

DESINFORMAÇÃO, LIBERDADE E RESPONSABILIDADE

Dário Moura Vicente*

*Professor Catedrático, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa
Presidente da Associação Portuguesa de Direito Intelectual*

Resumo: A desinformação, amplamente potenciada pelo advento da Internet e das redes sociais, constitui hoje um dos desafios mais sérios ao funcionamento regular dos sistemas democráticos. Nas sociedades baseadas na liberdade de expressão, a proteção contra a desinformação levanta, todavia, complexos problemas de conciliação de valores, que os desenvolvimentos recentes da legislação portuguesa evidenciam. O presente artigo visa dar nota desses problemas e ainda da forma como tem sido disciplinado na legislação europeia e portuguesa o recurso neste contexto à responsabilidade civil como forma possível de tutela contra a desinformação.

Palavras-chave: Desinformação; isenções de responsabilidade; liberdade de expressão; responsabilidade civil; serviços digitais.

* O presente texto corresponde, com pequenos desenvolvimentos, às palestras que proferi em outubro e novembro de 2022 nas Universidades de Münster, Coimbra e Federal do Paraná. Agradeço, respetivamente, aos Professores Thomas Hoeren, Mafalda Miranda Barbosa e Marcos Wachowicz os honrosos convites que me dirigiram para o efeito. Dedico este trabalho, em saudosos memórias, ao Mestre que me introduziu na temática do Direito da Sociedade da Informação: o Professor José de Oliveira Ascensão.

I. Posição do problema

A respeito da denominada sociedade da informação escreveu Oliveira Ascensão, num texto publicado no dealbar do novo século:

*“Estamos numa altura em que se abrem possibilidades espantosas – que aliás o homem pode aproveitar ou não aproveitar, e até aproveitar mal.”*¹

Entre as manifestações mais nítidas desta última alternativa conta-se o fenómeno, hoje mais do que nunca na ordem do dia, da *desinformação*. Tomá-la-emos aqui como a criação, apresentação e divulgação de informações comprovadamente falsas ou enganadoras, com fins lucrativos ou com o intuito de iludir os seus destinatários, as quais podem causar prejuízo a interesses públicos.

A desinformação não se confunde, importa notá-lo, com os conteúdos ilegais veiculados pelos meios de comunicação social, nos quais se incluem, entre muitos outros, o discurso de ódio, a instigação à prática de crimes, a pornografia de menores e a reprodução não autorizada de obras e prestações protegidas por direitos de autor e conexos. Embora a desinformação possa integrar tais conteúdos, ela compreende tipicamente outros não abrangidos por quaisquer proibições legais específicas, posto que falsos ou enganosos.

Em rigor, não se cuida aqui de um fenómeno novo: a desinformação existe provavelmente desde que nas comunidades humanas se disputa o poder e o domínio sobre recursos escassos. Mas o advento da Internet e das redes sociais aumentou exponencialmente a escala em que ela é praticada e os danos que pode causar à sociedade em geral e aos indivíduos que a integram².

Alguns eventos recentes revelam o potencial nocivo da desinformação disseminada através daqueles meios de comunicação. Estão neste caso, entre muitos outros, o referendo sobre a *Brexit* de 2016³, as eleições presidenciais norte-

1 Cfr. “E agora? Pesquisa do futuro próximo”, reproduzido em *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, 2001, pp. 45 ss. (p. 65).

2 Ver ARIANA EXPÓSITO GÁZQUEZ, “La (des)información en la red”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, 2022, pp. 259 ss.

3 Em que ganhou notoriedade a declaração de Gisela Stuart, Líder do *Vote Leave*, à *BBC Radio 4*, em abril de 2016, segundo a qual “[e]very week we send £350m to Brussels... I would spend it on the NHS”, definida como “potencialmente enganadora” em 21 de abril de 2016 pelo Presidente da Autoridade de Estatística do Reino Unido.

americanas de 2016⁴ e 2020⁵, a oposição movida em vários países às campanhas de vacinação contra a Covid 19⁶ e a invasão militar da Ucrânia pela Rússia em 2022⁷.

II. Os valores em jogo. Em especial, a liberdade de expressão

Pergunta-se, todavia: como regular a desinformação? A interrogação não é de fácil resposta, uma vez que se defrontam nesta matéria valores essenciais do Estado de Direito.

Entre estes avulta a liberdade de expressão, consagrada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁸, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁹ e nas Constituições dos respetivos Estados-Membros¹⁰.

