

Excelentíssimo Senhor Juiz Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

A Provedora de Justiça vem, ao abrigo do disposto no artigo 281.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, e n.º 2, alínea *d)*, da Constituição da República Portuguesa, requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstrata da constitucionalidade das normas constantes dos n.ºs 5 e 6 do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, por constituírem uma restrição injustificada e desproporcionada (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa) da liberdade de expressão e informação, consagrada no artigo 37.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição e, quanto ao n.º 6 do artigo 6.º, da liberdade de imprensa, consagrada no artigo 38.º, n.º 4, 1.ª parte, da Constituição; e, subsidiariamente, a fiscalização abstrata da ilegalidade da norma constante do n.º 5 do artigo 6.º, desse diploma legislativo, por violação do disposto nos artigos 5.º e 6.º dos Estatutos da ERC—Entidade Reguladora para a Comunicação Social, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, e que dela fazem parte integrante.

1

I. Inconstitucionalidade do disposto no n.º 5 do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital

1. O Plano de Acção contra a Desinformação da Comissão Europeia

1. O artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, determina que «[o] Estado assegura o cumprimento em Portugal do Plano Europeu de Acção contra a Desinformação, por forma a proteger a sociedade contra pessoas singulares ou coletivas, de jure ou de facto, que produzam, reproduzam ou difundam narrativa considerada desinformação [...]».
2. O Plano de Acção contra a Desinformação é um documento da Comissão Europeia que veio responder ao apelo do Conselho Europeu no sentido de serem adotadas medidas para proteger os sistemas democráticos da União e combater a desinformação (Comissão Europeia, [*Comunicação conjunta ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*](#), JOIN(2018) 36 final, Bruxelas, 5.12.2018).
3. Já anteriormente, com a experiência adquirida com a atividade da [*East StratCom Task Force*](#), criada no âmbito do Serviço Europeu para a Acção Externa na sequência da anexação ilegal da Crimeia e de Sebastopol pela

Federação da Rússia (Conselho Europeu, «[Conclusões da reunião do Conselho Europeu de 19 e 20 de março de 2015](#)», ponto 13), na sua importante Comunicação «Combater a desinformação em linha», a Comissão Europeia tinha feito um primeiro levantamento do âmbito e das causas da desinformação, analisando os mecanismos que permitem a criação, ampliação e divulgação da desinformação, e delineado a estratégia da União para combater a desinformação em linha, sublinhando o papel crucial da sociedade civil e do setor privado, nomeadamente das plataformas das redes sociais (Comissão Europeia, «[Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia](#)», COM(2018) 236 final, Bruxelas, 26.4.2018).

4. Nesse contexto, em 2018 foi criado um código de conduta para as plataformas em linha, os anunciantes e outros intervenientes importantes, o qual surgiu, assim, como um instrumento de autorregulação em matéria de desinformação¹. Entre os seus signatários encontram-se empresas como Facebook, Google, Mozilla, Twitter, bem como grandes associações comerciais que representam o sector europeu da publicidade, tais como a European Association of Communications Agencies, a Interactive Advertising Bureau Europe e a World Federation of Advertisers.
5. No Plano de Ação para a Democracia Europeia, documento em que o combate à desinformação é elencado como uma das três prioridades, a

¹ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.



Comissão veio propor que se vá mais longe na responsabilização das plataformas em linha, o que passa, entre outras medidas, por rever e reforçar o código de conduta sobre desinformação (Comissão Europeia, «[Plano de Ação para a Democracia Europeia](#)», COM(2020) 790 final, Bruxelas, 3.12.2020). Isto porque, com a evolução da tecnologia e da própria natureza da desinformação, o código de conduta carece de ser constantemente actualizado e adaptado para poder ser eficaz.

6. Ao contrário do que se verifica em relação aos média tradicionais, as plataformas em linha adaptam o próprio conteúdo em função das preferências dos utilizadores, ao mesmo tempo que o seu modelo de negócio assenta na rentabilização da sua vasta audiência através dos seus sistemas de publicidade. Na medida em que os incentivos financeiros dessa rentabilização se focam na amplitude da audiência (e não, necessariamente, no conteúdo), as plataformas não se preocupam em escrutinar a integridade do conteúdo, o que cria um vazio de regulação e abre espaço a que tanto os vendedores de publicidade como outros actores explorem essas lacunas para disseminar desinformação através da precisão de técnicas complexas de microdirecionamento e de perfilagem psicológica.
7. Assim, e na ausência de outro tipo de incentivos, os sistemas algorítmicos procuram maximizar o lucro com a publicidade, estabelecendo uma relação entre as preferências dos utilizadores e o conteúdo que lhes aparece no *feed* o que leva à criação de «bolhas filtradas», isto é espaços virtuais em que a



visão do mundo dos utilizadores jamais pode ser discutida, contrariada ou escrutinada—seja por quem pense de maneira diferente seja pelo próprio—, mas apenas confirmada e reforçada por quem já partilha essa mesma visão e tem sobre cada tema as mesmas posições. Essa circunstância, ao tornar oculta ou dificilmente acessível uma mais ampla perspetiva sobre as ideias e os discursos existentes, debilita a nossa própria perceção da realidade bem como a capacidade de participação no espaço público. Por sua vez, com essa debilitação do espaço público gera-se uma dinâmica de polarização política que leva à criação de grupos sociais solipsisticamente divergentes, porque nada de comum creem ter entre si, uma vez que nem sequer são capazes de pôr-se de acordo sobre factos básicos, o que constitui uma ameaça séria aos direitos fundamentais, à democracia e ao Estado de direito.

8. Entretanto, a Comissão Europeia veio estabelecer os elementos fundamentais que seriam necessários para transformar o código num instrumento mais forte a fim de combater a desinformação e de criar um ambiente em linha mais seguro e mais transparente; tendo instado os signatários do código a reunirem-se e a reforçarem o código, em consonância com as suas orientações, e a apresentar um primeiro projeto de código revisto; tendo igualmente convidado os potenciais novos signatários a aderirem ao código e a participarem na sua revisão, incluindo plataformas estabelecidas e emergentes, intervenientes empresariais e outros participantes no setor da publicidade em linha, bem como outras partes interessadas que possam contribuir com recursos ou conhecimentos

especializados para o funcionamento eficaz do código (Comissão Europeia, [«Orientações da Comissão Europeia relativas ao reforço do Código de Conduta sobre Desinformação»](#), COM(2021) 262 final, Bruxelas, 26.5.2021).

9. No essencial, além de passar a contar com a participação de novos signatários (por exemplo, serviços de mensagens privadas tais como Whatsapp, Telegram, etc., mas também das próprias marcas e de diferentes intervenientes no ecossistema da publicidade) e de ver ser alargado o seu âmbito procurando, além do combate à desinformação no sentido rigoroso do termo, responder ao fenómeno da «informação incorrecta»², a revisão do

² O Plano de Ação para a Democracia Europeia (*supra*, ponto 5, p. 21) define desinformação do seguinte modo: «[d]esinformação é conteúdo falso ou enganador, disseminado com a intenção de enganar ou de obter um benefício económico ou político e que poderá casuar danos públicos». Do fenómeno da desinformação deve distinguir-se outros fenómenos tais como a «informação incorrecta», que no documento vem definido do seguinte modo: «[i]nformação incorrecta é conteúdo falso ou enganador, partilhado sem intenção de prejudicar mas cujos efeitos podem causar danos, por exemplo quando as pessoas partilham informações falsas com amigos e familiares de boa-fé» (*ibid.*, p. 21). Ora, de acordo com a Comissão Europeia, sem prejuízo da relevância dessa distinção conceptual, «[e]mbora o alvo principal continue a ser a desinformação no sentido estrito do termo, no código reforçado os signatários devem comprometer-se a adotar políticas adequadas e medidas proporcionadas para atenuar os riscos colocados pela informação incorreta caso exista uma dimensão significativa de dano público, bem como a prever as

Código de Conduta assenta nas seguintes prioridades: demonetização da desinformação; rotulagem eficaz da publicidade de cariz político e da publicidade temática; obrigações em matéria de transparência e concepção e arquitectura dos serviços e das tecnologias de forma a minimizar os riscos associados à desinformação e à amplificação da desinformação. Em síntese, trata-se de transformar o código «num instrumento forte, estável e flexível que torne as plataformas em linha mais transparentes, responsabilizáveis e responsáveis desde a conceção» (Comissão Europeia, *supra*, ponto 8, p. 3).

