

Democracia e Comunicação Social

Um debate introdutório
para a era digital

João Sérgio Ribeiro, Joana Covelo de Abreu e
Carlos Abreu Amorim (Coord.)



UMinho Editora

Atas

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

João Sérgio Ribeiro
Joana Covelo de Abreu
Carlos Abreu Amorim

AUTORES

Pedro Bacelar Vasconcelos
Luísa Roseira
Álvaro Vasconcelos
Margarida Melo Santos
Luís Rosa
Carlos Abreu Amorim
A. Sofia Pinto Oliveira
Alessandra Silveira
Joana Covelo de Abreu
Pedro Dias Venâncio
Clara Calheiros
João Sérgio Ribeiro

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Manuela Martins
Maria Miguel Carvalho

DESIGN

Tiago Rodrigues

PAGINAÇÃO

Carlos Sousa | Bookpaper

EDIÇÃO UMinho Editora. Escola de Direito

LOCAL DE EDIÇÃO Braga, 2022

eISBN 978-989-8974-92-1

DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102>

Não foi imposta a utilização do novo acordo ortográfico aos autores.

Os conteúdos apresentados (textos e imagens) são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores.
© Autores / Universidade do Minho – Esta obra encontra-se sob a Licença Internacional Creative Commons
Atribuição Compartilha Igual 4.0.

JusGOV

Democracia e Comunicação Social

Um debate introdutório
para a era digital



Financiado por fundos nacionais (Portugueses) através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do Financiamento UID/05749/2020.

<i>Apresentação</i> , João Sérgio Ribeiro, Joana Covelo de Abreu, Carlos Abreu Amorim	7
Parte I	11
<i>Democracia e Comunicação Social</i> , Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos	13
<i>Democracia e Comunicação Social – intervenção administrativa e judicial</i> , Luísa Roseira	17
<i>O jornalismo cidadão: uma crónica de dois futuros</i> , Álvaro Vasconcelos	21
<i>Plataformas digitais – que preocupações regulatórias?</i> , Margarida Melo Santos	27
<i>A notícia, o comentário, o filho destas e as más da fita</i> , Luís Rosa	35
<i>Liberdade para errar</i> , Carlos Abreu Amorim	43
Parte II	53
<i>A liberdade de expressão à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos</i> , A. Sofia Pinto Oliveira	55
<i>Comunicação social, compreensão política e integração europeia na era digital</i> , Alessandra Silveira	63
<i>A intrínseca relação da democracia com a comunicação social: a concretização de um interesse público renovado numa União Europeia digital</i> , Joana Covelo de Abreu	67
<i>Pesquisas inteligentes, Lealdade da concorrência & Liberdade de informação</i> , Pedro Dias Venâncio	73
<i>Covid 19 e populismo político em Portugal</i> , Clara Calheiros	83
<i>Regulação e tributação dos media na Polónia: moralização ou subversão?</i> , João Sérgio Ribeiro	93

Apresentação

O livro “Democracia e Comunicação Social – um debate introdutório para a era digital”, que agora se publica, corresponde ao conjunto de contributos dos oradores que participaram numa iniciativa com a mesma designação, baseada na realização de dois *workshops* em linha:

- O primeiro, promovido no dia 26 de fevereiro de 2021, com carácter preparatório e exploratório, vocacionado à interação entre agentes interessados, agentes institucionais e a academia para que se pudesse estabelecer o estado empírico do tema em análise;
- O segundo, realizado no dia 5 de março de 2021, tendente à promoção de uma reflexão científica e de investigação, ainda que de carácter preliminar e introdutório.

A premência inerente à realização desta atividade e a conseqüente produção deste livro decorreu da atualidade do tema que lhe deu mote, com impacto significativo na forma como os cidadãos veem o mundo.

Afinal, nos dias que correm, as plataformas digitais, agora também usadas como veículos de informação inerente ao setor da comunicação social, têm a suscetibilidade de desempenhar, cada vez mais, uma função pública ao serem percecionadas como estando ao serviço da liberdade de expressão e da pluralidade de ideias. Plataformas como o *Facebook* ou o *Twitter*, com forte incidência e parca concorrência nas respetivas áreas de atuação, bloqueiam frequentemente conteúdos, perfis e utilizadores, decidindo quem pode publicar e o que pode ser publicado, usando algoritmos para o efeito, cujo funcionamento pode ser pouco transparente para os utilizadores. Acresce que estas são plataformas muitas vezes usadas para difundir opiniões controversas, mensagens de ódio, mas também para dar voz a grupos de cidadãos que, de outro modo, não a teriam ou, pelo menos, não teriam a possibilidade de fazer chegar as suas opiniões a um número tão alargado de leitores.

Assim, as plataformas têm a capacidade de influenciar não só o que os utilizadores compram, mas também a sua forma de pensar e ainda como exercem o seu voto, o que levanta sérias dificuldades jurídicas que demandam a regulação urgente de forma a compatibilizar a manutenção da liberdade de imprensa e o alteamento da democracia numa era marcada pelas interações digitais.

Posto isto, a obra encontra-se organizada em duas grandes partes: a Parte I, relativa aos contributos dos agentes políticos e institucionais, que permitem o estabelecimento da situação fática decorrente da interseção destes dois temas – a democracia e a

comunicação social; a Parte II, que conta com os contributos de alguns dos investigadores do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação da Escola de Direito da Universidade do Minho, atendendo às suas áreas jurídicas de atuação.

A Parte I abre-se, assim, com o contributo de Pedro Bacelar de Vasconcelos, Deputado à Assembleia da República e Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho. Este autor, partindo de uma perspetiva crítica, considera que as novas tecnologias acabaram por estabelecer “um quadro inédito de comunicação virtual que [...] criou a ilusão plebiscitária de uma participação democrática universal”, o que requer “novos instrumentos de responsabilização política e de prestação de contas para sustentar a confiança indispensável ao exercício da autoridade pública”.

Luísa Roseira, ex-Vogal do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (de 2011 a 2017), apresenta um contributo subordinado ao tema “Democracia e Comunicação Social – intervenção administrativa e judicial”, no qual nos dá conta de como a intervenção da Administração Pública e dos Tribunais se opera no contexto da Comunicação Social, sublinhando as dificuldades decorrentes do mundo digital, já que a apercção prioritária das redes sociais é que são, em primeira linha, “plataformas de socialização”.

Segue-se o contributo de Álvaro Vasconcelos, fundador do Fórum “Demos”, subordinado ao tema “O jornalismo cidadão: uma crónica de dois futuros”. No seu texto, o autor tenta escrutinar o papel do emergente “jornalista cidadão”, enquanto motor contributivo para uma democracia mais participativa embora possa configurar-se como “um fator de destruição da vida democrática, afogada pelas notícias falsas, pela desinformação e pelo discurso do ódio”, sendo necessário equacionar novas formas regulatórias.

Ainda numa perspetiva exploratória, encontra-se o texto da autoria de Margarida Melo Santos, Membro da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), subordinado ao tema “Plataformas Digitais – que preocupações regulatórias”. Reconhecendo a relevância particular que as plataformas têm vindo a assumir em termos económicos, políticos e sociais, explicita as dificuldades que delas decorrem, na medida em que podem vir a atuar numa situação de posição dominante, assumindo um estatuto de *gatekeeper*. Assim, demonstra que o caminho tem passado por um reforço da participação da ANACOM no debate europeu, através do ORECE (Organismo de Reguladores Europeus de Comunicações Eletrónicas), de forma a encontrar soluções concertadas entre os diversos Estados-Membros.

Encontra-se, em seguida, o contributo de Luís Rosa, redator principal do Jornal “Observador”, subordinado ao tema “A notícia, o comentário, o filho destas e as más da fita”, no qual o autor reflete acerca das virtudes de uma comunhão pluridisciplinar para a construção de uma teoria que permita suplantar as dificuldades que a democracia atravessa sem constranger a liberdade jornalística e a pluralidade dos *media*, avançando que uma possibilidade de visão resumida de democracia poderia ser a de que “a democracia é uma dialética de várias verdades”.

A Parte I finda com o contributo de Carlos Abreu Amorim, Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho, subordinado ao tema “Liberdade para errar”, de forma a responder a duas inquietações que assaltaram o autor: se, por um lado, “[a] remoção de conteúdos [deve] estar sujeita à intervenção pública – por via da atividade administrativa de entidades reguladoras ou, em última análise, através de intervenção judicial” e se, por outro lado, “[n]ão está a remoção de conteúdos ou a classificação de informação como falsa contaminada pelo facto de os detentores das plataformas terem necessariamente um posicionamento político concreto?”. Trata-se, portanto, de um texto que, partindo das sensibilidades empíricas do autor, enquanto antigo Deputado à Assembleia da República, o mesmo avança potenciais soluções jurídicas para os desafios colocados à democracia na sociedade de hoje, marcada pelas novas tecnologias de informação e de comunicação.

A Parte II inicia-se com o contributo de A. Sofia Pinto Oliveira, Professora Auxiliar com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho, com o tema “A liberdade de expressão à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos”. Através o seu texto, a Autora explora a liberdade de expressão como um direito fundamental de primeira geração que simultaneamente atua como “liberdade individual, mas também como condição indispensável à democracia”, onde, para além de equacionar o papel do Tribunal Constitucional português e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ainda se debruça a propósito da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital e da fiscalização sucessiva de constitucionalidade da sua norma relativa à proteção contra a desinformação.

Por sua vez, Alessandra Silveira, Professora Associada com Agregação da Escola de Direito, apresenta o seu contributo, versando a seguinte temática: “Comunicação social, compreensão política e integração europeia na era digital”, onde avança que “as soluções passam sobretudo pela regulamentação das tecnologias digitais, máxime pela auditabilidade dos algoritmos de aprendizagem”, embora este possa nem sequer ser o problema mais delicado mas sim aquele que se prende com o facto de existirem milhões de internautas “que se substituem aos especialistas e dispensam intermediários”, equacionando que o fenómeno da integração europeia deve ser entendido a partir de uma integração horizontal.

Encontra-se, no seguimento da compreensão do fenómeno da integração europeia, o contributo de Joana Covelo de Abreu, Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. A autora visou abordar “A intrínseca relação da democracia com a comunicação social: a concretização de um interesse público renovado numa União Europeia digital”, já que, numa União Europeia marcada por desafios diários aos seus valores essenciais – partilhados com os seus Estados-Membros –, coube à Autora enunciar as relações de proximidade entre o valor da democracia com os *media*, numa perspetiva construtiva de futuro, atendendo ao desígnio digital que foi pensado para a União Europeia.

O contributo subsequente é de Pedro Dias Venâncio, Professor Convidado equiparado a Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho, e que se vocacionou

ao tratamento do tema “Pesquisas inteligentes, lealdade da concorrência & liberdade de informação”. Com o seu contributo, discute-se a evolução do direito da concorrência perante as plataformas de pesquisa inteligente, de forma a intuir de que forma tal poderá comprometer a liberdade de informação.

Encontra-se, seguidamente, o contributo de Clara Calheiros, Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho, subordinado ao tema “Covid-19 e populismo político em Portugal”, onde a Autora aborda o advento do populismo político em Portugal, em sentido semelhante ao verificado, por exemplo, em Itália, na Grécia, em França ou em Espanha. Posto isto, escrutina as situações fáticas que poderão ter originado tal tendência de forma a compreender como o debate político foi alterado por tais circunstâncias, como é o caso da crise de refugiados. Por seu lado, a autora ainda faz incursões a propósito da pandemia da COVID-19 para perspetivar como esta poderá ter influenciado os fenómenos de populismo político.

A obra termina com o contributo de João Sérgio Ribeiro, Professor Associado da Escola de Direito da Universidade do Minho. Este brinda o leitor com um contributo subordinado ao tema “Regulação e tributação dos media na Polónia: moralização ou subversão?”, através do qual equaciona as propostas legislativas polacas vocacionadas à regulação das plataformas digitais, de forma a intuir se as mesmas funcionam como um mecanismo que adapta, à realidade *online*, as dinâmicas regulatórias necessárias à afirmação da democracia ou se, por outro lado, poderão funcionar como um elemento de restrição da pluralidade dos *media* e, conseqüentemente, como um entrave ao escrutínio democrático daí decorrente.

João Sérgio Ribeiro

Joana Covelo de Abreu

Carlos Abreu Amorim

PARTE I

Democracia e Comunicação Social

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.1>

Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos*

Preâmbulo

As novas tecnologias, e as redes sociais que com elas se desenvolveram, criaram um quadro inédito de comunicação virtual que, entre outras perversidades, criou a ilusão plebiscitária de uma participação democrática universal. As oportunidades de intervenção assim abertas desconhecem quaisquer fronteiras ou distâncias, constrangimentos físicos, contextos históricos ou idiosincrasias culturais. O repúdio do assassinio de um jovem negro por um polícia norte-americano, uma criança vítima de amputação feminina na Guiné-Bissau, as denúncias de discriminação de homossexuais na Nigéria, a desflorestação da Amazónia, a prisão de um líder da oposição em Ancara ou Hong-Kong, toda essa amálgama de causas e indignações transformaram-se em imperativos de ação universal imediata que pode ser exercida comodamente à distância de um “clique” e que alimenta a ficção de uma participação universal, permanente e infinita. Desta forma se generalizou a crença ingénuo numa transparência ilimitada, altamente corrosiva de todos os sistemas de mediação instituídos desde o advento da Era das Luzes pelo Estado de Direito e, mais tarde, pelas Democracias Constitucionais. Cada suplemento de informação suscita questões adicionais que reclamam novas respostas, num encadeamento imparável que, à semelhança dos “porquês?” infantis, só se vence pelo cansaço ou, tal como nos enredos policiais, pela identificação de qualquer “bode expiatório” e das suas motivações ocultas.

A miragem de uma infinita transparência tem dado substancial contribuição para o crescimento do populismo, a erosão dos partidos tradicionais e o agravamento da chamada crise da representação democrática. Mas não foram apenas os sistemas políticos e partidários as únicas vítimas. A contaminação generalizou-se qual pandemia a todas as autoridades públicas e promove agora ativamente a degradação da credibilidade da administração pública, banaliza a violação do segredo de justiça para ameaçar também a própria garantia de independência dos tribunais.

* Professor Jubilado da Escola de Direito da Universidade do Minho. À data da participação no evento, Deputado à Assembleia da República e Presidente da Delegação Portuguesa na Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.

||

Os grandes vencedores deste processo, foram os algoritmos da Google, da Apple ou da Amazon que hoje parecem merecer mais aceitação e confiança do que qualquer uma das instituições democrático-constitucionais desenhadas por juristas, cientistas políticos e representantes eleitos. Pelas ruas de um bairro tranquilo de Nova Jérsea foi testado um automóvel sem condutor. Esse veículo experimental não segue uma única instrução introduzida por qualquer engenheiro ou programador. Em vez disso, é comandado por um algoritmo que o ensinou a guiar exc lusivamente com base na observação do comportamento de um condutor humano. Este modelo de Inteligência Artificial chama-se “aprendizagem profunda”. E diz Will Knight, editor de Inteligência Artificial na revista “MIT Technologie Review”, que esta tecnologia assente na adopção de modelos da biologia “tem sido largamente aplicada a tarefas como a captura de imagens, o reconhecimento de voz e a tradução automática. E que existe hoje a esperança de que as mesmas técnicas possam diagnosticar doenças fatais, fechar negócios de milhões de dólares e outras coisas inumeráveis que irão transformar indústrias inteiras”. (The Dark Secret at the Heart of AI, Maio/Junho de 2017).

|||

Em 2015, uma equipa de investigadores do Hospital do Monte Sinai, Nova Iorque, aplicou a nova tecnologia de inteligência artificial à base de dados que contém os registos dos 700.000 utentes desse hospital. Segundo conta Will Knight os resultados foram surpreendentes, designadamente, pelos resultados obtidos em áreas de grande complexidade como as doenças psiquiátricas, por exemplo, na detecção precoce da esquizofrenia. Mas a equipa de investigadores reconhece: “conseguimos construir estes modelos mas não sabemos como funcionam”. Como seguir o rasto que explique uma determinada decisão através de níveis sucessivos das “redes de neurónios artificiais” que processam um número incalculável de dados, percepções, imagens, variáveis e cálculos matemáticos? E concluímos, com o autor: - a opacidade destas máquinas, os resultados imprevisíveis e imperscrutáveis a que chegam, aconselham seriamente que se desconfie das explicações que a Inteligência Artificial nos concede tanto quanto desconfiamos uns dos outros.

IV

Somos forçados a concluir, enfim, que foram muito poucos os ganhos de transparência e de participação democrática até agora conseguidos pela Inteligência Artificial, devidas ao progresso científico e às novas tecnologias de comunicação! É por isso absurdo pretender enfrentar esta nova realidade com o arsenal clássico dos instrumentos inventados pelo liberalismo clássico, desde as revoluções do final do século XVIII, na França e na América do Norte. As liberdades de consciência e de expressão, a imprensa livre e a condenação da censura, enfrentam um sério risco de efetiva obsolescência num quadro crítico que ameaça as próprias instituições democráticas representativas, em todas as latitudes. Na última tentativa de destituição enfrentada pelo anterior presidente dos Estados Unidos da América no final

do seu mandato, a defesa alegou no processo que o apelo público endereçado pelo ainda então presidente Donald Trump, à invasão da sede do Congresso para impedir a tomada de posse do seu sucessor não era mais do que um exercício legítimo da sua liberdade de expressão... alegação que foi depois acolhida, escandalosamente, pela maioria do Senado que o absolveu, como suficiente e legítima!

Conclusão

A força das redes sociais não só subjugou os processos clássicos de formação da opinião pública determinando agora os conteúdos informativos veiculados pelos meios de comunicação social tradicionais, como colocou na cúpula do sistema económico as mais prósperas empresas dos mercados financeiros internacionais. São elas com os seus algoritmos programados para a maximização dos respetivos lucros quem determina a informação que recebemos e aquela que entendem censurar. Foram elas quem, uma vez terminado o mandato, decidiram calar o presidente dos Estados Unidos da América. São necessários novos instrumentos de responsabilização política e de prestação de contas para sustentar a confiança indispensável ao exercício da autoridade pública e ao normal funcionamento das democracias. Reconquistar a confiança dos cidadãos nas instituições executivas e na independência do sistema judicial, nos representantes eleitos e no Estado de Direito, é a tarefa cívica que este universo contaminado pelo mais desenfreado populismo nos impõe.

Democracia e Comunicação Social – intervenção administrativa e judicial

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.2>

Luísa Roseira*

I – Intervenção administrativa do Regulador da Comunicação Social na remoção de conteúdos nas plataformas digitais e redes sociais

A remoção de conteúdos das plataformas digitais e redes sociais não deve estar sujeita à intervenção pública por via da atividade administrativa de entidades reguladoras que supervisionam a comunicação social, quer pelo argumento substantivo, quer pelo argumento formal.

O argumento substantivo deriva do facto das plataformas digitais e as redes sociais como o *Youtube, Facebook, Instagram, Twitter, Snapchat, Clubhouse, Tik Tok* e outras similares, não constituírem órgãos de comunicação social¹, não visarem uma atividade de comunicação social, nem terem como desiderato «primordial» informar, formar ou entreter o público, além de que publicam conteúdos que não estão submetidos

* Vogal do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (2011-2017), responsável pelo Pelouro da Supervisão / Fiscalização e pela área da Literacia para os Média.

1 Nesse sentido, a ERC publicou em 2015 «O Estudo Digital Média» que visou estabelecer um quadro regulatório dos novos media, com os seguintes objetivos: 1) redefinir o conceito de órgão de comunicação social, no sentido de estabelecer quais os fornecedores de conteúdos que estarão sujeitos a regulação; 2) definir diferentes níveis de regulação, consoante a natureza de cada órgão de comunicação social; 3) discutir em que medida o quadro legal existente permite o apropriado enquadramento destes novos órgãos de comunicação social e identificar pontos que carecem de alteração legislativa; 4) alertar para a interação entre produtores de conteúdos e utilizadores: o caso especial do *user generated content*. Em suma, pretendeu-se efetuar um levantamento dos novos desafios de regulação, propondo-se igualmente caminhos que possam dar a adequada resposta regulatória no interesse da livre difusão de informação e de proteção dos cidadãos, quer enquanto consumidores de conteúdos, quer enquanto atores do um novo espaço público mediático onde, muito graças ao quadro tecnológico atual, podem mesmo atuar como autores/produtores conscientes ou involuntários de conteúdos. (...) Deste modo, entende-se como órgãos de comunicação social as entidades que prosseguem uma atividade de comunicação social, apresentando-se como um serviço, evidenciam respeito pelas normas da profissão, têm uma vocação expansiva e disponibilizam conteúdos submetidos a tratamento editorial e organizados como um todo coerente. De entre estes, distinguem-se os órgãos de comunicação social de cariz noticioso, que devem submissão a regras mais estritas, porquanto o rigor informativo assim o exige à luz das normas que norteiam a atividade jornalística/informativa. A distinção entre diferentes tipos de órgãos de comunicação social em meio digital e, de entre estes, os de carácter informativo, requer obrigatoriamente a adoção de níveis de regulação diferenciados, uma vez que se tratam de configurações díspares e com diversas funções mediáticas.

a um tratamento editorial e não disponibilizam conteúdos estruturados como um todo coerente. São antes de mais plataformas de socialização, em que os conteúdos são produzidos pelos próprios utilizadores, que permitem diversas interlocuções aos mesmos, nos termos do estipulado nos termos e condições das mesmas (termos e condições estes que permitem aos seus utilizadores alguma margem de parametrização, designadamente, utilizar as suas preferências de navegação para finalidades de marketing).

Em segundo lugar o argumento formal, e para o qual gostaria de fazer uma breve resenha sobre a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), a sua estrutura e forma de funcionamento.