Não menos relevantes são, contudo, a integridade do processo democrático, que a história recente comprova ser gravemente prejudicada pela disseminação sistemática e em larga escala de desinformação; a segurança nacional, potencialmente enfraquecida por decisões e políticas públicas baseadas em informações falsas ou deturpadas; e o consentimento livre e esclarecido dos cidadãos no exercício dos seus direitos e liberdades cívicas, potencialmente viciado pela desinformação¹¹.

4 A respeito da qual Colin Stretch, *General Counsel* do Facebook, admitiu em depoimento perante o Comité Judiciário do Congresso norte-americano em 30 de outubro de 2017 que “[p]osts from Russian-backed Facebook accounts from January 2015 to August 2017, by Facebook’s estimation, reached potentially half of the 250 million Americans who are eligible to vote”.

5 Recorde-se, a este propósito, a declaração de Donald Trump no *Twitter*, em 29 de novembro de 2020: “No way we lost this election!”.

6 Sobre a qual não faltaram afirmações como “[t]he Covid-19 vaccines are designed to make us into genetically modified organisms” (citada por Jack Goodman e Flora Carmichael em “Coronavirus: False and misleading claims about vaccines debunked”, *BBC News*, 26 de julho de 2020).

7 Mencione-se, por muitas, a declaração proferida em 1 de março de 2022 por Sergey Lavrov, Ministro dos Negócios Estrangeiros da Rússia, em discurso perante o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas: “The Russian special military operation in Ukraine seeks to save people, demilitarize and denazify this state in order to prevent such things from happening again”.

8 Artigo 10.º.

9 Artigo 11.º.

10 Como é o caso da Constituição portuguesa: cfr. o artigo 37.º.

11 Ver a este respeito, assimilando a desinformação nas sociedades contemporâneas às sombras projetadas na parede da caverna na conhecida alegoria de Platão, IOLANDA RODRIGUES DE BRITO, “The world of shadows of disinformation: the emerging technological caves”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2022, pp. 365 ss.

A regulação jurídica da desinformação há de assim obter-se mediante a ponderação da relevância relativa nos casos singulares destes valores e dos princípios que os exprimem normativamente; sendo que nenhum deles tem caráter absoluto e o primeiro não constitui um fim em si mesmo, antes tem caráter instrumental relativamente à efetivação da soberania popular e do princípio democrático¹². Daqui, aliás, que o Tribunal Constitucional português haja reconhecido que o domínio de proteção da liberdade de expressão cessa “onde ele possa pôr em causa o conteúdo essencial de outro direito ou atingir intoleravelmente a moral social ou os valores e princípios fundamentais da ordem constitucional”¹³.

Na referida ponderação importa, por isso, além do mais, assegurar que o princípio democrático não seja desvirtuado através do exercício abusivo da liberdade de expressão mediante práticas de desinformação – um risco real nas democracias liberais, como o demonstram os exemplos acima referidos e o notara já Hannah Arendt há mais de 70 anos:

*“A propaganda é um, e possivelmente o mais importante, instrumento do totalitarismo para lidar com o mundo não-totalitário.”*¹⁴

III. O Plano de Ação Europeu Contra a Desinformação

Foi no contexto de algumas das experiências a que fizemos alusão acima que a União Europeia adotou em 2018 o *Plano de Ação Europeu Contra a Desinformação*¹⁵.

Este documento, reconhecendo a ameaça que a desinformação representa relativamente aos processos democráticos e a outros bens públicos, como o ambiente ou a saúde e segurança dos cidadãos da União, enuncia como seu objetivo fundamental formular uma resposta coordenada à desinformação, articulada em torno de quatro pilares: a melhoria das capacidades das instituições da União para detetar, analisar e denunciar a desinformação; o reforço da coordenação e das respostas comuns à desinformação; a mobilização do setor privado para o combate à desinformação; e a sensibilização das pessoas e o reforço da resiliência

12 Veja-se, sobre o ponto, JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, 2002, pp. 79.

13 Acórdão n.º 81/84, *Diário da República*, II série, n.º 26, de 31 de janeiro de 1985, pp. 1025 ss.

14 Cfr. *The Origins of Totalitarianism*, Orlando, etc., 1951, p. 344 (tradução da nossa responsabilidade).

15 Documento JOIN (2018) 36 final, de 5 de dezembro de 2018.

da sociedade.

Cada um destes pilares se desdobra, por seu turno, em distintas linhas de ação a cargo das instituições da União Europeia e dos Estados-Membros, que visam mitigar os riscos da desinformação.

O plano é, em todo o caso, um texto programático, do qual não se extraem regras diretamente aplicáveis às situações da vida suscetíveis de serem caracterizadas como atos de desinformação. Ele é antes a expressão de uma política, que carece de concretização em instrumentos jurídicos de âmbito europeu ou nacional. É destes últimos que cuidaremos em seguida.