10. A revisão do Código de Conduta sobre Desinformação deve ser interpretada como um processo de transição de um modelo de *autorregulação* para um modelo de *corregulação*. Tanto assim que o novo Código de Conduta revisto, embora continue a ser de adesão voluntária, será algo mais do que um simples instrumento de *soft law*. Com efeito, a fim de intensificar o combate à desinformação, a proposta de Regulamento Serviços Digitais (RSD) da Comissão Europeia³ estabelece um quadro de *corregulação* por

devidas garantias de proteção da liberdade de expressão» (Comissão Europeia, *supra*, ponto 8, p. 5).

³ À data de apresentação do presente requerimento ao Tribunal Constitucional ainda não se encontra concluído o processo legislativo ordinário que teve origem na [Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais \(Regulamento Serviços Digitais\) e que altera a Diretiva 2000/31/CE](#), COM(2020), 825 final, Bruxelas, 15.12.2020, pelo que as referências ao RSD no presente documento devem ser entendidas como referências ao texto proposto pela Comissão Europeia.

meio de códigos de conduta para dar resposta a riscos sistémicos associados à desinformação⁴. Além disso, introduz medidas de transparência abrangentes no que respeita à moderação de conteúdos e à publicidade e propõe que seja imposta às plataformas em linha de muito grande dimensão a obrigação jurídica vinculativa e executória de avaliar e dar resposta a riscos sistémicos para os direitos fundamentais ou decorrentes da manipulação intencional do respetivo serviço⁵⁻⁶.

11. No modelo regulatório pressuposto no RSD, a correção traduz-se em as autoridades públicas monitorizarem o modo como as plataformas estão a

⁴ *Ibidem*, Considerandos 67-70 e artigos 35.º e 36.º.

⁵ O artigo 26.º, n.º 1, alínea c), da Proposta de Regulamento Serviços Digitais da Comissão identifica «manipulação intencional» de serviços como um risco sistémico, contra o qual as plataformas de muito grande dimensão devem tomar medidas de atenuação de riscos. Cfr. também Considerandos 56-58.

⁶ A Proposta de RSD não prejudica a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre comércio electrónico») e baseia-se nas disposições nela estabelecidas, nomeadamente no princípio do mercado interno estabelecido no seu artigo 3.º. A Proposta de regulamento prevê um mecanismo de cooperação e coordenação para a supervisão das obrigações por ela impostas. No que diz respeito ao quadro horizontal da isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários, o presente regulamento suprime os artigos 12.º a 15.º da Directiva sobre o comércio electrónico e reproduz-os no regulamento, mantendo as isenções de responsabilidade desses prestadores, tal como interpretadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

interpretar e a exercer as novas responsabilidades que lhes são conferidas pelo RSD, tanto numa perspectiva de protecção do mercado interno como também numa perspectiva de protecção dos direitos fundamentais garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁷. Numa palavra, as

⁷ Exemplo disso é a obrigação, imposta aos prestadores de serviços de armazenagem em servidor, de criar «mecanismos de notificação e acção» (artigos 14.º e 15.º da Proposta de RSD). Como se escreve no Considerando 42 da Proposta de RSD, «[s]empre que um prestador de serviços de armazenagem em servidor decidir remover informações fornecidas por um destinatário do serviço ou bloquear o acesso às mesmas, por exemplo, na sequência da receção de uma notificação ou atuando por iniciativa própria, nomeadamente através de meios automatizados, deve informar o destinatário da sua decisão, dos motivos que a justificam e das possibilidades de recurso disponíveis para contestar a decisão, tendo em conta as consequências negativas que essas decisões podem ter para o destinatário, nomeadamente no que respeita ao exercício do seu direito fundamental à liberdade de expressão. Essa obrigação deve aplicar-se independentemente dos motivos da decisão, em particular se a ação tiver sido tomada devido ao facto de a informação notificada ter sido considerada conteúdo ilegal *ou incompatível com os termos e condições aplicáveis*. [...] [itálico nosso]». Tal significa que, no modelo de corregulação pressuposto no RSD, os «termos e condições» (cfr. Considerandos 38-39, 42, 47, 57-58 e artigos 12.º, 15.º, n.º 2, alínea e), 17.º, n.ºs 1 e 3, e 23.º da Proposta de RSD) deixam de poder ser interpretados como cláusulas contratuais que se situam estritamente no domínio da autonomia privada, devendo antes ser perspectivados como verdadeiras fontes normativas, adquirindo tais prestadores de serviços, sobretudo as plataformas em linha, verdadeiro *poder regulatório*, necessariamente sujeito a acompanhamento, monitorização e, no caso das plataformas em linha de muito grande dimensão, supervisão pelas autoridades dos Estados-Membros e da União.

plataformas mantêm o controlo, mas passam a estar sujeitas a obrigações harmonizadas de devida diligência.

12.Ora, as novas responsabilidades assumidas pelas plataformas nos termos do novo Código de Conduta revisto correspondem em larga medida àquilo que resulta do modelo de correção consagrado no RSD, pelo que mesmo antes da entrada em vigor deste último, deve entender-se que o quadro actualmente existente em matéria de combate à desinformação é já o da correção.

13.Não obstante essa evolução no sentido da correção, resulta claramente do debate ao nível da União Europeia que se rejeitou um modelo de regulação totalmente pública, justamente por ser contrário aos valores da União uma excessiva interferência dos Estados ou da União na regulação do espaço público. «Desde o seu início, a abordagem da UE em matéria de combate à desinformação baseou-se na protecção da liberdade de expressão e de outros direitos e liberdades garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Em consonância com esses direitos e liberdades, em vez de criminalizar ou de proibir a desinformação como tal, a estratégia da UE visa tornar o ambiente em linha e os respetivos intervenientes mais transparentes e responsabilizáveis, dotando as práticas de moderação de conteúdos de maior transparência, capacitando os cidadãos e promovendo um debate democrático aberto» (Comissão Europeia, *supra*, ponto 8, p. 1).

14. Não obstante a relevância do combate à desinformação, em lugar de um modelo de tutela estadual, concentrado em estruturas estaduais, ainda que independentes dos governos, favorece-se um modelo de correção que envolve e corresponsabiliza vários intervenientes. Tal opção justifica-se, desde logo, por razões de eficácia: atendendo à natureza da tecnologia, à constante evolução das técnicas manipuladoras, designadamente com base em sistemas de inteligência artificial, e ao ecossistema onde se desenvolve o fenómeno da desinformação, é indispensável a colaboração da própria indústria, que tem a *expertise*, os meios e a escala. Além disso, a opção justifica-se também por razões *eminente constitucionais*: trata-se de dispersar os mecanismos de controlo pelos vários atores envolvidos, seja responsabilizando-os seja devolvendo-lhes o exercício de poderes públicos de autoridade.