Criada em 2005, pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, que também consagra os seus estatutos (EstERC), aprovada por maioria qualificada na Assembleia da República, é a única entidade reguladora portuguesa com consagração constitucional (artigo 39.º da Constituição da República Portuguesa).

Na altura da intervenção da *Troika* em Portugal foram efetuados estudos no sentido de fundir a ERC com a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), mas a consagração constitucional do regulador português da comunicação social impediu que tal passasse de uma intenção². É também interessante salientar que só a ERC e o Banco de Portugal não são abrangidos, em face da especificidade da consagração constitucional de um e da legislação do Banco Central Europeu aplicável ao outro, na Lei-quadro das entidades administrativas independentes (reguladoras) portuguesas, Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

Constituem órgãos da ERC o conselho regulador, a direção executiva, o conselho consultivo e o fiscal único, destacando-se o primeiro dado que lhe incumbe definir e implementar a atividade da regulação³.

Todas as deliberações do conselho regulador têm de ser aprovadas com três votos favoráveis, sendo que o presidente do conselho regulador⁴ não aufere da prerrogativa normal dos órgãos colegiais de poder exercer voto de qualidade, (constituindo uma

2 Nessa mesma altura assistíamos à criação do mega regulador espanhol Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) que abarca numa única entidade a regulação de conteúdos (audio-visual), redes, concorrência, transportes e energia.

3 Artigos 13.º e 14.º dos EstERC.

4 Artigo 26.º dos EstERC

1 – Compete ao presidente do conselho regulador:

- a) Convocar e presidir ao conselho regulador e dirigir as suas reuniões;
- b) Coordenar a atividade do conselho regulador;
- c) Convocar e presidir a direção executiva e dirigir as suas reuniões;
- d) Coordenar a atividade da direção executiva, assegurando a direção dos respetivos serviços e a respetiva gestão financeira;
- e) Determinar as áreas de intervenção preferencial dos restantes membros;
- f) Representar a ERC em juízo ou fora dele;
- g) Assegurar as relações da ERC com a Assembleia da República, o Governo e demais autoridades.

exceção ao estatuído no Código do Procedimento Administrativo). Ao vice-presidente e aos demais três vogais podem ser atribuídas áreas de intervenção preferencial, sucedendo que, até à data e estamos a meio do mandato do 3.º conselho regulador, nunca foram atribuídas delegações de competências nos termos do artigo 17.º do EstERC nos membros do conselho⁵. As competências de intervenção dos conselheiros subsumem-se a uma mera função orientativa dessa área, sujeita a posterior validação do Conselho Regulador na pronúncia dos atos administrativos, não possibilitando ao conselheiro com a área de intervenção atribuída tomar uma mera decisão, como por exemplo, validar o cumprimento dos horários televisivos, validar as quotas de música portuguesa decorrentes da extração do Portal da Rádio, tendo todas estas matérias de «subir a conselho» para aprovação da deliberação.

Os EstERC privilegiaram no funcionamento desta entidade - em determinadas matérias relacionadas com a proteção de direitos, liberdades e garantias individuais fará todo o sentido assim o ser, mas em matérias que não assumem esta «dignidade» parece-me excessivo - o pluralismo na decisão, em detrimento da eficiência e celeridade na mesma. Modelo teórico interessante mas ineficaz na minha perspetiva.

II – Intervenção Judicial na remoção de conteúdos nas plataformas digitais e redes sociais

A intervenção dos tribunais e a possibilidade de condenarem as plataformas/redes sociais, enquanto distribuidores, pelo que permitem publicar seria obrigar as mesmas a assumirem a responsabilidade por um ato de terceiro – o utilizador ou subscritor – que difama, incita ao ódio, incrimina, ofende o bom nome e imagem de alguém.

Diferente, na minha perspetiva, é a responsabilidade das plataformas/redes sociais na eliminação, bloqueio e silenciamento dos seus utilizadores, pelos danos reputacionais que pode causar nos mesmos, e quando esta «supressão» não se faz por motivos do teor do *post*, comentário, imagem ou som difundido ser passível de tutela penal, mas quando esse silenciamento se faz para coartar a liberdade de expressão e opinião do(s) utilizador(es).

Não sou fã do Presidente Trump, mas considero que a suspensão de contas deste e dos seus partidários no *Facebook*, *Instagram*, e *Twitter*, decorrente dos incidentes do Capitólio, é injustificável mas também é elucidativa da ligação complexa entre as poderosas e globais *Big Techs* e o poder político⁶. Tal assim é que, nos últimos

5 Artigo 27.º dos EstERC «Delegação de poderes»

1 – O conselho regulador pode delegar os seus poderes em qualquer dos seus membros ou em funcionários e agentes da ERC, estabelecendo em cada caso os respetivos limites e condições.

2 – O presidente do conselho regulador pode delegar o exercício de partes da sua competência em qualquer dos restantes membros do conselho.

3 – As deliberações que envolvam delegação de poderes devem ser objeto de publicação na 2.ª série do Diário da República, mas produzem efeitos a contar da data de adoção da respetiva deliberação.

6 O caso *Cambridge Analytica*, fruto de uma investigação dos jornais *The New York Times* e *Observer*, tornou público que cinquenta milhões de perfis de utilizadores da rede social *Facebook* teriam sido

meses, foi desencadeada nos Estados Unidos da América uma polémica acesa sobre a até então intocável «Secção 230» da Lei das Comunicações, datada de 1996 (que foi para muitos uma das razões de sucesso das redes sociais e das plataformas digitais). A «Secção 230» iliba as redes sociais e as plataformas digitais de responsabilidade pela publicação de qualquer conteúdo ilegal ou impróprio efetuado pelos seus utilizadores, bem como, fornece às mesmas a proteção de «*Bom Samaritano*» de responsabilidade civil na remoção ou moderação de material dos seus utilizadores.

III – Desenhar a Autorregulação

Na minha perceção não será necessário inovar quando já temos um modelo de autorregulação minimamente eficaz a nível europeu no âmbito da Proteção de Dados. Assim, deveriam existir: coimas elevadíssimas para as plataformas/redes sociais que não cumprem os seus termos e condições de utilização e os seus códigos de conduta; obrigação de existir um «provedor dos utilizadores» com estatuto próprio e legalmente consagrado; registo e fundamentação devidamente auditável das publicações que são removidas, editadas, dos utilizadores que são banidos, das contas que são silenciadas; algoritmos transparentes e sindicáveis ...*What else?*

Mas a quem deverá competir a fiscalização desta autorregulação, uma vez que não podemos deixar um limbo entre a autorregulação e os tribunais, até pela conhecida morosidade dos tribunais em Portugal, à ANACOM eventualmente? Não pugnando eu pela criação de mais entidades públicas no estado atual da arte... Quem será o senhor ou a senhora, para não ferir suscetibilidades, que poderá e deverá ficar com a criação ao colo? Eis a questão.

roubados pela referida empresa de análise de dados Cambridge Analytica, com o desiderato, quer de identificar padrões de personalidade e de comportamento, quer de propaganda política. A investigação jornalística aferiu, também, que esses mesmos dados teriam sido utilizados na penúltima campanha presidencial dos Estados Unidos da América, com o propósito de influenciar os eleitores indecisos em benefício do candidato Donald Trump e, ainda que, a rede social *Facebook* teria conhecimento deste mesmo uso indevido e nada fez para o impedir.

O jornalismo cidadão: uma crónica de dois futuros

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.3>

Álvaro Vasconcelos*

O jornalismo cidadão é uma realidade do mundo contemporâneo, que já se tornou numa das dimensões incontornáveis do debate público e da comunicação nas democracias liberais. Pode contribuir para uma democracia mais participativa, por outro lado, pode também ser um fator de destruição da vida democrática, afogada pelas notícias falsas, pela desinformação e pelo discurso de ódio. Um código deontológico para as redes sociais e mecanismos para as regular tornam-se, cada vez mais, num imperativo democrático.

A comunicação social não escapa, como grande parte da sociedade, à tendência global para o empoderamento dos cidadãos. Empoderamento que resulta, em larga medida, dos enormes progressos da sociedade de informação, da interconexão que criou e que permite aos cidadãos, nas democracias liberais, com acesso à internet, utilizarem as redes sociais imunes aos crivos do poder político, embora condicionada pelas regras impostas pelos proprietários das redes.

Como se viu, nomeadamente, nos Estados Unidos com o movimento *Black Lives Matter*, a internet pode ser um meio poderoso para denúncia das violações dos direitos humanos e para mobilização cívica. Mais ainda se considerarmos que aquele movimento ganhou uma dimensão universal com as manifestações que se seguiram ao assassinato, por um polícia, de George Floyd. O homicídio não pôde ser abafado por ter sido filmado por uma jovem e corajosa adolescente, Darnella Frazier, com o seu telemóvel. Um exemplo notável de jornalismo cidadão, como foi reconhecido ao lhe ser atribuído o prémio Pulitzer. O júri do prémio sublinhou que o vídeo de Darnella Frazier “evidenciou o papel crucial dos cidadãos na busca dos jornalistas pela verdade e justiça”.

Em 1994, a Rádio Sete Colinas incentivava ao genocídio dos Tutsis e as forças armadas francesas presentes no terreno, como reconheceu o Presidente Macron, fecharam os olhos, o que não teria sido possível se, na altura, existissem redes sociais. François Mitterrand, pressionado pelos jornalistas cidadãos, teria sido obrigado a agir para travar o massacre.

Em 2011, em plenas revoluções árabes, organizei, no Cairo, uma discussão com um grupo de jovens ativistas sociais com o objetivo de compreender como viam o papel das redes sociais na revolução democrática e na sua consolidação. Eles falaram com

* Fundador do “Forum Demos”.

entusiasmo do jornalismo cidadão, sublinhando o facto de as novas tecnologias de informação permitirem que o cidadão comum “possa recolher, analisar, publicar e disseminar notícias e informação” – esta possibilidade tinha tido um papel muito importante na queda da ditadura de Mubarak, como de Ben Ali na Tunísia. Repórteres cidadãos denunciaram os crimes da ditadura e a violência contra as mulheres, usando os mapas da Google. Os jornalistas cidadãos venciam o muro de silêncio das ditaduras e alguns falavam de uma “*Facebook Revolution*”, embora fosse um exagero.

Na Síria, repórteres cidadãos deram a conhecer, muitas vezes em direto pelo YouTube, primeiro a repressão brutal do regime contra os manifestantes pacíficos, depois os bombardeamentos indiscriminados da aviação síria e russa contra a população civil. Sem estes “jornalistas cidadãos” a única informação seria a veiculada pelo regime de Assad, ou seja, apenas desinformação e propaganda.

As redes sociais passaram a ser, desde as revoluções árabes de 2011, uma enorme preocupação para os governos autocráticos. Estes regimes, têm hoje muita mais capacidade para negarem o acesso às redes sociais e perseguirem a dissidência. Em 2020, segundo a *Human Rights Watch*, as autoridades chinesas prenderem muitos cidadãos “por publicações online e mensagens privadas”, “ao mesmo tempo que expandiam a sua capacidade para impor a censura da internet”.¹ Com a evolução tecnológica aumentou também a capacidade de detetar os autores dos conteúdos publicados na internet e o jornalismo cidadão encontra enormes dificuldades para se afirmar nos regimes autocráticos, onde tinha nascido como instrumento capaz de quebrar a barreira de silêncio da censura.

Ao “jornalismo cidadão” – tem-se chamado também de jornalismo “colaborativo”, ou “democrático”. Este jornalismo, segundo Courtney C. Radsch, é “uma forma alternativa e ativista de recolha e reporte de notícias, que funciona fora das instituições da ‘mainstream media’, muitas vezes como resposta a limitações no campo jornalístico profissional, que usa práticas jornalísticas similares, mas é impulsionada por diferentes objetivos e ideais e confia em fontes alternativas de legitimidade das do jornalismo tradicional ou mainstream”².

Uma outra dimensão do jornalismo cidadão relaciona-se com o que Paulo Moura chamou de “Uber jornalista”³, que se traduz na produção e publicação *online* de conteúdos por jornalistas profissionais que não trabalham para nenhuma empresa em particular e que se regem por rigorosas regras deontológicas.

Existe uma vontade crescente dos cidadãos para participarem na vida pública e na formulação das decisões políticas. Aqueles cidadãos empoderados assumem, designadamente através das redes sociais, a “liberdade de palavra” sobre todas as questões

1 Cfr. <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/china-and-tibet>

2 Citado em Pedro Lourenço, Código Deontológico para o jornalismo cidadão, em Alvaro Vasconcelos (coord.), Uma Utopia Europeia, Fundação Serralves, no prelo.

3 Cfr. https://ionline.sapo.pt/artigo/731126/paulo-moura-quando-o-jornalismo-se-torna-ativista-nao-serve-para-nada?seccao=Mais_i [acesso: 20.4.2022].

da vida pública – uma nova isegoria⁴. A isegoria, o direito igual à palavra, antecede o termo «democracia» na Grécia Antiga. A liberdade de palavra para poder ser exercida sem risco de perseguição implica a existência de um Estado que protege os cidadãos dos tiranos e dos inimigos, em geral.

O grande desafio que as democracias liberais enfrentam é que o desejo de participação dos cidadãos é acompanhado por uma crítica crescente à democracia representativa, que consideram raptada por interesses financeiros que fogem ao escrutínio das instituições democráticas. Esta crítica é acompanhada por uma crítica feroz aos órgãos de comunicação social. Trump, em Fevereiro de 2017, já Presidente, declarou no Twitter “*The FAKE NEWS media (failing @nytimes, @NBCNews, @ABC, @CBS, @CNN) is not my enemy, it is the enemy of the American People!*”⁵. Os ataques de Trump não pouparam os meios de comunicação sociais, tradicionalmente, mais próximos do partido republicano, como o Wall Street Journal. No Brasil, os ataques de Bolsonaro contra a comunicação social são semelhantes aos de Trump e inspirados nos seus.

O discurso de ódio, as notícias falsas, “os factos alternativos” que circulam nas redes sociais nada têm a ver com o jornalismo cidadão, são um instrumento para curto-circuitar a comunicação social, esta assente num código deontológico que procura garantir a veracidade dos factos relatados. E aqui reside talvez a diferença fundamental entre a informação veiculada por jornalistas dos órgãos de comunicação social e a veiculada por cidadãos em redes sociais.

Assistimos a uma revolta de sectores importantes do eleitorado que exige que a sua voz seja ouvida e que, pelo voto, se imponham alternativas reais, em particular, de política económica. O que é paradoxal e desconcertante é que esses cidadãos descontentes com os representantes das democracias liberais, porque eles não os ouvem, elegem dirigentes políticos que no poder vão coartando a sua liberdade de expressão e o Estado de direito. Com a censura e poder pessoal dos líderes, e sem limites legais, as eleições deixam de ser livres e as democracias tornam-se iliberais, como na Hungria, na Turquia ou na Rússia. No poder também procuram controlar as redes sociais, dificultando a sua utilização pelos seus críticos. O seu modelo é a autocracia chinesa, com os seus mecanismos de controlo das redes sociais e a utilização das potencialidades das tecnologias de informação para espiar a vida dos cidadãos.

“O jornalista deve relatar os factos com rigor e exatidão e interpretá-los com honestidade. Os factos devem ser comprovados, ouvindo as partes com interesses atendíveis no caso. A distinção entre notícia e opinião deve ficar bem clara aos olhos do público”⁶, lê-se no artigo primeiro do Código Deontológico do Jornalismo português.

4 “Igualdade de direito ou de tempo no uso da palavra numa assembleia ou numa discussão pública” – in Priberam.

5 As fake news dos media (@nytimes, @NBCNews, @ABC, @CBS, @CNN) não são meu inimigo, são inimigo do povo americano!

6 Cfr. <https://jornalistas.eu/novo-codigo-deontologico/> [acesso: 20.4.2022].

Ora, como nós sabemos, não existe nenhum código para as redes sociais ou para o jornalismo cidadão e as redes sociais não se consideram responsáveis pelo que nelas é publicado, como se viu durante os anos da presidência Trump, com consequências trágicas para a democracia liberal na América e no Mundo.

A resposta ao problema levantado não está na nostalgia de um tempo sem internet, e passa por aceitar que ela continuará a ser o palco dos grandes debates do futuro. De acordo com um estudo do *Pew Research Center* 8 em cada 10 americanos, cerca de 83%, usam a internet para se informarem; 43% dos americanos com menos de 21 anos, informam-se através das redes sociais e 30% pelas plataformas digitais de notícias.⁷ Trata-se, pois, de aceitar que o jornalismo cidadão é uma nova componente da vida democrática e pugnar pela redação de um código ético, que responsabilize as redes sociais pelo que é publicado.

No ciclo de conferências de Serralves subordinado ao tema *Utopias Europeias: o poder da imaginação e os imperativos do futuro*, foi proposto por alunos finalistas do curso de Comunicação da Universidade Lusófona do Porto (ULP), coordenada pelo Professor Rui Pereira, uma *Proposta de Código de Conduta para o Digital*, lendo-se no seu artigo primeiro que: “a ação dos indivíduos nas redes sociais deve pautar-se pelo princípio fundamental da liberdade no seu pressuposto constitutivo, da responsabilidade e do respeito mútuo”.

Procura-se assim assegurar a razão primeira do jornalismo cidadão, a luta pela liberdade e ao mesmo tempo garantir que o “jornalista” [cidadão] terá também de assegurar que haverá a obrigação de “identificar escrupulosamente as fontes em que baseia a sua publicação e não replicar informação de fontes cuja fiabilidade não possa verificar com fontes credíveis...”⁸

Na mesma ocasião foi também sugerido o desenvolvimento de redes sociais alternativas às existentes, que assumissem, desde a sua fundação, o objetivo de serem responsáveis pelo que publicam e cujo conteúdo tenha o mesmo grau de veracidade (ou, pelo menos, semelhante) do publicado pela melhor imprensa escrita. Poderiam assim atrair milhões de cidadãos, que as escolheriam em detrimento das redes que divulgam notícias falsas.

O reconhecimento, pelos jornalistas profissionais americanos, da importância do jornalismo cidadão levou à criação de cursos “para ensinar os cidadãos a praticar um jornalismo rigoroso e ético”.⁹ Um bom exemplo a ser seguido.

Contudo, para haver jornalismo cidadão, é preciso que o acesso à internet seja universal. Ora, 40% da população mundial não tem acesso à internet, o que se traduz

7 Cfr. <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/01/12/more-than-eight-in-ten-americans-get-news-from-digital-devices/> [acesso: 20.4.2022].

8 Cfr. Álvaro Vasconcelos, coordenador, *Uma Nova Utopia Europeia*, Fundação Serralves, no prelo.

9 A Sociedade dos Jornalistas Profissionais lançou, em Chicago, a Academia do Jornalismo Cidadão <https://www.spj.org/news.asp?ref=794> [acesso: 20.4.2022].

também numa dimensão da desigualdade social em muitos países. A internet é hoje um bem essencial à cidadania e todo o cidadão deveria ter direito de acesso, um direito semelhante ao direito à habitação e à saúde. Desta ideia parte a proposta de Renato Janine Ribeiro de “uma desmercantilização dum mínimo necessário, que sendo cidadania fugiria à lógica do mercado”.¹⁰

Esta e outras propostas partem da convicção de que o jornalismo cidadão deve ser assumido como uma dimensão essencial e incontornável da democracia, democracia que terá de se tornar mais participativa se quiser superar os desafios colocados pelo populismo. A Internet pode ser a resposta à vontade de participação dos cidadãos nos assuntos públicos, como pode também ser uma ameaça mortal às democracias. Os dois futuros são possíveis.

10 Em texto não publicado.

Plataformas Digitais – que preocupações regulatórias?

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.4>

Margarida Melo Santos*

As plataformas digitais têm vindo a assumir grande relevância no panorama económico, político e social à escala mundial, desafiando os conceitos e as métricas “tradicionais”.

Do ponto de vista económico, é inquestionável o seu poder. De facto, e apenas como exemplo da sua verdadeira dimensão, destaca-se que o valor agregado das receitas das cinco maiores empresas tecnológicas (Facebook, Microsoft, Alphabet, Apple e Amazon) era, em 2019, equivalente ao Produto Interno Bruto (PIB) dos Países Baixos e cerca de quatro vezes superior ao PIB de Portugal¹.

Adicionalmente, estas plataformas atuam em diversos setores/mercados nos quais detêm um “poder de intermediação significativo” [ver Figura 1]. Por exemplo, a Google está presente em áreas de negócio como a dos sistemas operativos, nomeadamente para telemóveis, a dos motores de busca, a dos serviços de armazenamento (na *cloud*) e a dos serviços de publicidade, detendo nas duas primeiras uma posição muito significativa], o que lhes permite atuar como *gatekeepers*², ou seja, agir de forma independente em relação aos seus concorrentes e utilizadores, gozando, assim, de uma posição equivalente a uma posição dominante.

Este estatuto de *gatekeeper* decorre da posição privilegiada que as plataformas detêm em vários mercados multilaterais, que lhes permite usufruir de fortes efeitos de rede, controlar (ou mesmo condicionar) o acesso a terceiros e gerir dados relevantes.

* Membro da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM).

1 Fonte: <https://www.efe.com/efe/portugal/economia/receitas-de-amazon-apple-google-microsoft-e-facebook-cresceram-13-6-em-2019/50000443-4169637> para o valor das receitas das cinco maiores empresas tecnológicas e Pordata para o PIB em ambos os países.

2 Importa referir que não há uma definição clara de “*gatekeeper*” na legislação comunitária, embora as instituições europeias já tenham utilizado o termo, quer em contextos de investigação de práticas lesivas da concorrência (como, por exemplo, no caso M.2876 NewsCorp/Telepiu, parágrafo 198), quer regulatórios (a este respeito ver *Explanatory Memorandum of the Commission Proposal for a Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*, COM(2018) 238, disponível em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-238-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>). Numa perspetiva estritamente económica, uma empresa goza do estatuto de “*gatekeeper*” se controlar o acesso a produtos/serviços ou informações (ver CERRE *Report on Digital Markets Act: Making economic regulation of platforms fit for the digital age* (Dezembro 2020), coordenado por Alexandre de Stree).