IV. A Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital

Entre os diplomas legais adotados pelos Estados-Membros da União Europeia com incidência na matéria em apreço sobressai a *Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital*, aprovada durante a presidência portuguesa da União pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio.

Consagram-se nesse diploma legal vários direitos individuais relacionados com o acesso e utilização de meios de comunicação digitais. Entre eles destacam-se: *a)* O direito de acesso ao ambiente digital, por força do qual o Estado é responsável por promover a criação de uma tarifa social de acesso aos serviços de Internet aplicável aos utilizadores economicamente vulneráveis; *b)* A garantia de acesso e uso da Internet, em razão da qual é proibida a interrupção intencional do acesso à Internet, parcial ou total, ou a limitação da disseminação de informação ou outros conteúdos, salvo nos casos previstos na lei; *c)* O direito à privacidade no ambiente digital, que determina que todos tenham o direito de comunicar eletronicamente usando a criptografia e outras formas de proteção da identidade ou que evitem a recolha de dados pessoais; *d)* A subordinação das utilizações da inteligência artificial e de robôs ao respeito pelos direitos fundamentais; *e)* O direito à neutralidade da Internet, que determina que o conteúdo transmitido e recebido no ambiente digital não esteja sujeito a discriminação, restrição ou interferência em relação ao remetente, ao destinatário, ao tipo ou conteúdo da informação; *f)* O direito ao esquecimento; *g)* O direito à cibersegurança; *h)* O direito à liberdade criativa e à proteção de conteúdos no ambiente digital; e *i)* O direito à proteção contra a geolocalização abusiva.

Várias disposições da Carta afiguram-se, como já foi observado¹⁶, redundantes à luz da Constituição e da lei ordinária, que regula, por exemplo,

16 Cfr. DOMINGOS SOARES FARINHO, “The Portuguese Charter of Human Rights in the Digital Age: a Legal Appraisal”, *Revista Española de la Transparencia*, 2021, pp. 85 ss. (p. 91).

a proteção de dados pessoais e os direitos de autor e conexos contra as suas utilizações abusivas no meio digital. É certo que, de acordo com o artigo 16.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, os direitos fundamentais nela consagrados não excluem outros, constantes da lei ordinária ou de regras de Direito Internacional. No entanto, a maioria dos direitos fundamentais acolhidos na Constituição são extensivos ao ambiente digital. Uma regulamentação específica do exercício desses direitos neste âmbito não se afigura, pois, estritamente necessária.

V. O direito à proteção contra a desinformação

Uma exceção a essa redundância achava-se, porém, contida na redação original do artigo 6.º da Carta, que consagrava o direito à proteção contra a desinformação. Definiu-a o n.º 2 desse preceito nos seguintes termos:

“qualquer narrativa comprovadamente falsa ou enganadora criada, apresentada e divulgada para obter vantagens económicas ou para enganar deliberadamente o público, e que seja suscetível de causar um prejuízo público, nomeadamente ameaça aos processos políticos democráticos, aos processos de elaboração de políticas públicas e a bens públicos.”

Na desinformação incluir-se-ia, de acordo com o n.º 3, “a utilização de textos ou vídeos manipulados ou fabricados, bem como práticas de inundação de caixas de correio eletrónico e a utilização de redes de seguidores fictícios”.

Nos termos n.º 1 do artigo 6.º, o Estado deveria assegurar o cumprimento em Portugal do Plano de Ação Europeu Contra a Desinformação, a fim de proteger a sociedade contra pessoas singulares ou coletivas, *de jure* ou *de facto*, que produzam, reproduzam ou divulguem narrativa considerada como desinformação.

Além disso, todos teriam, de acordo com o n.º 5, o direito de apresentar queixas contra as entidades que praticam os atos referidos no artigo 6.º da Carta, e de as ver apreciadas pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social. Seriam aplicáveis nesses casos, igualmente em conformidade com o n.º 5, os meios de ação referidos no artigo 21.º da Carta (que disciplina a ação popular para defesa do disposto nela) e as disposições da Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, que criou a referida Entidade, relativas a queixas e sanções.

O Estado foi ainda incumbido, nos termos do n.º 6, de apoiar a criação de estruturas de verificação de factos por órgãos de comunicação social devidamente registados e de incentivar a atribuição de selos de qualidade por entidades fidedignas dotadas do estatuto de utilidade pública.

VI. Questões de constitucionalidade. A revisão da Carta

Admitindo que, nos termos do artigo 6.º da Carta, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social se encontraria legitimada a ordenar a retificação ou eliminação de informações por si classificadas como desinformação, seria permitida por aquela disposição uma restrição, de alcance razoavelmente indefinido, à liberdade de expressão.

