência doutrinária entre a concepção normativa e fática. A concepção fática dividir-se-á em dois tipos de honra: a honra interior ou subjetiva – sendo a própria concepção, opinião e noção do valor que uma pessoa tem sobre si mesma; e a honra exterior ou objetiva – sendo a concepção que as pessoas têm sobre o valor de uma pessoa, isto é, a sua reputação, o seu bom-nome.

Por outro lado, a concepção normativa orienta-se segundo uma dupla matriz, consoante se acentua a vertente pessoal ou a dimensão social⁶⁵. Na sua matriz social, a honra é concebida através da consideração das variadas relações interpessoais representando o respeito social da pessoa. Por consequência, a honra será ofendida caso se negue essa mesma qualidade de pessoa. Pelo contrário, o conceito normativo-pessoal, passa pelo argumento de que a honra é inerente à personalidade da pessoa, estando radicada na dignidade da pessoa humana, sendo este um valor inato e indiferente a relações sociais ou pertença a grupos.

Como tal, face às dificuldades e críticas tecidas a cada uma das concepções, a doutrina e jurisprudência têm vindo a tecer um conceito normativo-pessoal de honra, combinando a concepção normativa com uma dimensão fática, isto é, a honra é vista como um bem jurídico complexo que engloba dois vetores: interno e externo⁶⁶.

Nestes termos, a honra é um bem jurídico complexo com dupla vertente: pessoal e social. Destarte, a honra está iminentemente ligada à dignidade da pessoa humana, independentemente do seu *status* social, sendo que é através desta que se desenvolve. Tal como a dignidade humana é inerente e inata a qualquer pessoa, também a honra assim o é – ainda que alguns indivíduos devido a qualquer razão, como a idade, incapacidade, entre outros, não sejam capazes de percecioná-la, não será por tal que não terão a devida tutela penal contra agressões à sua honra.

A honra apresenta uma vertente inegavelmente interna, pessoalíssima, traduzindo-se na avaliação que o indivíduo faz de si próprio e das suas qualidades, exprimindo a estima que tem por si mesmo. A honra interna terá de ser devidamente protegida na medida em que, mesmo tratando-se de uma consideração íntima e pessoal, com a convivência social os efeitos das ofensas poderão desequilibrar, ou mesmo destruir (ainda que parcialmente), o respeito e estima que cada um tem por si próprio. Para além do vetor interno, a tutela

⁶⁵ FARIA COSTA, José, “Art. 180.º - Anotação”, in FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, pp. 603-605.

⁶⁶ Neste sentido, *idem, idem*, p. 607 e ainda RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., *ob. cit.*, pp. 242-243.

penal estende-se ainda à honra externa, à consideração social, à designada reputação, intrinsecamente ligada à envolvimento e às relações que o indivíduo estabelece com o mundo exterior e com as ligações interpessoais advindas das variadas relações sociais. Decorrente destas relações poderão advir ataques à reputação das pessoas, ferindo a imagem, bom-nome e reputação que o indivíduo detinha perante os restantes membros da sociedade.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana visa tutelar uma dupla vertente da honra: uma vertente pessoal que nasce no íntimo de cada um e ainda uma vertente social que decorre de o ser humano ser um ser social que interage com outros, relacionando-se com estes, criando a sua reputação e projetando a sua imagem. Reputação e imagens essas que poderão ser alvos de ataques perpetuados pelos restantes membros da sociedade podendo esses mesmos influenciar o juízo público que se fará sobre o visado das ofensas.

Nestes termos, compreende-se que se adote um conceito normativo-pessoal de honra, combinando a conceção normativa com uma dimensão fática. Só esta tese se adequa devidamente ao estabelecido nos artigos 180.º e 181.º do Código Penal uma vez que estes referem, expressamente, “ofensivos da sua honra ou consideração”, demarcando a diferença entre estes dois conceitos.

Outra dificuldade apresenta-se desde logo no desencontro entre o termo consagrado no Código Penal e na Constituição. Se os bens jurídicos penalmente relevantes têm de encontrar o seu fundamento através dos bens jurídicos fundamentais, a Constituição refere-se a “bom-nome e à reputação”, ao contrário do Código Penal que tutela a “honra”⁶⁷.

Tanto o bom-nome como a reputação têm forte carga social, isto é, formam-se através de um juízo público não traduzindo uma tutela de estima e consideração pessoal. A Constituição, no seu artigo 26.º, número 1, apenas refere o “bom-nome e reputação” o que, face ao que defendemos quanto ao bem jurídico, nomeadamente à sua complexidade e amplitude a uma proteção de uma honra interna, não parece ser suficiente corresponder a tutela penal da honra apenas ao artigo 26.º, número 1 da Constituição.

⁶⁷ Para além da sua proteção penal, o bem jurídico é também tutelado pelo direito civil e ainda em diversa legislação avulsa, respetivamente nos arts. 70.º, n.º 1, 79.º, n.º 3, 484.º CC; art. 24.º, n.º 1 da Lei n.º 2/99, de 13/01; art. 27.º, n.º 1 da Lei n.º 54/2010, de 24/21; art. 14.º, n.º 2, al. g), da Lei 1/99, de 01/01 e ainda o art. 27.º, n.º 1 da Lei 27/2007, de 30/07.

Destarte, somos da opinião que a tutela da honra externa advirá do artigo 26.º, número 1 da Constituição enquanto que a tutela penal da honra interna terá de constar do artigo 25.º, número 1 onde garante a “integridade moral”⁶⁸.

3. O crime de difamação

3.1 Breve introdução

O Código Penal estatui nos seus artigos 180.º e 181.º os crimes de difamação e de injúria, respetivamente. Estes crimes constituem dois tipos legais distintos e autónomos, apesar dos vários pontos comuns entre eles. A diferença entre estes reside no tipo de relação de cada um. Citando o paralelo elaborado por Faria Costa, a difamação configura uma relação triangular ao contrário da injúria que consagra uma relação bipolar⁶⁹. Ora, a diferença entre os tipos legais reside na imputação direta ou indireta dos factos ou juízos desonrosos. Assim, a difamação dependerá da imputação a outrem de juízos ou factos desonrosos que seja feita perante um terceiro, ou veiculada por este, que não aquele que se visa atingir com a difamação; ao contrário da injúria, onde a imputação será feita diretamente contra o próprio visado.

Todavia, atentos à centralidade da dissertação, o crime em análise será somente o de difamação, excluindo-se do estudo o crime de injúria sendo que as *fake news* serão sempre perpetuadas através ou por meios de comunicação social e redes sociais, nunca sendo concretizadas perante quem se pretende visar.

3.2 O tipo objetivo e subjetivo

3.2.1 O tipo objetivo

Os elementos típicos da difamação são a imputação de factos ou a formulação de juízos de valor desonrosos ou a sua reprodução. Cabe dizer que a distinção entre estes dois conceitos tem relevância, sobretudo a nível de aplicação do número 2 do artigo 180.º do Código Penal que apenas se destina à imputação de factos – a verificabilidade da

⁶⁸ Também neste sentido, CRUZ SANTOS, Fernando José, *Dos Crimes Contra a Honra: Dignidade Penal, Constrangimento da Comunicação e Consequências Jurídicas*, Tese de Mestrado, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2019, p. 15; MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira, *O Direito À Honra e a sua Tutela Penal*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 21. No sentido de ser apenas o art. 26.º o fundamento da tutela penal da honra, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2015, p. 723.

⁶⁹ Cf. FARIA COSTA, José, “Art. 180.º - Anotação”, ob. cit., p. 608.

verdade de um juízo de valor seria impossível pelo que de imediato se afasta a formulação de juízos do citado preceito. Quanto à reprodução, trata-se de “divulgar uma afirmação alheia que não é, portanto, objeto de convicção própria”⁷⁰.

Tendo em conta que a desinformação não passa pela criação e partilha de juízos de valor, mas, pelo contrário, assenta na criação e partilha de factos falsos, importará tão-só a análise de imputação de factos desonrosos em sede de tutela da honra.