Realça-se ainda que algumas plataformas digitais estão organizadas num ecossistema, o que lhes permite alavancar o seu poder de mercado para outros setores ou negócios em que operam, controlar os seus *inputs* e ativos-chave e beneficiar de amplas economias de escala e de gama.

	Google		amazon		Apple		facebook		Microsoft		NETFLIX	
	Share	Rank	Share	Rank	Share	Rank	Share	Rank	Share	Rank	Share	Rank
Cloud (IaaS) Revenues, 2018	4%	4	48%	1					16%	2		
Vocal assistance Smart speaker number, 2019	31%	2	32%	1	6%	6						
Device (mobile) Revenues, 2018					50%	1						
Operating systems (desktop) Pages viewed, Nov-2018/Oct-2019	1%	5			14%	2			77%	1		
Operating systems (mobile) Pages viewed, Nov-2018/Oct-2019	75%	1			23%	2			0,2%	5		
Browser Pages viewed, Nov-2018/Oct-2019	64%	1			15%	2			5%	4		
Online advertising Revenues, 2018	32%	1	3%	4			19%	2	2%	7		
E-commerce Revenues			n.a. ^(*)	1								
App store (mobile) Revenues (Android and iOS), Jun-2019	38%	2			62%	1						
Audio-visual content (VoD) Revenues, 2018	n.a.		n.a.		n.a.						51%	1

Figura 1
Quotas de mercado mundiais por área de negócio/mercado (2019).

Fonte: *Osservatorio sulle piattaforme online*, AGCOM.

Também do ponto de vista social e político o seu poder é tremendo. A adesão massiva dos cidadãos e dos consumidores a este tipo de plataformas traduz-se, por si só³, e também por via da publicidade, num aumento do valor dessas plataformas. É o caso, por exemplo do *Facebook*, cujo valor aumenta diretamente com o aumento do número de adesões, apesar de por esta via não haver um pagamento explícito por parte do comum utilizador.

O facto de tais plataformas estarem organizadas num ecossistema digital significativamente integrado, cujo valor reside igualmente na respetiva rede de contactos e no histórico de relações transacionais efetuadas, também contribui para a manutenção/aumento dos seus utilizadores, pois ao reduzirem os incentivos dos seus utilizadores finais a aventurarem-se fora do ecossistema, provocam efeitos de bloqueio à sua saída (também chamados efeitos de *lock-in*).

3 Ver Relatório do World Economic Forum, *Personal Data: The Emergence of a New Asset Class* (2011), disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf, no qual os dados são identificados como *'the new oil'* pela sua capacidade de gerar receitas e riqueza.

Essa posição estratégica incontornável nas áreas de negócio em que atuam é reforçada, nomeadamente, pela grande quantidade de dados que agregam e pelos algoritmos que utilizam – realidade esta muito distinta daquela que se observava nas indústrias tradicionais.

Se é verdade que, por um lado, ao recolherem uma grande quantidade de dados (sobretudo dados relevantes sobre as preferências dos utilizadores), as plataformas digitais são capazes e têm incentivos para oferecer aos utilizadores os produtos e os conteúdos mais relevantes, o que lhes permite segmentar e personalizar ainda mais a sua oferta, por outro lado, através da combinação dessa grande quantidade de dados, as plataformas têm a capacidade de limitar o acesso de terceiros, de beneficiar as empresas que fazem parte do mesmo ecossistema, dando destaque ou acesso preferencial aos seus próprios produtos ou serviços⁴, e de influenciar a escolha dos utilizadores (limitando-as, por vezes)^{5, 6}.

Também do ponto de vista político, as plataformas digitais, nomeadamente na área dos media, podem ter incentivos a influenciar a escolha dos utilizadores, moldando, de certa forma, a sua opinião, por via do controlo do discurso político que fazem através dos conteúdos disponibilizados, dando maior destaque (ou destaque exclusivo) a determinadas ideias ou mensagens em detrimento de outras, ameaçando, assim, a democracia⁷.

Seja no plano económico, seja no plano político e social, na essência estamos perante um problema de falta de transparência, que pode depois transformar-se num problema de exclusão e de discriminação, distorcendo o mercado ou a opinião.

O problema de falta de transparência não reside apenas na fraca perceção que os utilizadores têm do seu consentimento para a recolha de dados, mas também no próprio modelo de negócio das plataformas digitais, que assenta na transmissão massiva de dados e de informações entre empresas de um mesmo grupo ou

4 Por exemplo, de acordo com *The Markup*, os resultados disponibilizados numa pesquisa pelo motor de busca da Google incluem um número muito significativo de conteúdos da própria *Google*. Ver: <https://themarkup.org/google-the-giant/2020/11/10/introducing-simple-search>.

5 E se, de facto, a customização da oferta parece beneficiar os utilizadores, pois permite-lhes alguma economia de tempo, por outro lado, a listagem de produtos, serviços ou conteúdos ajustados aos interesses/necessidades dos utilizadores pode limitar o direito do utilizador a ser informado e a fazer uma escolha autónoma, o acesso à informação em geral e, portanto, a liberdade de pensamento e de expressão, o que constitui uma ameaça aos direitos e liberdades fundamentais, princípios base dos sistemas políticos democráticos.

6 A partir do momento em que o comportamento dos utilizadores *online* se torna previsível, nomeadamente as suas atividades, preferências e escolhas, esse comportamento também pode ser influenciado, ou mesmo manipulado, beneficiando económica e/ou politicamente determinadas empresas/entidades. Neste contexto, o poder deriva da posse de meios de alteração comportamental – ver Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism* (Profile Books, 2019), e Tim Wu, *Bigger Brother*, *The New York Review of Books*, 09.04.2020.

7 Recordar-se, a este propósito, o escândalo *Facebook-Cambridge Analytica*, que envolveu a recolha e o uso alegadamente indevidos de dados pessoais de milhares de utilizadores do *Facebook* para publicidade política, o que evidencia como os valores subjacentes às regras europeias de proteção de dados são essenciais para a democracia.

ecossistema, e que tem no seu 'core' um algoritmo customizado que permite que essas plataformas definam *rankings* que supostamente respondem de forma mais ajustada aos interesses/necessidades dos utilizadores.

Bom, então, a questão que se coloca, necessariamente, é “Como endereçar estes problemas?”, na medida em que a lei da concorrência se tem revelado insuficiente e pouco ágil na resposta aos mesmos.

1. Da regulação das plataformas digitais

Algumas preocupações identificadas acima resultam de fatores estruturais, pelo que se justifica que sejam avaliados e tratados, independentemente de qualquer comportamento abusivo por parte das plataformas digitais com poder de intermediação significativo. No fundo, ainda que possa não haver um abuso, há condições estruturais que levam a que seja difícil a entrada de empresas inovadoras que possam concorrer com as empresas estabelecidas. Por isso, é necessário e urgente criar instrumentos que permitam fomentar a inovação dessas plataformas e, simultaneamente, garantir a abertura e o pluralismo do ecossistema digital, de modo a existir uma justa concorrência e a assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

A ANACOM tem participado ativamente no debate europeu sobre um novo enquadramento regulatório para as plataformas digitais, nomeadamente no contexto do BEREC⁸, defendendo a definição de um quadro regulamentar *ex ante* aplicável às plataformas que atuam como *gatekeepers*⁹.

No passado dia 15 de dezembro de 2020, após um período de consulta pública, a Comissão Europeia apresentou duas propostas de regulamento: uma relativa ao Regulamento Serviços Digitais (DSA)¹⁰, que revê a diretiva de comércio eletrónico, com o objetivo de regular os serviços digitais, rebalanceando os direitos e responsabilidades dos utilizadores, plataformas intermediárias e autoridades públicas, e outra referente ao Regulamento Mercados Digitais (DMA)¹¹, para endereçar as preocupações concorrenciais colocadas pelas plataformas digitais que atuam como *gatekeepers*, que atualmente não são endereçadas pelas regras da concorrência.

2. O DMA, o DSA e o papel das Autoridades Reguladoras

Em traços gerais, as propostas de regulamento constituem um passo importante para endereçar algumas das preocupações que discutimos anteriormente, pois defi-

8 ORECE – Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas.

9 Ver Draft BEREC Report on the ex ante regulation of digital gatekeepers, disponível em: <https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/reports/draft-berec-report-on-the-ex-ante-regulation-of-digital-gatekeepers>.

10 Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>.

11 Disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf.

nem um conjunto alargado de novas regras para todos os serviços digitais, incluindo *websites*, redes sociais, mercados e outras plataformas *online* que prestam serviços na União Europeia (UE), visando a criação de um espaço digital mais seguro, a proteção dos direitos fundamentais dos utilizadores e o estabelecimento de condições equitativas para promover a inovação, a segurança, o crescimento e a concorrência.

Não obstante, também se reconhece existir margem para algumas melhorias das propostas.

A proposta de DMA contempla um amplo conjunto de deveres a que as plataformas designadas como *gatekeepers*^{12, 13} passarão a estar sujeitas, entre os quais se incluem os seguintes:

- Proibição de recorrer a quaisquer dados que não estejam disponíveis publicamente quando as plataformas concorram com utilizadores empresariais e, em particular, a dados que sejam gerados pela atividade desses utilizadores na plataforma¹⁴;
- Proibição de determinadas práticas consideradas desleais, como impedir os utilizadores de desinstalar *software* ou aplicações pré-instaladas¹⁵;
- Obrigação de garantia de portabilidade efetiva dos dados, permitindo, em particular, aos utilizadores finais exercerem o direito de portabilidade dos dados;
- Proibição de tratamento mais favorável dos serviços/produtos oferecidos pelo próprio *gatekeeper* ou por empresas do grupo, em detrimento dos serviços/produtos de terceiros;
- Obrigação de disponibilização gratuita a anunciantes digitais, a seu pedido, dos dados de desempenho e de toda a informação necessária relativa aos seus anúncios nas plataformas; e
- Obrigação de disponibilização aos utilizadores profissionais, ou a terceiros autorizados por um utilizador profissional, a título gratuito, do acesso a dados fornecidos ou gerados no contexto da utilização dos serviços essenciais de plataforma.

12 “Controladores de acesso” na versão portuguesa.

13 São consideradas *gatekeepers* as empresas que cumulativamente: (i) tenham uma posição económica forte, um impacto significativo no mercado interno e exerçam a sua atividade em vários países da UE; (ii) se enquadrem numa forte posição de intermediação, no sentido de ligarem uma alargada base de utilizadores a um grande número de empresas; e (iii) se encontrem (ou estejam prestes a se encontrar) numa posição consolidada e duradoura no mercado, que se prevê estável ao longo do tempo.

14 Veja-se, por exemplo, a decisão da CE respeitante à recolha, por parte da Amazon, de informação não pública, de forma sistemática, relativa às vendas feitas na sua plataforma por vendedores independentes, com os quais concorre diretamente no retalho, com o intuito de aumentar as vendas dos seus próprios produtos em França e na Alemanha. Adicionalmente, a CE abriu investigação sobre um possível tratamento preferencial das próprias ofertas retalhistas por parte da Amazon. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077.

15 Em janeiro de 2020, cerca de 50 organizações submeteram uma carta aberta à Google, na qual manifestavam a sua preocupação com as aplicações e o *software* pré-instalados nos equipamentos Android, impossíveis de desinstalar, que recolhiam informação sobre os seus utilizadores sem o seu consentimento.

No geral, as obrigações propostas parecem assegurar uma intervenção regulamentar rápida e criar um entendimento claro e comum das práticas consideradas lesivas que podem ser desenvolvidas pelas plataformas digitais com estatuto de *gatekeeper*. Não obstante, com vista a garantir maior certeza regulatória e previsibilidade, o âmbito de aplicação das obrigações propostas deveria ser melhor clarificado.

Face às preocupações discutidas anteriormente, e nomeadamente as relativas aos algoritmos, importa realçar que a proposta de regulamento (DMA) prevê a possibilidade de a Comissão requerer o acesso às bases de dados e aos algoritmos das empresas no contexto da avaliação do cumprimento das obrigações a que as plataformas digitais com estatuto de *gatekeeper* estão sujeitas¹⁶.

Esta proposta de regulamento confere à CE a competência exclusiva de avaliação do estatuto de *gatekeeper*, beneficiando do apoio de um comité consultivo¹⁷ no controlo do cumprimento das obrigações previstas.

Esta proposta beneficiaria com uma maior cooperação entre a CE e as autoridades nacionais independentes, que poderiam ter competências em particular ao nível: (i) da recolha de dados nacionais relevantes; (ii) da avaliação do cumprimento das medidas regulatórias; (iii) da recolha e tratamento de reclamações; (iv) da resolução de litígios.

Da proposta do DSA destacam-se os seguintes pilares: a segurança para os utilizadores, a transparência dos prestadores de serviços digitais¹⁸ e a efetiva aplicação da lei a todos eles, o que se concretiza num amplo conjunto de obrigações para os prestadores de serviços digitais – diferenciados em função da natureza do prestador –, entre as quais se incluem as seguintes:

- Remoção de bens, de serviços ou de conteúdos ilegais disponibilizados *online*;
- Proteção para utilizadores cujos conteúdos tenham sido erradamente suprimidos pelas plataformas;
- Maior transparência, nomeadamente quanto à publicidade *online* e aos algoritmos de recomendação de conteúdo aos utilizadores;
- Disponibilização do acesso às autoridades competentes aos dados essenciais do funcionamento das plataformas;
- Novas regras sobre a rastreabilidade das empresas nos mercados *online*, destinadas a facilitar a localização dos vendedores de bens ou serviços ilegais.

Esse enquadramento de supervisão será composto por autoridades reguladoras nacionais a designar por cada Estado-Membro e, em particular, um Coordenador nacional de Serviços Digitais, que deverá desempenhar as suas funções de forma

16 Ao abrigo do Artigo 19.º

17 Nos termos do Artigo 32.º e na aceção do Regulamento (UE) n.º 182/2011. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R0182&from=PL>.

18 Nos artigos que integram o capítulo III.

independente, dispondo de amplos poderes de investigação e sancionatórios¹⁹. As autoridades nacionais competentes deverão coordenar a sua atuação no seio de um novo Conselho Europeu para os Serviços Digitais, à semelhança de outras entidades de coordenação já existentes, por exemplo, na área das comunicações electrónicas.

Tendo em conta o que se referiu anteriormente, destaca-se como muito positivo nesta proposta (DSA) a definição de um quadro com regras mais exigentes para as plataformas *online* de grande dimensão²⁰ e, nomeadamente, no que toca à opacidade dos algoritmos subjacentes às recomendações de conteúdo feitas aos utilizadores por essas plataformas, a imposição da publicação clara dos parâmetros usados nos sistemas de recomendação²¹.

Em resumo, esta resposta da UE às preocupações suscitadas pela rápida digitalização da sociedade e da economia é um ponto de partida para uma nova regulação que se considera imprescindível na criação de mercados mais concorrenciais e justos, em benefício dos cidadãos e empresas e da restauração dos valores da democracia.

19 Incluindo a aplicação de coimas até 6% do volume total de negócios das entidades em causa e a imposição de sanções pecuniárias compulsórias de até 5% do volume de negócios médio diário.

20 Estas são definidas como as que prestem serviços a mais de 10% de toda a população da UE (presentemente cerca de 45 milhões de utilizadores) e passam a responder perante uma nova estrutura de supervisão centralizada na Comissão Europeia, à qual serão conferidas competências de investigação e sancionatórias reforçadas, análogas às existentes atualmente no direito da concorrência.

21 Ver Artigo 29.º

A notícia, o comentário, o filho destas e as más da fita

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.5>

Luís Rosa*

O diálogo multidisciplinar tem muitas virtudes que podem não ser bem vistas pelos puristas (os especialistas da cada área) mas que são inquestionáveis. Desde logo a troca de informação valiosa que se gera entre cidadãos com diferente formação e sensibilidade e, mais importante do que isso, o conhecimento sólido que pode nascer de saberes que se complementam entre si.

É precisamente isso que pretendo com este texto: ter um diálogo com os leitores especializados em Direito sobre o tema “Democracia e Comunicação Social” a partir do meu saber de jornalista e de uma abordagem que nasce de três perguntas-base:

1. Qual é a diferença entre notícia e comentário para efeito de regulação?
2. Como articular a necessidade do pluralismo dos media com a proteção dos cidadãos?
3. As entidades que gerem as plataformas privadas e outros meios de comunicação social devem poder selecionar e remover informação e, no limite, excluir ou silenciar utilizadores como ocorreu recentemente nos EUA relativamente ao Ex-Presidente Trump e outros republicanos? Não deverá esta dinâmica de autorregulação ser objeto de determinação legal prévia?

Vamos começar pela resposta à primeira questão – tendo como pontos de partida as seguintes certezas que orientarão todo o meu pensamento sobre esta matéria:

- A liberdade de expressão é um direito fundamental num Estado de Direito e dela emana a liberdade de imprensa, entre outros direitos. **São estes direitos que legitimam uma actividade como o jornalismo;**
- O jornalismo, exercido essencialmente por meios detidos por empresas privadas, é essencial para a democracia. Porquê? Porque sem o escrutínio independente, desinteressado e plural do Jornalismo, os titulares de cargos públicos e políticos nunca serão verdadeiramente interpelados e fiscalizados pela Opinião Pública.
- É também por tudo isto que a nossa Constituição, como genericamente as respetivas leis máximas de países com democracias sólidas e avançadas, assegura a liberdade de imprensa e a independência dos jornalistas perante o Poder

* Redator principal do “Observador”.

Político e Económico e garante o acesso livre às fontes para que os jornalistas exerçam o seu trabalho de escrutínio.

Estando assente o nosso ponto de partida, avancemos para a diferença entre dois géneros jornalísticos (notícia e o comentário) que estão na origem de muitos equívocos da parte de muitos consumidores de informação que não estão a par das regras do jornalismo.

Afinal, que diferenças são essas? As seguintes:

- Um jornalista não pode fazer juízos de valor ou tomar parte numa notícia. É uma descrição seca de factos, sem adjetivos, sem insinuações e que pode ter ou não contraditório.
- Uma notícia tem de ser verdadeira. Tem de relatar factos verdadeiros, objetivos, fundamentados e verificáveis. Se uma notícia relata factos falsos, não é uma notícia. Uma *fake news* não é uma notícia. É o oposto de uma notícia.
- Uma notícia para ser uma notícia tem de ser feita por um jornalista que seja guiado por um código deontológico, devidamente formado para o efeito e enquadrado numa hierarquia que escrutine e avalie o seu trabalho – e não por um cidadão não jornalista
- Um comentário é uma opinião, é uma tomada de posição. Um artigo de opinião, um comentário numa TV, pode ser feito por qualquer cidadão e representa o exercício puro da liberdade de expressão.
- Até pode ser assente em factos objetivos mas um comentário também pode ser assente em factos que podem ser subjetivos – logo questionáveis por outros. E até podem ser falsos. A liberdade de expressão deve ser maximalista

Estas diferenças fazem com que exista uma diferente apreciação em termos regulatórios dos dois géneros:

– Regulação administrativa:

- por regra, não avalia nem aprecia comentários/opinião, **a não ser em condições excecionais relacionadas com discurso de ódio, discriminação de género ou racial, etc.** As entidades administrativas, como a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, entendem que um espaço de opinião ou comentário é o espaço da liberdade de expressão;
- Mesmo do ponto de vista noticioso, o que está muitas vezes em causa é a ausência de contraditório e a necessidade de ser assegurada a obrigação da publicação do direito de resposta por parte dos media.

– Regulação judicial:

- pode incidir sobre notícias ou comentários e pode ser exercida por jurisdição cível ou criminal.
- Verificou-se uma evolução muito significativa da jurisprudência por influência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Esta jurisprudência

defende que a liberdade de expressão é uma espécie de super-liberdade que deve sobrepôr-se, em termos gerais e abstratos, ao direito ao bom nome e honra, ao segredo de justiça, etc. E porquê? Porque a sociedade tem mais a ganhar com uma liberdade informativa do que com o segredo e a opacidade.

1. Como articular a necessidade do pluralismo dos *media* com a proteção dos cidadãos?

É importante começar por referir que a imprensa portuguesa só deixou de ter um enquadramento caracterizado pela censura e visto prévio após o golpe de Estado de 25 de Abril de 1974 e consequente derrube da Ditadura. A Constituição da República de 1976 instituiu, entre outros, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa como princípios estruturantes do Estado de Direito e como marca de uma Democracia plural.

Esse pluralismo, contudo, demorou o seu tempo a ser construído.

Com efeito, a imprensa do Processo Revolucionário em Curso caracteriza-se por ser fortemente ideológica, em que as regras deontológicas do jornalismo da neutralidade, da imparcialidade e do distanciamento foram substituídas por práticas perfeitamente opostas de apoio e proximidade face aos protagonistas. Tal como Lenine, também os partidos e os militares do PREC queriam fazer dos jornais um “organizador coletivo”, usando-os como portadores de uma mensagem virtuosa – cada uma mais revolucionária e pura do que a outra – rumo à vitória final.

O facto de uma boa parte da comunicação social ter sido nacionalizada após o 11 de março de 1975, muito ajudou a criar condições para os já referidos “organizadores coletivos”.

A normalidade (e a democracia) começou a ser reposta com o 25 de novembro de 1975 mas as marcas do processo revolucionário no jornalismo português foram tão profundas que as suas consequências perduraram no tempo.