Sucedem que, nos termos do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição, uma tal restrição – como a de quaisquer outros direitos fundamentais –, por não se encontrar expressamente prevista na Constituição, só é permitida dentro de apertadas condições¹⁷. Entre estas sobressaem a exigência de que as restrições aos direitos fundamentais se justifiquem pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; de que as mesmas sejam proporcionadas; de que tais restrições se encontrem definidas na lei; e de que não diminuam a extensão e o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias.

Não surpreende por isso que, a 29 de julho de 2021, o Presidente da República tenha requerido ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade do artigo 6.º da Carta¹⁸. Entre os motivos da possível inconstitucionalidade desse preceito invocados pelo Presidente da República destaca-se a deficiente definição legal do conceito de desinformação. Segundo o Presidente, os conceitos utilizados na lei para este efeito seriam demasiado vagos e indeterminados, podendo, em razão disso, restringir o conteúdo da liberdade de expressão de forma desproporcionada, em violação do artigo 18.º da Constituição e da reserva lei parlamentar neste estabelecida. O artigo 6.º envolveria, por outro lado, o risco de censura: a utilização de conceitos vagos e indeterminados para definir desinformação poderia, com efeito, ter um resultado censório, que também seria inconstitucional. Finalmente, observou-se no requerimento de fiscalização da constitucionalidade do preceito em causa que este não indicava qual o âmbito de atuação e as atribuições das estruturas a que caberia supervisionar a verificação da veracidade dos factos relatados nos meios de comunicação social a fim de conferir “selos de qualidade”.

A 18 de maio de 2022, a Provedora de Justiça solicitou também ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade do artigo 6.º, n.ºs 5 e 6, da Carta¹⁹. Consoante se aduz no respetivo requerimento:

17 Ver, para uma discussão aprofundada do tema, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, especialmente pp. 289 ss.

18 Veja-se o texto do requerimento em <https://www.presidencia.pt>.

19 O texto do requerimento encontra-se disponível em <https://www.provedor-jus.pt>.

“[D]esacompanhada de critérios legais da sua atuação, de uma especificação das medidas concretas que, neste domínio, poderá adotar; bem como de uma arquitetura 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 [Entidade Reguladora para a Comunicação Social] no domínio do combate à desinformação é intolerável em Estado de direito democrático.”²⁰

Por outro lado, sublinhou a Provedora, “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 adotados, na obrigatoriedade de elaboração de relatórios e de outros mecanismos de escrutínio e de prestação de contas, ou na garantia de apertidarismo, de imparcialidade e de igualdade na aplicação de técnicas de *fact-checking*”²¹.

A 17 de junho de 2022, a Iniciativa Liberal propôs ao Parlamento a revogação do artigo 6.º, com base nos riscos de instituição de censura que este alegadamente implicava²². Na mesma data, o Partido Socialista apresentou uma proposta de alteração mais limitada, que veio a ser aprovada pelo Parlamento²³. Foi na sequência dessas iniciativas que veio a ser adotada a Lei n.º 15/2022, de 11 de agosto, que alterou a Lei n.º 27/2021. O n.º 1 do artigo 6.º da Carta passou, em resultado dessa alteração, a dispor como se segue:

“O Estado assegura o cumprimento em Portugal do Plano Europeu de Ação 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.”

Todos os restantes números do artigo 6.º foram revogados. A epígrafe do

20 N.º 57.

21 N.º 66.

22 Projeto de Lei n.º 179/XV/1.ª, disponível em <https://www.parlamento.pt>.

23 Projeto de Lei n.º 180/XV/1.ª, disponível em <https://www.parlamento.pt>.

preceito mantém a referência a um “direito à proteção contra a desinformação”. Mas o atual n.º 1 consagra, no máximo, um dever do Estado de proteger a sociedade contra a desinformação. Não é, assim, atribuído pela norma em apreço qualquer conteúdo específico ao referido direito. Além disso, não são previstos meios específicos para assegurar a sua tutela. Nomeadamente, nenhuma entidade estadual foi encarregue de controlar e sancionar atos específicos de desinformação. A atual situação da lei portuguesa a este respeito é, assim, fundamentalmente a mesma que existia antes de a Carta ter sido adotada.

VII. Autorregulação como alternativa?

A tutela privada contra a desinformação é, no entanto, em princípio permitida. Os prestadores de serviços da sociedade da informação, mormente aqueles que prestam serviços de alojamento virtual em plataformas *online*, armazenando nelas e difundindo ao público informações produzidas pelos destinatários desses serviços, podem, por isso, adotar as suas próprias políticas a este respeito, não raro constantes dos respetivos “termos e condições”. Trata-se aqui de importantes formas de autorregulação da atividade desenvolvida por esses agentes económicos.

