

A liberdade de expressão à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.7>

A. Sofia Pinto Oliveira*

A liberdade de expressão é um direito fundamental de primeiríssima geração. Desde sempre se reconheceu o direito à “livre comunicação dos pensamentos” – com maior contundência e primazia na experiência constitucional norte-americana do que nas constituições europeias.

A atual Constituição de 1976 reconheceu também – sem surpresa – o direito à liberdade de expressão, dando-lhe uma visibilidade e uma clareza que se compreendem bem na sequência de 48 anos de ditadura. O enunciado do número 2 do artigo 37.º – “O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura” – é expressivo desta vontade de “soltar amarras” e de libertar um “Portugal amordaçado”¹.

Trata-se de uma liberdade, de um direito a não sofrer ingerências, a não ser perturbado nem incomodado pelo pensamento e pelas opiniões expressas.

A liberdade de expressão é protegida não apenas enquanto liberdade individual, mas também como condição indispensável à democracia. No artigo 2.º da Constituição, onde se consagra o princípio constitucional do Estado de Direito democrático, o “pluralismo de expressão” é identificado como um dos pilares em que aquele assenta.

A liberdade de expressão não é, no entanto, nem nunca foi um direito absoluto. Há sempre um “mas” em todos enunciados que consagram o direito de cada um exteriorizar como entende o que entende.

O “mas” pode estar explícito. Como sucede no artigo 10.º, número 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: “O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde

* Professora Auxiliar com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho.

1 Mário Soares, *Portugal Amordaçado*, Lisboa, Arcádia, 1974. O mesmo livro havia sido publicado dois anos antes em França com o título *Portugal Bailloné – Un Témoignage*, Paris, Calmann-Levy, 1972.

ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”

O “mas” pode estar implícito e encoberto pela possibilidade de colisão do direito com outros direitos ou liberdades, exigindo um esforço de conciliação entre direitos conflitantes. Ou pode ser pressuposto tacitamente, como sucede no artigo 36.º, número 3, da Constituição Portuguesa com a referência a “infrações cometidas no exercício destes direitos”.

A liberdade de expressão não é um direito que tenha sido, alguma vez e em algum lugar, entendido e enunciado como um direito absoluto – um direito que não admite ser, em nenhuma circunstância, derrotado pela necessidade de proteger um outro valor ou direito fundamental.

Não espanta, por isso, assistir a conflitos e colisões sem solução clara, sentenças e acórdãos controversos, propostas normativas que provocam discussões infundáveis. Os problemas que gravitam em torno da liberdade de expressão são mesmo um traço permanente que acompanha este direito onde este seja reconhecido.

Houve – e há – sempre interferências na liberdade de expressão. Tem variado muito o que se entende por uma interferência legítima na liberdade de expressão.

As “interferências” assumem formas diferentes – proibição de publicações, confisco de material publicado ou a publicar, sanções (criminais, civis, disciplinares). Uma são prévias ao exercício do direito e outras acontecem posteriormente. Independentemente da modalidade e do momento da interferência, há um risco que acompanha como uma sombra este direito: a censura.

A nossa Constituição proíbe “qualquer tipo ou forma de censura”. Porém, ao admitir expressamente a possibilidade de “infrações cometidas no exercício destes direitos” (artigo 37.º, número 3), reaparece o risco de “censura” – que, a nosso ver, existe sempre e é inevitável num direito que tão fácil e frequentemente conflitua com outros valores constitucionalmente relevantes. Mesmo que não exista um sistema instituído *a priori* (censura prévia), onde existe o risco de exposição *a posteriori* a sanções, a processos-crime ou a processos cíveis, a pedidos de indemnizações ou de outras formas de reparação dos direitos violados, existe também o risco de, por formas mais ou menos subtis, se impor uma autocensura, que é uma outra forma – não menos eficaz – de cerceamento da liberdade de expressão.