As gerações de jornalistas que viveram aqueles tempos começaram a tentar praticar um jornalismo objetivo e científico, avesso a influências ideológicas assumidas. O que não quer dizer que as influências políticas não se fizessem sentir, nomeadamente nos títulos que eram propriedade do Estado. Os sucessivos governos tinham, aliás, essa preocupação de interferência política, numa lógica de governamentalização da informação.

A entrada de Portugal para a Comunidade Económica Europeia em 1986 obrigou o Estado a privatizar as empresas públicas de comunicação social – com a exceção da RTP e a RDP – e a implementar uma liberalização que está na origem de televisões privadas como a SIC e a TVI ou de rádios como a TSF.

Antes desse movimento de ruptura protagonizado pelo Governo de Cavaco Silva, surgem dois títulos de imprensa privados que irão revolucionar o meio: o Independente (1988) e o Público (1990).

Apesar de ambos terem uma origem e uma motivação semelhante (capital 100% privado, independência e vontade romper com o jornalismo cinzento e oficial que se praticava na altura), os posicionamentos refletem as marcas deixadas pela revolução:

- o “Público”, um jornal do centro-esquerda e progressista desde o seu primeiro número mas que não se assume como tal no seu estatuto editorial – pelo contrário, caracteriza-se apenas pela “objetividade” e “independência” face ao poder político e económico. O “Independente”, um jornal assumidamente de direita com um estatuto editorial que defende o liberalismo económico, preconiza valores conservadores nos costumes e é um ativista da ecologia.

No final dos anos 90, surgiu o semanário “Já”, posicionado claramente à esquerda, mas continua a prevalecer um jornalismo que não pode assumir uma visão do mundo. Pelo contrário, deve continuar a procurar uma objetividade utópica – quase como uma verdade científica.

Só em 2014 é que surge um novo projeto diferenciador: o “Observador”. Um jornal nativo digital que abdica do papel e que não pratica um jornalismo ideológico como o “Independente” mas que tem uma orientação editorial na secção de opinião que abrange várias correntes de pensamento, como o liberalismo ou o conservadorismo católico.

Resumindo e concluindo: quando comparamos o setor dos media em Portugal com Espanha, França, Grã-Bretanha, Itália ou Alemanha, concluímos facilmente que a comunicação social portuguesa carece do aprofundamento do pluralismo editorial.

Se a existência de jornais liberais, conservadores, progressistas, etc. é encarada naqueles países como algo enriquecedor do ponto de vista de uma informação plural e diversificada e da própria democracia, já em Portugal persiste a ideia de que o melhor caminho é a existência de uma imprensa supostamente imune a influências ideológicas – mesmo que a prática demonstre que os jornais acabam por refletir essas influências ideológicas mas sem assumi-las de forma clara e transparente perante os seus leitores.

Dito isto, é um facto que a privatização e a liberalização do setor da comunicação social fomentou uma verdadeira e forte concorrência entre os diversos meios. O que levou a um aumento exponencial da qualidade dos produtos oferecidos aos consumidores mas também um crescimento significativo dos crimes de abuso de liberdade de imprensa e de difamação.

Daí a pergunta: “Como articular a necessidade do pluralismo dos media com a proteção dos cidadãos?”

Essa proteção difere consoante as responsabilidades dos cidadãos. Isto é, um cidadão anónimo terá de ter uma proteção diferente de um titular de cargo político ou público.

Porquê? Porque alguém que é eleito para representar e decidir em nome da comunidade ou alguém que tem funções públicas está sujeito a um escrutínio especial da comunicação social – escrutínio este que está diretamente ligado à própria essência da democracia.

Já um cidadão anónimo pode ser escrutinado pelo Estado mas, em determinadas circunstâncias, tem direito à privacidade das conclusões desse mesmo escrutínio.

Na questão da proteção dos cidadãos é precisamente essa equação que entra em choque: liberdade de imprensa vs direito ao bom nome e à privacidade.

Do ponto de vista europeu, há uma clara inclinação pela visão maximalista da liberdade de expressão. Por exemplo, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entende que os titulares de cargos públicos e políticos têm os seus direitos comprimidos face ao imperativo do escrutínio democrático.

Logo, o exercício da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa sobrepõe-se ao direito ao bom nome e à privacidade dos titulares de cargos públicos e políticos.

Após condenações consecutivas de Portugal nos anos 90 e década de 2000 no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por violação da liberdade de expressão e de imprensa, os tribunais portugueses adotaram de forma estrutural a jurisprudência daquele tribunal.

2. As entidades que gerem as plataformas privadas e outros meios de comunicação social devem poder selecionar e remover informação e, no limite, excluir ou silenciar utilizadores como ocorreu recentemente nos EUA relativamente ao Ex-Presidente Trump e outros republicanos? Não deverá esta dinâmica de autorregulação ser objeto de determinação legal prévia?

A democracia tem muitas características mas se quisermos procurar uma versão resumida, esta é uma possibilidade: a democracia é uma dialética de várias verdades.

Em democracia, não há uma verdade. Há várias verdades que vão dialogando no espaço público. Do ponto de vista da governação da comunidade, há várias verdades que se ‘candidatam’ a eleições e tentam ganhar o máximo número possível de votos. Há uma verdade que é eleita para governar, que governa consoante o seu programa eleitoral mas que é obrigada a respeitar e a ouvir as verdades minoritárias – sendo que, em certas circunstâncias, essas verdades minoritárias podem unir-se para derubar o governo da verdade que ganhou as eleições.

Resumindo: o pluralismo democrático obriga à existência de um espaço pluridimensional.

Ora, esta realidade é posta em causa pelas redes sociais. Porquê? Porque o Facebook, o Twitter ou o Instagram consistem numa realidade unidimensional que é construída por um algoritmo programado para nos dar os conteúdos que correspondem às nossas ideias mas também para nos envolver com pessoas que pensam como nós. O diálogo proposto não é entre amigos que pensam de forma diferente mas sim entre aqueles que têm a mesma opinião.

Acresce que o algoritmo daquelas redes sociais também promovem um acesso parcial à informação. A tendência é o utilizador ter contacto com conteúdos que correspondam às suas ideias pré-definidas – em vez de ser confrontado com pensamentos diferentes dos seus.

Esse silenciamento de vozes diferentes da nossa, que é a génese do algoritmo das redes sociais, acabou por influenciar um dos acontecimentos mais importantes dos últimos anos em termos de comunicação social: o silenciamento de uma conferência de imprensa do Presidente Donald Trump na Casa Branca por parte das principais televisões nacionais dos Estados Unidos no dia 6 de novembro de 2020.

Por ser apologista de uma visão maximalista da liberdade de expressão, não posso concordar que as TV's tenham silenciado Trump. Não colhe o argumento de que Trump estava a mentir quanto à validade e legalidade do processo que levou à vitória do seu concorrente Joe Biden nas eleições presidenciais dos Estados Unidos.

Um jornalista existe para escrutinar mas também existe para reportar. E nessa função de reportagem, de revelar o que está a acontecer, o jornalista tem de relatar o que está a ver ou a ouvir.

O Presidente Trump fez afirmações falsas mas tem o direito de as fazer e a imprensa tem a obrigação de reportar essas declarações. A seguir, os media têm a obrigação de escrutinar essas declarações.

E os silenciamentos que as redes sociais promovem, como aconteceu com Donald Trump no Twitter? Esta pergunta tem uma resposta mais complexa.

Uma rede social não é um jornal.

Uma empresa que detenha um órgão de comunicação social tem muitas restrições legais, entre as quais a de não interferir na produção dos conteúdos jornalísticos, em nome da importância de um jornalismo livre para uma democracia.

Já as empresas privadas donas de uma rede social não têm essas restrições, logo podem impedir a publicação de determinados conteúdos. Muitas vezes até com fundamento para tal quando estão em causa discursos de ódio, racistas ou discriminatórios. Mas também muitas vezes sem qualquer fundamento, tendo em conta que muitas vezes basta uma simples queixa para silenciar alguém.

Ora, o silenciamento de alguém (mesmo de alguém como Donald Trump) reforça a realidade unidimensional que é construída por inteligência artificial. Uma democracia,

seja ela qual for, não pode deixar que um novo espaço público (é isso que é uma rede social) possa ser construído com uma premissa de uma censura arbitrária.

Como vamos solucionar isto?

- As empresas detentoras das redes sociais falharam na sua auto-regulação e terão de ser reguladas.
- O objetivo de uma regulação das redes sociais deve ter como objetivo a construção de ferramentas tecnológicas – porque tal é possível – que permitam reduzir ao máximo (ou até mesmo eliminar) essa realidade unidimensional.

O foco dessa regulação tem de ser claro: reforçar a base da democracia e promover o diálogo das várias verdades.

Liberdade para errar

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.6>

Carlos Abreu Amorim*

*Freedom is not worth having if it does not include
the freedom to make mistakes.*

Mahatma Gandhi

A – De entre os vários tópicos interrogativos que nos foram propostos pela Linha de investigação Globalização, Democracia e Poder – JUSGOV, Centro de Investigação da Escola de Direito da Universidade do Minho¹, as nossas reflexões centraram-se em duas questões com bastante premência atual e cuja resposta afigura deter alguma complexidade:

1. Deverá a remoção de conteúdos estar sujeita à intervenção pública – por via da atividade administrativa de entidades reguladora ou, em última análise, através de intervenção judicial? Ou a autorregulação permite uma resposta mais rápida? Se for o caso, como se deverá desenhar essa autorregulação? O que falta, no quadro legislativo atual, acautelar para que a mesma atue segundo um critério unitário?
2. Não está a remoção de conteúdos ou a classificação de informação como falsa contaminada pelo facto de os detentores das plataformas terem necessariamente um posicionamento político concreto?

Os temas colocados são relevantes e entrecruzam-se. Também, primeiramente, se deverá salientar que, em certos casos, a evidente interpenetração das preocupações inerentes não significa que todas tenham um ponto de partida semelhante ou aproximado – o que, em boa verdade, poderá revelar-se prejudicial em relação à eventual harmonia das respostas finais obtidas com esta breve reflexão.

Nesta fase do debate, gostaria de equacionar o problema tentando responder aos temas propostos com outras interrogações que me parecem determinantes para atingirmos o sentido primordial das que já foram equacionadas como tópicos:

* Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho.

1 O presente texto corresponde, no essencial, à apresentação oral feita no Workshop “Democracia e Comunicação Social”, realizado por via remota em março de 2021 e organizado pela Linha de investigação Globalização, Democracia e Poder – JUSGOV, Centro de Investigação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Optamos por manter no texto escrito o tom coloquial da apresentação que esteve subjacente à intervenção.

- I. Porque é que a existência de imprensa livre - a liberdade de imprensa, como lhe chama o artigo 38.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) – constitui um princípio basilar e inilidível dos sistemas democráticos?
- II. E, também, quais os motivos essenciais que estão pressupostos na opção constitucional no artigo imediatamente anterior, o art. 37.º, quando este veda a possibilidade de censura ou, melhor, “de qualquer tipo ou forma de censura” conforme estabelece no n.º 2 desse artigo da CRP?

B – Saliente-se, desde já, que os princípios estabelecidos e as liberdades/direitos conferidos no artigo 37.º da CRP são *a priori* claros e inequívocos.

- «1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.
3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.
4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos».

Este artigo 37.º abrange as liberdades/direitos de expressão e de informação no seu sentido genérico e mais amplo, encimando a ideia de *constituição de informação* que se configuraria em conjunto com os três preceitos constitucionais subsequentes, os artigos 38.º, 39.º e 40.º, de acordo com a construção de Gomes Canotilho e Vital Moreira nos seus comentários à Constituição². A liberdade de expressão deve ser aferida em modo extensivo, incluindo o direito a manifestar opiniões, ideias, pensamentos e visões sobre qualquer matéria presente no espaço público e mediante as formas e meios que estiverem à disposição dos cidadãos nacionais ou estrangeiros, incluindo a faculdade do seu exercício à esfera das pessoas coletivas, de acordo com o que se depreende do princípio da universalidade estabelecido no artigo 12.º, n.º 2, da CRP.

É curial salientar, desde já, que a esta liberdade/direito não está inerente qualquer dever de fidelidade à verdade factual ainda que esta se encontre determinada por critérios científicos ou técnicos. Por maioria de razão, esta liberdade/direito nunca poderá estar condicionada por vetores de exatidão ou de identidade com premissas pré-estabelecidas pelo poder político ou por entidades privadas detentoras de poder económico ou fáctico em plataformas de manifestação dessa opinião ou pensamento. Também, não se incluem quaisquer critérios apriorísticos de conformação do seu exercício à possibilidade de poder ser aferida ou conferida por qualquer outro meio

² JJ Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 571. O realce no texto é nosso.

ou forma através de alguma entidade específica. A sua natureza e modos de exteriorização não se detêm perante qualquer esforço de mediação ou apreciação prévias. Do mesmo modo, abstraindo dos casos de colisão de direitos e das limitações que a própria CRP determina, o exercício da liberdade/direito de expressão e de pensamento nem sequer poderá ser condicionado, cerceado ou vedado, por exigências de veridicidade ou de aproximação a uma narrativa oficial, quer esta surja de uma entidade pública ou privada.

Uma vez mais nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira:

«A liberdade de expressão não pressupõe sequer um dever de verdade perante os factos embora isso possa ser relevante nos juízos de valoração em caso de conflito com outros direitos ou fins constitucionalmente protegidos»³.

Deste modo, face à nossa ordem constitucional, desde já, ficam respondidas algumas das questões iniciais que estimularam esta breve reflexão, designadamente no que tange a saber da possibilidade da intervenção pública ou privada destinada à remoção de conteúdos ainda que estes possam ter sido classificados por alguma entidade como falsos ou desviados de alguma verdade tida e aceite. Perante a materialidade do direito fundamental consagrado no artigo 37.º da CRP essa possibilidade carece de legitimidade em termos gerais e sem se configurar uma situação que coloque em risco a perenidade de finalidades essenciais do nosso sistema jurídico e político ou que decorra da criteriosa avaliação exercida por entidades com competência e legitimidade para dirimir conflitos entre direitos fundamentais de acordo com os critérios formais e materiais do direito.

Reforçando esta nossa convicção, parecem-nos assaz elucidativos do nosso ponto conclusivo os comentários ao mesmo artigo 37.º da CRP de Jorge Miranda e Rui Medeiros:

«Os direitos de expressão e de informação exercem-se por qualquer meio: a palavra oral ou escrita. A imagem ou gesto, o espetáculo, o filme e qualquer outro meio audiovisual, o ciberespaço, o silêncio. Em qualquer circunstância. E em qualquer lugar, privado ou público. Exercem-se perante o Estado e no interior de quaisquer organizações, associações ou grupos, mesmo se problemas complexos de disciplina possam surgir...»⁴.

O modo como este direito fundamental está descrito e inserido na dogmática dos direitos, liberdades e garantias constitucionais não é fruto acidental e muitos menos de um qualquer acaso sistemático. Nem mesmo entendemos que decorra da imperscrutável *occasio legis* que enforma parte assinalável do texto constitucional, *i.e.* das específicas circunstâncias políticas e sociais que marcaram o período de gestação do texto original da CRP, de junho de 1975 até abril de 1976. Nem, ainda, do impulso natural,

3 Idem, p. 572.

4 Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 429-430.

que, todavia, seria irremediavelmente datado, à semelhança de tantas outros princípios e normas que restaram no texto constitucional desde a sua versão original, que eventualmente determinaria o modo e o sentido interpretativo de este artigo 37.º da CRP por pretender destacar uma linha de separação evidente com o regime constitucional, legal e político que persistiu durante a ditadura vigente durante o período anterior à revolução de 25 de abril de 1974 – muito mais do que isso, este direito fundamental constitui uma intrínseca marca identitária do corpo dos direitos fundamentais onde se insere, da própria constituição material, e que intencionalmente matiza o regime político democrático português.

Note-se que o texto deste artigo na versão original da Constituição, aprovada pelo Decreto de 10 de abril de 1976, com a mesma numeração e epígrafe, dizia o seguinte:

- «1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de se informar, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.
3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficarão submetidas ao regime de punição da lei geral, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais.
4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta».

É evidente a matriz de direito fundamental com um papel fulcral de prisma interpretativo essencial no corpo de direitos fundamentais já no texto original de 1976. As revisões constitucionais a que foi sujeito, em 1982 e 1997, densificaram e apuraram ainda mais a sua centralidade no conjunto dos direitos e as liberdades nele ínsitas.

O n.º 2 do artigo 37.º tem uma abrangência geral e fortemente imperativa no seu escopo proibitivo de qualquer ação pública ou privada que limite a liberdade/direito patente no n.º 1, ou seja visa a proibição de toda a ação de qualquer pessoa ou entidade, exteriorizada por qualquer meio ou forma que se demonstre vocacionada a limitar a liberdade de expressão e de pensamento. É claro que a sua aplicação não se circunscreve apenas aos órgãos de comunicação social (OCS), a quem se destina prioritariamente o artigo seguinte, o 38.º, mas estes, por isso mesmo, devem-se também considerar abarcados nesta proibição geral por se inscreverem na essencialidade do bem jurídico-político protegido pela presente liberdade/direito: o regime democrático, na perspetiva da construção inderrogável de uma conjugação de valores que dele são indispensáveis e inseparáveis, como a pluralidade de opiniões e de visões sobre a sociedade, a tolerância, a conjugação das diferenças no todo social e na comunidade política onde convivem, os direitos das minorias.

A proibição da censura inscrita no texto constitucional português inscreve-se na razão de ser do princípio democrático: identifica-o, qualifica-o, fundamenta-o e define-o. Sem a liberdade/direito de livre expressão do pensamento seria a própria lógica da democracia que estaria, fatalmente, a ser posta em causa. Esta constitui um

autêntico *sine qua non* da sobrevivência de qualquer regime materialmente democrático. Daí a robustez explícita da proibição da censura, prescrita no n.º 2, do artigo 37.º da CRP.

Amparando-nos, ainda, no comentário de Comes Canotilho / Vital Moreira:

“... a proibição da censura é de âmbito geral. Extensional e intensionalmente, a proibição de censura aplica-se a toda e qualquer forma de expressão e informação e não apenas à que tem lugar através dos meios de comunicação social”⁵.

Evidentemente, que esta não será uma liberdade/direito isenta de limites – mas serão sempre aqueles determinados pelo Direito, sobretudo pelo conflito com outros princípios ou outros direitos fundamentais, restrições respeitantes ao abuso de direito, a dados nominativos ou pessoais ou a outras proteções jurídicas que estão estabelecidas noutras leis, como serão, por exemplo, os casos dos segredo de Estado, segredo de justiça, sigilo profissional, entre outros, mas nunca decretados pelo poder arbitrário de quem quer que seja ainda que esteja colocado na posição de supremacia económica, social ou outra, na entidade ou plataforma onde a manifestação de opinião e de pensamento se efetiva - à luz da essencialidade dos direitos fundamentais que configuram o sistema jurídico português e a imensa maioria das democracias a nível europeu mundial.

A liberdade/direito de expressão e de pensamento inclui a liberdade de errar – assumindo as eventuais consequências desse erro, como sempre acontece no Direito.

C – Sem dúvida que um dos problemas pode resultar do nosso contexto constitucional relativo à liberdade/direito de expressão e à liberdade de imprensa, este último perspetivado como o direito a informar e a ser informado, resulta da dificuldade de estes direitos parecerem enquadrar-se em face de destinatários evidentes que são os órgãos de comunicação social (OCS). E, por seu turno, as plataformas das redes sociais de internet como o *Twitter*, *Facebook*, *Instagram*, *Snapchat*, o *TikTok*, ou outras, poderão não possuírem qualificações bastantes para serem assim consideradas. Porque, eventualmente, não terão estatuto editorial, corpo redatorial, jornalistas sujeitos a códigos deontológicos e a avaliações disciplinares, nem, à partida, critérios de seleção da informação que será ulteriormente convertida em notícias

Contudo, parece não ser assim à luz do direito português. Por diversas vezes, os Tribunais portugueses têm decidido no sentido de considerar que a publicação de um texto numa dessas plataformas de redes sociais deve ser tida como equivalente a uma realizada num OCS.

5 JJ Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 574.

O Tribunal da Relação do Porto considerou, em 2013 que:

“...constitui meio de comunicação social, para o efeito do n.º 2 do artigo 183.º do Código Penal uma página do “Facebook” acessível a qualquer pessoa e não apenas ao grupo de “amigos”.⁶

Sendo que o artigo 183.º, n.º 2 do Código Penal, quando se refere ao crime de calúnia, considera agravante quando o facto é praticado através de órgão de comunicação social (OCS).

Por sua vez, um documento de trabalho da Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERC), datado de 2014, já concluía pela necessidade de enquadrar os Novos Media na lógica da Regulação, *i.e.* na dimensão garantística do Direito, sobretudo na materialidade dos direitos fundamentais⁷. Sem dúvida que essa tarefa está longe de estar acabada, pelo contrário. Para todos os efeitos, e desde já, as publicações em qualquer uma de estas plataformas de redes sociais, independentemente do modo como as qualifiquemos juridicamente (se são ou não OCS ou entidades equivalentes) desde que estejam abertas ao público, deverão estar sujeitas aos princípios da liberdade de expressão e à proibição de censura.

D – As redes sociais que permitem a comunicação entre pessoas e a sua constante interação popularizaram-se a ritmo alucinante. Entranharam-se nas rotinas quotidianas de muitas centenas de milhões de pessoas e permitiram que alguns se afirmassem como divulgadores de ideias, de serviços, de tendências, de formas de vida das mais variadas espécies e feitios⁸.

Os titulares dessas plataformas, num primeiro momento, não colocaram entraves à popularização das suas redes – aliás, fizeram exatamente o oposto.