3.2.2 O tipo subjetivo

O entendimento contemporâneo é de que não se exige um dolo específico neste crime, tendo já sido ultrapassada a posição oposta⁷¹. Nesta senda, não havendo especificidade, o tipo legal admite qualquer das formas de dolo previstas no artigo 14.º do Código Penal. Nestes termos, não se exige a especial intenção de difamar bastando comprovar-se que o que foi dito ou escrito têm esse efeito final. O crime não poderá ser cometido por negligência.

Além disso, o tipo configura um crime de perigo⁷², bastando apenas a mera colocação em perigo do bem jurídico.

3.3 A imputação de factos ofensivos da honra

A verdade dos factos tem uma enorme relevância no crime de difamação, atentos ao número 2 do artigo 180.º. Nesta senda, a verdade ou a falsidade do facto imputado é juridicamente relevante, especialmente em sede da prossecução da busca pela verdade através da atuação dos *media*.

O crime de difamação, na vertente de imputação de factos desonrosos, não exige para a realização do tipo, a falsidade do facto imputado⁷³, porém, a verdade ou falsidade destes não deve ser juridicamente irrelevante⁷⁴.

⁷⁰ DIAS, Augusto Silva, *Alguns aspectos do regime jurídico dos crimes de difamação e de injúrias*, Lisboa, AAFDL, 1998, p. 12.

⁷¹ Neste sentido, Ac. TRP, de 28.10.20 – Proc. n.º 202/19.6GCVFR.P1 (Eduarda Lobo) e ainda Ac. TRP, de 7.11.18 – Proc. n.º 35/17.4PIPRT.P1 (Cravo Roxo).

⁷² Na jurisprudência, considerando ser crime de perigo, Ac. TRL, de 11.12.19 – Proc. n.º 4695/15.2T9PRT.L1-9 (Abrunhosa de Carvalho) e na doutrina, RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., *ob. cit.*, p. 239.

⁷³ Cf. RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., *ob. cit.*, pp. 265-267.

⁷⁴ Também assim, TEDH, *Lingens v. Austria*, 8.7.86.

3.3.1 A prossecução de interesses legítimos

O número 2 do artigo 180.º prevê que a conduta não será punível quando a imputação for feita para realizar interesses legítimos e quando o agente provar a verdade ou tiver fundamentos sérios para a reputar como verdadeira, sendo estes requisitos cumulativos. Da leitura do preceito concluímos que o número 2 exclui do seu âmbito de aplicação, de forma clara, a produção de juízos de valor desonrosos⁷⁵, até porque, dado o conceito de juízos de valores, seria impraticável a prova da sua verdade sendo que estes serão sempre subjetivos, não havendo uma verdade ou falsidade por detrás dos mesmos⁷⁶.

Certo será que não se poderá afirmar que as condições de não punibilidade enunciadas no número 2 do artigo 180.º apenas se destinam aos meios de comunicação social – até porque não se está perante um crime especial – contudo, é inegável a intrínseca ligação e, conseqüentemente, conflito, entre o direito e liberdade de informar e a honra.

Quanto à realização de interesses legítimos⁷⁷, tratar-se-á do exercício legítimo de expor situações de manifesto interesse e relevo, consagrando, *maxime*, o direito de informar que permitirá a sociedade formar as suas livres convicções e opiniões, o que possibilitará a sua participação na sociedade democrática⁷⁸.

A exclusão da ilicitude terá maior relevância quando estiverem em causa situações de imputação de factos desonrosos a figuras públicas, em particular, governantes ou candidatos políticos, em nome da prossecução de um interesse público. Assim, haverá interesses ou valores que são merecedores de tutela que impõem às figuras públicas uma maior tolerância em relação às ofensas de que são alvo. Como afirma Iolanda Rodrigues, haverá “algumas condutas, consistentes na imputação de factos desonrosos, apesar de típicas, estão jurídico-penalmente justificadas”⁷⁹.

Quanto à realização de um interesse legítimo⁸⁰, para que se preencha o requisito, será necessário que se verifique que o direito de informação foi preenchido sob a alçada

⁷⁵ A exclusão da ilicitude da imputação de juízos de valor só poderá encontrar a sua exclusão nas causas gerais.

⁷⁶ Também assim, MACHADO, Jónatas, ob. cit., pp. 787-788.

⁷⁷ Atentos à expressão utilizada pelo legislador na al. a), do n.º 2 do art. 180.º (“interesses legítimos”), o legislador não restringiu este conceito apenas a interesses públicos. Desta forma, interesses privados também preencherão a norma desde que preencham o requisito de serem legítimos. Neste sentido também, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, ob. cit., p. 729; MACHADO, Jónatas, ob. cit., p. 785; FARIA COSTA, José, “Art. 180.º - Anotação”, ob. cit., p. 615.

⁷⁸ Também assim, RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., pp. 401-402.

⁷⁹ *Idem, idem*, pp. 275-276.

⁸⁰ Caberá sublinhar que nem toda a atividade da imprensa preencherá a norma. Será evidente que a imprensa dita “cor-de-rosa” poderá preencher um interesse do público, mas não um interesse público legítimo.

do seu exercício de função pública: o de formar uma opinião livre e esclarecida sobre questões de interesse social relevantes, por exemplo, questões políticas e económicas e que o conteúdo da notícia seja relevante para informar a comunidade⁸¹.

A prossecução de interesses legítimos constitui, assim, uma causa autónoma de justificação das imputações de factos desonrosos sempre e caso o agente atue no âmbito da prossecução de interesses legítimos. Com efeito, a exclusão da ilicitude pela verificação deste requisito protege a democracia. É esta prossecução de interesses legítimos que possibilita um diálogo aberto e livre, possibilitando a exposição de notícias com interesse público que, por conseguinte, permitirá informar os indivíduos capacitando-os de informação pertinente para que as tomadas de decisões sejam conscientes e informadas para o bom funcionamento das instituições democráticas.

3.3.2 A prova da verdade da imputação (*exceptio veritatis*)

A segunda causa de justificação da prática do crime de difamação que terá de ser verificada é a designada *exceptio veritatis*, isto é, a prova da verdade dos factos imputados pelo agente ou, pelo menos, a imputação dos mesmos com a convicção que seriam verdadeiros tendo cumprido com as diligências exigidas pela *legis artis* da sua profissão, no caso de o agente ser um profissional dos meios de comunicação social⁸².

A alínea b) do citado artigo prevê duas possíveis situações de verdade: i) a imputação de facto verdadeiro; e ii) a imputação de um facto que o agente, de boa fé, considerou, através de fundamentos sérios, como sendo verdadeiro. Analisando a segunda parte da alínea b), torna-se claro que o legislador teve especial atenção à atividade profissional dos jornalistas e permitiu uma certa tolerância a esta atividade profissional e às suas especificidades. É da própria natureza profissional do jornalismo que, pelo ritmo acelerado e competitivo entre os meios de comunicação social, por vezes, apesar de se respeitar a *legis artis* da profissão, nomeadamente, confrontar as diversas fontes e confirmar as mesmas, os factos noticiados não correspondem à verdade.

Nesta linha, é possível fazer um paralelo da segunda parte da alínea b) com o conceito de *misinformation*, isto é, o facto imputado é categoricamente falso, mas não

⁸¹ Neste sentido, Ac. TRC, de 27.9.00 – Proc. n.º 1447/00 (Barreto do Carmo).

⁸² Conforme prescreve o art. 14.º EJ.

existiu a intenção maliciosa de prejudicar porque, em boa medida, o agente considerava o facto como verdadeiro ou atuou de forma a apurar a verdade.

Nestes termos, ainda que os factos imputados venham a ser comprovadamente falsos, se o jornalista teve razões suficientes para acreditar na veracidade dos factos e se a sua atuação foi conforme os deveres profissionais e deontológicos da sua carreira, não deverá ser punido⁸³. O contrário obstará a uma imprensa verdadeiramente livre sendo que a profissão acarretaria uma iminente possibilidade de responsabilidade criminal caso se verificasse a falsidade dos factos imputados. Caberá alertar que não se poderá exigir o mesmo grau de certeza dos factos à imprensa do que se exige, por exemplo, aos tribunais⁸⁴. Assim, o erro jornalístico é criminalmente tolerado sendo que a exigência de publicação de apenas factos cabalmente verdadeiros esvaziaria o conteúdo da liberdade de imprensa⁸⁵.