15. Além desse aspecto, e mesmo no quadro da correção, no que respeita a conteúdos legais, mesmo que lesivos, nunca se vai ao ponto de impor às plataformas em linha, designadamente às redes sociais, que procedam à remoção de conteúdos. Com efeito, na exposição de motivos da Proposta de Regulamento Serviços Digitais afirma-se que existe um «consenso geral entre as partes interessadas de que os conteúdos «lesivos» (mas não, ou pelo menos não necessariamente, ilegais) [...] não devem ser objeto de obrigações

de remoção, uma vez que este é um domínio delicado com graves implicações para a proteção da liberdade de expressão»⁸.

16. Com efeito, se é verdade que o indivíduo tem um direito à protecção contra a desinformação como forma de poder participar livremente no espaço público digital, as medidas a adoptar não podem deixar de ser equilibradas e proporcionadas, sem comprometer a liberdade de expressão e de informação. *Tudo* pode e deve ser feito para garantir o acesso a conteúdos diversificados, na medida em que isso contribui para um debate público pluralista e para a livre participação no processo democrático. *Nada* pode ou deve ser feito que contribua para que o indivíduo se sinta inibido de exercer a sua liberdade de expressão e de informação no ambiente em linha, com medo de ser censurado ou intimidado. Numa palavra, o combate à desinformação só será legítimo na medida em que seja ainda uma forma de proteger a própria liberdade de expressão e de informação.

12

17. Da análise do debate ao nível da União Europeia resultam duas ideias essenciais. Em primeiro lugar, que a desinformação, designadamente a que se desenvolve no ambiente em linha, constitui uma ameaça séria aos direitos fundamentais, à democracia e ao Estado de direito, pelo que combatê-la não só é legítimo como é absolutamente necessário. Em segundo lugar, resulta

⁸ Comissão Europeia, *supra*, nota 3, p. 10.

ainda desse debate que o combate ao fenómeno da desinformação é extremamente complexo.

18. A complexidade do combate à desinformação analisa-se em vários níveis.

Num primeiro nível, a resposta ao fenómeno da desinformação é complexa, porque requer uma abordagem multidimensional. Num outro nível, a complexidade decorre da necessidade de compreender o próprio ecossistema digital e algorítmico no qual se baseia a criação e a difusão da desinformação e, portanto, necessariamente, da sofisticação tecnológica de uma resposta eficaz a esse fenómeno; por último, a resposta é complexa no plano eminentemente jurídico-constitucional, dado tratar-se de uma problemática extremamente delicada, em que, em nome da protecção da liberdade de expressão e de informação, se promove a adopção de mecanismos que, de outra maneira, seriam encarados como restrições—e restrições intensas—à essa mesma liberdade de expressão e de informação. Sem prejuízo da prioridade deste último, todos estes níveis em que se analisa a complexidade do combate à desinformação são relevantes para o seu correcto enquadramento jurídico-constitucional.

2. O combate à desinformação e a liberdade de expressão e de informação



19.É para nós inquestionável que o combate à desinformação é uma política pública de primordial relevância. Não só não é [tal combate] estranho a uma ordem constitucional de liberdade como, pelo contrário, é instrumental à sua não-corrupção. Com efeito, é legítimo sustentar-se que do próprio conteúdo da liberdade de expressão e de informação se retira um *dever do Estado de proteger o indivíduo contra a desinformação*. Esse dever legitima, desde logo, que o Estado atue na identificação das causas da desinformação e que procure contrariar os seus efeitos, designadamente criando condições para um ambiente digital seguro ou para melhorar a literacia mediática dos cidadãos.

20.O conteúdo de tal dever bem como os limites a que, face às demais dimensões em que se analisa a liberdade de expressão e de informação, se encontra sujeito é, assim, quanto a nós, o correcto enquadramento jurídico-constitucional das questões relacionadas com o combate à desinformação.

21.Ora, a liberdade de expressão e de informação compreende situações jurídicas diversas constitucionalmente protegidas. Está, desde logo, em causa a liberdade de qualquer indivíduo exprimir, livremente, as suas ideias, opiniões e pensamentos pessoais sem poder ser impedido por parte do poder político e de quaisquer outras autoridades de fazê-lo e sem o receio de pelo exercício dessa liberdade sofrer qualquer retaliação. Simplesmente, o exercício pleno dessa liberdade pressupõe a capacidade de formar opinião e

de construir as suas ideias e o seu pensamento. A liberdade de expressão e a liberdade de informação estão por isso intimamente relacionadas.

22. Segundo Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 573), «[o] **direito de informação** (n.º 1, 2.^a parte) integra três níveis: o direito «de informar», o direito «de se informar», e o «direito de ser informado». O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos; mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a *informar*, ou seja, direito a meios para informar. O direito de se informar consiste, designadamente, na liberdade de recolha de informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar embora sejam admissíveis algumas restrições à recolha de informações armazenadas em certos arquivos (ex: arquivos secretos dos serviços de informação). Finalmente, o direito a ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação (cfr. arts. 38.º e 39.º) e pelos poderes públicos (art. 48.º-2), sem esquecer outros direitos específicos à informação reconhecidos na Constituição [...]».

23. A complexidade dogmática da liberdade de expressão e de informação vai, porém, bem além da mera enunciação deste conjunto de direitos e liberdades. A liberdade de expressão e de informação, consagrada no artigo 37.º da

Constituição da República, é seguramente e antes do mais um direito subjetivo de defesa contra intervenções abusivas do Estado, como o são todos os demais direitos, liberdades e garantias pessoais. Contudo—e por causa do particular bem jurídico que por ela é protegido—*é também muito mais do que isso*, detendo uma *dimensão objectiva e institucional* que não pode deixar de ser considerada, sempre que se determina o âmbito de protecção da norma constitucional que consagra este tipo de liberdade. Com efeito, o bem ou valor jurídico que, aqui, é constitucionalmente protegido não é outro senão o da formação de uma opinião pública livre e robusta, sem a qual se não concebe o correcto funcionamento da democracia. Por isso, o exercício, sem obstáculos, desta *liberdade* não configura apenas um bem para quem a certo momento a exerce; a sua prática continuada é algo que, *objectivamente*, detém valor para a própria comunidade política.

24. Que assim é demonstra-o, aliás, o texto da Constituição, que não deixou de prever—a seguir à norma que consagra a liberdade—um conjunto de garantias institucionais e de formas de organização e de procedimentos (artigos 38.º, 39.º e 40.º) que revelam bem o *peso* da *dimensão objectiva básica* que detém, para o sistema constitucional, este direito fundamental.

25. A dimensão objectiva e institucional da liberdade de expressão e de informação—a formação e preservação de uma opinião pública livre e robusta como elemento essencial e fonte de legitimidade do processo político

democrático—desde há longa data que é reconhecida na jurisprudência dos tribunais constitucionais europeus.

26.É justamente esse o entendimento do Tribunal Constitucional espanhol, logo enunciado numa sentença que remonta ainda ao seu período fundacional: «o artigo 20.º da Constituição, nos seus diferentes números, garante a manutenção de uma comunicação pública livre, sem a qual ficariam esvaziados de conteúdo outros direitos que a Constituição consagra, reduzidas a fórmulas vazias as instituições representativas e absolutamente falseado o princípio da legitimidade democrática enunciado no artigo 1.º, n.º 2, da Constituição, e que é a base de todo o nosso ordenamento jurídico-político» (Sentença n.º 6/1981, de 16 de março, FJ 3 [BOE, n.º 89, de 14 de abril de 1981]).