Apesar do destaque dado à liberdade de expressão na Constituição Portuguesa de 1976, o Tribunal Constitucional Português tem sido um ator modesto no que à determinação de limites à liberdade de expressão diz respeito. Não há grandes Acórdãos do Tribunal Constitucional sobre esta matéria². Na grande maioria dos casos que

2 No mesmo sentido, José de Melo Alexandrino, “Artigo 37.º”, em Constituição Portuguesa Anotada, Volume 1, 2.ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 621.

terminaram no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a última palavra dos tribunais portugueses não foi a do Tribunal Constitucional.

Podemos estar perto de conhecer uma grande decisão do Tribunal Constitucional Português sobre esta matéria. Foi aprovada pela Lei 27/2021, de 17 de maio, a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, que, além de proteger a liberdade de expressão em ambiente digital, no artigo 4.º, prevê, no artigo 6.º, o direito à proteção contra a desinformação, que aparece definida na Carta como “toda a narrativa comprovadamente falsa 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”. Para garantir eficaz proteção contra a desinformação, a Carta prevê a possibilidade de queixa à Entidade Reguladora para a Comunicação Social e estabelece o apoio à “criação de estruturas de verificação de factos por órgãos da comunicação social devidamente registados e incentiva a atribuição de selos de qualidade por entidades fidedignas dotadas do estatuto de autoridade pública”. Esta norma surgiu na sequência do Plano Europeu de Ação contra a Desinformação, adotado em 2018. O Presidente da República, depois de ter promulgado a Carta em 8 de maio de 2021, sem pedido preventivo de fiscalização da constitucionalidade, entendeu requerer, em 28 de julho do mesmo ano, a fiscalização sucessiva da constitucionalidade do artigo 6.º suprarreferido. Os fundamentos substanciais do pedido referem-se a uma eventual violação do princípio da proporcionalidade que se impõe em matéria de restrições de liberdades fundamentais (artigo 18.º, número 2, da Constituição), a uma insuficiente densidade de conceitos usados, que se concilia mal com a circunstância de se interferir num espaço constitucionalmente protegido de liberdade individual: “o legislador poderia ter tido outro cuidado na definição dos conceitos, sobretudo quando deles fosse deduzível um eventual efeito de censura o qual, ainda que indesejado pelo legislador, não seria suscetível de merecer acolhimento constitucional”. Este pedido encontra-se, neste momento, em apreciação pelos juízes do Tribunal Constitucional e é com muita expectativa que aguardamos o seu pronunciamento, quer por ser uma matéria sobre a qual pouco tem dito, quer porque o pedido do Presidente da República toca o cerne do direito à liberdade de expressão.

Mais decisiva tem sido a intervenção do Tribunal de Estrasburgo. Desde a adesão de Portugal à Convenção Europeia dos Direitos Humanos tem havido uma evolução no sentido de limitar as possibilidades de interferência na liberdade de expressão, que tem sido essencialmente ditada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que tem obrigado as autoridades nacionais a afinar pelo diapasão da sua jurisprudência³.

3 Em especial sobre este tema, Francisco Teixeira da Mota, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão: Os Casos Portugueses*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009. Ver também José Renato Gonçalves, “Liberdade de Imprensa”, em *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 1667, em particular sobre a posição dos tribunais portugueses nas páginas 1692-1697.

Na jurisprudência deste Tribunal, tem sido, muitas vezes, afirmada a natureza absoluta de alguns direitos, como a proibição da tortura, prevista no artigo 3º. Mesmo quando os Estados Parte referem a necessidade de proteger-se perante ameaças de terrorismo, o Tribunal Europeu insiste que o direito a não ser torturado não pode ceder em nenhuma circunstância. Já no que concerne à liberdade de expressão, esta está constantemente a ser objeto de ponderação com os direitos dos outros e com a necessidade de “defesa da verdade”.

Mesmo sendo o Tribunal Europeu considerado uma instância de referência na proteção da liberdade de expressão, tendo proferido diversos acórdãos em que se refere à liberdade de expressão como um valor cimeiro, constituindo um alicerce essencial de uma sociedade democrática, uma das condições básicas para o seu progresso e para o desenvolvimento de cada pessoa⁴, o Tribunal Europeu opera com base num artigo da Convenção – o artigo 10.º -, que tem a mais longa lista de restrições entre os direitos enunciados da Convenção e onde se faz específica referência aos deveres e responsabilidades que o exercício desta liberdade implica.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é extensa nesta matéria e nela se discutem essencialmente conflitos entre o direito à liberdade de expressão e a necessidade de proteção da segurança nacional, a proteção da moral e a proteção da reputação e dos direitos de outrem⁵.