Zuckenberg e outros afirmaram-se como paladinos da livre expressão de qualquer um, comportaram-se como os instrumentos idóneos para que qualquer cidadão comum pudesse estar em condições de atingir públicos elevados, audiências capazes de rivalizar com os tradicionais OCS. À partida, com as redes sociais nas mãos de um pequeno número de super-empresários oriundos da cultura de *Silicon Valley*, parecia

6 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto n.º 1087/12.9TAMTS.P1, de 30/10/2013, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/0fab00c6a2ab290380257c2200521381?OpenDocument> [acesso: 20.4.2022].

7 “Novos Media, Sobre a redefinição da noção de órgão de comunicação social”, Grupo de Trabalho Media Digitais, 2014, disponível em: <https://www.erc.pt/download/YToyOntzOjg6ImZpY2hlaXJvIjtzOj-M5OjltZWRpYS9maWN0ZWlyb3Mvb2JqZWNoY29vZmZsaW5lLzE3NC5wZGYiO3M6NjoidGl0dWxvIjtzOj-UwOjltb2JyZS1hLXJlZGVmaW5pY2FvLWRhLW5vY2FvLWRILW9yZ2FvLWRILWVnbXVuaWNhYyI7fQ==/> sobre-a-redefinicao-da-nocao-de-orgao-de-comunicac [acesso: 20.4.2022].

8 O caso português está detalhado num interessante estudo comparado da responsabilidade da ERC, *Público e Consumos de Média, O consumo de notícias e as plataformas digitais em Portugal e em mais dez países*, s.d., disponível em: <https://www.erc.pt/download/YToyOntzOjg6ImZpY2hlaXJvIjtzOjM4OjltZWRpYS9lc3R1ZG9zL29iamVjdG9fb2ZmbGluZS82O54xLnBkZiI7czo2OiJ0aXR1bG8iO3M6MzU6ImVzdHVkby1wdWJsaWNvcy1lLWNvbnN1bW9zLWRILW1lZGhIjtzOj-estudo-publicos-e-consumos-de-media> [acesso: 20.4.2022]

que o pináculo da liberdade de expressão e de pensamento estaria definitivamente ao alcance de bilhões de mãos. Qualquer um podia ser repórter, dar notícias, investigar, aferir opiniões, julgar situações através dos seus próprios critérios – insisto, tudo isso num número impressionante de pessoas, sem qualquer dúvida o máximo já atingido na civilização.

Depois foram-se percebendo alguns problemas para os quais não se encontrava solução imediata: os abusos da liberdade de expressão, a utilização das redes para fins ilegais – questões que os esquemas clássicos do direito resolveriam sem especiais dificuldades mas que os assustadores défices de cultura jurídica que matizam a atuação dos novos oligarcas das redes sociais não permitiam perspetivar.

Depois veio a política: o condicionamento das visões sobre a realidade, a manipulação de factos, a reconfiguração de situações, a apropriação de informações e de dados pessoais relativas a preferências, inclinações, vulnerabilidades, visando um aproveitamento para diversos fins: primeiro comerciais, depois, claramente, de natureza política.

A informação privilegiada passou a valer milhões – a União Europeia (UE) apresentou uma Estratégia Europeia de Dados, incluindo a Governança dos Dados e um projeto de Regulamento, visando criar uma verdadeira União Europeia dos Dados, projetando que tal possa incrementar o valor económico anual da partilha de dados para 11 mil milhões de euros até 2028⁹. E há quem estime que o mercado mundial em 2025 atinja os 400 mil milhões.¹⁰

E, mais do que isso, a nossa pegada digital passou a ser traduzida em votos. E isso mudou as regras do jogo. Veremos se transformará, ou não, as lógicas do Direito, designadamente as do direito fundamental de primeira geração consubstanciado na liberdade/direito de expressão e de informação e o seu fundamento lógico, a proibição da censura, tal como as conhecemos. Por mim, temo bem que sim.

E – De repente, sempre com pretextos bondosos e de natureza imediatista, surgiu no espaço das redes sociais a censura expressa de publicações ofensivas para um suposto *mainstream*. Paralelamente os proprietários das principais redes sociais pareceram alinhar com fervor no movimento *cancel culture*, ou seja o varrimento do espaço público de quem pareça defender opiniões que destoam das visões que as entidades estabelecem como “aceitáveis”. Outras vezes, utilizando pretextos vários, foi-se sedimentando essa lógica do banimento de figuras que proferem opiniões “fora da caixa” ou que devido a motivos políticos ou sociais se converteram em personagens impopulares para parte dos utilizadores ou, sobretudo, para os líderes de opinião tidos como relevantes nas redes sociais

9 Estratégia Europeia em matéria de Dados, disponível em: Estratégia europeia em matéria de dados | Comissão Europeia (europa.eu) [acesso: 20.4.2022]

10 “Os Heróis de Dados do Amanhã”, o artigo foi assinado pelos consultores da consultoria Florian Gröne, Pierre Péladeau e Rawia Abdel Samad.

Este movimento, que no momento em que este debate se realiza parece inabalável, não se confunde com a *wake culture*¹¹ embora este último constitua, muitas vezes, o fundamento das sanções decorrentes do primeiro.

Todo este caldo de cultura assume indeclináveis tendências e formas que visam vedar o livre exercício de opinião a quem pareça destoar do tom principal. Conforma pensamentos, expressões e ideias, limita visões e sanciona aqueles que não cumprem as regras definidas não se sabe bem como nem por quem.

Não sabemos exatamente quem definiu aprioristicamente os tipos de comportamento que serão suscetíveis de serem aferidos como expressões de ódio ou de se tornarem ultrajantes para alguns extratos da sociedade. Prioritariamente, isso sabemos indubitavelmente, não foram os aparelhos legislativos e judiciais dos Estados nem os sistemas jurídicos que realizaram essa tarefa através da sua experiência e mediante os raciocínios e esquemas de aplicação do direito. Tudo indica que terão sido os próprios titulares das empresas dominantes no mercado das redes sociais a fazê-lo, tendo como pontos de referência critérios de simples gestão e a ânsia constante de agradar ao maior número possível de consumidores.

É a partir desse amontoado de razões de mercado e de regras que nada mais são do que esforços de resposta aos gritos que vêm da rua (em forma digital) que os titulares das plataformas digitais começaram um intenso processo que cognominaram de autorregulação.

Imaginaram as suas próprias regras dos conteúdos admissíveis, do que pode, não pode e deve ser permitido. Conceberam os seus próprios processos de elaboração de decisões de natureza sancionatória. Inventaram os seus próprios meios de aplicação dessas punições. Num direito tão fulcral e determinante como é o da liberdade de expressão e de pensamento arvoraram-se em legisladores, fiscais, tribunais e sistema de punição dos putativos infratores.

E nesse seu caminho, precipitado e juridicamente infantilizado, abalroaram grande parte dos princípios do Estado de Direito e das lógicas elementares da Democracia.

Na última década e meia, com as redes sociais transformadas nas entidades maiores na comunicação e expressão das vontades e do pensamento dos cidadãos do século XXI, fizeram regredir o Direito em alguns séculos. Os homens e mulheres que se arvoraram em emissários do futuro da maravilha digital ao alcance de todos transportaram o seu próprio mundo digital em espaços situados fora do Direito, ou seja alheios e a descoberto da cobertura dos princípios que tinham sido adquiridos no pensamento nos séculos XVII-XVIII e na configuração concreta das sociedades a partir do liberalismo constitucional do século XIX.

11 A expressão deriva de uma palavra utilizada maioritariamente pelas comunidades afroamericanas com o significado de "estar desperto". Ganhou robustez no presente século e traduz-se numa forma de ativismo social dedicado a causas identitárias, lutas contra a discriminação por questões sexuais, o racismo e xenofobia. Atingiram plenitude cultural mundial no decurso da campanha presidencial norte-americana que levou à vitória de Joe Biden, em 2020.

Eles estatuem o que é suprimido e o que fica publicado. Eles decidem quem pode estar num espaço que se julgava público e de liberdade e quem deve desaparecer. Eles decretam quem tem voz e quem fica sem ela.

Saliente-se que tudo isto é realizado sem que os visados, aqueles que estão na suscetibilidade de sofrer os efeitos concretos ou laterais destas determinações saibam exatamente o que está em causa.

Não será demais salientar que um dos melhores adquiridos do Direito é a característica indispensável da publicidade das regras a que todos estamos sujeitos.

Outra é a que decorre da ideia anglo-saxónica do *Due Process* – ou seja, que os processos ou procedimentos que possam resultar em efeitos jurídicos suscetíveis de afetar os direitos e posições jurídicas de alguém deverão ser gerados por uma lógica decisória transparente, aberta, participada, e, sobretudo, com regras conhecidas que permitam a defesa legítima dos meus interesses.

Nada disso acontece aqui.

As regras do cancelamento e da ostracização do espaço das redes sociais, na sua plenitude, estão apenas ao alcance daqueles que as gizam e as aplicam. Só deles são conhecidas. Não existem direitos de defesa dignos desse nome. Normalmente nem se é ouvido, suprimindo-se o princípio do contraditório que é essencial em qualquer processo de cariz sancionatório. A supressão de direitos, os atos de banimento e de censura são unilaterais, autoritários, executórios, sem recurso, logo, também esbuzcando o direito a uma dupla pronúncia. Pontapeiam qualquer lógica do Direito

Graças aos engenheiros e aos empresários do Digital estamos a regressar aos tempos antigamente usados, prévios às revoluções liberais, do direito secreto, misterioso, inacessível, quase esotérico.

Perante a ameaça de uma publicação em supervisão ou uma conta de rede social colocada “em vigilância” o destinatário fica na mesmíssima posição que um súbdito restava durante o Absolutismo porque a Administração do Rei no Estado Polícia era insindicável, não se conheciam exatamente os modos como era elaborada e, sobretudo, não admitia contraditório nem podia ser impugnada.

F – É para nós inadmissível que se concebam as redes digitais como espaços fora do Direito. As respostas às questões inicialmente colocadas terão de ser impregnadas de sentido jurídico, da materialidade dos direitos fundamentais de que a CRP, assim como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹², constituem exemplos do ponto de desenvolvimento e da complexidade que os sistemas jurídicos contemporâneos atingiram nesta matéria.

12 Por todos, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, coordenação Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Almedina, Coimbra, 2013.

Nesse sentido a remoção de conteúdos só poderá suceder por intervenção pública, prioritariamente judicial e mediante a aplicação de todos os princípios e regras que os sistemas jurídicos definem para esse tipo de situações – designadamente a conceção de regras claras e publicitadas que tracem os conceitos de conteúdos abusivos e a necessidade da sua eventual remoção após terem sido utilizados os direitos de defesa apropriados. Caso os Estados concebam a possibilidade de entidades reguladoras com competência e legitimidade para tal, os mesmos princípios e lógicas deverão ser a matriz da sua atuação.

Nunca tal deverá estar exclusivamente a cargo dos próprios detentores das plataformas. Nunca lhes deverá ser concedida a possibilidade de poderem ditar o que é ou não aceitável, sancionando cidadãos cuja prevaricação teria sido a de emitirem opiniões na legítima presunção de que se manifestavam num espaço público livre sob tutela do Direito.

Os detentores das plataformas das redes sociais têm o dever indeclinável de se adaptarem aos princípios e procedimentos do Direito e nunca o contrário.

G – Obviamente que o caso do banimento do ex-presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, ter sido banido pelo *Twitter* acabou por trazer uma luz pública para esta ordem de problemas muito mais intensa do que qualquer outro dos muitos casos similares que o antecederam.

Sem qualquer surpresa verificou-se, a nível mundial, que a avaliação dessa situação se desprende do verdadeira problema que em causa, centrando-se, ao invés, numa polémica estéril sobre se se é “a favor” ou “contra” Trump. Porque, em caso afirmativo, parecia existir um dever de ofício de admitir a aplicação de todas as sanções possíveis e imaginárias em nome da justiça *a priori* do “castigo” a quem não se estima. E poucos foram os que conseguiram superar esta agreste asfixia maniqueísta – nos líderes políticos mundiais, note-se a sintomática exceção de Angela Merkel¹³.

A esse propósito, gostaria de terminar a minha breve exposição parafraseando um conhecido poema de Martin Niemöller, muito citado mas cujo significado, temo, tenda sempre a ser esquecido:

Um dia vieram e baniram Trump.

Como não sou Trump nem gosto dele, não me incomodei.

Não fiquei triste por varrerem alguém com uma opinião sobre o mundo e as coisas distinta da maioria até porque eu próprio não partilho essa visão.

Outros foram banidos mas não concordava com eles e também não me incomodei.

Um dia, quando chegar a minha vez de ser banido, não haverá ninguém que me defenda ou que lamente a minha sorte.

13 A Chanceler alemã qualificou de “problemático” o banimento de Trump nessa plataforma digital: <https://www.dw.com/en/angela-merkel-calls-trump-twitter-ban-problematic/a-56197684> [acesso: 20.4.2022].

PARTE II

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 juizes 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.

Comunicação social, compreensão política e integração europeia na era digital¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.8>

Alessandra Silveira*

Quando hoje se debate sobre democracia e liberdade de expressão, os interlocutores tendem a ocupar-se do fenómeno das redes sociais – seja em função da escala do problema ou do modelo de negócio que lhe subjaz. Penso, todavia, que neste domínio as perplexidades jurídicas estão bem endereçadas² – e as soluções passam sobretudo pela regulamentação das tecnologias digitais, máxime pela auditabilidade dos algoritmos de aprendizagem.³

Mas esta é apenas uma dimensão do problema que interpela os *media* na era digital – e porventura nem sequer a mais difícil de resolver. A manipulação do eleitorado não é uma questão nova – e até há pouco tempo a ameaça residia precisamente na isenção dos *media* tradicionais e no seu impacto na formação da vontade esclarecida.

Tenho o gosto de lecionar há cerca de quinze anos uma Unidade Curricular intitulada “Democracia e boa governação” no Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho. Por imperativo profissional e para os efeitos de memória futura, costumo guardar os exercícios de avaliação aplicados aos estudantes. Recuperei há dias um excerto de há alguns anos, que bem ilustra as preocupações que então nos interpe-
lavam:

“Numa obra intitulada *Homo videns*, o politólogo *Giovanni Sartori* afirma que os direitos políticos dos cidadãos resultam inutilizados pelo fenómeno da *videocracia*, ou seja, pelo super-poder dos meios de comunicação de massa que dominam tanto o mercado económico como o político. Num sentido próximo, *Danilo Zolo* desenvolveu o conceito de *teledemocracia*, segundo o qual os *media* desempenham um papel

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho.

1 O texto reproduz a intervenção oral da Autora no *workshop* online organizado pelo JusGov a 5 de março de 2021, sendo apenas acrescentadas poucas notas de rodapé indicativas das fontes utilizadas.

2 Cf. Conclusões do Conselho sobre a salvaguarda de um sistema mediático livre e pluralista (2020/C 422/08), JO C 422 de 7.12.2020, p. 8-15.

3 Cf. Alessandra Silveira/Pedro Froufe/Joana Covelo Abreu/Sophie Perez, Sustentabilidade tecnológica e discriminação algorítmica: o problema da regulamentação de algoritmos de aprendizagem, Rogério Gesta Leal/Alessandra Silveira/Carlos Aymerich Cano (coords.), *IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*, Universidade da Coruña, Bubok Editorial, Corunha/Espanha, 2018.

decisivo na seleção daquilo que o público percebe como relevante – e desta forma controlam as opiniões e comportamentos dos cidadãos, que passam de controladores a controlados. *Norberto Bobbio*, por sua vez, sustenta que a democracia corresponde a um conceito ideal, porque nas sociedades contemporâneas muitos não estão em condições de saber e outros pensam que sabem, sendo facilmente enganados pelos meios de comunicação social. E o jornalista *Ignacio Ramonet (Le Monde Diplomatique)* desfere o golpe decisivo: os *media*, desde sempre considerados o pilar da democracia, ter-se-iam convertido num problema da democracia – deixaram de ser um contrapoder e não passam de um negócio integrado por grupos económicos”.

Os estudantes foram então confrontados com a seguinte perplexidade: “Concorda com tal apreciação? Se a liberdade de opinião pública consiste no fundamento substantivo e operativo da democracia, como injetar ânimo no projeto democrático diante de tão catastrófico diagnóstico?”. Se hoje quisermos atualizar aquela perplexidade, seria de perguntar se tais fragilidades desapareceram simplesmente, ou se estamos apenas confrontados com uma ameaça ainda maior para a democracia, porque atomizada em milhões de internautas que se substituem aos especialistas e dispensam intermediários.

Há relativamente poucos anos, era comum que algumas instituições monopolizassem a função de seleção e síntese da informação, atuando como filtros cognitivos à escala social. Os *media*, entre outras instituições de inquestionável prestígio social, decantavam a informação que não devia ser considerada relevante, apoiando-se num princípio de autoridade que lhes outorgava a tradição, ou simplesmente aproveitando a proeminência que lhes garantia a burocracia e o poder governativo. E assim exerciam a sua influência sobre as práticas mais comuns da vida quotidiana – até ao ponto de prefigurar decisões tão simples como que livro ler ou que emissora sintonizar. Todavia, porque tais instituições culturais do Estado moderno simplificavam a eleição, também coartavam o impulso individual de seleção da informação, dificultando a difusão de soluções originais ou inovações criativas. A crítica ao projeto da modernidade acelerada nos últimos 50 anos foi revelando os interesses ocultos implicados em qualquer ato de seleção – e fê-lo em favor de critérios alternativos de avaliação da realidade e de soluções habitualmente preteridas.⁴

E cá chegámos à modernidade líquida de Zygmunt Bauman⁵, desprovidos das instituições que funcionavam como mediadores sociais – o que possibilitava uma certa homogeneidade no discurso sobre a realidade coletiva. Estamos hoje diante de um novo paradigma de comunicação “pessoa a pessoa” sem intermediários, no âmbito do

4 Sobre o tema cf. Sobre o tema cfr. Yanko Moyano Diaz, *Comprensión política y acontecimiento. Una contribución a los estudios políticos contemporáneos*, tese de doutoramento em Filosofia, Universitat de Barcelona, 2017.

5 Sobre o tema cf. Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, Zahar, Rio de Janeiro, 2001. A pós-modernidade representa a falência das narrativas amplas/universais que excedem o indivíduo, explicando e dando sentido ao que lhe acontece. Nesta medida, Bauman explica que no âmbito da modernidade fluida que estamos a vivenciar, estão a derreter os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – ou seja, os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro.

qual foram capilarizadas as práticas de seleção e difusão de conteúdos. E o busilis reside no facto de não contarmos com ferramentas que nos adaptem às novas formas de experiência comunicativa – há uma ausência de filtros coletivamente aceites.

Neste contexto, o êxito do discurso político depende das condicionantes subjetivas que explicam a seleção de conteúdos na *Internet*. O discurso intimista exposto na *Internet* como um fato político partilhado já não necessita corresponder à verdade para ter êxito – basta que seja aceite como próximo, possível, verosímil; ou seja, algo que poderia acontecer a mim ou ao meu vizinho. O que resulta na *Internet* é o espaço partilhado, a projeção da percepção próxima, e preferencialmente íntima. E aqui não releva tanto o que se diz, mas o que as pessoas efetivamente ouvem. De resto, parte da desinformação que corre na *Internet* – a mais sofisticada e fraudulenta – tem o poder de moldar a forma como as pessoas veem o mundo porque vai ao encontro daquilo que querem ouvir, legitimando os seus preconceitos.⁶

Ora, este diagnóstico exige novas coordenadas para o estudo dos problemas da compreensão política – que permitam relacionar o pensamento reflexivo-racional dos cidadãos (ou seja, a força “iluminista” do melhor argumento que terá aparentemente desaparecido) com as suas experiências de vida quotidiana (arquétipos narrativos e mitos contemporâneos que condicionam o comportamento dos votantes).⁷ E sobretudo, é preciso explorar as virtuosidades deste novo estado de coisas – porque também as há – e fazê-lo através da estabilização das expetativas democráticas. Ou seja, perspetivar a democracia como ela é, com as suas fragilidades e vicissitudes, pois a alternativa autoritária é um delírio coletivo de consequências desastrosas.

Neste sentido, tenho insistido (na senda de Ulrich Beck⁸) que talvez seja tempo de abordar a integração europeia (que é o meu objeto de estudo) a partir da perspetiva dos indivíduos, das experiências de vida do quotidiano, do bulício da integração horizontal – e não tanto (ou não apenas) a partir da integração vertical. Quando se fala em democracia europeia aparecem imediatamente propostas de reformas institucionais, sempre na perspetiva da integração vertical, mas talvez seja tempo de abordar o problema na perspetiva da integração horizontal.

Mas então, “Como oportunizar que os cidadãos europeus aprendam a ver-se a si próprios a partir dos olhos dos outros?” (ou seja, a partir dos cidadãos de outros Estados-Membros)? Esta questão poderia ser desdobrada em várias outras: “Como abrir canais privilegiados de comunicação entre os indivíduos? E que canais se devem abrir? E quem seriam os tradutores, ou seja, os agentes de intermediação, os agentes que comunicam os interesses e as realidades de cada um?” (tradução aqui perspetivada

6 Cf. Alessandra Silveira/Pedro Froufe, From the Internal Market to the citizenship of rights: the protection of personal data as the jus-fundamental identity question of our times, *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 4, No. 2, July, 2018.

7 Cf. Yanko Moyano Diaz, Understanding political beliefs: advantages and conditions of a culturalist notion of event, *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 4, No. 1, January 2018.

8 Cf. Sobre o tema cf. Ulrich Beck, *A Europa alemã – de Maquiavel a «Merkievel»: estratégias de poder na crise do euro*, Edições 70, Lisboa, 2013.

no sentido amplo do termo, aquele de “conduzir para nós”, revelando mentalidades e mundividências, pois nos interessamos somente por aquilo que conhecemos⁹).