27.O «duplo carácter» da liberdade de expressão e da liberdade de informação—enquanto liberdade individual, mas também como «o reconhecimento e a garantia de uma instituição política fundamental, que é a opinião pública livre, indissociavelmente ligada ao pluralismo político, que é um valor fundamental e um requisito de funcionamento do Estado democrático» (Sentença n.º 12/1982, de 31 de março, FJ 3 [BOE, n.º 95, de 21 de abril de 1982])—é consistentemente reafirmado e elaborado jurisprudencialmente durante as décadas de oitenta e noventa do século passado (Sentenças n.ºs 104/1986, de 17 de julho, FJ 5 [BOE, n.º 193, de 13

de agosto de 1986] e 78/1995, de 22 de maio, FJ 2 [BOE, n.º 147, de 21 de junho de 1995], entre muitas outras).

28. Numa decisão famosa, que teve origem num recurso de amparo interposto contra uma decisão judicial que havia condenado o Director do diário basco «Egin» a duas penas de um ano de prisão pela prática do crime de incitamento público à prática de uma infração terrorista, por este ter publicado dois comunicados da organização ETA, o Tribunal Constitucional espanhol, concedendo o amparo, declarou a nulidade dessa sentença bem como da do Tribunal Supremo que a havia confirmado. Ora, foi justamente a dimensão objectiva e institucional da liberdade de expressão e de informação que foi utilizada como um dos argumentos determinantes para resolver a questão que a esse tribunal havia sido colocada e que dele reclamava uma análise da relação entre a liberdade de informação e o limite decorrente do interesse público subjacente às normas penais incriminadoras: «[...] o artigo 20 da norma fundamental, além de consagrar o direito à liberdade de expressão e de comunicar ou receber livremente informação verdadeira, garante um interesse constitucional: a formação e existência de uma opinião pública livre, garantia que reveste uma especial transcendência uma vez que, por ser uma condição prévia e necessária para o exercício de outros direitos inerentes ao funcionamento de um sistema democrático, converte-se, ao mesmo tempo, em um dos pilares de uma sociedade livre e democrática. Para que o cidadão possa formar livremente as suas opiniões e participar de modo responsável nos assuntos públicos, tem que ser também

amplamente informado de modo a que possa ponderar opiniões diversas e inclusivamente opostas. Neste sentido se tem manifestado este Tribunal desde a sua Sentença 6/1981, de 16 de março, até à mais recente 104/1986, de 17 de julho, ao pôr reiteradamente em evidência que o direito à informação não apenas protege um interesse individual, mas implica «o reconhecimento e a garantia de uma instituição política fundamental, que é a opinião pública, indissolivelmente ligada ao pluralismo político» (Sentença n.º 159/1986, de 12 de dezembro, FJ 6 [BOE, n.º 313, de 31 de dezembro de 1986]). Aplicando esse critério, entendeu o tribunal que, no caso que tinha para decidir, «[...] não há dúvida de que a erradicação da violência terrorista encerra um interesse político e social da máxima importância, mas tal não autoriza, porém, a alterar a essência de um Estado democrático, o qual, para a sua existência e desenvolvimento, pressupõe a submissão das questões relevantes para a vida colectiva à crítica ou aprovação de uma opinião pública livremente constituída. Neste sentido, pode afirmar-se que a luta antiterrorista e a liberdade de informação não respondem a interesses conflitantes mas antes complementares, orientados à salvaguarda do Estado democrático de Direito» (*ibidem*, FJ 7). Concluiu assim o Tribunal que «aos órgãos judiciais cabia assumir a interpretação mais favorável ao direito fundamental e aos seus efeitos sobre as normas penais limitadoras do mesmo, que, em suma, se concretiza no critério de que o direito de um profissional do jornalismo a informar, assim como o dos seus leitores a receber informação integral e verdadeira, constitui, em última análise, uma garantia institucional de carácter objectivo, cuja efetividade

exige em princípio excluir a vontade delitativa de quem se limita a transmitir sem mais a informação, ainda que esta pelo seu conteúdo possa revestir relevância penal» (*ibidem*, FJ 8).

29.O próprio âmbito de proteção material do direito à informação, na sua dimensão subjetiva, foi sendo construído e delimitado à luz desse enquadramento. «Quando a Constituição exige que a informação seja «verdadeira» não está tanto a privar de proteção as informações que podem vir a confirmar-se erradas [...] quanto a estabelecer um específico dever de diligência sobre o informador, a quem se pode e deve exigir que aquilo que transmite como factos haja sido objeto de prévia confrontação com dados objetivos, privando-se, assim, da garantia constitucional a quem, violando o direito de todos à informação, atue com menosprezo da verdade ou falsidade do objeto de comunicação. O ordenamento não confere tutela a tal conduta negligente, nem tão-pouco à de quem comunique como factos aquilo que são simples rumores ou, pior ainda, meras invenções ou insinuações insidiosas, mas ampara, no seu conjunto, a informação corretamente obtida e difundida ainda que a sua total exatidão seja controversa. Em suma, as afirmações erradas são inevitáveis num debate livre, de modo que, ao impor-se «a verdade» como condição para o reconhecimento do direito, a única garantia de segurança jurídica seria o silêncio» (Sentença n.º 6/1988, de 21 de janeiro, FJ 5 [BOE, n.º 31, de 5 de fevereiro de 1988]).

30. Tal acervo jurisprudencial ilustra bem o quão elevado é o grau de complexidade da estrutura dogmática da liberdade de expressão e de informação, sendo que é justamente essa estrutura que deve servir de enquadramento jurídico-constitucional e de parâmetro para analisar os problemas que hoje se colocam às sociedades democráticas para se defender da ameaça causada pelo fenómeno da desinformação.
31. Como já se disse (*supra*, ponto 19), é legítimo sustentar-se que do próprio conteúdo da liberdade de expressão e de informação se retira um dever do Estado de proteger o indivíduo contra a desinformação. Tal dever extrai-se da já referida dimensão objectiva e institucional da liberdade de expressão e de informação—a formação e preservação de uma opinião pública livre e robusta como elemento essencial e fonte de legitimidade do processo político democrático—ainda que, na sua elaboração dogmática, a mesma tenha assumido um efeito eminentemente *expansivo* (e não restritivo) do âmbito de protecção material dessas liberdades.
32. Tanto assim que, como é do conhecimento geral, uma parte considerável da população, sobretudo as gerações mais jovens, substituiu as fontes de informação clássicas, mediadas pelos profissionais do jornalismo sujeitos a critérios editoriais e a princípios deontológicos, pelo consumo de conteúdos diretamente a partir do seu *feed* nas redes sociais ou através da partilha entre contactos através de serviços de mensagens privadas, pelo que as primeiras já não desempenham sequer—pelo menos nos mesmos termos em que antigamente—um papel central na formação da opinião pública. Este dado

não pode deixar de ser tido em conta ao analisar as exigências hoje, perante as características concretas da nossa sociedade e atendendo à natureza e às condições de difusão da informação na era digital (sistemas algorítmicos, microdirecionamento, instantaneidade, viralidade, etc.), decorrentes da dimensão objectiva e institucional da liberdade de expressão e de informação. Com efeito, o fenómeno da desinformação tem o potencial de obstruir a formação de uma opinião pública verdadeiramente livre e esclarecida e de por essa via corromper o processo político democrático («[p]ara que o cidadão possa formar livremente as suas opiniões e participar de modo responsável nos assuntos públicos, tem que ser também amplamente informado de modo a que possa ponderar opiniões diversas e inclusivamente opostas» [*supra*, ponto 28]). Como observa uma autora, «[o] perigo das notícias falsas é que criam uma sociedade que não é capaz de pôr-se de acordo sobre factos básicos, o que impede construir uma democracia funcional. A desinformação afeta diretamente os fundamentos das sociedades democráticas que se constroem na presunção de que os cidadãos tomam decisões informados no momento de ir votar» (Cristina Pauner Chulvi, «Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 297-318, p. 299). Conclui, por isso a autora que, «[a]s notícias falsas são, neste sentido, conteúdo nocivo que põe em risco o pluralismo informativo e violam o direito do público a receber uma informação verdadeira, por isso entendemos que são perfeitamente

acomodáveis algumas medidas limitativas sobre aqueles que as difundam» (*ibidem*, p. 310).