Os casos de proteção de segurança nacional como fundamento legítimo para a restrição da liberdade de expressão foram colocados, essencialmente, no contexto de ameaça de terrorismo e, nestes, Portugal não tem sido visado.

A proteção da moral esteve na base do caso *Handyside contra o Reino Unido*, de 1976, que foi um caso decisivo na jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Estava em causa a apreensão de um livro de conteúdo alegadamente obsceno – *The Little Red Schoolbook* – cujos direitos editoriais tinham sido adquiridos pelo Senhor Handyside, proprietário de uma editora britânica, cujos exemplares foram apreendidos depois de já estarem em distribuição por violação de normas previstas no *Obscene Publications Act 1959*. O editor, Senhor Handyside, foi condenado e apresentou queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. O Tribunal, tendo embora feito afirmações contundentes sobre a liberdade de expressão na fundamentação do Acórdão, acabou por não considerar que o Reino Unido tinha violado a Convenção. Aplicando a doutrina da “margem de apreciação” – hoje expressamente referida no texto do Preâmbulo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, desde a entrada em vigor do Protocolo número 15, no dia 1 de agosto de 2021 – o Tribunal entendeu que não existe um consenso europeu sobre as exigências da moral, donde os Estados estão em melhor

4 Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *Handyside contra o Reino Unido* (processo 5493/72), 7 de dezembro de 1976.

5 Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3ª edição, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 652.

posição de apreciar estas exigências do que o Tribunal Europeu⁶. No entanto, esta instância reserva-se o direito de supervisionar a apreciação feita, num primeiro momento, pelos Estados no sentido de aferir se é legítima a finalidade invocada e se a medida é efetivamente necessária. Este Acórdão foi muito criticado por se entender que o Tribunal não fez um adequado escrutínio relativamente à proporcionalidade da medida aplicada.

Relativamente a Portugal, o Acórdão *Women on Waves* discute um problema semelhante. Sem que nele se tenha invocado explicitamente a questão da moral enquanto fim legítimo à intervenção dos Estados limitando a liberdade de expressão, estava em causa apreciar a medida de interdição de entrada nas águas territoriais portuguesas de uma embarcação, o navio *Borndiep*, que veio a Portugal, em 2004, com o propósito de organizar “reuniões, seminários e *ateliers* práticos em matéria de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, de planeamento familiar e de despenalização voluntária da gravidez”. O Secretário de Estado do Mar proibiu a entrada do navio, fundamentando que o objetivo seria usar o navio atracado num porto nacional para “[d]esembarcar, distribuir ou publicitar produtos farmacêuticos não autorizados pelas autoridades sanitárias portuguesas; (...) provocar ou incitar à prática de determinados actos que são ilícitos à luz do ordenamento jurídico português; [d]esenvolver uma actividade típica de uma instalação sanitária, sem licenciamento ou fiscalização pelas autoridades portuguesas, criando, pela impossibilidade de prestação dos cuidados médicos normalmente tidos por adequados, um perigo para a saúde pública”. Esta decisão foi impugnada, através uma intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, junto do tribunal administrativo de Coimbra, que a considerou improcedente. Na perspetiva do Tribunal, estava provado que existia a intenção de dispensar às mulheres portuguesas uma pílula abortiva, cuja venda era proibida em Portugal na data dos factos. Para o tribunal administrativo, a entrada do navio nas águas territoriais portuguesas não era indispensável para a protecção dos direitos de liberdade de expressão e de reunião. Esta sentença do Tribunal Administrativo de Coimbra foi objeto de recurso junto do Tribunal Central Administrativo Norte, que, atendendo ao facto de o navio ter entretanto regressado à Holanda, entendeu que não devia apreciar o recurso por se verificar uma situação de inutilidade superveniente da lide⁷. O Supremo Tribunal Administrativo também não admitiu o recurso por considerar a questão em causa desprovida de importância jurídica ou social⁸. O passo seguinte foi a apresentação de uma queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – de referir que a questão fora apreciada em Portugal apenas por um juiz singular de um tribunal administrativo de primeira instância, não tendo mais nenhuma autoridade nacional reapreciado a decisão, o que revela, a nosso ver, uma clara insuficiência dos meios jurisdicionais de defesa de direitos

6 Benedita Mac Crorie, “Margem de apreciação dos Estados”, em *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 2722.