A exclusão de ilicitude sob a prossecução de interesses legítimos e caso os factos sejam verdadeiros ou, pelo menos, o agente tenha fundadas razões para acreditar de boa fé o serem, equilibra e apresenta uma solução justa ao julgador para que lhe seja possível decidir quanto ao perpétuo conflito entre a liberdade de expressão e a honra. Esta solução também delimita o não absolutismo da liberdade de expressão perante outros direitos – no conflito com o bem jurídico honra, para prevalecer sobre esta, terá de preencher os já aludidos requisitos.

3.4 A equiparação

O legislador foi sensível aos diferentes recursos por onde se poderá perpetuar os diferentes crimes contra a honra. Tipicamente, mas talvez não na sua maioria, as ofensas à honra serão perpetuadas verbalmente.

Todavia, tendo o legislador reconhecido diferentes meios passíveis de se praticar os referidos crimes, estabelecendo-os imediatamente no artigo seguinte, bem andou ao equiparar a difamação verbal àquelas feitas por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão, não tendo elaborado uma lista taxativa de possíveis formas no artigo 182.º.

⁸³ No mesmo sentido a jurisprudência do TEDH, *Dalban v. Romania*, 28.9.99.

⁸⁴ Também assim, FÁRIA COSTA, José, “Art. 180.º - Anotação”, ob. cit., p. 623.

⁸⁵ Cf. RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., pp. 290-293.

4. O artigo 183.º

O presente artigo desdobra-se em duas situações desde já enunciadas pela epígrafe do mesmo – a publicidade e a calúnia. O artigo 183.º número 1, alínea a) estabelece os meios ou circunstâncias que terão um efeito propulsor da difamação realizada, sendo que a alínea b) do mesmo número retrata a imputação de factos falsos pelo agente que conhece a falsidade dos mesmos. Quanto ao número 2, o legislador estabeleceu uma moldura penal mais severa quando a imputação de factos difamatórios é efetuada através do recurso a meios de comunicação social.

4.1 Os meios

O legislador distinguiu, de imediato, os meios ou circunstâncias que facilitam a divulgação de difamações daquelas que são realizadas através dos meios de comunicação social tendo criado uma agravante específica para contemplar esta situação.

Como tal, pretendeu-se punir mais severamente quem recorre a meios que potenciam a propagação dos factos difamatórios, sendo que o dano para a honra do ofendido será, em larga medida, maior quanto mais pessoas tiverem conhecimento dos factos lesivos da honra da vítima.

4.1.1 Os meios ou circunstâncias que facilitem a divulgação

Será prudente realizar uma interpretação restritiva da norma em análise sob pena de se ter de aceitar que, caso se interpretasse num sentido demasiado amplo, talvez a maioria das situações em que alguém difama outrem perante terceiros, veria a sua conduta cair nesta alínea.

Não se poderá igualar a conduta em que o agente difama alguém perante alguns amigos com a situação em que o difama numa reunião pública. Como sublinha Faria Costa, o que releva para a alínea a) não é necessariamente o número de pessoas presentes, mas sim “o sentido da ideia de facilitação” pelo que será relevante atender à contextualização da situação⁸⁶.

Uma vez que o legislador diferencia os meios da alínea a) dos meios de comunicação social, obriga-nos a indagar que outros meios serão estes apresentados neste preceito.

⁸⁶ FARIA COSTA, José, “Art. 180.º - Anotação”, ob. cit., pp. 640-641.

Como se aludiu supra, serão quaisquer meios que facilitem e possibilitem a propagação e difusão da difamação.

4.1.2 A comunicação social

Para compreendermos corretamente o meio em questão, será necessário conceitualizar “meio de comunicação social”. Como ensina Faria Costa, “a comunicação social realiza-se na pluralidade de meios que, em determinado momento histórico, a comunidade é capaz de fornecer para a difusão dos diferentes fluxos informacionais e que visa (...) atingir com essa informação um conjunto alargado ou maciço de pessoas”⁸⁷. Assim, serão meios de comunicação social aqueles que veiculam notícias para a população, seja através de que meios for – imprensa escrita, rádio, televisão, entre outros.

4.1.3 A diferenciação dos meios

O legislador, em 1982, considerou ser mais gravosa a difamação através de meios de comunicação social do que a difusão da difamação através de outros “meios”. Decerto que em 1982 o legislador não poderia prever a chegada da *internet* como atualmente é concebida e utilizada, porém, a alínea a), número 1 do artigo 183.º tem servido como fundamento para condenar qualquer ofensa à honra que tenha recorrido ao mundo digital para a realizar. Assim, a *internet* será um “meio” ao abrigo da referida alínea.

Não obstante, pelo facto de a norma não ter sido concebida para abranger a introdução da *internet* e a magnitude que esta teria contemporaneamente, surgem claras distorções na prática. Se considerarmos que um indivíduo escreve um texto imputando factos lesivos da honra de um terceiro e, para tal, recorre à *internet* para o partilhar ou, pelo contrário, recorre aos *media*, verá a sua punibilidade variar consideravelmente consoante o meio. Com efeito, ficará sujeito a uma pena mais gravosa pelo texto partilhado através dos meios de comunicação social do que pelo texto partilhado *online*.

Nestes termos, consideramos haver uma desadequação entre a atualidade e a diferente moldura penal atribuída a cada um dos diferentes meios⁸⁸. Sendo que as *fake news* proliferam no ambiente digital, será indiscutível que a difamação através deste meio

⁸⁷ *Idem, idem*, pp. 641-642.

⁸⁸ Também assim, SERRANO, Martim Bouza, “A Discrepância no Tratamento Jurídico do “Meio” na Agravação Prevista pelo Artigo 183.º do Código Penal, para o Crime de Difamação”, in BLANCO DE MORAIS, Carlos, DUARTE, Maria Luísa e BRÍZIDA CASTRO, Raquel (coord.), ob. cit., p. 385.

potencia o *sentido de facilitação* a um grau muito mais elevado do que os tradicionais *media* poderiam.

4.2 A calúnia

Na situação em que o agente impute factos difamatórios cujo conteúdo saiba falsos, estará perante a prática de calúnia. Destarte, o elemento material de aplicação da norma é a imputação de factos falsos com o conhecimento de o serem. Relembrando que as *fake news* têm como elemento material a produção de notícias que se saibam falsas, a calúnia apresenta assim uma elevada relevância para o tema em análise.

O agente que imputa factos falsos a outrem sabendo que o são, atua, indubitavelmente, com dolo. Com efeito, o agente conhece a verdade dos factos e ainda assim, de forma consciente e com intenção, decide imputar factos falsos sobre uma pessoa ou situação. Ora, daqui se poderá concluir que, para se preencher o tipo, será necessário que o agente represente os factos como verdadeiros e que, posteriormente, os impute em sentido contrário à sua veracidade. Como sublinha Iolanda Rodrigues de Brito, é precisamente pelo facto de o agente conhecer a verdade e afirmar o seu inverso que a conduta do agente é merecedora de uma punição agravada⁸⁹.

A *ratio* da norma incide no facto de o agente imputar factos falsos sabendo que o são pelo que se exigirá um dolo direto, não se preenchendo a conduta tão-somente com a verificação de um mero dolo eventual⁹⁰.

Ainda assim, não há motivo legal para se afastar a aplicação das causas gerais de justificação contempladas no artigo 31.º do Código Penal. Não obstante, parece-nos complexo aplicar qualquer uma das justificações sendo difícil conceber situações em que se pratique o crime de calúnia em legítima defesa, no cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade ou, mais impraticável ainda, com o consentimento do próprio lesado. Quanto à prática da calúnia através do exercício de um direito – como a liberdade de expressão – não será este invocável para arguir a favor da sua prática sendo que é incompatível com as finalidades próprias da liberdade de expressão⁹¹.