A solução está amplamente estudada nas obras de Jürgen Habermas e Ulrich Beck – e exige uma prática diferente, entre outros, precisamente dos *media* – que podem contribuir decisivamente para a abertura recíproca das opiniões públicas nacionais, relatando as posições/controvérsias que os temas europeus provocam noutros Estados-Membros, e assim contribuir para um horizonte de vida partilhado, no qual se possa forjar comunicativamente uma vontade coletiva.¹⁰

9 Cf. Eduardo Prado Coelho, Unidos na diversidade?, Paula Moura Pinheiro (ed.), *Portugal no futuro da Europa*, Gabinete em Portugal do Parlamento Europeu/Representação da Comissão Europeia em Portugal, Lisboa, 2006, p. 75.

10 Cf. Jürgen Habermas, *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Edições 70, Lisboa, 2012, p. 82.

A intrínseca relação da democracia com a comunicação social: a concretização de um interesse público renovado numa União Europeia digital¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.9>

Joana Covelo de Abreu*

Não será vã a publicação coincidente, na União Europeia, de duas Comunicações da Comissão Europeia no dia 3 de dezembro de 2020. Afinal, no mesmo dia foi lançado o Plano de Ação para os meios de comunicação social na década digital da União Europeia² e o Plano de Ação para a democracia europeia³.

Na realidade, a democracia surge como um valor essencial à construção europeia, partilhado por todos os seus Estados-Membros e integrando o seu núcleo identitário – como, aliás, resulta do artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE).

Como foi sublinhado por Úrsula von der Leyen, a União Europeia, “acima de tudo, representa as pessoas e as suas aspirações”, onde a sua identidade também se constrói a partir de um sentimento de vivência democrática partilhada pelos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros – enquanto tradição constitucional que lhes é comum – e pelo ordenamento jurídico da União Europeia.

Posto isto, a democracia é, ao lado do estado de direito e da proteção de direitos fundamentais, uma das fundações da União enquanto um dos seus ativos mais importantes, permitindo aos cidadãos, direta ou indiretamente, definir as políticas públicas e exigir garantias e mecanismos de equilíbrio de poderes na hora da sua consecução.

Mas se tem este desígnio de envolvimento dos particulares no processo decisório público, no seu escrutínio e na sua consecução, também demanda que tal participação

* Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro da Comissão Diretiva e Integrado do JusGov.

1 Este texto corresponde, no essencial, ao teor da comunicação realizada, em março de 2021, no *Workshop* científico sobre “Democracia e Comunicação Social”, promovido pelo JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governança da Escola de Direito da Universidade do Minho.

2 Cfr. Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Os meios de comunicação social da Europa na Década Digital: plano de ação para apoiar a recuperação e a transformação”, Bruxelas, 3.12.2020, COM(2020) 784 final.

3 Cfr. Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Plano de ação para a democracia europeia”, Bruxelas, 3.12.2020, COM(2020) 790 final.

(em sentido amplo e não numa aceção restrita a mecanismos típicos de democracia participativa) seja informada e permeada por um amplo debate de ideias, capaz de veicular diferentes pontos de vista igualmente consubstanciados.

Neste contexto, sublinham-se três setores capazes de promover esse exercício informado da e para a democracia:

- a comunicação social;
- a comunidade académica;
- a sociedade civil.

Os seus contributos, apesar de distintos, são confluentes e complementares, perspectivando-se como fundamentais à defesa e à construção proactiva da democracia já que esta não pode ser dada como certa, demandando antes a sua “promoção ativa”.

Assim, se, por um lado, se tem assistido a uma participação política renovada e um aumento da participação eleitoral, a realidade é que a democracia enfrenta desafios atuais, alguns dos quais decorrentes do próprio fundamento (e finitudes) da democracia:

- 1) Aumento do extremismo;
- 2) Crescente polarização;
- 3) Tendencial distanciamento entre os cidadãos e os seus representantes eleitos.

A par disto, há afetações intrínsecas ao setor da comunicação social, nomeadamente pela deterioração do ambiente em que jornalistas operam, sobretudo decorrente de uma rápida disseminação das notícias falsas que têm uma capacidade de alcance e de penetração muito mais profunda. Ora, tais preocupações extravasam a União Europeia pois as pressões à democracia, ao estado de direito e aos direitos fundamentais não se colocam apenas no âmbito europeu, assumindo uma repercussão global; portanto, a forma como “cultivamos e reforçamos as bases democráticas da União Europeia e nos Estados-Membros tem impacto na força da ação externa da UE”.

A democracia atual também sofreu um processo de transformação digital. Desde logo, no exercício da política democrática já que as campanhas políticas deixaram de ser limitadas aos veículos tradicionais de ideias (*outdoors*, cartazes, comícios e cobertura mediática pelos órgãos de comunicação social tradicionais), passando a realizar-se também em linha, o que promove novas oportunidades de participação cívica e de acesso ao debate democrático de ideias. No entanto, a rápida transformação que o ambiente “em linha” criou novas vulnerabilidades, designadamente quanto à observância da liberdade e pluralidade dos meios de comunicação social e quanto a fenómenos como a desinformação. Detetam-se, portanto, pontos de esforço comuns à afirmação da democracia como valor essencial do quadro identitário europeu e à procura de soluções concertadas no seio da comunicação social.

De forma a reforçar a resiliência democrática – dirigindo-se às instituições, órgãos e organismos da União Europeia mas também aos governos e parlamentos nacionais

e, pelo seu papel relevante, entre outros, também aos órgãos de comunicação social e às plataformas em linha –, o Plano de ação em matéria de democracia europeia visa, entre outras, adotar medidas específicas destinadas a 1) apoiar os meios de comunicação social livres e independentes; 2) combater a desinformação. Tais medidas visam, em última análise, a capacitação dos cidadãos e da sociedade civil.

Posto isto, e especificamente vocacionadas ao setor da comunicação social, foram detalhadas algumas opções de forma a adaptar e a proteger o setor face a novas demandas e a alinhá-lo com a necessária resiliência que cabe imprimir à democracia.

- 1. Promoção de um ambiente mediático saudável:** a promoção do pluralismo e da independência dos meios de comunicação social é fundamental à democracia. Assim, sob o chavão “RECUPERAR”, a Comissão Europeia adianta a necessidade de se facilitar o acesso de empresas que atuam no âmbito da comunicação social a apoios conferidos pela União Europeia, já que aquelas “representam ativos críticos para a competitividade da Europa”, carecendo “do apoio financeiro adequado” através do Programa EUROPA CRIATIVA;
- 2. Promoção de uma literacia mediática:** neste contexto, entende-se institucionalmente “literacia mediática” como a dotação de “competências, conhecimentos e compreensão que permite aos cidadãos utilizar os meios de comunicação social de forma eficaz e segura”, cuja aprendizagem não deverá centrar-se apenas em “ferramentas e tecnologias”, dotando-os também de “competências de pensamento crítico”, necessárias à emissão de juízos, à análise de realidades complexas e ao reconhecimento da diferença entre factos e opiniões”. Na realidade, sob a tónica da capacitação dos cidadãos, cabe adotar medidas vocacionadas a combater a desinformação, hoje exponenciada pelo ambiente digital que perpassa o nosso quotidiano. A literacia democrática demanda o reforço / sedimentação de capacidades técnicas, cognitivas, sociais, cívicas e criativas que permitirão, aos cidadãos, desenvolver uma compreensão crítica das informações veiculadas pelos órgãos de comunicação social. Para o efeito, tal deve ser incluído nos próprios programas escolares, visando a preparação desde criança para uma perceção mais responsável do que a comunicação social veicula. A atual Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual (2010/13/EU, com as alterações introduzidas pela Diretiva 2018/1808), no seu considerando 59 e no artigo 28.º-B, inclui sensibilidades no âmbito da literacia mediática, determinando caber aos Estados-Membros “prever medidas e instrumentos eficazes em matéria de literacia mediática e sensibilizar os utilizadores para essas medidas e instrumentos”.
- 3. Combate à desinformação:** neste contexto, cabe começar por distinguir “desinformação” de outros fenómenos afim. Afinal, “desinformação” surge conceptualizada como “conteúdo falso ou enganador, disseminado com a intenção de enganar ou de obter benefício económico ou político e que poderá causar danos públicos”. No entanto, não se pode confundir com “informação incorreta”, “tentativa de exercer influência sobre a informação” ou, ainda, “interferência estrangeira no espaço de informação”, já que cada um destes fenómenos demandará uma resposta política diferenciada. Assim, o combate

à desinformação pede um reforço da cooperação interna e internacional ao mesmo tempo que se equaciona a criação de um quadro que acarrete mais obrigações e maior responsabilização das plataformas em linha, especificamente através da Diretiva dos Serviços Digitais, propondo-se “um quadro horizontal em matéria de supervisão regulamentar, responsabilização e transparência no espaço em linha”, assim como um mecanismo de correção (assente na adoção conjunta de um código de conduta acompanhado de um reforço da sua implementação e observância). A Comissão Europeia sublinhou ainda a necessidade de reforçar coercivamente a aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, nomeadamente em matéria de propagação de desinformação nas plataformas em linha.

4. Estabelecimento de uma paridade de tratamento e de equilíbrio da cobertura mediática durante as eleições: apostando num reforço da cooperação entre os Estados-Membros e as respetivas autoridades reguladoras, tentam alinhar-se as obrigações a observar por operadores de comunicação social tradicionais e plataformas em linha (que, à luz do atual quadro, não são coincidentes ou sequer próximas). A tónica colocar-se-á ao nível da adoção de orientações, a partir das partilhas operadas no seio do Grupo de Reguladores Europeus dos Serviços de Comunicação Social Audiovisual (ERGA).

5. Reforço da liberdade e pluralismo dos meios de comunicação social: as pressões extrínsecas estão a prejudicar o ambiente em que o jornalismo de informação é desenvolvido. Em 2020, no âmbito do Relatório sobre o estado de direito, detalharam-se ameaças e ataques (físicos e em linha) a jornalistas, aliados a campanhas de difamação e intimidação generalizada, o que gera um “efeito inibidor” que pode ditar a sua autocensura e reduzir o debate público de questões relevantes. Entre outras medidas, a Comissão Europeia manterá um diálogo estruturado com os Estados-Membros, que conduzirá à realização do Fórum Europeu de Órgãos Noticiosos e, já em 2021, apresentará uma Comunicação sobre a segurança dos jornalistas e lançará financiamento para projetos que se centrem na assistência jurídica e prática a jornalistas, incluindo formação em segurança e cibersegurança. Para o mesmo fim, a União Europeia tentará lidar com a utilização abusiva de ações jurídicas estratégicas contra a participação pública (as chamadas SLAPP – *strategic lawsuit against public participation*) enquanto forma específica de assédio a jornalistas e outros agentes vocacionados à prossecução do interesse público. Tais ações judiciais têm sido cada vez mais utilizadas, ataviando a atividade informativa e de investigação e, apesar da constante absolvição dos réus, acabam por afetar a dignidade e credibilidade profissionais dos envolvidos. A Comissão Europeia constituirá um grupo de peritos sobre SLAPP e apresentará uma iniciativa de proteção (já em 2021).

Há vários fenómenos que, há muito, extravasam o espaço de um Estado ou mesmo da União Europeia, como é o caso da comunicação social e as ameaças colocadas e as oportunidades decorrentes do mundo digital ou em linha. Ora, e “a democracia custa a adaptar-se a problemas intemporais e à assunção da responsabilidade de longo prazo”, parecendo que “a democracia é insustentável porque os interesses das

futuras gerações projetadas na atualidade não têm qualquer representante direto no processo de formação da vontade democrática”⁴. Assim, para atingir a mencionada resiliência democrática (a que Gomes Canotilho chamou de sustentabilidade democrática), cabe equacionar a TRANSVERSALIDADE da democracia.

A *internet* atua hoje como um novo espaço sócio-político e a crise da democracia deve ser também recentrada neste novo contexto⁵ (e já não tanto – ou não tão somente – na constante tensão reflexiva que se sentiu entre democracia representativa e participativa). No recente Plano de Ação para uma democracia europeia, verifica-se uma preocupação com os riscos que as plataformas em linha colocam aos meios de comunicação social e à cultura de uma informação plural. Posto isto, aventam-se caminhos de combate à desinformação, de combate às dinâmicas que minam a liberdade de imprensa e para evitar ingerências externas (*online* e *offline*) no contexto das eleições. No entanto, o debate deve ser mais amplo, sob pena da resiliência da democracia não ser atingida.

A transversalidade da democracia também pede uma transversalidade no tratamento dos problemas – novos e antigos – que a atingem, equacionando, quanto ao papel hoje desempenhado pela *internet*, novas e disruptivas formas para combater as ameaças que dela resultam e potenciar as suas oportunidades, mas evitando a instalação de uma e-democracia.

Se um dos caminhos parece ser ambicioso – o da literacia mediática, tendente a combater a desinformação –, este é apenas uma pequena amostra do caminho inovador que a literacia pode ter a favor da democracia europeia e para os valores em que a sociedade da União Europeia assenta...

Na senda das considerações de Věra Jourová⁶, cabe equacionar uma ordem à expressão digital da democracia para acabar com “o faroeste digital”⁷. O que é ilegal *offline* tem de ser ilegal *online*. Afinal, os factos pertencem a todos enquanto as opiniões apenas ao indivíduo que as emite e esta distinção foi afetada, só podendo ser reparada se houver confiança e soluções jurídicas e políticas adaptadas a novos e eternos problemas que desafiam a democracia.

4 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim, Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXVIII, Tomo I, Coimbra, 2012, pp. 1-11, p. 9.

5 Cfr., para maiores desenvolvimentos, Veiga, Paula, Democracia em voga e e-política, e-democracia e e-participação. Brevíssimas reflexões, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. XC, Tomo I, Coimbra, 2014, pp. 461-472.

6 Cfr., para maior reflexão e desenvolvimento, Jourová, Věra, European democracy Action Plan: remarks by Vice-President Věra Jourová, in Speech, Brussels, 3.12.2020, in https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/speech_20_2308 [acesso: 2.3.2022].

7 Cfr. Jourová, Věra, Speech of Vice-President Věra Jorouvá at the European Media Conference “Diversity and Responsibility: media in a digital society”, in Speech, Brussels, 7.7.2020, in https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/jourova/announcements/speech-vice-president-vera-jourova-european-media-conference-diversity-and-responsibility-media_en [acesso: 2.3.2022].

Pesquisas inteligentes, Lealdade da concorrência & Liberdade de informação

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.10>

Pedro Dias Venâncio*

1. A concorrência

A concorrência pressupõe um mercado aberto, com liberdade de iniciativa económica privada, pluralidade de agentes económicos e liberdade de escolha do consumidor. Em que os diferentes agentes económicos concorrem pela preferência dos consumidores.

Os *atos de concorrência*¹, entendidos como aqueles atos destinados à obtenção ou desenvolvimento de uma clientela própria em prejuízo da clientela alheia (efetiva ou potencial), são, em princípio, lícitos e salutareos na construção do referido mercado aberto².

Sucintamente, podemos dizer que este ideal de organização económica se funda no entendimento que a liberdade de concorrência promove a inovação e o desenvolvimento económico e, com isso, beneficia empresários e consumidores. Além de, enquanto elemento de promoção da atividade económica, criar riqueza para a comunidade e para o Estado.

2. A lealdade da concorrência

Tradicionalmente os ordenamentos jurídicos protegem o bom funcionamento da concorrência pela tutela/promoção da iniciativa económica privada; pela limitação de posições dominantes ou monopolistas do mercado; pela tutela dos direitos dos consumidores, e ainda pela repressão dos atos contrários à “lealdade de concorrência”.

* Professor Adjunto convidado do Instituto Politécnico do Porto. Professor Auxiliar convidado da Universidade do Minho. Investigador integrado no JUS-GOV, EDUM. Investigador convidado no CIICESI, ESTG IPP.

1 Para a caracterização de “atos de concorrência” *cfr.* Luís Manuel Couto Gonçalves, *Manual de Direito Industrial*, 8.^a (Almedina, 2019), 391-92; Carlos Olavo, *Propriedade Industrial - Volume I*, 2.^a (Almedina, 2005), 259-65; José de Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal* (Coimbra, Portugal: Almedina, 2002), 109-28.

2 Nesse sentido, diz-nos Adelaide Menezes Leitão que o ato de concorrência «é um ato lícito, na medida em que a ordem jurídica permite a concorrência, pois estamos numa zona de direito privado, na qual, fora do domínio da proibição de atos de concorrência desleal, funciona a sua permissão», Adelaide Menezes Leitão, *Estudo de Direito Privado Sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal* (Coimbra: Almedina, 2000), 44.

É esta última forma de tutela da concorrência que nos interessa em particular nesta exposição.

Dispõe o atual artigo 311.º do Código da Propriedade Industrial (CPI) que são atos de concorrência desleal «*todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica*». Desta definição resulta, antes de mais, que a concorrência desleal é uma categoria aberta onde cabe um número indeterminado de condutas suscetíveis de afetar a “lealdade da concorrência” no mercado.

O mesmo artigo 311.º do CPI nomeia algumas condutas que “tipifica” como atos de concorrência desleal, mas sem carácter taxativo. Já o era assim na anterior versão do CPI³ (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março). Analisaremos estas categorias na próxima secção.

Concluimos este ponto caracterizando sucintamente o conceito de ato de concorrência desleal, recorrendo aos três elementos caracterizadores que nos dá Pedro Sousa e Silva: será concorrência desleal o ato (1) “de concorrência”; (2) “contrário às normas e usos honestos”; e (3) “de qualquer ramo de atividade económica”⁴.

3. As categorias de atos desleais

Da enumeração que o legislador faz no artigo 311.º do CPI, a doutrina vem distinguido várias categorias de atos desleais, destacamos quatro: os atos de confusão, os atos de descrédito, os atos de apropriação, e os atos de concorrência parasitária⁵.

Os **atos de confusão** correspondem aos caracterizados na alínea a) do artigo 311.º do CPI como aqueles que forem «*suscetíveis de criar confusão com o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue*». Sobre esta categoria de atos tem-se salientado que a mesma exige apenas a suscetibilidade de confusão (o risco) e não a efetiva confusão. Ou seja, não é necessário que ocorra confusão entre os consumidores, mas que o ato seja idóneo para criar a confusão⁶.

Identificam-se como **atos de descrédito** os caracterizados na alínea b) do citado artigo 311.º do CPI como os atos de concorrência que consistam em «*falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes*». Pese embora a parte final do normativo citado, José Mota Maia entende que «*essas falsas afirmações tipificam os atos de descrédito*» pelo que não é necessário que o autor tenha intenção de prejudicar o concorrente⁷. Mais uma vez entende-se que bastará que a produção dessas afirmações falsas seja um meio idóneo para

3 Nesse sentido, cfr. Olavo, *Propriedade Industrial – Volume I*, 271.

4 Pedro Sousa e Silva, *Direito Industrial – Noções Fundamentais* (Coimbra: Coimbra Editora, 2011), 324.

5 Com uma terminologia distinta, Pedro Sousa e Silva, divide os atos desleais típicos em apenas três: atos de indução em erro, atos de aproveitamento e atos de agressão, (Silva, 332-38.)

6 Nesse sentido, cfr. Olavo, *Propriedade Industrial – Volume I*, 273-76.

7 José Mota Maia, *Propriedade Industrial – Volume II – Código Da Propriedade Industria* (Almedina, 2005), 564-65, em anotação ao artigo 317.º

desacreditar o concorrente, para que se presuma o fim específico previsto no normativo. Dispensando-se assim o dolo específico na atuação do agente⁸. Luís M. Couto Gonçalves fala mesmo que “o ilícito abrange todo o tipo de informações objetivas falsas, consciente ou **inconscientemente falsas** (...) feitas com o fim de provocar dano no ativo intangível do concorrente” (negrito nosso)⁹.

Os **atos de apropriação** correspondem aos expostos nas alíneas c), d) e e) do artigo 311.º do CPI e consistem essencialmente naqueles atos de concorrência em que o agente económico se apropria de elementos, qualidades ou características que não lhe pertencem. Mais esclarece Carlos Olavo que este tipo de atuação se reconduz «à invocação, como próprias, de qualidades ou características que, ou não existem, ou pertencem a terceiro, quer este seja concorrente, quer não seja»¹⁰. Luís M. Couto Gonçalves distingue aqui entre “atos de aproveitamento”, correspondentes ao previsto na alínea c) do referido artigo 311.º e “atos enganosos”, correspondentes aos previstos nas alíneas d) e e) do mesmo artigo¹¹,

Por fim, fala-se em **concorrência parasitária** relativamente aos atos de utilização de sinal distintivo do comércio alheio, ou confundível com este, mas aplicável a produtos ou serviços distintos daqueles a que o legítimo se destina (não se violando assim aparentemente o princípio da especialidade, que se confina à proteção conferida pelo direito privativo de propriedade industrial registado). Neste caso, não estamos tanto perante um ato que efetiva ou potencialmente prejudica deslealmente um concorrente, mas sim num aproveitamento contrário à boa-fé e “usos honestos” do prestígio de um título de propriedade industrial de que não se é titular.

Esta categoria de concorrência desleal não vem expressamente tipificada, pelo que os autores têm sustentado a sua repressão por aplicação da cláusula geral prevista no proémio do artigo 211.º do CPI, considerando tratar-se de um ato contrário às normas e usos honestos da atividade económica. Carlos Olavo define em termos mais amplos a concorrência parasitária como «os atos de um empresário que tiram ou tentam tirar partido da reputação legitimamente adquirida por terceiro ou das realizações pessoais de outrem»¹². No mesmo sentido, Luís M. Couto Gonçalves enquadra os atos de “concorrência parasitária” numa categoria genérica de “atos desleais atípicos” caracterizando-a como sendo a «atuação de um concorrente que segue, de modo sistemático, continuado, próximo e essencial, ainda que não provoque confusão, as iniciativas e ideias empresariais de outro concorrente»¹³.