7 Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 16 de dezembro de 2004, no processo 00496/04.1BECBR.

8 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16 de fevereiro de 2005, no processo 0172/05.

fundamentais previstos no nosso ordenamento. No seu Acórdão, o Tribunal reitera “a importância crucial da liberdade de expressão, que constitui uma das condições basilares do funcionamento da democracia. Ela vale assim e é particularmente válida estando em causa a transmissão de «ideias» ou de «informações», que ferem, chocam ou inquietam o Estado ou qualquer parcela da população. Assim o exigem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura sem os quais não existe «sociedade democrática»” e vem a concluir que houve ingerência na liberdade de expressão, porquanto a interdição de entrada impediu “transmitir informações e de levar a cabo as reuniões e manifestações programadas – que seria suposto desenrolarem-se a bordo – do modo que o reputavam mais eficaz”⁹. O Tribunal Europeu não considerou que os motivos invocados para impedir a entrada – defesa da ordem e proteção da saúde – fossem ilegítimos face à Convenção, mas considerou que uma tal intervenção não tinha provado ser “necessária numa sociedade democrática”. Considerou a medida ilegítima, porque desnecessária e, logo, desproporcional e considerou por unanimidade que houve violação do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

A jurisprudência do Tribunal Europeu sobre as colisões entre o direito à liberdade de expressão e a proteção da reputação de outrem tem sido o domínio mais fértil para controvérsias em torno daquele direito. No quadro da Convenção Europeia, em muitos casos, trata-se de um conflito entre dois direitos previstos na Convenção: o artigo 10.º e o artigo 8.º, que protege o direito ao respeito pela vida privada e familiar, entendido num sentido amplo que cobre o direito à imagem e o direito a não ver expostas publicamente informações sem o consentimento do próprio.

Neste domínio do conflito entre a liberdade de expressão e o direito à reputação de terceiros, há um significativo conjunto de “casos portugueses”. O primeiro caso relevante neste contexto, foi o que opôs Vicente Jorge Silva ao Estado Português, na sequência da publicação de um editorial onde criticava a escolha de determinada personalidade para candidato de um partido político à Câmara de Lisboa nos seguintes termos: “Nem nas arcas mais arqueológicas e bafientas do salazarismo seria possível desencantar um candidato ideologicamente mais grotesco e boçal, uma mistura tão inacreditável de reaccionarismo alarve, sacristanismo fascista e anti-semitismo ordinário”¹⁰. O visado apresentou queixa-crime e veio a ser deduzida acusação pelo crime de difamação, tendo do processo resultado a absolvição do então Diretor do Público pelo tribunal de primeira instância. Desta sentença houve recurso para o Tribunal da Relação, que revogou a sentença recorrida e condenou o Diretor do Público ao pagamento de multa e indemnização ao visado. Deste Acórdão houve recurso para o Tribunal Constitucional, que não concedeu provimento ao recurso e fez uma interpretação minimalista do escrutínio devido a estas situações: “decorrendo do

9 Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *Women on Waves e Outros contra Portugal* (processo 31276/05), de 3 de fevereiro de 2009. Usamos a tradução para língua portuguesa disponível em www.gddc.ministeriopublico.pt (data da última consulta: 30 de novembro de 2021).