⁸⁹ Cf. RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., pp. 355-356.

⁹⁰ Também assim, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo ob. cit., pp. 733-734.

⁹¹ Neste sentido, RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., p. 357.

5. A agravação – o agente passivo

A norma incriminadora do artigo 184.º do Código Penal determina que as molduras penais previstas nos artigos 180.º, 181.º e 183.º serão elevadas de metade nos seus limites mínimo e máximo caso a vítima seja alguma das incluídas no elenco da alínea l), do número 2 do artigo 132.º. Assim, a norma incriminadora incide na qualidade da vítima ou do agente⁹². Para se aplicar a agravação, terão de estar reunidos requisitos, nomeadamente, a ofensa terá de ser dirigida à vítima⁹³ no exercício das suas funções ou por causa delas.

Importará assinalar que se poderá reconhecer de uma breve análise da alínea l), do número 2 do artigo 132.º que a maioria do elenco estabelecido são figuras públicas e, em particular, predominam no elenco figuras políticas. Nestes termos, o artigo aproxima-se de uma conceção social e estatutária da honra, isto é, a tutela da honra variaria consoante o *status* social da vítima sendo que algumas pessoas, tão-só pelo seu estatuto funcional, beneficiarão de uma tutela da honra superior à das figuras privadas – configurando aqui uma tutela da honra funcional⁹⁴. Tal parece incorrer no contrário do que tem sido a nossa tomada de posição: a proteção da honra das figuras públicas tem de reconhecer um maior limite de tolerância por estas se encontrarem expostas ao criticismo e opiniões da comunidade, resultando numa menor, mas não inexistente, proteção jurídico-penal da honra⁹⁵.

No caso concreto, a prática de calúnia contra alguma das figuras da alínea l), número 2, do artigo 132.º no exercício da sua função ou por causa dela não obsta à dupla agravação caso se verifique a aplicação dos artigos 183.º, número 1, alínea b) e 184.º do Código Penal⁹⁶.

⁹² Quanto à aplicação da técnica dos exemplos-padrão do art. 132.º, n.º 2, por via de remissão do art. 184.º, não podemos deixar de perfilhar a boa tese de Faria Costa. Parece, de forma clara, que a remissão para o art. 132.º, n.º 2, al. l) é apenas para demonstrar o elenco das possíveis vítimas (e agentes), tratando-se tão-só de uma técnica legislativa. Suportando esta tese, veja-se a clara distinção entre a remissão operada no art. 184.º e art. 158.º, n.º 2, al. f) com o art. 145.º, n.º 2. Cf. FÁRIA COSTA, José, “Art. 180.º - Anotação”, ob. cit., pp. 653-654.

⁹³ Tendo em conta o foco da dissertação, abordaremos apenas a vertente de vítima.

⁹⁴ FÁRIA COSTA, José, “Art. 180.º - Anotação”, ob. cit., p. 652.

⁹⁵ Também questionando a agravação constante no artigo, MACHADO, Jónatas, ob. cit., pp. 814-817.

⁹⁶ Cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, ob. cit., p. 736.

6. Do conflito: honra *versus fake news*

Ao Direito não caberá intervir sempre que sejam proferidas afirmações que incomodem ou provoquem suscetibilidade, aliás, ao Direito cabe promover uma amplitude e abertura para que tais práticas sejam possíveis ao abrigo da liberdade de expressão. Contudo, não sendo nenhum direito absoluto, o Direito deverá imiscuir-se sempre que tais afirmações atinjam um núcleo essencial de qualidades morais inerentes a cada pessoa e que, sem elas, a sua dignidade humana seja desprezada e desrespeitada.

O núcleo central das *fake news* reside no facto de as mesmas aparentarem ser notícias verdadeiras pelo que, a produção e divulgação de uma notícia sobre um político que verse um assunto de interesse legítimo, poderia extrair a conclusão de que a mesma não seria punível, ainda que atentasse contra a honra do mesmo caso se verificasse a aplicação do número 2 do artigo 180.º do Código Penal. Pese embora a sua aparência, a desinformação consubstancia-se na produção de calúnias, contendo estas um *animus diffamandi*. Se tal assim o é, torna-se clara a impossibilidade de o Direito admitir a divulgação de *fake news* ao abrigo do exercício de um direito - a liberdade de expressão.

As *fake news* têm a intenção de influenciar a opinião pública, com especial relevo, a opinião política, tentando influenciar os resultados eleitorais. Deste modo, grande parte destas irá incidir sobre figuras políticas. Assim, a sua divulgação irá, inevitavelmente, produzir danos na honra dos visados.

Embora a Constituição e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹⁷ determinem a não limitação da liberdade de expressão, ressalvadas as situações em que as restrições são admitidas, esta nunca poderá tutelar nem ser invocada para viabilizar a produção de falsidades de forma dolosa destinadas a produzir danos à honra de um indivíduo.

Como bem evidenciam Jónatas Machado e Iolanda Rodrigues de Brito, em períodos eleitorais, a produção de críticas aos candidatos poderá ter como consequência a perda de eleições⁹⁸. Aliás, a produção de *fake news* tem esse mesmo efeito pretendido. Todavia, se se tratar de notícias que denunciam práticas dos candidatos que sejam merecedoras de ser expostas, a direta consequência destas será legítima.

Resulta já do acima exposto que a produção de desinformação é contrária às próprias finalidades subjacentes da liberdade de expressão, contaminando o debate público, livre

⁹⁷ Art. 37.º, n.º 2 CRP e art. 10.º, n.º 1 CEDH.

⁹⁸ Cf. MACHADO, Jónatas e RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., p. 88.

e aberto ao disseminar conteúdos falsos e danosos para a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, bem como contendo um potencial efeito corrosivo da democracia. Como tal, a liberdade de expressão não poderá ser invocável para justificar condutas caluniosas e, conseqüentemente, a produção e divulgação de *fake news*⁹⁹.

O facto do bem jurídico ser tutelado por vários ramos de direito, nomeadamente o civil, criminal e ainda diversa legislação avulsa, vem também demonstrar que o sistema jurídico não admite a produção e publicação de *fake news*¹⁰⁰.

⁹⁹ Também assim, RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., pp. 355-357 e MELO ALEXANDRINO, José, “Art. 37.º - Anotação”, ob. cit., p. 839.

¹⁰⁰ Cf. MACHADO, Jónatas e RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., pp. 74-75.

CAPÍTULO IV – A desinformação e os desafios para o direito penal

1. A desinformação no contexto eleitoral

A tutela da liberdade de expressão garante uma efetiva busca pela verdade através do discurso pluralista e livre tendo como consequência natural a identificação das premissas verdadeiras e a rejeição das falsas, contribuindo para a evolução de sociedade.

Apesar de o conceito de *fake news* não ser novo, afigura-se complexamente diferente devido aos recursos disponíveis na sociedade moderna. Constata-se que a descoberta da verdade deixou de ser uma verdadeira procura para passar a ser motivada por diferentes interesses. No âmbito do debate político e de eleições, se a verdade e a mentira já não forem relevantes, “a deliberação racional e o contraditório de que a democracia e Direito defendem deixam de ter qualquer sentido”¹⁰¹. Nestes termos, a aceitação da mentira não deverá ser aceite como uma consequência inevitável, tendo a mesma de ser intolerada e combatida pelo Direito¹⁰². A criação, publicação e divulgação de *fake news* irá contaminar e prejudicar gravemente o discurso público e a busca pela verdade, contendo consequências nefastas para a sociedade democrática.

As *fake news* já demonstraram o seu nefasto e perigoso poder de manipulação¹⁰³, nomeadamente pela manipulação de votos nas presidenciais brasileiras, norte-americanas e ainda no referendo Brexit.

2. Da necessidade de criação de um novo tipo ilícito

A propagação de desinformação cria um clima de insegurança na sociedade sujeitando os eleitores a uma desconfiança permanente sobre a veracidade das notícias ou

¹⁰¹ *Idem, idem*, p. 63.