Não deixa, todavia, de suscitar fundadas dúvidas a medida em que será possível assegurar uma proteção efetiva contra a desinformação se esta incumbência do Estado for delegada nos prestadores de serviços da sociedade da informação – até porque parece estar longe de se ter formado um consenso entre os titulares das empresas que os exploram quanto à admissibilidade e ao alcance de um controlo do exercício da liberdade de expressão através das referidas políticas²⁴.

Mesmo quando esse controlo tem sido implementado pelas empresas que operam plataformas *online* e redes sociais, podem as cláusulas contratuais gerais que o consagram mostrar-se desconformes com regras nucleares do sistema jurídico, como o ilustra um acórdão recentemente proferido pelo Tribunal Federal alemão²⁵. Aí se decidiu que o fornecedor de uma rede social tem, em princípio, o direito de exigir que os utilizadores da sua rede respeitem normas de comunicação objetivas e verificáveis que excedam os requisitos legais, podendo reservar-se o direito de tomar certas medidas em caso de violação dessas normas, incluindo a

24 Como o evidencia a conhecida exclamação de Elon Musk após ter adquirido a empresa proprietária de uma conhecida rede social: “The bird is freed” (*Twitter*, 28 de outubro de 2022).

25 Acórdão de 29 de julho de 2021, proc. III ZR 179/20, disponível em <https://juris.bundesgerichtshof.de>.

eliminação de contributos individuais e o bloqueio do acesso à rede. No entanto, o Tribunal acrescentou a este respeito:

“[O] fornecedor da rede social deve comprometer-se nos seus termos e condições a informar o utilizador da remoção do seu contributo, pelo menos imediatamente a seguir, e de um eventual bloqueio da sua conta de utilizador com antecedência, a informá-lo da razão para tal e a dar-lhe a oportunidade de fazer uma contradecaração, a qual é seguida de uma nova decisão com a possibilidade de tornar o contributo removido novamente acessível. Se não houver qualquer cláusula neste sentido nos termos e condições, estes são ineficazes nos termos do § 307 parágrafo 1, frase 1, do Código Civil.”²⁶

Ora, era precisamente isso o que sucedia no caso decidido pelo acórdão, em que se apurou que os Termos e Condições do *Facebook* não consignavam semelhante possibilidade.

VIII. Responsabilidade civil por desinformação?

E poderá a responsabilidade civil ser invocada a este respeito?

O artigo 37.º, n.º 4, da Constituição portuguesa consagra o princípio conforme o qual a todas as pessoas é assegurado, além do direito de resposta e de retificação, o de serem indemnizadas pelos danos sofridos em razão de infrações cometidas no exercício da liberdade de expressão. Mas um pedido indemnizatório por tais danos só pode ser tido como procedente se estiverem preenchidos os pressupostos gerais da responsabilidade civil.

Ora, à luz do disposto no artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil português, apenas são atos ilícitos geradores de responsabilidade civil: *a)* A violação de um direito subjetivo de outrem (por exemplo, um direito de personalidade); *b)* A violação de uma disposição legal de proteção (a qual deve proteger especificamente interesses privados, como acontece, por exemplo, com regras sobre concorrência ilegal, e não apenas interesses públicos); e *c)* O abuso de direito, cuja ilicitude se encontra prevista no artigo 334.º do Código Civil²⁷.

26 Determina esse preceito: “As estipulações constantes de termos e condições gerais são inválidas se prejudicarem irrazoavelmente o parceiro contratual do utilizador, contrariamente às exigências de boa-fé” (tradução da nossa responsabilidade).

27 *Vide*, por muitos, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2003,

Salvo na medida em que possa descortinar-se nela um exercício abusivo da liberdade de expressão²⁸, a desinformação, tomada na aceção acima referida, dificilmente se enquadrará em qualquer destas categorias.

Designadamente, não parece possível qualificar a desinformação, para os efeitos da primeira modalidade de ilicitude prevista no artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, como a violação de um direito subjetivo à proteção contra a desinformação – que, como se viu acima, a revisão da *Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital*, levada a cabo pela Lei n.º 15/2022, de 11 de agosto, erradicou desse texto normativo.

Mas ainda que porventura assim não fosse, importa ter presente que a Lei portuguesa do Comércio Eletrónico (Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro), que transpôs a Diretiva da União Europeia sobre a mesma matéria²⁹, consagra importantes isenções de responsabilidade em benefício dos prestadores de serviços da sociedade da informação que alojem nas suas infraestruturas conteúdos lesivos.