33. Simplesmente, se o dever do Estado de proteger os indivíduos contra a desinformação legitima uma atuação estadual *a nível sistémico*, designadamente ao nível do desenvolvimento de atividades de sensibilização da população para os riscos da desinformação (projetos de literacia mediática e digital), da recolha de informação sobre o fenómeno da desinformação e na elaboração de estudos ou de relatórios⁹, ou para efeitos do próprio acompanhamento da aplicação do Código de Conduta Europeu sobre Desinformação a nível nacional¹⁰, em nosso modo de ver jamais pode permitir uma intervenção estatal *casuística*, consista ela em interferir ou mesmo censurar determinada interação ou conteúdo concreto ou apenas em

23

⁹ Tanto assim que, mesmo antes da aprovação da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social já tinha publicado um estudo sobre o fenómeno da desinformação, que contém uma autorreflexão sobre o seu próprio papel. ERC—Entidade Reguladora para a Comunicação Social, [*A Desinformação—Contexto Europeu e Nacional \(Contributo da ERC para o debate na Assembleia da República\)*](#), 2019.

¹⁰ No âmbito do acompanhamento da aplicação do código a nível dos Estados-Membros, a Comissão Europeia já prevê o apoio do ERGA—Grupo de Reguladores Europeus dos Serviços de Comunicação Social Audiovisual, que tem por função dotar a Comissão de competências técnicas para assegurar a aplicação coerente da Diretiva 2010/13/UE em todos os Estados-Membros e para facilitar a cooperação entre as autoridades ou entidades reguladoras nacionais, e entre estas e a Comissão. Cfr., *supra*, ponto 8, p. 26.

sinalizá-lo, etiquetá-lo ou de algum outro modo sobre ele tomar «posição oficial».

34.É, no entanto, justamente tal inadmissível intervenção estatal que subjaz ao disposto no n.º 5 do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital.

3. O modelo de queixa à ERC—Entidade Reguladora para a Comunicação Social

35.Na autorreflexão que promoveu sobre o seu próprio papel no âmbito do fenómeno da desinformação, é a própria ERC—Entidade Reguladora para a Comunicação Social (doravante: ERC) a afirmar que: «[a] principal obrigação dos intervenientes estatais é a de abster-se de interferir e censurar e garantir um ambiente favorável a um debate inclusivo e pluralista. O conteúdo legal, mesmo que se trate de conteúdo alegadamente nocivo, está geralmente protegido pela liberdade de expressão e deve ser abordado de forma diferente dos conteúdos ilegais, no caso dos quais se pode justificar a remoção do próprio conteúdo» (ERC—Entidade Reguladora para a Comunicação Social, [*A Desinformação—Contexto Europeu e Nacional \(Contributo da ERC para o debate na Assembleia da República\)*](#), 2019, p. 3).

36.O modelo de queixa à ERC ou a qualquer outra entidade pública que viesse a ser criada para o efeito é, desde logo, uma interferência *inadequada* na liberdade de expressão e de informação. Com efeito, no contexto das redes sociais, em que a informação circula a uma velocidade instantânea, tanto a escala, como a precisão de técnicas complexas de microdirecionamento e de perfilagem psicológica ou o próprio *timing* de reacção a uma campanha de desinformação exigem uma capacidade de reagir e comunicar de forma eficaz que permita alertar em tempo real para o lançamento de campanhas de desinformação com base numa infraestrutura tecnológica altamente sofisticada. Esse sistema pressupõe o envolvimento e a corresponsabilização das próprias plataformas em linha e de outros interessados através da adoção de ferramentas tecnológicas específicas e sujeitas a uma constante atualização. O procedimento de queixa junto da ERC é, assim, pela sua natureza, pela morosidade do procedimento e pela sua manifesta ineficácia, uma ferramenta obsoleta, da era analógica, absolutamente inadequada para combater um fenómeno da era digital que constitui uma ameaça séria para a democracia e a sociedade.

37.Além de inadequada, tal procedimento de queixa constitui uma interferência *desnecessária* na liberdade de expressão e de informação. Com efeito, a liberdade de expressão engloba o respeito da liberdade e do pluralismo dos meios de comunicação, bem como o direito dos cidadãos à liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias «sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem



consideração de fronteiras» (cfr. artigo 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). A principal obrigação dos intervenientes estatais no que se refere à liberdade de expressão e à liberdade dos meios de comunicação social é abster-se de interferir e censurar e garantir um ambiente favorável a um debate público inclusivo e pluralista. O conteúdo legal, mesmo que se trate de conteúdo alegadamente nocivo, está geralmente protegido pela liberdade de expressão e deve ser abordado de forma diferente dos conteúdos ilegais, no caso dos quais se pode justificar a remoção do próprio conteúdo. A essa luz, é absolutamente incompatível com a liberdade de expressão um procedimento de queixa a uma entidade pública, ainda que independente. É constitucionalmente inadmissível ser uma entidade estadual a verificar, de modo concentrado e vertical, a veracidade, integridade ou fiabilidade de um determinado conteúdo (Andrés Boix Palop, «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, pp. 55-112, pp. 102-105). A verificação e avaliação da credibilidade dos conteúdos deve antes ser assegurada de forma desconcentrada, difusa e horizontal, ser baseada em critérios metodológicos objetivos e aprovados por associações de órgãos de comunicação social, em consonância com os princípios e processos jornalísticos. Ela deve estar a cargo de uma rede densa de verificadores de factos credíveis, fortes e independentes. A introdução de instrumentos de acesso fácil aos utilizadores para sinalizar e denunciar potenciais casos de desinformação diretamente junto das próprias plataformas em que os mesmos estão a ser difundidos é, desde que feita de forma transparente e

acompanhada do devido escrutínio, um elemento importante para realizar com eficácia os objetivos de combate à desinformação.

38. Assim, e independentemente da sanção legalmente estabelecida ou concretamente aplicada, é, desde logo, constitucionalmente inadmissível que alguém possa ser alvo de um processo de contraordenação por se limitar a exprimir ou difundir uma ideia, um pensamento ou mesmo determinado conteúdo informativo no ambiente digital.