¹⁰² Perfilhando também esta posição, *idem, idem*, p. 64.

¹⁰³ Afirmando que as *fake news* representam um flagelo para a sociedade democrática, assinou-se a Declaração Conjunta sobre a Liberdade de Expressão e “Notícias Falsas”, Desinformação e Propaganda, adotada em Génova/Viena a 3.3.17, disponível em <https://www.ohchr.org/en/newsevents/pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21287&LangID=E%3E> (consult. 2.5.21). A nível nacional, a AR discutiu a questão, tendo sido aprovado, por maioria, o Projeto de Resolução n.º 2018/XIII, recomendando a adoção das medidas para a aplicação em Portugal do Plano Europeu de Ação contra a Desinformação, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=43498> (consult. 2.5.21).

sendo, de facto, manipulados por estas. Deste modo, os cidadãos ficam impossibilitados de escolher os melhores candidatos políticos. Com efeito, a produção de *fake news* apresenta severas implicações para a democracia e paz social¹⁰⁴.

A conduta lesiva da produção de desinformação com conteúdo difamatório e calunioso encontra-se já devidamente tutelado no Código Penal. Contudo, os danos produzidos ao Estado de Direito democrático e às eleições livres encontram-se sem a devida tutela. Com efeito, o Estado observa impotentemente como a desinformação se propaga, influencia e contamina a opinião e discurso público, não tendo ainda tomado posições legislativas sobre o tema. Assim, importará questionar se as *fake news*, produzidas com a intenção de subverter eleições, carecerão de ação penal de modo a salvaguardar o Estado de Direito democrático. Como tal, importará analisar a existência de um bem jurídico-penal e da sua dignidade e tutela.

2.1 Dignidade e necessidade de tutela penal

O direito penal atua como *ultima ratio*, isto é, não basta somente que um bem jurídico penal seja violado para desencadear a ação penal. Para tal, ao abrigo do artigo 18.º, número 2 da Constituição, será necessário que a sua intervenção seja absolutamente indispensável, tendo esta atuação uma natureza subsidiária. Assim, a sua intervenção só se verifica nos casos em que outros meios (jurídicos ou não) se revelem insuficientes ou inadequados estando a ação punitiva sob o princípio da proporcionalidade em sentido amplo¹⁰⁵. Deste modo, o direito penal só se poderá imiscuir para assegurar a proteção indispensável e eficaz de bens jurídicos fundamentais que sejam imprescindíveis ao funcionamento da sociedade democrática¹⁰⁶. Para além do exposto, o respeito pelo princípio da idoneidade deverá ser verificado, isto é, as atuações do direito penal deverão estar adaptadas aos fins que prosseguem e que as mesmas sejam adequadas à prossecução desses mesmos fins¹⁰⁷.

O princípio do Estado de Direito democrático impõe que a atuação do Estado no respeitante aos direitos e liberdades fundamentais apenas deverá ser na medida do estritamente necessário e imprescindível para assegurar esses mesmos direitos e

¹⁰⁴ MACHADO, Jónatas e RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., ob. cit., p. 95.

¹⁰⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, ob. cit., pp. 146-147.

¹⁰⁶ COSTA ANDRADE, Manuel, “«A dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n.º. 2, abril-junho, 1992, p. 178.

¹⁰⁷ Neste sentido, Ac. STJ, de 31.3.11 – Proc. n.º 257/10.9YRCBR.S1 (Santos Cabral).

liberdades fundamentais de outros ou da comunidade. Ora, ao Estado incumbe não apenas o respeito pelos direitos, liberdades e garantias, mas também a obrigação de zelar e “garantir a sua efetivação”¹⁰⁸.

2.2 Existência de bem jurídico-penal

Para que se fale de um bem jurídico penal que seja tutelável, este deverá estar, necessariamente, refletido “num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total”¹⁰⁹, podendo assim afirmar-se pela sua existência prévia ao ordenamento jurídico-penal. Com efeito, a Lei Fundamental deverá ser o quadro imperativo de referência para se aferir pela existência de um bem jurídico com dignidade penal. Assim, o bem jurídico a ser tutelado “é o interesse ou bem que a norma penal incriminadora visa proteger”¹¹⁰.

Face à problemática, cremos que o substrato constitucional da temática residirá nos bens jurídicos Estado de Direito e liberdade de decisão de cada eleitor, ambos consagrados no artigo 2.º da Constituição. É o artigo 2.º que tutela o Estado de Direito e a democracia *per se*. Os direitos políticos dos cidadãos, isto é, o direito a participarem livre e ativamente, são a efetiva garantia do princípio democrático postulado no artigo 2.º da Constituição¹¹¹. A liberdade de decisão de cada eleitor é uma liberdade subjacente ao próprio conceito de democracia. Com efeito, é diretamente do conceito de democracia que se retira o princípio da liberdade de voto. Como tal, há uma verdadeira simbiose entre estes dois bens jurídicos, não sendo possível desintegrá-los quando analisamos a existência de bens jurídicos penais quanto à produção e divulgação *de fake news*.

Com efeito, a desinformação irá contaminar a esfera do discurso público com o fim de manipular os votos dos eleitores. Deste modo, o voto deixará de ser verdadeiramente livre por ser contaminado com notícias dolosamente falsas.

2.3 *De iure constituendo*

O uso de calúnias como instrumento no contexto político não é novo. Inovador e diferenciador é a escala do fenómeno. A revolução digital e a larga dependência da *internet* vieram criar condições propícias à propagação do flagelo. Mais, atualmente

¹⁰⁸ Cf. GOMES CANOTILHO, José e MOREIRA, Vital, ob. cit., pp. 207-208.

¹⁰⁹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., pp. 136-137.

¹¹⁰ MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, reimpressão, Universidade Católica Editora, 2018.

¹¹¹ Também assim, GOMES CANOTILHO, José e MOREIRA, Vital, ob. cit., p. 664.

grande parte dos cidadãos informam-se através da *internet* em detrimento dos meios de comunicação tradicionais¹¹². Como tal, o paradigma da criação e receção de informação está, verdadeiramente, alterado e em constante evolução.

Consideramos que existe expressão jurídico-constitucional, nomeadamente a existência de bens jurídicos com dignidade e tutela penal que legitime a criminalização da conduta lesiva de produzir e publicar danosamente factos falsos. Tal criminalização não se trataria de qualquer tipo de censura à liberdade de expressão, mas sim de uma efetiva proteção e garantia de um discurso público seguro e transparente e ainda de uma democracia verdadeiramente livre sem manipulações externas com tentativa de subverter eleições.

Certo é que a criminalização desta conduta não seria necessariamente original sendo que o artigo 377.º do Código Penal de 1982 punia a emissão de notícias falsas e boatos caluniosos sob a epígrafe “fraude e corrupção de eleitor”, estando este crime inserido na secção dos crimes eleitorais¹¹³. Ainda assim, não seria possível ao legislador conceber que tal flagelo iria ser o fenómeno que atualmente é.

Com efeito, cremos que o legislador deverá ponderar e criar uma solução criminal para combater um fenómeno que, tendencialmente, se intensificará no futuro¹¹⁴. Deste modo, a conduta lesiva recairia na secção de crimes eleitorais sendo que estes têm como fim último a proteção do processo eleitoral, nomeadamente, a tutela dos princípios basilares da democracia, *maxime*, o princípio da liberdade de voto.

A criminalização da produção e publicação de *fake news* visaria a promoção e tutela do Estado de Direito democrático e ainda a liberdade de decisão em eleições existindo um interesse público na criminalização: permitir que os cidadãos tenham acesso a informação verdadeira para possibilitar a escolha, de forma livre e sem manipulações, dos seus representantes.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconhece a importância de os eleitores obterem informação verdadeira aquando eleições, afirmando que informação falsa não será indiferente para a decisão dos eleitores, pelo contrário, informação dolosamente falsa afetará a capacidade de realizarem uma escolha devidamente

¹¹² Neste sentido, PALANCO, Alexandre, “Combattre les fake news. Le référé de l’article L.163-2 du Code électoral et la liberté d’expression”, *Revue du Droit Public*, 2019, n.º 3, pp. 638-639.