10 Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *Lopes Gomes da Silva contra Portugal* (processo 37698/97), 28 de setembro de 2000. Usamos a mesma fonte de tradução para língua portuguesa referida na nota anterior.

próprio texto constitucional (o já referido n.º 3 do artigo 37.º do Diploma Básico) os limites a que se há-de subordinar a liberdade de expressão e de informação sem impedimentos nem discriminações – remetendo-se para os princípios gerais de direito criminal – as infracções por este estatuídas e de acordo com aqueles princípios não possam ser aplicáveis se o seu cometimento resultar do exercício daquela liberdade. Se assim não fosse, poderia, em muitos casos, ficar inexoravelmente desprovido de conteúdo o núcleo essencial do direito ao bom nome e reputação.”¹¹. Apresentada queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, este entendeu que Vicente Jorge Silva exprimira uma opinião e que esta tinha uma base factual. O visado publicava artigos de opinião, a que o queixoso expressamente se referia no dito editorial, onde se transcreveram muitos excertos de tais artigos, permitindo ao leitor fazer a sua própria leitura. Considerou que o Estado português violou o artigo 10.º por entender que a “condenação do jornalista não representava assim um meio razoavelmente proporcionado à prossecução do fim legítimo visado”.

A este Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a violação ao artigo 10.º da Convenção por Portugal sucederam-se outros. Em quase todos, o Tribunal Constitucional não interveio (a última palavra das instâncias nacionais foi dada por tribunais judiciais, Tribunais da Relação ou Supremo Tribunal de Justiça) e em quase todos o desfecho foi desfavorável ao Estado Português. Em muitos estava em causa a liberdade de opinião – o que coloca problemas acrescidos, porque se a divulgação de factos falsos – tendo o autor consciência dessa falsidade – não está coberta pela liberdade de expressão, há que distinguir o que são afirmações de facto e o que são opiniões, uma vez que a existência de factos pode ser demonstrada, enquanto a veracidade de opiniões não é suscetível de prova. A propósito da divulgação de opiniões, entende o Tribunal que “a exigência de prova da verdade de uma opinião é impossível de cumprir e infringe a própria liberdade de expressão, que é uma parte fundamental do direito assegurado pelo art. 10.º Contudo, mesmo quando uma afirmação corresponde a um julgamento de valor, a proporcionalidade da interferência pode depender de existir uma base factual suficiente para a afirmação impugnada, já que uma opinião sem qualquer base factual para a suportar pode ser excessiva”¹².

Esta questão da relação entre a liberdade de expressão e a verdade está hoje no cerne das preocupações com os limites a este direito fundamental. Mais do que as questões já referidas da proteção da segurança e da moral ou da reputação de outrem (muito embora não deva nunca perder-se de vista que muitas vidas ficam irremediavelmente afetadas pela divulgação de factos falsos, pelo que estes casos não são menos sérios e terão de nos continuar a preocupar na busca da melhor resposta jurídica para os mesmos), hoje em dia a liberdade de expressão aparece-nos, simultaneamente, como condição para a existência de uma sociedade democrática e como potencial ameaça. Como se refere no Plano da União Europeia de Ação contra

11 Acórdão do Tribunal Constitucional 113/97, de 5 de fevereiro.

12 Excerto da decisão *Oberschlick contra a Áustria* (processo 11662/85), de 23 de maio de 1991, retirado de Francisco Teixeira da Mota, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão. Os casos portugueses*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 27

a Desinformação, impõe-se manter a fidelidade aos princípios e aos valores da União Europeia, mas, ao mesmo tempo, impõe-se dotar os poderes públicos de meios que lhes permitam reagir perante informação falsa criada e divulgada para enganar deliberadamente e interferir nos processos democráticos.

São questões agravadas pelo advento da designada “era digital”, com a comunicação através das “novas tecnologias” e a emergência de novas formas de autorregulação sobre redes sociais¹³ que vêm pôr vestes novas – e conferir amplitudes extremas – a problemas velhos.

Porém, no essencial, pensamos que o desafio que se coloca às instâncias que são chamadas a arbitrar os conflitos de direitos em que, num dos pratos da balança, está a liberdade de expressão é o mesmo de sempre: traçar uma linha de fronteira entre os casos em que os argumentos liberais devem prevalecer, devendo ser protegida a liberdade fundamental de cada um divulgar como entende o que entende, e aqueles em que se impõe uma atuação restritiva. Não é um equilíbrio fácil, mas nunca o foi.

13 Domingos Farinho e Rui Lanceiro, “Liberdade de expressão na Internet”, em *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 1736-1738.