8 Sobre o mesmo, cfr. Olavo, *Propriedade Industrial – Volume I*, 276-78.

9 Gonçalves, *Manual de Direito Industrial*, 2019, 401.

10 Olavo, *Propriedade Industrial – Volume I*, 278-81.

11 Gonçalves, *Manual de Direito Industrial*, 2019, 402-3.

12 Olavo, *Propriedade Industrial – Volume I*, 283-91.

13 Gonçalves, *Manual de Direito Industrial*, 2019, 404-5.

Na vigência do CPI de 2003, falava-se ainda dos **atos de desorganização**¹⁴, como atos de ilícita divulgação, aquisição, ou utilização de segredos de negócio de um concorrente sem o consentimento do titular dessa informação. Estes atos merecem no novo CPI de 2018 uma tutela autónoma nos artigos 313.º e seguintes sob a epígrafe de “proteção dos segredos industriais”. Aliás, já na versão de 2003 Luís M. Couto Gonçalves optava por designar esta categoria de «*violação de segredos negociais*»¹⁵.

Esta autonomização do ilícito sobre segredos de negócio decorre da transposição para o direito português da Diretiva (EU) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de know-how e de informações comerciais confidenciais contra a sua obtenção, utilização e divulgação ilegais. O normativo insere-se na mesma lógica de tutela da lealdade da concorrência, justificando a sua autonomização pela crescente relevância que estes “bens jurídicos” e a sua violação assumem na atividade económica. Não nos estenderemos neste novo instituto jurídico¹⁶.

4. As pesquisas inteligentes

A questão que pretendemos abordar neste estudo relaciona-se com a proliferação (ou mesmo generalização) do recurso a motores de pesquisa e distribuição inteligente de conteúdos disponíveis em linha.

Seja quando recorremos a um motor de pesquisa em linha (Google, Yahoo, Sapo, etc.) seja quando consultamos o nosso *feed* numa rede social (Facebook, LinkedIn, Instagram, etc.), os conteúdos que o sistema nos apresenta resultam de um qualquer processamento automático que não é aleatório ou fundado num critério objetivo (por exemplo, o mais recente).

Estamos rodeados por algoritmos “inteligentes” que nos alimentam de “informação” considerando a “pertinência” dos dados, a “fidedignidade” dos dados, a “atualidade” dos dados, a “popularidade” dos dados, e até as “preferências/perfil” do utilizador. E em que estes critérios vão sendo definidos automaticamente e personalizadasmente pelo próprio sistema inteligente que nos disponibiliza essa informação.

Supostamente, no idílico Edem dos apologistas da superioridade intelectual do algoritmo computacional, este sistema proporcionará a cada cidadão cibernético mais e melhor informação, tornando-nos numa sociedade hiperinformada.

É fácil de antever as múltiplas questões que se podem colocar a este modelo, tanto mais pela subjetividade implícita a conceitos como a “pertinência” ou mesmo “fidedignidade” dos dados. E aos muitos “desvios” a que estes algoritmos são permeáveis, intencionalmente ou não.

14 Sobre a versão de 2003, vide: Maia, *Propriedade Industrial – Volume II – Código da Propriedade Industrial*, p. 567 a e 569, em anotação ao artigo 318.º

15 Luís Manuel Couto Gonçalves, *Manual de Direito Industrial*, 2.ª (Revis (Coimbra: Almedina, 2008), 376-79.

16 Sobre o tema vide: Gonçalves, *Manual de Direito Industrial*, 2019, 406-11.

5. Riscos para a concorrência

A influência destes mecanismos automatizados de determinação da informação que acedemos tem um impacto extremo na concorrência. Segundo a Autoridade da Concorrência “O Eurobarómetro Especial sobre plataformas online mostra que, para 75% dos inquiridos, em Portugal, a ordem de apresentação dos resultados de pesquisa afeta o seu comportamento enquanto consumidores – o valor mais elevado da UE”¹⁷. Salientando o mesmo estudo que “As oportunidades e os riscos do *big data* dizem respeito não apenas a mercados online, mas também a diversos mercados offline”¹⁸.

Refere ainda o citado estudo, “existe um conjunto de aspetos e enviesamentos comportamentais dos consumidores que podem colocar barreiras à entrada e à expansão de operadores. A este respeito, refirmam-se os efeitos de saliência, em que os consumidores valorizam excessivamente a informação mais saliente. Adicionalmente, o comportamento dos consumidores pode, por vezes, favorecer a manutenção do *status quo* e gerar uma resistência à mudança. Por outro lado, os consumidores são também caracterizados por impaciência e menor autocontrolo nas suas decisões de consumo”¹⁹.

Acresce que, o exponencial crescimento das plataformas de Serviços da Sociedade da Informação vem maximizar do **efeito de rede**, direto e/ou indireto, com efeitos potencialmente perversos sobre a concorrência.

Este conceito de efeito de rede tem sido muito discutido na indústria das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC), desde logo a propósito do conceito de **interoperabilidade horizontal**, que é a que ocorre na comunicação entre sistemas de computador distintos e que permite a troca de tarefas, dados e comunicações entre estes. Por força desta interoperabilidade horizontal, os elementos que a permitem esta – usualmente designados de “interfaces” – ganham um valor acrescido, que extravasa a sua função primária, por permitirem a criação desse *efeito de rede*²⁰.

De acordo com esta teoria do “efeito de rede”, quanto mais utilizadores usarem determinado produto informático (p.e. um programa de computador) maior é a probabilidade de outros utilizadores estarem interessados em utilizar esse produto a fim

17 Autoridade da Concorrência, “Ecosistemas Digitais, Big Data e Algoritmos,” 2019, 5, [http://concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Outros/Documents/Ecosistemas digitais, Big Data e Algoritmos.pdf](http://concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Outros/Documents/Ecosistemas_digitais_Big_Data_e_Algoritmos.pdf).

18 Autoridade da Concorrência, 7.

19 Autoridade da Concorrência, 23.

20 «As more people use a particular product, such a word processor from a particular vendor, the value of that component or product increases for other users as well. This is known as a 'network effect' (...)» (Ashwin van Rooijen, *The Software Interface between Copyright and Competition Law : A Legal Analysis of Interoperability in Computer Programs* / Ashwin van Rooijen, Alphen aan, n.d., 9.)

de poderem beneficiar das sinergias criadas por esta interoperabilidade. O mesmo raciocínio se aplicará à generalidade dos serviços e produtos das TIC²¹.

Alguns destes problemas foram já identificados e objeto de medidas por parte da União Europeia. Transcrevemos abaixo três exemplos citados no Relatório da Autoridade da Concorrência²², com base em informação constante do site oficial da Comissão Europeia (<https://ec.europa.eu/competition/>):

Em março de 2019, a CE aplicou uma coima de 1,49 M€ à Google, por abuso de posição dominante na intermediação de publicidade associada às pesquisas online, ao impor, entre 2006 e 2016, restrições contratuais aos proprietários de páginas da Internet para limitar a capacidade de concorrentes como a Microsoft e Yahoo de colocar os seus anúncios de pesquisa nessas páginas. As cláusulas proibiam as contrapartes de colocar anúncios de pesquisa de concorrentes da Google nas suas páginas de resultados de pesquisa. Posteriormente, a Google reservou para si o espaço mais visível e clicado dessas páginas para anúncios da Google e sujeitou ao seu controlo alterações à forma como as contrapartes exibiam a publicidade de anunciantes seus concorrentes.

Em julho de 2018, a CE sancionou a Google em 4,3 M€, por abuso de posição dominante nos serviços das pesquisas genéricas na Internet, nos sistemas operativos para smartphones e nas appstores para o sistema operativo móvel Android, ao impor, desde 2011, restrições aos fabricantes de dispositivos móveis que utilizam o sistema operativo móvel Android e aos operadores de redes móveis para garantir o direcionamento do tráfego dos dispositivos Android para o motor de pesquisa da Google. A Google (i) exigiu aos fabricantes que pré-instalassem o “Google Search” e “Chrome” nos seus dispositivos Android como condição para aceder ao “Play Store”; (ii) implementou um esquema de incentivos financeiros a fabricantes e operadores de redes subordinados à pré-instalação nos seus dispositivos Android do “Google Search” em regime de exclusividade; e (iii) impediu os fabricantes que queriam pré-instalar nos seus dispositivos aplicações exclusivas da Google de desenvolver ou vender smartphones que funcionassem com versões do Android não aprovadas pela Google.

Em junho de 2017, a CE aplicou uma coima de 2,424 M€ à Google, por abuso de posição dominante nos serviços de pesquisa geral, ao favorecer, desde 2008, o posicionamento e a visualização do seu serviço de comparação de preços nas suas páginas de resultados de pesquisa geral, em detrimento dos serviços concorrentes de comparação de preços. A CE concluiu que este comportamento tinha o potencial de excluir os serviços de comparação de preços concorrentes, aumentando os custos dos comerciantes e os preços suportados pelos consumidores e diminuindo a inovação e prejudicando a capacidade dos consumidores de aceder aos serviços mais relevantes de comparação de preços.

21 É isso mesmo que conclui o já citado estudo da Autoridade da Concorrência de 2019 (Autoridade da Concorrência, “Ecossistemas Digitais, Big Data e Algoritmos,” 24.).

22 Autoridade da Concorrência, 26.

Nestas três situações está em causa precisamente a manipulação, direta ou indireta, do acesso à informação disponibilizada aos consumidores, em violação dos usos honestos da concorrência, e em modos que a Comissão Europeia entendeu constituir comportamento que subverte a lealdade da concorrência.

6. A deslealdade na pesquisa inteligente

As questões são múltiplas²³ pelo que nos concentraremos em duas práticas em particular, que se veem banalizando nos algoritmos que inteligentemente nos tornam a “melhor” informação disponível: a promoção das pesquisas mais comuns e a valoração do histórico pessoal de pesquisa e consultas do utilizador.

O problema prende-se com o facto, empiricamente evidente, de a prática da promoção das “pesquisas” mais comuns criar um efeito exponencial de reforço das empresas/produtos mais conhecidos, ou seja, dominantes do mercado. Por outro lado, a valoração do histórico pessoal de pesquisa e consultas do utilizador reforça as escolhas anteriores, que tendencialmente serão os agentes há mais tempo no mercado.

Na nossa opinião, e na perspetiva da lealdade da concorrência, estas duas práticas colocam os mesmos problemas e embatem num direito fundamental de liberdade de escolha.

Ambos mecanismos diminuem a probabilidade de acesso (conhecimento) a novos produtos ou a novas empresas. E, nessa medida, importam um potencial de reforço de posições de domínio e de limitação da liberdade de escolha do consumidor. Diminuindo a capacidade de penetração de novos agentes, produtos e/ou serviços, e com isso da renovação e reforço do mercado aberto.

Mas se são notórios os riscos inerentes às práticas realçadas, já não será tão evidente que estas práticas constituam um ato desleal enquadrável nas categorias tipificadas no artigo 311.º, ou na sua cláusula geral.

Não temos dúvidas que as pesquisas inteligências proporcionadas por serviços da sociedade da informação constituem um *ato de concorrência* no âmbito de uma *atividade económica*. A questão é se o mesmo é passível de ser qualificado como *contrário às normas e usos honestos*?

Nenhuma destas duas práticas, em boa verdade, constitui um ato de confusão – não se induz em erro o consumidor sobre a identidade dos comerciantes, serviços ou produtos; nem um ato de descrédito – não se está a denegrir produtos ou serviços dos concorrentes; ou um ato de apropriação – não se está a usar indevidamente créditos alheios; ou sequer um ato de concorrência parasitária – não se reconduz a uma

23 Uma das mais debatidas, que não abordaremos aqui, relaciona-se com o fenómeno de utilização de algoritmos de inteligência artificial para monitorização e determinação de políticas de preços, sobre o tema vide Ricardo Oliveira, “Inteligência Artificial e Concorrência,” in *Inteligência Artificial & Direito*, ed. Manuel Lopes Rocha and Rui Soares Pereira (Coimbra: Almedina, 2020), 247-57.

qualquer forma de utilização de sinal distintivo do comércio alheio, ou confundível com este. Não estamos assim no âmbito dos atos desleais típicos ou atípicos salientados na doutrina citada.

E se, em abstrato, estas práticas podem se reconduzir a um ato atípico de deslealdade, como salienta Luís M. Couto Gonçalves “a análise dos hipotéticos atos atípicos desleais não se afigura tarefa fácil. Nessa tarefa deve ter-se sempre presente as fronteiras do instituto da concorrência desleal com os institutos da concorrência ilícita e das normas de defesa da concorrência (legislação anti trust)”²⁴.

Em boa verdade, como em tantas outras situações, só perante o caso concreto e a específica forma de funcionamento do algoritmo computacional de inteligência artificial, e sua influência nos resultados apresentados ao utilizador, será possível um enquadramento da adequação dessa prática aos cânones da lealdade da concorrência.

7. A pesquisa inteligente e a liberdade de informação

Numa outra perspetiva, as práticas de condicionar o acesso à informação disponível em linha a um algoritmo computacional inteligente, que escolhe pelo utilizador a informação a que este acede em função de uma catalogação que o utilizador não controla nem conhece, levanta outras questões éticas que contendem com outro direito fundamental: a liberdade de informação. E da liberdade de acesso à informação depende, a nossa liberdade de escolha e, até, de pensamento.

Acresce que, como salienta Maria Helena Nazaré, “algoritmos matematicamente excelentes quando utilizados com dados insuficientes ou de fraca qualidade resultam em conclusões pouco fiáveis e potencialmente desastrosas”²⁵. O que significa que nem sequer é garantido que a informação que estejamos a receber corresponda à melhor informação para os critérios definidos. Pois também não controlamos os dados com base nos quais estes motores de pesquisa inteligentes nos debitam a informação.

Neste sentido, o acesso à informação através de sistemas inteligentes de pesquisa que promovem as pesquisas mais comuns e a valoram do histórico pessoal de pesquisa e consultas do utilizador, não contendem apenas com o potencial concorrencial do mercado. Privilegiando as grandes empresas, dominantes do mercado, em detrimento das pequenas e em especial das novas empresas que pretendem penetrar nesse mercado.

Na verdade, estes algoritmos terão o mesmo efeito de reforço²⁶ sobre todas as demais vertentes de atividade cibernética dos utilizadores. Alimentando-os não só dos

24 Gonçalves, *Manual de Direito Industrial*, 2019, 405.

25 Maria Helena Nazaré, “Big Data e Desafios Éticos,” in *Ética Aplicada: Novas Tecnologias*, ed. Maria do Céu Patrão Neves and Maria da Graça Carvalho, 1.^a (Lisboa: Edições 70, 2018), 327.

26 A teoria do reforço, no âmbito da psicologia, baseia-se no pressuposto que “para que um estímulo possa originar um reflexo condicionado é indispensável que haja reforço, isto é, importa que esse estímulo seja repetido várias vezes antes do estímulo incondicionado e, uma vez estabelecido o condicio-

mesmos produtos e serviços, mas também das mesmas ideias, pensamentos, ideologias e, com isso, cerceando a diversidade da informação a que acedem e limitando a sua liberdade de escolha. A minha escolha é sempre limitada ao que eu conheço!

Ao relegar para uma posição secundária nas pesquisas o que é menos comum, escondem tudo que é novo ou minoritário. O que é novo, ou minoritário, dificilmente será “pesquisa comum”.

Por outro lado, ao privilegiar a informação coincidente ou similar com pesquisas e consultas anteriores, com o “perfil” do utilizador, dificilmente o confrontarão com novas opiniões, conceitos ou ideologias. O que é novo, ou diferente, não constará certamente do histórico.

Esta pré-seleção da informação, imposta inconscientemente ao utilizador pelo motor de pesquisa inteligente, não só reforça as opiniões, conceitos ou ideologias existentes, como retiram o *contraditório* com opiniões, conceitos ou ideologias diferentes, ou simplesmente inovadoras. E, com isto, reduzem o debate indispensável ao processo de construção de uma opinião *informada*.

Estes efeitos *de rede* e *de reforço* colidem assim não só com a liberdade de escolha do consumidor, afetando a lealdade da concorrência, como com a própria liberdade de informação e com ela de formação de uma opinião informada sobre todos os demais aspetos essenciais da cidadania: social, cultural e política. É neste ponto que a inteligência artificial representa também um risco para a democracia, que só é possível numa comunidade de cidadãos livres e informados.

8. Conclusão

A expansão de uma comunidade global cibernética, social, cultural, económica e política, afirma-se como um processo irreversível na evolução da sociedade humana.

As TIC não são já apenas um espaço do comércio eletrónico global. Mas o espaço económico, social, cultural e político dominante. E os problemas que o comércio enfrentou na sua transição para o digital, colocam-se com igual e mais grave pertinência para o equilíbrio social, cultural e político de uma sociedade em acelerada transição para o digital.

Na perspetiva económica, as implementações de tecnologias inteligentes de acesso à informação de mercado por operadores dominantes colocam problemas quanto à lealdade da concorrência, e quanto à própria preservação de um mercado concorrencial aberto e equilibrado. Limitando a oportunidade de penetração para novas empresas, produtos e serviços. A intermediação de critérios de acesso à informação, baseados em tendências de mercado e hábitos pessoais, tem efeitos de rede e de

namento, também são necessárias, para se não dar a sua extinção, novas experiências em que sejam associados os dois estímulos, respeitando sempre as regras estabelecidas.” Vv, “Reforço,” in *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura* (Lisboa: Verbo, 1974), 49.

reforço perturbadores da lealdade da concorrência e da liberdade de escolha dos consumidores.

Na perspectiva sociopolítica esta mesma máquina inteligente de maximização de tendências, coletivas ou pessoais, perverte o processo de construção de conhecimento, racionando o confronto de ideias, opiniões e argumentos divergentes e até contraditórios. Privilegiando o acesso às informações majoritárias e ao reforço dos gostos individuais, o alegado algoritmo inteligente de acesso à informação, sonega-nos as informações minoritárias e os gostos divergentes dos nossos. Nesta perspectiva, é a nossa liberdade de informação e de escolha social, cultural e política que está ameaçada.

COVID 19 e populismo político em Portugal¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.11>

Clara Calheiros*

Introdução

Nos últimos anos temos vindo a assistir a uma intensificação do debate público em torno do populismo político e da sua interligação com a comunicação social. Provavelmente, de todos os acontecimentos que poderíamos aqui convocar para ilustrar esta intersecção, o mais significativo terá sido o mandato presidencial de Donald Trump. Durante o seu consulado, a relação com os *media* foi ela própria, em si mesma, notícia permanente, quer pela descredibilização constante do trabalho de jornalistas, acusados de produzir “*fake news*”, quer ainda pelo ambiente de guerra aberta entre meios de comunicação pró-Trump e contra Trump.

O ano de 2020 ficou marcado pela pandemia a todos os níveis, pelo que assiná-lamos sem surpresa a sua relevância nas tensões políticas vividas, também com particular intensidade.

Este artigo não tem por objecto, contudo, tratar da realidade americana, (por mais que se reconheça que é um pano de fundo inevitável para uma discussão sobre *media* e populismo político), mas antes lançar um olhar sobre esta temática na sociedade portuguesa actual. Assim, começaremos por contextualizar o advento do populismo político de extrema direita em Portugal, com referência aos fenómenos que com ele guardam semelhança em países como a Itália, a Grécia, a França e a Espanha. De seguida, iremos concentrar a nossa atenção no discurso do Chega, em Portugal, em especial no decurso das eleições presidenciais de 2020, procurando colocar em evidência o aproveitamento da pandemia na campanha eleitoral e o modo como a comunicação social foi reportando aquela campanha. Por último, à luz dos resultados eleitorais de André Ventura, nas presidenciais de 2020, tentaremos enunciar algumas hipóteses interpretativas sobre as interacções entre comunicação social e o discurso político populista.

* Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho.

1 Por opção expressa da Autora, este texto segue as regras anteriores ao Acordo Ortográfico.

Agendas políticas populistas de extrema-direita na Europa – o caso da crise migratória

As primeiras décadas do século XXI corresponderam a uma intensificação dos fluxos migratórios, para o que contribuíram distintos factores: a emergência ou intensificação de conflitos armados; a permanência, sem solução à vista, de Estados falhados como a Líbia ou o Afeganistão; as mudanças climáticas, entre outros. A este fenómeno correspondeu uma inevitável omnipresença do tema das migrações nos órgãos de comunicação social e, também, nas agendas políticas. A visão² do corpo do pequenino sírio Alan Kurdi, de três anos de idade, que o mar devolveu às praias paradisíacas da Turquia, no início de Setembro de 2015, tornou-se rapidamente viral, convertendo-se num símbolo dramático da tragédia dos migrantes na sua tentativa desesperada de cruzar o Mediterrâneo e alcançar a Europa. Imagens como esta, que a comunicação social difundiu com a máxima amplitude, tais como tantas outras reportando as terríveis provações a que se sujeitam todos os que tentam a viagem para a Europa, contribuíram para a onda de solidariedade que congregou europeus de várias nacionalidades e comoveu, compreensivelmente, a sociedade europeia.

No entanto, ao mesmo tempo que muitos se ofereciam para realizar missões humanitárias no Mediterrâneo, crescia também no seio da sociedade europeia o medo. Medo de quê? De todo um conjunto de ameaças que pareciam imanar da chegada dos migrantes: o terrorismo, o tráfico e criminalidade, enfim, a desestabilização económica, social e cultural provocada pela presença de “estranhos” em solo europeu. Assim, inevitavelmente, em matéria de relações internacionais, o tema das migrações foi sendo objecto de securitização³, convertendo-se numa questão central da segurança interna e externa dos países, deixando de ser percebida, como fora até aí, durante décadas, como mera questão do foro económico-social.