¹¹³ A reforma de 1995 veio eliminar a referência a tais condutas, in MEDINA DE SEIÇA, António, “Art. 341.º - Anotação” in FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 308.

¹¹⁴ O legislador francês, em 2018, introduziu a L.163.2 no Código eleitoral, criminalizando quem produzisse *fake news* em contexto eleitoral por um período determinado em período de eleições.

informada, sendo estes induzidos em erro. Mais ainda, o Tribunal concorda que a disseminação de informação dolosamente falsa sobre um candidato poderá ter efeitos danosos para eleições ao tentar influenciar e manipular os eleitores¹¹⁵. Assim, defendemos que o objetivo prosseguido pela criminalização de produção e divulgação de *fake news* parece ser inteiramente legítimo face à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Apesar das diferentes críticas que poderão surgir, tais como a importância acrescida que deverá gozar a liberdade de expressão em períodos eleitorais, de ser uma medida paternalista¹¹⁶ ou ainda de ter um *backfire effect*¹¹⁷, a criminalização de *fake news* num contexto eleitoral parece ultrapassar as críticas na medida em que tutela a democracia e combate os ataques à mesma.

Pelo exposto, julgamos pertinente a criminalização da conduta lesiva que temos vindo a analisar.

2.3.1 Tipo objetivo

Entendemos que o elemento típico da conduta lesiva seria a divulgação de factos falsos com o conhecimento de o serem, de forma deliberada e adequada a manipular os eleitores, através de um meio de comunicação social ou por um serviço de comunicação *online* ao público, de modo a ser possível uma divulgação e partilha massiva e/ou automatizada da mesma.

Quanto à divulgação, tratar-se-ia de quem criasse factos falsos e os divulgasse através de meios que permitissem que a desinformação fosse rececionada por um número elevado de indivíduos. Relativamente à informação falsa, o agente teria de ter conhecimento da falsidade da notícia e, por isso mesmo, divulgá-la, fazendo-a passar por verdadeira com o intuito de manipular e induzir em erro os eleitores, com o fim último de manipular os resultados eleitorais. Os meios teriam de ser os apropriados para que uma divulgação em massa se alcançasse, com particular atenção para a *internet* e para os meios de comunicação social.

¹¹⁵ Cf. TEDH, *Krasnov e Skuratov v. Russia*, 19.7.07 e ainda TEDH, *Salov v. Ukraine*, 6.9.05.

¹¹⁶ Neste sentido, PALANCO, Alexandre, ob. cit., p. 660.

¹¹⁷ Quanto ao *backfire effect*, referimo-nos ao efeito produzido nos cidadãos que acreditam nas chamadas “verdades alternativas”. Assim, a supressão de *fake news* poderia ter uma eficácia reduzida na medida em que estes acreditariam que as mesmas foram eliminadas para esconder a real verdade, potenciando a ampliação das mesmas.

Condição da conduta lesiva é que a notícia seja falsa, que o agente tenha conhecimento de tal e que a mesma seja apta à manipulação dos eleitores, constringindo-os de um voto verdadeiramente livre. É precisamente neste ponto que residiria o cerne do ilícito penal: na manipulação de votos, *maxime*, na manipulação de eleições resultante da divulgação de *fake news*. Dito de outro modo, a expressão “de forma deliberada e adequada a manipular os eleitores” significa que a notícia falsa tem de ser apta, numa perspetiva *ex ante*, a criar perigo para os bens jurídicos tutelados pela norma, cabendo aos tribunais a prova da potencialidade da ação para causar a lesão.

Assim, consubstanciar-se-ia num crime de mera atividade quanto ao objeto da ação sendo que o tipo incriminador se preencheria através da mera prática do comportamento proibido e num crime de perigo concreto quanto ao bem jurídico, na medida em que o tipo só estaria preenchido caso o bem jurídico tivesse sido efetivamente colocado em perigo¹¹⁸. Isto porque, apesar da conduta em si ser dotada de um perigo próprio, terá de ser suficientemente perigosa para envolver a ameaça de manipular o eleitor e de colocar a democracia em risco.

Apesar de os *media* deterem uma atuação especial face à conduta lesiva em causa, a criação e divulgação de *fake news* não está adstrita a estes, podendo ser produzida por qualquer agente com a intenção própria adjacente ao tipo. Com efeito, cremos que se trataria de um crime comum, não exigindo que a prática do ilícito fosse realizada por agentes em especial.

2.3.2 Tipo subjetivo

O conceito de desinformação implica que haja intenção de enganar, ao contrário do conceito de *misinformation* que, apesar do conteúdo partilhado ser falso ou ardiloso, a partilha não tem intenção maliciosa de gerar danos. Destarte, a desinformação envolve, inevitavelmente, a existência de um propósito de manipular e influenciar pelo que apenas pelo que o crime apenas admitiria, forçosamente, o dolo direto, não podendo ser cometido por dolo eventual ou negligência.

¹¹⁸ FARIA COSTA, José, *Noções fundamentais de Direito Penal*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2015, pp. 242-246.

Conclusões

A liberdade de expressão é *conditio sine qua non* da democracia e do Estado de Direito verdadeiramente democrático e livre. Todavia, a mesma não poderá ser fundamento para abrigar condutas lesivas de outros bens. Defendemos que o direito à liberdade de expressão não poderá comportar a renúncia às finalidades substantivas e próprias da tutela ao direito à liberdade de expressão: a procura da verdade e a formação de uma opinião individual livre de manipulações e influências.

Com efeito, a desinformação não apresenta qualquer benefício numa sociedade democrática, aliás, a sua propagação massiva apenas asfixia o próprio direito à liberdade de expressão na medida em que desvirtua a sua própria essência. A produção de desinformação é contrária às próprias finalidades subjacentes da liberdade de expressão, contaminando o debate público, livre e aberto ao disseminar conteúdos falsos e danosos para a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, bem como contendo um potencial efeito corrosivo da democracia. Como tal, a liberdade de expressão não poderá ser invocável para justificar condutas caluniosas e, conseqüentemente, a divulgação de *fake news*.

A partir da produção, publicação e disseminação de *fake news*, além das mesmas resultarem em danos para certos direitos, tal como a honra, poderão, em simultâneo, resultar danos para o Estado de Direito democrático e para o culto da liberdade, *maxime*, a liberdade de voto, ao impossibilitarem a escolha livre em eleições sendo este um dos pilares essenciais da democracia.

Quanto à honra, tendo a intenção de influenciar a opinião pública, especialmente a opinião política, as *fake news* incidirão, grande parte, sobre figuras públicas, *maxime*, políticas. Será essencial referir que a desinformação poderá ser produzida para favorecer ou desfavorecer candidatos, na medida em que o seu fim último em contexto eleitoral será manipular votos. Nesta medida, nem toda a desinformação atentará contra a honra. Ainda assim, a desinformação que impute factos desonrosos a indivíduos irá, inevitavelmente, produzir danos na honra dos visados. Apesar da sua aparência verídica, a desinformação consiste na imputação de factos falsos e, caso sejam ofensivos da honra do visado, traduzir-se-ão na produção de calúnias, contendo um verdadeiro *animus diffamandi*. Como tal, o Direito não poderá admitir a divulgação destas ao abrigo do exercício da liberdade de expressão.

A desinformação, na vertente de produção de danos para o bem jurídico honra, encontra-se devidamente punido pelos crimes contra a honra. Porém, é interessante sublinhar a discrepância de agravação da calúnia perpetuada através dos meios de comunicação social ao invés da perpetuada através de outros meios. Tal, cremos, é apenas natural tendo em conta que o fenómeno apenas se intensificou com a revolução digital. Não obstante, não deixará de merecer críticas a sua não alteração devida.