Assim, em razão do disposto no artigo 12.º daquele diploma legal, os prestadores intermediários de serviços em rede não estão sujeitos a uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam ou de investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito; e nos termos do artigo 16.º, n.º 1, o prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável pela informação que armazena se tiver conhecimento de atividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação.

Reflete-se aqui a regra fundamental que, há um quarto de século, governa esta matéria além-Atlântico e da qual já se disse constituir “uma das ferramentas mais valiosas para proteger a liberdade de expressão e a inovação na Internet”³⁰,

pp. 533 ss. Formulando reservas quanto à terceira modalidade de ilicitude mencionada no texto, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. VIII, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 454 ss. Numa perspetiva comparada, veja-se o nosso *Direito Comparado*, vol. II, Coimbra, 2019 (reimpressão), pp. 406 ss.

28 Como o admite MAFALDA MIRANDA BARBOSA nas situações em que “estão em causa factos manifesta e conscientemente falsos, difundidos para obtenção de uma vantagem à custa do sacrifício do esclarecimento alheio”: cfr “*Fake news e fact-checkers: uma perspetiva jurídico-civilística*”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, 2021, pp. 733 ss. (p. 761). No sentido de que a liberdade de expressão, apesar de não exigir a verdade dos factos expressos ou a correção lógica dos raciocínios, “não permite, contudo, o ato consciente de enganar outrem”, vide ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Responsabilidade Civil e liberdade de expressão”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, 2021, pp. 63 ss. (p. 76).

29 Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

30 Tal o ponto de vista expresso, por exemplo, pela Electronic Frontier Foundation: cfr. <https://www.eff.org/issues/cda230>.

ainda que, paradoxalmente, se encontre inserida num diploma originariamente destinado a limitar essa liberdade – a secção 230 do *Communications Decency Act* norte-americano, nos termos da qual:

*“Nenhum fornecedor ou utilizador de um serviço informático interativo será tratado como editor ou difusor de qualquer informação fornecida por outro fornecedor de conteúdos informativos.”*³¹

Esta disposição teve eco, no que diz respeito às infrações aos direitos de autor, no *Digital Millennium Copyright Act* norte-americano, adotado em 1998, cuja secção 512 protege os fornecedores de serviços de Internet contra a responsabilidade decorrente da disponibilização em linha de material protegido por direitos de autor, acrescentando-lhe um mecanismo de notificação e retirada nos termos do qual esses fornecedores de serviços não serão responsáveis por violação de direitos de autor devido ao armazenamento, sob a direção de um utilizador, de material alojado num sistema ou rede controlado ou operado pelo ou para o fornecedor de serviços, se este: (a) não tiver conhecimento efetivo de que o material está em infração, nem de factos ou circunstâncias que tornem manifesta a infração, ou ao obter tal conhecimento atuar prontamente para remover ou desativar o acesso ao material; (b) não receber benefícios financeiros diretamente atribuíveis à infração; e (c) após a notificação da alegada infração reagir prontamente a fim de remover ou impossibilitar o acesso ao material alegadamente em infração ou objeto da atividade ilícita.

Este *knowledge-based approach* quanto à responsabilidade civil dos fornecedores de serviços de alojamento de conteúdos achou acolhimento na mencionada Diretiva europeia do Comércio Eletrónico, cujo artigo 14.º, n.º 1, dispõe que:

“Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que: (a) O prestador não tenha conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma ação de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou

31 Tradução da nossa responsabilidade.

informação ilegal, ou (b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.”

Nem sempre pacificamente aceite³², a regra em apreço justifica-se, todavia, como notámos noutro lugar³³, pela necessidade de viabilizar a própria Internet e o desenvolvimento do comércio eletrónico, que ficariam significativamente comprometidos se os provedores dos serviços em causa houvessem de responder ilimitadamente pelos danos causados pelos conteúdos que alojam nos seus servidores, mas que não controlam³⁴.

A proteção contra a desinformação por via da responsabilidade civil dos prestadores desses serviços acha-se assim excluída, num largo espectro de situações, em Portugal e em vários outros países.

IX. O Regulamento dos Serviços Digitais da União Europeia e a desinformação

Tem interesse, a este propósito, indagar se o recente Regulamento dos Serviços Digitais da União Europeia³⁵, que será aplicável a partir de 17 de fevereiro de 2024, alterará a situação descrita.

Este ato jurídico europeu visa também combater a desinformação³⁶. Contudo, preservam-se nele, ainda que alteradas, algumas das isenções de responsabilidade previstas na Diretiva sobre o comércio eletrónico, cujos artigos 12.º a 15.º são substituídos pelos artigos 4.º, 5.º, 6.º e 8.º do Regulamento, nos termos do artigo 89.º deste.