39. Ora, se já seria constitucionalmente censurável, também à luz do que dispõe o n.º 2 do artigo 10.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, a circunstância de a lei não estabelecer, ela própria, com o mínimo de critério ou rigor quais as consequências jurídicas que pode vir a sofrer quem praticar um acto que constitua uma infração por se reconduzir ao conceito de desinformação, deixando para o momento de aplicação da lei pela autoridade administrativa a densificação desse conceito, o principal problema não está sequer aí. Está bem para além dele. Está logo na própria possibilidade abstracta de um processo contraordenacional que tenha por objecto a difusão ou partilha de ideias ou conteúdos *legais*¹¹ (ainda que nocivos). A norma em apreciação é,

¹¹ Relembre-se que tudo o que sejam «conteúdos ilegais» é objecto de legislação especial tanto ao nível da União Europeia como ao nível do direito nacional. Importa ainda observar que, para efeitos da Proposta de Regulamento Serviços Digitais da Comissão, o conceito de «conteúdos ilegais» é definido em sentido lato e abrange igualmente



assim, desde logo, um «corpo estranho» na ordem jurídica de um Estado de direito.

40. O artigo 6.º, n.º 5, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, determina que «[t]odos têm o direito de apresentar e ver apreciadas pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social queixas contra as entidades que pratiquem os atos previstos no presente artigo, sendo aplicáveis os meios de ação referidos no artigo 21.º e o disposto na Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, relativamente aos procedimentos de queixa e deliberação e ao regime sancionatório».

41. O artigo 21.º vem prever um conjunto de meios de acção para garantia dos direitos reconhecidos na presente lei, determinando expressamente, no seu n.º 1, a aplicabilidade da legislação referente à ação popular, «devidamente adaptada à realidade do ambiente digital». Por sua vez, o n.º 2 desse preceito,

informações relativas a conteúdos, produtos, serviços e atividades ilegais. Conforme dispõe o seu Considerando n. 12: «Em particular, esse conceito deve ser entendido como referindo-se a informações que, independentemente da forma que assumam, nos termos da lei aplicável, sejam ilegais, como os discursos ilegais de incitação ao ódio, ou os conteúdos terroristas e os conteúdos discriminatórios ilícitos, ou que estejam relacionadas com atividades ilegais, como a partilha de imagens de abuso sexual de crianças, a partilha não consensual ilícita de imagens privadas, a perseguição em linha, a venda de produtos não conformes ou contrafeitos, a utilização não autorizada de material protegido por direitos de autor ou atividades que envolvam violações do direito em matéria de proteção dos consumidores».

determina que «[o] Estado apoia o exercício pelos cidadãos dos direitos de reclamação, de recurso e de acesso a formas alternativas de resolução de litígios emergentes de relações jurídicas estabelecidas no ciberespaço».

42.No que respeita à Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, a referência feita no n.º 5 do artigo 6.º [da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio], circunscreve a aplicabilidade das disposições desse diploma aos procedimentos de queixa e deliberação e ao regime sancionatório. Tal significa que se atribui a todos o direito de apresentar e ver apreciadas pela ERC queixas «por forma a proteger a sociedade contra pessoas singulares ou colectivas, *de jure ou de facto*, que produzam, reproduzam ou difundam narrativa considerada desinformação», em violação do disposto nos n.ºs 1, 2, 3 e 4 do artigo 6.º. Portanto o legislador admite que a essa entidade sejam conferidas atribuições em matéria de combate à desinformação no ambiente digital, alargando a essa matéria as suas competências relativamente a procedimentos de queixa bem como relativamente a procedimentos sancionatórios.

43.No que respeita a procedimentos de queixa, nos termos do disposto no artigo 55.º dos Estatutos da ERC, publicado em anexo à Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, «[q]ualquer interessado pode apresentar queixa relativa a comportamento susceptível de configurar violação de direitos, liberdades e garantias ou de quaisquer normas legais ou regulamentares aplicáveis às actividades de comunicação social desde que o faça no prazo máximo de 30 dias a contar do conhecimento dos factos e desde que tal conhecimento não

ocorra passados mais de 120 dias da ocorrência da alegada violação». A tramitação vem regulada nas disposições seguintes, que estabelecem prazos para a notificação do denunciado, para o exercício do direito de defesa, para a realização de uma audiência de conciliação e para a decisão.

44.No que respeita ao regime sancionatório, dele se ocupa o Capítulo VI dos Estatutos da ERC. Aí prevêm-se diferentes tipos de responsabilidade: crimes (Secção I); ilícitos de mera ordenação social (Secção II) e sanção pecuniária compulsória (Secção III).

45.Face ao teor do artigo 6.º, n.º 5, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que remete em bloco para o «regime sancionatório» previsto nos Estatutos da ERC, sem qualquer precisão, deve entender-se que, para efeitos de combate à desinformação, a ERC reagirá com todos os meios de que estatutariamente dispõe, não podendo, aliás, sob pena de violação de lei, deixar de fazê-lo.

46.Tal significa que a recusa de acatamento ou o cumprimento deficiente de deliberações da ERC em procedimentos relativos a desinformação constitui crime de desobediência qualificada, punível com pena de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias (artigo 66.º dos Estatutos da ERC e artigo 348.º, n.º 2, do Código Penal).

47.Em matéria de ilícito de mera ordenação social, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 67.º dos Estatutos da ERC, «compete-lhe processar e punir a

prática das contraordenações previstas nos presentes Estatutos, bem como aquelas que lhe forem atribuídas por qualquer outro diploma, em matéria de comunicação social».

48.As contraordenações previstas nos próprios Estatutos da ERC são a «recusa de colaboração», prevista e punida no artigo 68.º, a «recusa de acesso para averiguações e exames», prevista e punida no artigo 69.º, a «não preservação de registo», prevista e punida no artigo 70.º e a «recusa de acatamento e cumprimento deficiente de decisão», prevista e punida no artigo 71.º.

49.Não é evidente, designadamente aos olhos do cidadão, em que termos a prática das condutas proibidas que constituem crime de desobediência qualificada ou as contraordenações referidas no ponto anterior se relacionam com os atos previstos no artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que possam constituir desinformação.

50.Por outro lado, é manifesto que do n.º 5, do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, se não retira nenhuma proibição, nele não vindo especificada nenhuma conduta proibida nem valorada como constituindo crime ou contraordenação.

51.Desse preceito legal também se não retira qualquer competência decisória da ERC para efeitos de combate à desinformação cuja recusa de acatamento ou cujo cumprimento deficiente fosse passível de gerar as respectivas sanções.

52. Aliás, para além da existência de todas essas dúvidas quanto ao regime sancionatório que, neste domínio, à luz das exigências constitucionais de lei prévia, escrita, estrita e certa, são difíceis de superar, a mera circunstância de a lei não especificar minimamente nem o âmbito da sua intervenção nem os poderes especificamente atribuídos à ERC para efeitos de combate à desinformação é só por si problemática, desde logo, à luz das exigências dos princípios da precedência de lei e da reserva de lei.

53. No que respeita, desde logo, ao âmbito da intervenção da ERC não vem especificado, expressamente e pela positiva, quais as entidades sujeitas à sua atividade regulatória (apenas os órgãos de comunicação social?; todos os prestadores de serviços de armazenagem em servidor no sentido do RDS ou, entre estes, apenas as plataformas em linha tais como as redes sociais?; os serviços de mensagens privadas tais como WhatsApp ou Telegram também são abrangidos?).