A produção e publicação e divulgação de *fake news* ao abrigo da liberdade de expressão parece ser uma conduta antijurídica e, como tal, capaz de provocar responsabilidade penal (e civil). Como foi expressamente defendido, a tutela penal deverá intervir apenas quando se trate de comportamentos revestidos de uma especial censura – como julgamos ser o caso. O Direito não deverá tolerar comportamentos altamente censuráveis e produzidos com malícia sob o pretexto de estarem justificadas ao abrigo da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão não alberga, na sua tutela, imputações de factos dolosamente falsos. Com efeito, a divulgação de *fake news* subverte o discurso público e impede a descoberta da verdade ao contaminar a esfera pública com factos que detêm a aparência de verdadeiros. Destarte, tal irá comprometer a formação de uma opinião pública livre e informada, indo comprometer a vontade política dos cidadãos e, consequentemente, a democracia em si sendo que o voto deixará de ser livre e esclarecido passando a ser manipulável. Nestes termos, a produção e divulgação de *fake news* almeja a perturbação dos princípios do Estado de Direito democrático.

Tendo em conta o panorama atual, acreditamos que a desinformação é um flagelo que persistirá no futuro da sociedade e, bem assim, na democracia, capaz de subverter a mesma. Deste modo, será crucial ao seu bom funcionamento que exista legislação apropriada e proporcional no sentido de desenvolver um esforço para que a desinformação não perturbe o sentido de Estado de Direito e de democracia. A liberdade de expressão é fundamental a qualquer democracia verdadeiramente livre, todavia, esta não deverá comportar condutas lesivas para a mesma. Exposto isto, julgamos que deverá ser criminalizada a conduta de produção e divulgação de *fake news* com o concreto fim de manipular o voto dos eleitores e, com tal, perverter eleições livres, princípios subjacentes à própria democracia.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06.07.2011 - Proc. n.º 2619/05.4TVLSB.L1.S1 (Gabriel Catarino). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/950e24d5e868e997802578c700358845?OpenDocument>. Última vez consultado a 09.02.2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31.03.11 – Proc. n.º 257/10.9YRCBR.S1 (Santos Cabral). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4d6e3c6c9e4bf7f6802578d900305716?OpenDocument>. Última vez consultado a 15.05.2021.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 113/97, de 05.02.97, (Bravo Serra). Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_exacta.php?buscajur=N%E3o+se+olvida+que%2C+como+porventura+se+deixou+j%E1+aflorado%2C+nas+situa%E7%F5es+em+que+est%E3o+em+causa+figuras+p%FAblicas+e+candidatos+ou+titulares+de+cargos+pol&pagina=1&ficha=1&. Última vez consultado a 19.03.2021.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 292/2008, de 29.05.2008. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/2430371/details/maximized>. Última vez consultado a 19.03.2021.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09.04.2019 – Proc. n.º 16687/16.0T8PRT.L1-7 (Micaela Sousa). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9e35cb36e0b70092802583f9002dcad3?OpenDocument&Highlight=0,micaela.sousa>. Última vez consultado a 10.02.2021.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.09.2012 – Proc. n.º 1361/09.1TJLSB.L1-1 (João Ramos de Sousa). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1da15da244b358b380257a91004f6e5b?OpenDocument>. Última vez consultado a 10.02.2021.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.12.2019 – Proc. n.º 4695/15.2T9PRT.L1-9 (Abrunhosa de Carvalho). Disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2d3b0a0ff6d85bbf802584d2003b36fe?OpenDocument>. Última vez consultado a 10.04.2021.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20.02.2020, Proc. n.º 5407/16.9T8ALM.L1-6 (Ana Azeredo Coelho). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/597e9605d47b105f8025851c005255f7?OpenDocument&Highlight=0,fake,news>. Última vez consultado a 10.04.2021.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07/11/2018 – Proc. n.º 35/17.4PIPRT.P1 (Cravo Roxo). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8da72a05d83ef5eb8025837d0042e107?OpenDocument>. Última vez consultado a 10.04.2021.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28.10.2020 – Proc. n.º 202/19.6GCVFR.P1 (Eduarda Lobo). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/462596dca260ead780258623003dd8dd?OpenDocument>. Última vez consultado a 10.04.2021.

Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, de 27.09.2000 – Proc. n.º 1447/00 (Barreto do Carmo). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f093665ceba04938802569d100636de4?OpenDocument>. Última vez consultado a 10.04.2021.

TEDH, *Pinto Pinheiro Marques v. Portugal*, de 22.01.2015. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%5C%22001-150639%22%5D%7D>. Última vez consultado a 13.02.2020.

TEDH, *Dalban v. Romania*, de 28.09.1999. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%5C%22dalban%20v.%20romania%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%5C%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%5C%22001-58306%22%5D%7D>. Última vez consultado a 02.04.2021.

TEDH, *Salov v. Ukrain*, de 06.09.2005. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22salov%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-70096%22%5D%7D>. Última vez consultado a 13.05.2021.

TEDH, *Krasnov e Skuratov c. Rússia*, de 19.07.2007. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22krasnov%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%222001-81805%22%5D%7D>. Última vez consultado a 13.05.2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Norte-Americano, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>. Última vez consultado a 13.01.2020.

Bibliografia

BLANCO DE MORAIS, Carlos, DUARTE, Maria Luísa e BRÍZIDA CASTRO, Raquel (coord.), *Media, Direito e Democracia*, Almedina, 2013.

CARDOSO, Gustavo, BALDI, Vania, et al., *As Fake News numa sociedade pós-verdade*, Relatórios OberCom, 2018. Disponível em: <https://obercom.pt/wp-content/uploads/2018/06/2018-Relatorios-Obercom-Fake-News.pdf>. Última vez consultado a 25.05.2021.

CARDOSO, Gustavo, BALDI, Vania, et al., *Fake News em ano eleitoral: Portugal em linha com a UE*, Relatórios OberCom, 2019. Disponível em: <https://obercom.pt/fake-news-em-ano-eleitoral-portugal-em-linha-com-a-ue/>. Última vez consultado a 25.05.2021.

COMISSÃO EUROPEIA, Relatório sobre a execução do plano de ação contra a desinformação, Bruxelas, 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019JC0012&from=PT>. Última vez consultado a 20.05.2021.

COSTA ANDRADE, Manuel, “«A dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n.º. 2, abril-junho, 1992.

COSTA ANDRADE, Manuel, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

COSTA PINTO, Frederico Lacerda, “A Actividade Jornalística à Luz da Jurisprudência Penal” in BLANCO DE MORAIS, Carlos, DUARTE, Maria Luísa e BRÍZIDA CASTRO, Raquel (coord.), *Media, Direito e Democracia*, Almedina, 2013.

CRUZ SANTOS, Fernando José da, *Dos Crimes Contra a Honra: Dignidade Penal, Constrangimento da Comunicação e Consequências Jurídicas*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2019.

DIAS, Augusto Silva, *Alguns aspectos do regime jurídico dos crimes de difamação e de injúrias*, Lisboa, AAFDL, 1998, p. 12.

DORF, Michael C. e TARROW, Sidney G., “Stings and Scams: ‘Fake News,’ the First Amendment, and the New Activist Journalism”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 20, n.º 1, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2906444#. Última vez consultado a 20.01.2021.

ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL, *A Desinformação – Contexto Europeu e Nacional*, 2019. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Documents/2019/abril/desinformacao_contextoeuroeunacional-ERC-abril2019.pdf. Última vez consultado a 18.04.2020.

EUROPEAN COMMISSION, *On the European democracy action plan*, Brussels, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2020:790:FIN>. Última vez consultado a 24.05.2021.

EUROPEAN COMMISSION, *Action Plan against Disinformation*, Brussels, 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52018JC0036>. Última vez consultado a 25.05.2021.

EUROPEAN COMMISSION, *Tackling online disinformation: a European Approach*, Brussels, 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&from=EN>. Última vez consultado a 07.05.2021.

FARIA COSTA, José, *Noções fundamentais de Direito Penal*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2015.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012.