32 Veja-se, por exemplo, a interrogação de ANTÓNIO ARAÚJO no *Diário de Notícias* de 6 de novembro de 2022: “A questão não é de liberdade de expressão ou censura, como pretendem Elon Musk e outros falsos “libertários” como ele. A questão é, isso sim, de responsabilidade: será admissível que uma empresa comercial difunda mentiras à escala planetária, espalhe o ódio por milhões, lucre biliões com isso, e não seja responsabilizada?”.

33 Cfr. *Problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra, 2005, p. 321.

34 Ver sobre o ponto, na literatura mais recente, Folkert Wilman, «The EU’s system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content – between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act», *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 12 (2021) pp. 3 ss.; e Pedro de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, 6.ª ed., Madrid, 2022, pp. 294 ss.

35 Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE.

36 Haja vista, nomeadamente, aos considerandos 2, 9, 69, 83, 84, 88, 95, 104, 106 e 108.

Tal o propósito do artigo 6.º, n.º 1, nos termos do qual o prestador de serviços de alojamento virtual não será responsável pelas informações que armazenar a pedido dos destinatários dos seus serviços, contanto que: *a)* Não tenha conhecimento de factos ou circunstâncias que evidenciem a ilicitude do seu conteúdo; ou *b)* A partir do momento em que tenha conhecimento dessa ilicitude, atue com diligência a fim de suprimir ou desativar o acesso a tais conteúdos³⁷.

Por seu turno, o artigo 8.º do Regulamento estabelece que não será imposta aos referidos prestadores qualquer obrigação geral de controlar as informações que transmitem ou armazenam, nem de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes.

No entanto, o Regulamento consagra uma série de novos deveres acessórios dos prestadores de serviços em causa, que procuram mitigar os riscos de as suas infraestruturas serem utilizadas para fins de desinformação³⁸.

Entre estes sobressai o de os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão e de motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão identificarem, analisarem e avaliarem diligentemente todos os *riscos sistémicos* decorrentes, na União Europeia, da conceção ou do funcionamento do seu serviço e dos seus sistemas relacionados, incluindo os sistemas algorítmicos, ou decorrentes da utilização dos seus serviços (consignado no artigo 34.º, n.º 1). Esta avaliação de riscos inclui, de acordo com a alínea *c)* do mesmo preceito, “quaisquer efeitos negativos reais ou previsíveis no discurso cívico e nos processos eleitorais, bem como na segurança pública”.

Por força do artigo 35.º, n.º 1, os mesmos fornecedores de serviços devem adotar *medidas de atenuação* razoáveis, proporcionadas e eficazes, adaptadas aos riscos sistémicos específicos identificados nos termos do artigo 34.º, tendo especialmente em conta o impacto de tais medidas nos direitos fundamentais. Estas medidas podem incluir, segundo a alínea *c)*, “processos de moderação de conteúdos [...] e, se for caso disso, a rápida supressão dos conteúdos notificados ou a rápida desativação do acesso aos mesmos”. Os prestadores de serviços devem, no entanto, nos termos do n.º 1 do artigo 14.º, incluir nos seus termos e condições informações sobre quaisquer restrições que imponham à utilização dos seus serviços no que respeita às informações prestadas pelos respetivos destinatários, nomeadamente quaisquer políticas, procedimentos, medidas ou instrumentos

37 Ver, sobre as disposições do Regulamento relativas à responsabilidade dos prestadores de serviços de alojamento virtual, Pedro de Miguel Asensio, *Manual de derecho de las nuevas tecnologías: Derecho digital*, Cizur Menor, 2023, pp. 69 ss.; Luis Menezes Leitão, *Digital Services Act (DSA). O Regulamento europeu 2022/2065 sobre serviços digitais*, Coimbra, 2023, pp. 21 ss.

38 Ver, sobre o ponto, JORIS VAN HOBOKEN e RONAN Ó FATHAIGH, “Regulating Disinformation in Europe: Implications for Speech and Privacy”, *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, 2021, pp. 9 ss. (pp. 15 ss.).

utilizados para efeitos de moderação de conteúdos.

Por outro lado, nos termos do artigo 45.º, n.º 1, do Regulamento, a Comissão e o Comité Europeu dos Serviços Digitais incentivam e facilitam a elaboração de códigos de conduta facultativos a nível da União para contribuir para a correta aplicação do mesmo, tendo em conta, em particular, os desafios específicos da resposta aos diferentes tipos de conteúdos ilegais e riscos sistémicos. Encontra-se assim consagrado no Regulamento um *modelo de correção* em matéria de desinformação. Com vista a implementá-lo, foi adotado em 2022 um *Código de Conduta Reforçado sobre Desinformação*³⁹.