54. Além disso, fica-se sem saber se o legislador contempla a possibilidade de, no domínio do combate à desinformação, a ERC, no exercício das suas funções regulatórias, poder determinar a remoção de conteúdos específicos ou se, não querendo ir tão longe (até porque, argumentativamente, tal implicaria uma invasão da «reserva do juiz», sendo incompatível com o

disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 202.º da Constituição da República¹²), lhe é apenas reconhecido o poder de impor aos operadores das plataformas em linha a rotulagem obrigatória de determinado conteúdo como falso ou enganoso, com potencial para causar danos públicos ou pessoais, ou tão-somente a respectiva sinalização como «conteúdo não-verificado»; determinar a publicação de desmentidos ou de informação oficial ou fidedigna de interesse público ou de exigir a transparência dos algoritmos. Se o que se pretende é, enfim, que a ERC possa, mediante as queixas recebidas, identificar *sites* de desinformação que se assemelham a órgãos de comunicação social mas não cumprem os necessários requisitos jornalísticos e, eventualmente, elaborar e publicar uma espécie de «lista negra», tal competência teria que ser expressamente atribuída através de uma norma clara e precisa. O mesmo se diga no que respeita à possibilidade de atribuição de um selo de certificação ERC que permitisse aos cidadãos identificar, de imediato, *sites* fidedignos, devidamente registados no regulador.

55.Atendendo ao que está em causa, designadamente a severidade de afetação no exercício da liberdade de expressão e de informação, mesmo admitindo—sem conceder—que seria constitucionalmente tolerável combater a desinformação por essa via, a decisão sobre quais as competências decisórias especificamente atribuídas ao regulador jamais poderia deixar de ser

¹² Note-se que estamos a falar da remoção de conteúdos *legais* (ainda que nocivos).

efectuada *a nível legislativo* e ser deixada ao livre critério do próprio regulador.

56.Ora, faltam na lei normas claras e tão precisas quanto possível a definir os critérios legais de atuação da administração-reguladora, desde logo o âmbito de intervenção da ERC, bem como os poderes regulatórios de que dispõe e que tão severamente afetam ou são suscetíveis de afectar o exercício da liberdade de expressão e de informação. Essa clareza e precisão é, no entanto, uma exigência que decorre, desde logo, da primeira parte do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República.

57.Ora, face a tudo isto há que concluir que, desacompanhada de critérios legais da sua actuação, de uma especificação das medidas concretas que, neste domínio, poderá adoptar, bem como de uma arquitectura especificamente desenhada para o controlo do exercício desses novos poderes que minimamente protegesse e acautelasse ainda o exercício da liberdade de expressão e de informação, a previsão legal da intervenção da ERC no domínio do combate à desinformação é intolerável em Estado de direito democrático.

58.Tanto assim que, note-se, a devolução à administração-reguladora de amplos poderes regulatórios no combate à desinformação é unidirecional e, nessa medida, desequilibrada. Nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 6.º, apenas se prevê a intervenção da ERC para apreciação de queixas *contra* as entidades que, alegadamente, pratiquem desinformação. No entanto, nada é

dito quanto ao papel, que, em princípio, também haveria de caber ao regulador, relativamente a queixas por parte de pessoas ou entidades que houvessem sido vítimas de censura ou de qualquer outro tipo de atuação, em nome do combate à desinformação, designadamente por parte dos *media* ou de verificadores de factos (por exemplo, prevendo-se o direito de apresentarem queixa junto da ERC contra a classificação de um conteúdo como «falso» ou «enganador», contra o facto de não terem tido oportunidade de se defender ou expor o seu ponto de vista antes de uma decisão de remoção de conteúdo, ou contra o facto de não terem sido devidamente informados dos motivos que justificaram tal decisão ou das possibilidades de reclamação). Ora, a regulação de uma matéria como esta sempre teria que ser completa, equilibrada e imparcial. É, no entanto, a própria lei a limitar e a privilegiar uma política regulatória de sentido único. Esse «bias» do legislador é, só por si, incompatível com as exigências constitucionais de protecção da liberdade de expressão e de informação, que decorrem do artigo 37.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República. Se, de facto, o objectivo da lei—e também, já agora, o seu único possível fundamento jurídico-constitucional—é o de promover a protecção da liberdade de expressão e de informação, então há que protegê-las na sua totalidade, perante todo o tipo de ameaças diversas (e não de forma *selectiva*).

II. Inconstitucionalidade do disposto no n.º 6 do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital

59. O n.º 6.º do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, determina que «[o] Estado apoia a criação de estruturas de verificação de factos por órgãos de comunicação social devidamente registados e incentiva a atribuição de selos de qualidade por entidades fidedignas dotadas do estatuto de utilidade pública».

60. Não se questiona o papel fundamental dos verificadores de factos no quadro de uma estratégia global, e integrada, de combate à desinformação. Os documentos da Comissão Europeia a que já se fez referência são bem elucidativos quanto à sua relevância e eficácia.

61. Face a essa relevância, e não obstante as diversas iniciativas já existentes com particular destaque para os padrões internacionais consensualizados e estabelecidos no Código de Princípios da Rede Internacional de Verificação de Factos (IFCN), subscrito por várias organizações de verificação de factos¹³, não se questiona que, em abstrato, o Estado possa, de alguma maneira, incentivar e apoiar a criação de estruturas de verificação de factos

¹³ <https://www.ifcncodeofprinciples.poynter.org/>.



por órgãos de comunicação social devidamente registados ou incentivar a atribuição de selos de qualidade por entidades fidedignas dotadas do estatuto de utilidade pública.

62.No entanto, uma vez que se trata de matéria que, pelas razões que já desenvolvemos e não vale a pena repetir, incide sobre o âmbito de protecção da liberdade de expressão e de informação, a definição dos termos concretos desse apoio estadual não pode deixar de estar expressamente previsto na lei.

63.Ora, o preceito cuja apreciação se requer ao Tribunal Constitucional é todo ele silente sobre a natureza e o modo de operacionalização desse apoio, não satisfazendo de modo minimamente satisfatório, e em violação do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República, as exigências de densidade normativa de uma lei restritiva de direitos, liberdades e garantias.

64.Com efeito, o preceito é de tal modo vago que nem sequer vem determinado, com um mínimo de precisão, aspectos como: o que é, para efeitos da lei, uma «estrutura de verificação de factos»?; que entidades são elegíveis para ser beneficiárias dos apoios a conceder pelo Estado e que outras condições de elegibilidade devem ser preenchidas?; quais os meios ou os instrumentos legais através dos quais tal apoio estadual pode legitimamente ser concretizado (admite-se tão-somente que o Estado possa estabelecer protocolos ou parcerias com os órgãos de comunicação social ou está-se a pensar em apoios financeiros como subsídios ou em isenções ou benefícios



fiscais?); que órgão do Estado é competente para instruir as candidaturas e qual o procedimento a observar?.

65. Não deixa, aliás, de ser sintomático da insuficiência de densidade normativa da lei o facto de se ter sentido necessidade de apresentar um projecto legislativo que tem como objecto «densificar o disposto no n.º 6 do artigo 6.º da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, explicitando os termos em que pode ocorrer apoio do Estado às entidades referidas nesse preceito» (cfr. Projecto de Lei n.º 884/XIV/2.^a, publicado no Diário da Assembleia da República II Série A—Número 156, de 23 de junho de 2021, pp. 21-24).

66. Além desse aspecto essencial, a lei não estabelece quaisquer garantias ou salvaguardas para contrariar a tendência para que as estruturas de verificação de factos, uma vez beneficiando de apoios por parte do Estado, qualquer que seja a sua natureza, estejam em condições de garantir a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, designadamente através de requisitos de transparência e de diligência devida nos procedimentos e metodologias adoptados, na obrigatoriedade de elaboração de relatórios e de outros mecanismos de escrutínio e de prestação de contas, ou na garantia de apartidarismo, de imparcialidade e de igualdade na aplicação de técnicas de *fact-checking*, sendo que tal corresponde justamente aos padrões mínimos consensualizados e estabelecidos no

Código de Princípios da Rede Internacional de Verificação de Factos (*supra*, ponto 61).