FIGUEIREIDO DIAS, Jorge, *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I, 3.^a edição, GestLegal, 2019

FREITAS, Juliana Rodrigues e PEREIRA, Luiz Casagrande, “A tutela preventiva como instrumento capaz de garantir o devido processo eleitoral: do caráter não absoluto da liberdade à informação ao controle do conteúdo das *fake news*”, *Revista do Advogado*, ano XXXVIII, n.º 138, 2018.

GOMES CANOTILHO, José e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, 2007.

GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale: La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020.

HENRIQUES SECCO, Antonio Luiz de Sousa, *Código Penal Português : precedido pelo Decreto com força de lei de 10 de Dezembro de 1852, seguindo de um appendice e anotado*, 6.^a edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1881.

IMPrensa NACIONAL CASA DA MOEDA, *Informação e Liberdade de Expressão na Internet e a Violação de Direitos Fundamentais*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2014.

KAESLING, K, “Privatising Law Enforcement in Social Networks: A Comparative Model Analysis”, *Erasmus Law Review*, vol. 11, no. 3, 2018. Disponível em: http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2018/3/ELR_2018_011_003_002.

Última vez consultado a 24.05.2021.

KAHAN, Dan M., “Misconceptions, Misinformation and the Logic of Identity-protective Cognition”, The Cultural Cognition Project, Working Paper n.º 164, Yale Law School, 2017. Disponível em: <http://www.culturalcognition.net/browse-papers/misconceptions-misinformation-and-the-logic-of-identity-protective-cognition.&text=Individuals%20are%20also%20more%20likely%20to%20engage%20in%20identity-protective%20cognition.&text=The%20incidence%20and%20impact%20of%20conditional%20on%20identity%20protective%20cognition.&text=Individuals%20are%20also%20more%20likely>

. Última vez consultado a 24.05.2021.

KLEIN, David O. e Wueller, Joshua R., “Fake News: a legal perspective”, *Journal of Internet Law*, vol. 20, n.º 10, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2958790. Última vez consultado a 01.05.2021.

LOPES, Edgar Taborda, “Liberdade de Expressão e Tutela da Honra – que limites?”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LV, n.º 1 e 2, Coimbra Editora, 2014.

LORENZO GONZÁLEZ, José A. R., “Responsabilidade civil e *fake news*”, *Revista de Direito Comercial*, 2020. Disponível em: <https://www.revistadedireitocomercial.com/responsabilidade-civil-e-fake-news>. Última vez consultado a 10.05.2021.

MACHADO, Jónatas e RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., “Liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas: o perigo de manipulação da esfera de discurso público”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XCV, tomo I, 2019.

MACHADO, Jónatas, *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra Editora, 2002.

MANZI, D.C., “Managing the misinformation marketplace: the first amendment and the fight against fake news”, *Fordham Law Review*, vol. 87, 2019. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol87/iss6/12/>. Última vez consultado a 17.11.2020.

MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, reimpressão, Universidade Católica Editora, 2018.

MATOS, Nuno Igreja, “Discursos políticos e direito penal: a posição preferente do direito fundamental à liberdade de expressão e os crimes de expressão política”, *Anatomia do Crime*, n.º 6, 2017.

MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira, *O Direito À Honra e a sua Tutela Penal*, Coimbra, Almedina, 1996.

MILL, John Stuart, *On Liberty*, Batoche Books, 2001.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2010.

RICHTER MORALES, Ulrich, *El Ciudadano Digital: Fake news y posverdad en la era de internet*, 1.ª edição, 2018.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José, “Sociedade da informação e liberdade de expressão”, *Homenagem ao prof. doutor Inocêncio Galvão Telles por ocasião dos seus 90 anos*, vol. XLVIII, n.º 1 e 2, 2007.

Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: Acórdãos selecionados, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2014. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/fich-pdf/Direitos_Fundam_Jurisp_STJ_Acordaos.pdf. Última vez consultado a 10.02.2020.

PALANCO, Alexandre “Combattre les fake news. Le référé de l’article L.163-2 du Code électoral et la liberté d’expression”, *Revue du Droit Public*, 2019, n.º 3, p. 638.

PARK, Ahran e HO YOUM, Kyo, “Fake news from a legal perspective: the United States and South Korea compared”, *Southwestern Journal of International Law*, vol. 25, 2019. Disponível em: <https://rss.swlaw.edu/sites/default/files/2019-04/7.%20Ahran%20Park%3B%20Kyu%20Ho%20Youm%2C%20Fake%20News%20from%20a%20Legal%20Perspective%20-%20The%20United%20States%20and%20South%20Korea%20Compared.pdf>. Última vez consultado a 26.05.2021.

PENNYCOOK, G, CANNON, T. D e RAND, D. G, “Prior Exposure Increases Perceived Accuracy of Fake News”, *Journal of Experimental Psychology: General*, vol. 147, n.º 12, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2958246. Última vez consultado a 26.01.2020.

PEREIRA, Rodolfo Viana e BRAGA, Renê Moraes da Costa, “Combatendo as *fake news* no processo eleitoral”, *Revista do Advogado*, n.º 138, junho, 2018.

PERINI, Chiara, “*Fake news* e post-verità tra diritto penale e politica criminale”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017. Disponível em: <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/5772-fake-news-e-post-verita-tra-diritto-penale-e-politica-criminale>. Última vez consultado a 26.01.2020.

PERSILY, Nathaniel, “The 2016 U.S Election: Can democracy survive the internet?”, *Journal of Democracy*, vol. 28, n.º 2, 2017, 2019. Disponível em: <https://journalofdemocracy.org/articles/the-2016-u-s-election-can-democracy-survive-the-internet/>. Última vez consultado a 24.01.2020.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2015.

REIS BRAVO, Jorge, “Liberdade de expressão na Era digital: o resgate de um direito humano?”, *Revista do Ministério Público*, outubro-dezembro, n.º 160, 2019, pp. 50-51.

REVAULT d’ALLONNES, Myriam, *A Verdade Frágil: O que a Pós-verdade faz ao Nosso Mundo Comum*, Edições 70, 2020.

RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A. S., *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

SERRANO, Martim Bouza, “A Discrepância no Tratamento Jurídico do “Meio” na Agravação Prevista pelo Artigo 183.º do Código Penal, para o Crime de Difamação” in BLANCO DE MORAIS, Carlos, DUARTE, Maria Luísa e BRÍZIDA CASTRO, Raquel (coord.), *Media, Direito e Democracia*, Almedina, 2013.

SILVA ARAÚJO, Luís, *Crimes contra a honra*, Coimbra editora, 1957.

SIMONE, Federica, “‘Fake news’, ‘post truth’, ‘hate speech’: nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale”, *Di Archivio Penale*, vol. 1, 2018. Disponível em: <https://archiviopenale.it/fake-news-post-truth-hate-speech-nuovi-fenomeni-sociali-alla-prova-del-diritto-penale/articoli/15354>. Última vez consultado a 23.02.2020.

TABORDA LOPES, Edgar, “Liberdade de Expressão e Tutela da Honra – Que limites?”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2014.

TEIXEIRA DA MOTA, Francisco, “Limites da liberdade de expressão e informação”, *Sub Judice: Engrenagens de Poder: Justiça e comunicação social*, n.º 15/16, 2000.

TEIXEIRA DA MOTA, Francisco, *A liberdade de expressão em tribunal*, Ensaios da Fundação, Lisboa, 2013.

TOMPROS, Louis W., CRUDO, Richard A., PFEIFFER, Alexis e BOGHOSSIAN, Rrahel, “The Constitutionality of Criminalizing False Speech Made on Social Networking Sites in a Post-Alvarez, Social Media-Obsessed World”, *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, n.º 1, 2017. Disponível em: <https://www.wilmerhale.com/en/insights/publications/2018-02-05-the-constitutionality-of-criminalizing-false-speech-made-on-social-networking-sites-in-a-post-alvarez-social-media-obsessed-world>. Última vez consultado a 24.01.2020.

WALDMAN, Ari Ezra, “The Marketplace of Fake News”, *Penn Law Journals – Journal of Constitutional Law*, vol. 20, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol20/iss4/3/>. Última vez consultado a 24.01.2020.