O Regulamento acolhe ainda importantes medidas tendentes a assegurar o cumprimento dos deveres de conduta nele impostos aos prestadores de serviços da sociedade da informação. Nesse sentido, de acordo com o artigo 49.º, compete aos Estados-Membros designar uma ou mais autoridades responsáveis pela supervisão dos prestadores de serviços intermediários e pela execução do Regulamento; e o artigo 74.º, n.º 1, habilita a Comissão Europeia a impor coimas aos fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão ou do motor de pesquisa em linha de muito grande dimensão de valor até 6 % do seu volume de negócios anual total a nível mundial no exercício anterior, se concluir que esses fornecedores, deliberadamente ou por negligência, infringe as disposições do regulamento, não respeitam uma decisão que ordene medidas provisórias nos termos do artigo 70.º ou não cumprem um compromisso por si assumido, tornado vinculativo mediante decisão da Comissão Europeia adotada nos termos do artigo 71.º.

Não obstante a referida isenção de responsabilidade no que respeita às informações transmitidas ou armazenadas a pedido de um destinatário do serviço, os prestadores de serviços intermediários são responsáveis, como se salienta no considerando 121 do Regulamento, pelos danos causados aos destinatários dos respetivos serviços pela violação dos deveres de conduta nele estabelecidos. A indemnização desses danos é estabelecida nos termos da legislação nacional aplicável, a determinar segundo as regras de conflitos de leis comuns. Entre estas avultam as que constam do Regulamento de Roma II, que submete em princípio essa responsabilidade à lei do país onde ocorreu o dano⁴⁰.

39 Disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>.

40 Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais, artigo 4.º, n.º 1, segundo o qual: “Salvo disposição em contrário do presente regulamento, a lei aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes da responsabilidade fundada em ato lícito, ilícito ou no risco é a lei do país onde ocorre o dano, independentemente do país onde tenha ocorrido o facto que deu origem ao dano e independentemente do país ou países onde ocorram as consequências indiretas desse facto”. Ver, sobre o tema, o nosso estudo “Responsabilidade civil por ilícitos comunicacionais transfronteiras:

Entre nós, na medida em que as disposições do Regulamento dos Serviços Digitais – nomeadamente as relativas a moderação de conteúdos – possam qualificar-se como normas de proteção de interesses privados, a sua violação pode originar a responsabilidade civil dos prestadores de serviços perante os destinatários dos seus serviços.

X. Conclusões

As sociedades abertas são particularmente vulneráveis à desinformação, o que tem um enorme potencial de comprometer os processos democráticos. Contudo, nestas mesmas sociedades a regulação legal da desinformação levanta, como decorre do exposto, problemas difíceis no tocante à conciliação da liberdade de expressão com a proteção dos interesses públicos e privados por ela afetados.

Os recentes desenvolvimentos na legislação portuguesa refletem estas dificuldades. Em qualquer caso, foi dada primazia nela à liberdade de expressão; as restrições a esta permanecem excecionais.

Um direito subjetivo à proteção contra a desinformação está, assim, longe de se encontrar efetivamente reconhecido no Direito em vigor e menos ainda de ser suscetível de tutela por via da responsabilidade civil.

Salvo quando compreenda informação ilegal, a desinformação dificilmente se enquadra, com efeito, nas categorias de ilicitude previstas na lei portuguesa como fundamentos possíveis de responsabilidade civil; e de todo o modo valem quanto aos prestadores intermediários de serviços da sociedade da informação que a veiculem as isenções de responsabilidade em que, há mais de duas décadas, assenta o regime jurídico do comércio eletrónico.

Apenas na medida em que as disposições do Regulamento dos Serviços Digitais possam qualificar-se como normas de proteção de interesses privados será a violação dos deveres de diligência nele consignados suscetível de originar a responsabilidade civil dos prestadores de serviços, e tão-somente perante os destinatários destes.

Na União Europeia, a proteção contra a desinformação parece assim estar hoje largamente dependente do cumprimento pelos prestadores de serviços da sociedade da informação dos seus deveres de diligência relativamente aos conteúdos que divulguem e, em especial, da sua capacidade de autoavaliarem os “riscos sistémicos” inerentes à respetiva atividade e de tomarem medidas preventivas para atenuá-los, nomeadamente através de procedimentos de

desenvolvimentos recentes”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, 2021, pp. 798 ss.

moderação de conteúdos, bem como da capacidade dos organismos públicos competentes de controlarem e sancionarem o não cumprimento de tais deveres.

Se esta será uma resposta suficientemente robusta aos desafios atualmente colocados pela desinformação às sociedades democráticas constitui, por ora, uma questão em aberto.