67. Tal exigência é, desde logo, particularmente necessária se estiverem envolvidos dinheiros públicos. Sendo certo que, nos termos da lei, cabe às comissões de coordenação e desenvolvimento regional (CCDR) a fiscalização da execução de incentivos do Estado à comunicação social, também é certo que tal fiscalização se cinge a incentivos concedidos ao abrigo do Decreto-Lei n.º 23/2015, de 6 de fevereiro. Ora, não sendo impossível reconduzir o apoio à criação de estruturas de verificação de factos a um dos múltiplos incentivos previstos nesse diploma legal—embora tal não seja impossível não deixaria de ser forçado, atendendo a que tais incentivos têm um objectivo muito distinto, tendo, aliás, como destinatários essencialmente os órgãos de comunicação social de âmbito regional e local—, o que é certo é que, dada a especial sensibilidade do que está em causa, sempre se exigiria disposições legais específicas, quer quanto aos requisitos materiais quer procedimentais que, pura e simplesmente, inexistem. Note-se, aliás, que a fiscalização por parte das CCDR—entidade que é também responsável pela instrução dos procedimentos de atribuição dos incentivos bem como da própria decisão de atribuição dos mesmos—tem como escopo a verificação do cumprimento dos projetos apresentados por parte das entidades beneficiárias. Ora, o que importaria aqui seria prever-se a fiscalização, por uma entidade independente, da própria atribuição dos incentivos pelas CCDR.



68. Com efeito, e até independentemente da circunstância de estarem envolvidos dinheiros públicos, a observância dos requisitos referidos no ponto 66 é a única maneira de assegurar o respeito pela exigência constitucional de independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político (artigo 38.º, n.º 4, 1.ª parte, da Constituição). Como ensinam Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 585), «[tal exigência constitucional] implica nomeadamente: igualdade de tratamento independentemente da sua orientação editorial, proibição de discriminação nos apoios públicos, nomeadamente nas regalias, subvenções e isenções concedidas [...]».

69. Por sua vez, no que respeita ao segmento relativo ao incentivo à atribuição de selos de qualidade por entidades fidedignas, também se verifica uma total ausência de definição de critérios legais que sirva de instrumento dirigente e de parâmetro de controlo da atividade administrativa. Com efeito, a Administração fica sem qualquer guião minimamente operacional sobre como incentivar a atribuição desses selos, designadamente quanto à densificação dos conceitos de «qualidade» ou de «entidades fidedignas», ficando o seu preenchimento na sua total discricionariedade, e, por conseguinte, sem qualquer possibilidade de controlo efectivo, seja ele judicial ou outro.

70. Uma vez mais, é sintomático da insuficiência de densidade normativa da lei que, em uma nova iniciativa legislativa, se tenha vindo propor que seja, afinal, a própria lei a indicar expressamente quais as entidades que, por serem fidedignas, estariam legalmente habilitadas a atribuir os selos de qualidade a que se refere o n.º 6 do artigo 6.º da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio (cfr. artigo 4.º, n.º 2, do Projecto de Lei n.º 884/XIV/2.^a).

III. Ilegalidade do disposto no n.º 5 do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital

71. Na eventualidade de o Tribunal Constitucional não declarar a sua inconstitucionalidade, requer-se, subsidiariamente, a fiscalização abstracta da ilegalidade do disposto no n.º 5 do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital.

72. O disposto nesse preceito legal viola os artigos 5.º e 6.º dos Estatutos da ERC—Entidade Reguladora para a Comunicação Social, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, e que dela fazem parte integrante, sendo este último diploma uma lei de valor reforçado (artigos 112.º, n.º 3 e 168.º, n.º 6, alínea *a*), da Constituição da República).



73.A título de questão prévia, para acautelar eventuais objeções ao conhecimento desta parte do pedido, importa esclarecer que a norma em questão, embora não venha ela própria, enquanto tal, alterar os Estatutos da ERC, na medida em que não confere a essa entidade independente novas atribuições ou competências, tendo antes como destinatários os cidadãos em geral, reconhecendo-lhes o direito de apresentar e ver apreciadas pela ERC queixas em matéria de desinformação, a verdade é que não deixa de produzir imediatamente efeitos jurídicos, tornando aplicáveis, nos termos que já foram analisados (*supra*, pontos 42 e segs.), os procedimentos de queixa e os procedimentos sancionatórios estabelecidos nos Estatutos da ERC. A sua existência na ordem jurídica tem, desde logo, o efeito de permitir que, ao abrigo dessa disposição legal, os cidadãos se dirijam à ERC iniciando procedimentos de queixa que terão, naturalmente, que ser recebidos e tramitados nos termos legais.

74.Assim, a norma em questão tem implicações não-irrelevantes na atividade da ERC, obrigando essa entidade a dar resposta a solicitações num domínio que constitui uma novidade e que não tem cobertura legal ou estatutária, nos termos dos artigos 5.º e 6.º dos seus Estatutos, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, e que dela fazem parte integrante. Tal circunstância compromete seriamente, dada a escassez de recursos humanos e de tempo, a capacidade efectiva da ERC para desempenhar as tarefas de que está estatutariamente incumbida e cujas atribuições assumem dignidade constitucional (artigo 39.º da Constituição da República).

75. Com efeito, as entidades sujeitas a supervisão e intervenção da ERC encontram-se taxativamente elencadas no artigo 6.º dos Estatutos. Ora, não disponibilizando as plataformas em linha, elas próprias, conteúdos, muito menos sendo eles «submetidos a tratamento editorial e organizados como um todo coerente», não é possível considerar que a atuação da ERC no domínio da desinformação em ambiente digital tem cobertura na alínea e) do artigo 6.º. As demais alíneas também não são aplicáveis.

76. O problema está, aliás, logo no facto de o fenómeno da desinformação através das plataformas em linha (por exemplo, redes sociais ou serviços de mensagens privadas tais como WhatsApp ou Telegram) extravasar o âmbito do conceito de «actividades de comunicação social», pelo que qualquer reorientação da ERC nessa direcção sempre pressuporia «a redefinição da noção de órgão de comunicação social, tendo como referência a Deliberação da ERC 202/2015 (OUT), integrando as entidades que efetuem a produção, agregação ou difusão *online* de conteúdo de comunicação social» (ERC—Entidade Reguladora para a Comunicação Social, *supra*, ponto 35, pp. 30 e segs. e 71).

77. Pelo que o disposto no n.º 5 do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, é manifestamente ilegal.

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional que aprecie e declare, com força obrigatória geral:

- (i) a inconstitucionalidade, por violação dos princípios da reserva de lei e da proporcionalidade na restrição da liberdade de expressão e informação (artigo 37.º, n.ºs 1 e 2, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), da norma constante do n.º 5 do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital;
- (ii) a inconstitucionalidade, por violação dos princípios da reserva de lei e da proporcionalidade na restrição da liberdade de expressão e informação (artigo 37.º, n.ºs 1 e 2, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa) bem como da liberdade de imprensa (artigo 38.º, n.º 4, 1.ª parte, da Constituição), da norma constante do n.º 6 do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital;

Subsidiariamente,

- (iii) a ilegalidade, por violação do disposto nos artigos 5.º e 6.º dos Estatutos da ERC—Entidade Reguladora para a Comunicação



Social, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, e que dela fazem parte integrante, da norma constante do n.º 5 do artigo 6.º, da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital.

Lisboa, 18 de maio de 2022

A Provedora de Justiça

(Maria Lúcia Amaral)