Desta forma, os europeus (mas também poderíamos fazer um paralelo, com outros traços embora, com os Estados Unidos da América) vão começando a assistir a um debate público, institucionalizado, sobre a migração como ameaça à soberania nacional e à segurança. Os múltiplos ataques terroristas ocorridos no Reino Unido, em

2 *Shocking images of drowned Syrian boy show tragic plight of refugees*, in The Guardian, 2 de Setembro de 2015, disponível em <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/02/shocking-image-of-drowned-syrian-boy-shows-tragic-plight-of-refugees> [consultado em 28 de Maio 2021]

3 Sobre este processo de securitização do tema das migrações, em particular no que diz respeito à identificação das ameaças à segurança europeia e à definição das políticas de defesa e segurança na União Europeia há já uma vasta bibliografia. Sem pretensão de exaustividade, deixa-se aqui uma indicação de algumas fontes úteis de análise desta evolução para a securitização das migrações em anos recentes, em particular face à realidade do continente Europeu: Anna Horgbya e Mark Rhinarda, *The EU's internal security strategy: A historical perspective* in “Security Journal” 1-13, 2014; J. Peter Burgess, *There is No European Security, Only European Securities* in “Cooperation and Conflict: Journal of the Nordic International Studies Association” Vol. 44(3): 309-328; Ronald L. Holzhaecker e Paul Luif Ed., *Freedom, Security and Justice in the European Union. Internal and External Dimensions of Increased Cooperation after the Lisbon Treaty*, London: Springer, 2014; Johan Eriksson e Mark Rhinard, *The Internal-External Security Nexus. Notes on an Emerging Research Agenda* in “Cooperation and Conflict. Journal of the Nordic International Studies Association” Vol. 44(3): 243-267; Sergio Carrera e Valsamis Mitsilegas, *Constitutionalising the security union*, Bruxelas: Centre for European Policy Studies (CEPS), 2017.

França, em Espanha, na Bélgica, na Alemanha, têm em comum a sua associação com a presença na Europa de indivíduos naturais, ou com ascendência, dos locais de origem de parte considerável dos fluxos migratórios.

O medo que domina a sociedade europeia e a percepção dos migrantes enquanto ameaça são rapidamente aproveitados pelo discurso de novas formações partidárias que foram emergindo em diversos países da Europa, marcando a realidade política das primeiras décadas do século XXI: *Vox* em Espanha, *Lega Nord* em Itália, a *Aurora Dourada* na Grécia (e agora os *Gregos pela Pátria*) e o *Chega* em Portugal.

Do discurso de vários partidos populistas europeus faz parte uma agenda sobre a imigração que, invariavelmente, se centra na criminalização da imigração ilegal, na denúncia dos custos económicos do acolhimento de migrantes, na defesa do controlo dos fluxos migratórios como parte da estratégia do combate ao terrorismo, numa fronteira fortemente defendida como garantia da soberania nacional. Dito de outro modo, em todos os programas políticos da extrema-direita encontramos um discurso assumidamente anti-migração e nacionalista.

O Chega em Portugal: o discurso político populista

Em Portugal, as primeiras décadas pós-revolução de 25 de Abril de 1974 foram pouco propícias a que prosperasse qualquer projecto político de extrema-direita. O êxito eleitoral, com a eleição inédita de um deputado de extrema-direita à Assembleia da República, André Ventura, da formação partidária “Chega”, nas últimas eleições legislativas, gerou por isso comoção e atraiu as atenções da comunicação social. O estilo de discurso inflamado nas suas intervenções parlamentares, fez do *Chega* e de André Ventura o foco constante do debate mediático, convertendo-os inelutavelmente em protagonistas da arena política.

Vários incidentes contribuíram para que existissem diversas acusações de racismo e xenofobia ao Chega e ao seu líder. Em todos os casos, as várias televisões e os jornais, bem como as próprias redes sociais, ocuparam-se largamente de todos eles, amplificando o alcance das ideias veiculadas pelo *Chega*, ainda que ao mesmo tempo se fizesse a sua crítica.

Mas será esta formação partidária passível de ser qualificada como populista? Parece-nos útil, a este propósito, lançar mão da distinção que TUSHNET⁴ faz entre os distintos critérios utilizados pela comunicação social e pelos meios académicos para identificar uma formação partidária ou um político como populista. Segundo este autor, os jornalistas bastam-se com a existência de um discurso em que alguém se pretende constituir como uma voz do povo, a contestar as “elites”, enquanto a academia tende a focar-se muito mais numa busca de definição dos traços característicos do discurso populista⁵. Este é descrito sobretudo a partir da sua sustentação na ideia

4 Mark Tushnet (2019). *Varieties of populism*, in “German Law Journal”, 20(3), 382-389.

5 Com efeito, é hoje abundante a bibliografia académica que se dedica a tentar estabelecer, de modo analítico, os traços caracterizadores do discurso político populista. Sem pretensão de exaustividade,

da existência do povo puro, em oposição às elites corruptas. Ou seja, trata-se de uma forma de caracterização que não atende à dimensão material do discurso, às ideias concretas que são defendidas, mas antes privilegia o modo como se pretende ganhar a adesão das audiências, através da construção de uma divisão na sociedade entre “nós, o povo” e “eles, a elite (política)”.

Ora, desde este ponto de vista académico, não restam dúvidas da presença destes traços populistas nos discursos adoptados em Portugal pelo Chega. Com efeito, há um apelo à identificação do partido com uma população “pura”, que lhes caberia defender, à qual parece fazer apelo o uso recorrente da expressão “portugueses de bem”. A este povo, com o qual se pretendem identificar contrapõem-se as elites corruptas do país.

Parece-me interessante verificar também a relação necessária existente entre esta forma de discurso populista e o desencanto com a falta de cumprimento das promessas por parte dos partidos políticos tradicionais. Este fenómeno é também bem descrito por TUSHNET, que destaca o facto de as democracias constitucionais ocidentais terem cimentado uma ideia de progresso inabalável na construção de sociedades de bem-estar, que veio a mostrar a sua fragilidade na grande crise económica do início do século XXI, expondo de igual modo o lado negativo do processo de globalização económica. É neste contexto, que os populistas conseguem encontrar uma base sólida para estabelecer o seu discurso anti-elites, que na verdade encontra o seu maior trunfo no facto de ser incontestável que as expectativas das populações foram, nestes países, largamente defraudadas.

Podemos dizer que as elites portuguesas não são as elites da Holanda, nem as da França, nem mesmo idênticas às da Espanha, apesar de ser esta última culturalmente mais próxima. No entanto, parece ser possível encontrar, em todas as sociedades destes países e suas elites, este traço comum, de quebra de confiança popular, que tem também correlato, em todos os países (sejam do Sul ou do Norte), na atitude anti-elites, cultivada pelos respectivos partidos políticos populistas.

Como atrás se disse, o sucesso e empatia do discurso anti-elite, que os partidos populistas vêm produzindo, é, em grande medida, apoiado pelo escândalo público com casos de corrupção que atingem as mais altas individualidades dos Estados e transparecem um ambiente de insuportável promiscuidade entre elites económicas, culturais e políticas.

No caso português, o desenrolar procedimental do caso judicial envolvendo o ex-primeiro-ministro José Sócrates, seguido pela comunicação social e nas redes sociais, independentemente do seu desfecho, suscitou afirmações de desencanto e desilusão com os políticos, sendo difícil (ou impossível) reparar o dano produzido em toda a

pode-se a este respeito elencar algumas fontes úteis: Bojan Bugarić, *The two faces of populism: between authoritarian and democratic populism*, in “German Law Journal”, 2019, 20, pp.390-400; Michele Prospero, *The Issue of Populism* in “Giornale di Storia Costituzionale” 35 (2018): 251-260; Manuel Arias Maldonado, *The Affective Foundations of Populism*, in “Revista Internacional de Pensamiento Político”, 12 (2017): 151-168; Giuseppe Zaccaria, *The People and Populism*, in “Ratio Juris” 31, no. 1 (March 2018):33-48

classe política. Mesmo não entrando em linha de conta com uma eventual condenação penal do ex-primeiro-ministro, apenas as justificações oferecidas publicamente por este para o estilo de vida que manteve durante anos – que se reconduzem à existência de um amigo que pagaria férias de milhares de euros, emprestava valores avultados para custear opções de vida ao alcance de quase ninguém em Portugal – revelaram uma visão do mundo e da vida tão distanciada do cidadão comum que não pode deixar de gerar choque e até indignação generalizada.

Tal como aconteceu em outros países, também em Portugal a frustração com as expectativas de progresso goradas e a revolta com os casos de corrupção formaram um caldo de cultura perfeito para o desenvolvimento do discurso populista anti-elites, que encontramos presente no Chega.

Obviamente, o discurso populista não é um exclusivo da direita, podendo ser igualmente identificados populismos de extrema esquerda. Há, obviamente, especificidades próprias de cada um destes polos radicalizadores do discurso político. No caso da extrema-direita, que aqui mais nos interessa, os autores têm vindo a identificar uma adesão ao chamado iliberalismo⁶. Do ponto de vista económico, o seu foco tem sido sobretudo a crítica ao modo como as democracias liberais distribuem os benefícios e apoios sociais por grupos economicamente desfavorecidos ou marginalizados.

Se aceitarmos esta premissa de análise, podemos mais uma vez encontrar no discurso político do Chega, em Portugal, essas mesmas características. Com efeito, a agenda política deste partido inclui a crítica do modo como o Estado tem atribuídos apoios económicos a grupos étnicos minoritários na sociedade portuguesa, designadamente a população de etnia cigana.

Em suma, parece-nos que há ampla evidência de que o fenómeno político protagonizado pelo Chega, em Portugal, está alinhado com idênticos movimentos em outros países ocidentais e corresponde às características que a bibliografia académica tem vindo a atribuir aos populismos políticos no século XXI.

COVID 19, comunicação social e populismo político em Portugal

Desde os primeiros meses de 2020 que a nossa vida tem sido marcada pela pandemia de Covid 19. Os seus impactos são não só transversais a todo o globo, mas também a todas as dimensões da vida humana. Assim, é também relevante para nós lançarmos um olhar sobre o modo como a pandemia pode ter exercido algum tipo de influência nos fenómenos do populismo político de que vimos falando até aqui.

6 Tushnet, *op. cit.*, p. 387.

Da bibliografia que já se vai produzindo, parece evidenciar-se um aproveitamento para fins políticos populistas dos impactos da pandemia⁷.

Neste momento, é já possível lançar um olhar retrospectivo e perceber as distintas fases que a pandemia atravessou até ao tempo presente. Assim, assistimos a uma primeira fase em que pouco se conhecia sobre a doença e a sua transmissão, que coincidiu com medidas drásticas de encerramento de fronteiras e de confinamento forçado de pessoas, com os diferentes países, mesmo na União Europeia, a adoptarem estratégias divergentes. Ao mesmo tempo, a procura desesperada por aparelhos médicos e distintos equipamentos levou a cenas impensáveis de competição selvagem entre Estados, com laivos de pirataria em alguns casos⁸.

Podemos também identificar uma segunda fase, de implementação do processo de vacinação, com nova disputa sobre as cadeias de produção e fornecimento de vacinas, onde novas acusações foram sendo apresentadas, com ameaças de processos judiciais, mas também de retenção de produtos, no contexto da circulação internacional de bens.

Em todos estes episódios encontramos presente uma exacerbação de nacionalismo – mesmo ilógica e irracional, perante as reiteradas afirmações dos especialistas de que a resposta a uma pandemia tem de ser necessariamente global – e do pânico colectivo que se apoderou das populações. Tudo isto foi, e é, terreno fértil para os discursos populistas.

Em Portugal, a forma como se viveu a pandemia, nas distintas fases acima apontadas, não foi substancialmente distinta da de outros países.

O que torna a análise desta questão mais interessante em Portugal, é que o ano de 2020 foi marcado pelo ciclo eleitoral para a Presidência da República. O debate político foi intenso e, em grande medida, polarizado e radicalizado pelas intervenções de André Ventura, líder do Chega, que se candidatou contra o incumbente Marcelo Rebelo de Sousa.

Entre as várias propostas políticas, com que este candidato da extrema-direita procurou marcar a agenda mediática, cabe destacar a da defesa de regras especiais de confinamento específico da comunidade cigana⁹. Ou seja, uma proposta na linha da

7 Alguns exemplos: Petr Oskolkov, *Holistic Myth and Populist Reality: Populism, Nativism and Biopolitics in Times of Pandemics*, in "Interdisciplinary Journal of Populism" 1, no. 1 (Winter 2020): 7-15; Sitakanta Mishra, *The Post COVID-19 World Order*, in "Liberal Studies" 5, no. 1 (January-June 2020): 45-62.

8 A imprensa de todos os países deu eco das táticas comerciais agressivas adoptadas por vários países para garantirem fornecimentos de máscaras e ventiladores, maioritariamente produzidos na China. Não sendo possível fazer aqui um levantamento exaustivo destas notícias, deixamos aqui uma publicada no Guardian que é bem representativa da repercussão mediática da competição internacional. Vd. "Market for Chinese-made masks is a madhouse, says broker", In *the Guardian*, 5 de Abril 2020, disponível em <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/05/market-for-chinese-made-masks-is-a-madhouse-says-broker> [consultado em 30 de Maio 2021].

9 Esta proposta, bem como o debate e polémica por ela suscitados, foi amplamente noticiada por todos os meios de comunicação social. Por todos veja-se aqui a seguinte notícia: Chega avança com proposta

acentuação das divisões sociais entre os “puros” e “impuros”, característica dos populismos, como acima tivemos ocasião de referir. Esta iniciativa alimentou o debate e controvérsia pública, tendo garantido a presença contínua do Chega e de André Ventura nos meios de comunicação social e nas redes sociais.

Esta não foi, de resto, a única polémica que marcou o ano de 2020, no campo político, tendo-se-lhe sucedido outras, com o mesmo resultado de aumento de tempo de exposição mediática.

Os resultados das eleições presidenciais mostraram uma capacidade crescente de penetração do discurso populista em Portugal, mesmo em áreas geográficas onde existia, desde a revolução de Abril de 74, uma demografia favorável à esquerda.

É importante notar que falamos de áreas territoriais deprimidas, quer do ponto de vista económico, quer do ponto de vista demográfico. São, na verdade, zonas do país que têm sido vítimas de um esquecimento crónico por parte dos sucessivos governos.

Se regressarmos, por momentos, à análise académica acima invocada sobre o que caracteriza o populismo político no século XXI, não podemos deixar de estabelecer uma relação destes resultados eleitorais com os factores apontados para o divórcio das populações com as suas elites.

Por outro lado, não pode deixar de se discutir até que ponto a comunicação social, sempre tão reactiva face ao carácter polémico de muitas das propostas que fazem parte da agenda política deste partido, não acabou por ter também um papel importante neste resultado eleitoral.

Tem sido observado que uma das características específicas do populismo de extrema direita tem consistido em cultivar uma relação ambígua com a comunicação social¹⁰, usando-a para amplificar a sua mensagem disruptiva, mas ao mesmo tempo lançando-lhe acusações, permanentemente, de ser discriminada por ela, uma vez que muitos órgãos de comunicação social teriam preconceitos contra si.

Num interessante estudo comparativo¹¹, conduzido sobre as respostas dos *media* ao populismo político na Alemanha e na Grã-Bretanha, publicado em 2018, há conclusões interessantes que trazem lições que creio válidas para a realidade portuguesa. Com efeito, conclui-se que num ambiente cada vez mais competitivo entre meios de informação, hoje ameaçados pela crescente escassez de um público que procura

para confinamento de ciganos. “É manifestamente inconstitucional”. André Ventura diz que quer chegar a uma solução que não vá contra o quadro constitucional. TSF, 6 de Maio de 2020, disponível em <https://www.tsf.pt/portugal/politica/sem-racismos-chega-vai-avancar-com-proposta-para-confinamento-de-ciganos-12162413.html> [consultado em 30 de Maio 2021]

10 Cf. Joan-Philip Wagner, *Reporting on right-wing populism: evolving journalistic roles and practice in Canada, Germany, and the United Kingdom*, disponível em <https://open.library.ubc.ca/cIRcle/collections/ubctheses/24/items/1.0355244> [consultado em 30 de Maio 2021]

11 Sophie Gaston e Peter Harrison-Evans, *Mediating populism*, Londres: Demos, 2018, disponível em <https://www.demos.co.uk/wp-content/uploads/2018/03/Full-Report-Mediating-Populism-March-2018-Demos-1.pdf> [consultado em 30 de Maio de 2021]

veículos de informação alternativos (as redes sociais), há uma manifesta manipulação do jornalismo pelos políticos populistas, cuja mensagem chocante e polémica “vende jornais”.

A digitalização da informação, como é aí referido, criou uma pressão constante sobre os jornalistas para a produção de conteúdos, ao mesmo tempo que as fontes de informação digitais disponíveis crescem exponencialmente. Isto parece ter por efeito, por um lado, diminuir o tempo de que os jornalistas dispõem para realizar uma verdadeira investigação, e por outro lado, leva a alguma precipitação na construção e divulgação dos conteúdos produzidos¹².

Neste estudo enfatiza-se o facto desta manipulação do jornalismo, que o leva a dar um destaque desproporcional a tudo o que soa a novo, escandaloso, polémico, controverso, ser umas vezes consciente e, outras vezes, não intencional. Esta parece ser, de resto, também uma consequência, do peso crescente sobre os critérios editoriais e jornalísticos da vontade de dar ênfase às reações sociais e aos tópicos com maior potencial para se tornarem virais. O peso desta digitalização é avassalador, segundo dados relativos à Grã-Bretanha, onde cerca de 74% da população vê a informação online e 42 % através, especificamente, das redes sociais.

A relação destas alterações nos meios de comunicação com o populismo político parece evidenciar-se. O que estará, então, em causa é a dimensão ética da decisão de dar cobertura noticiosa a certos políticos populistas, não sopesando devidamente as consequências que daí advêm para o desequilíbrio do eco das mensagens que existem em competição no espaço político público.

Um dos aspectos também a salientar neste dinâmica que se estabelece entre comunicação social e política é o facto de, nos últimos anos, os meios de comunicação social começarem a ser vistos como partidários e não como observadores isentos, objectivos e informativos. Isto vem também a contribuir para o descrédito dos órgãos de informação junto do grande público, abrindo caminho para que as “fake news” prosperem.

Notas finais

Não é objectivo deste artigo oferecer respostas para os problemas complexos que quisemos aqui enunciar, ainda que brevemente.

Esperamos, contudo, que no final destas páginas se tenha podido estabelecer a relação entre os recentes acontecimentos políticos em Portugal, com a ascensão do partido político Chega, e os movimentos políticos populistas que têm vindo a prosperar nestas primeiras décadas do século XXI.

Também acreditamos ter conseguido estabelecer essa ligação através dos critérios académicos de identificação do populismo, procurando aplicá-los ao discurso político português de extrema-direita.

12 Sophie Gaston e Peter Harrison-Evans, *Mediating populism*, op. cit., pp. 73 e ss.

Por último, acreditamos que existe uma conexão que também pode ser estabelecida entre o sucesso político das últimas eleições presidenciais e o modo como a comunicação social fez eco das estratégias e discursos dos políticos populistas.

Tudo isto somado nos leva a concluir pela necessidade de se realizar uma reflexão profunda sobre esta questão, procurando encontrar as soluções possíveis e convenientes (auto ou hetero-regulação?), sob pena de deixarmos deteriorar irreversivelmente a saúde das nossas democracias.

Regulação e tributação dos media na Polónia: moralização ou subversão?

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.12>

João Sérgio Ribeiro*

Introdução

O tema da democracia e comunicação social na era digital é um tema complexo, na medida em que para além das questões clássicas de articulação entre essas dimensões, muitas delas centenárias, surgem novos desafios que exacerbam os problemas de sempre. Neste contexto destacam-se as plataformas digitais que servem não só de veículo aos meios de comunicação tradicionais, ao serem usadas difundir conteúdos de jornais, televisões e rádios, mas podem, também, em certas situações, constituir uma restrição à difusão daqueles. Isso acontecerá, pelo menos por duas vias. Por um lado, quando algumas redes sociais, ao fazerem concorrência a esses meios, divulgam, elas próprias, conteúdos semelhantes aos daqueles, muitas vezes com base na ação de cidadãos anónimos – por isso difíceis de responsabilizar – sem que nesse âmbito estejam sujeitos às mesmas regras deontológicas ou de controlo administrativo. Por outro, não sendo esta dimensão menos problemática, e movidos eventualmente por uma intenção à primeira vista louvável de autorregulação, acabam por remover conteúdos, vedar certas notícias, selecionando os conteúdos dos próprios meios de comunicação social, em função de interesses nem sempre claros.

Mais importantes do que a relação complexa entre redes sociais e meios de comunicação social que na atualidade assumem também uma dimensão digital, acabando por atuar de modo semelhante (salvaguardando naturalmente a diferente regulação a que estão sujeitos), são os perigos que decorrem de, num contexto de autorregulação, fazerem o que muitas vezes surge como uma verdadeira censura. O facto de, recentemente, nos EUA, redes sociais como o *twitter* e o *facebook* terem assumido grande protagonismo, ao removerem conteúdos e utilizadores, incluindo um Presidente em funções, não eclipsa, naturalmente, o facto de, também, os meios de comunicação social, embora de forma eventualmente mais discreta, privilegiarem certos conteúdos e personalidades não se eximindo, em situações limite, de um verdadeiro silenciamento.

* Professor Associado da Escola de Direito da Universidade do Minho.

A questão não é simples, dado que, sem prejuízo de considerarmos que liberdade de expressão deve ser entendida da forma mais ampla possível, tem de ser ceder em situações limite, onde um exercício da mesma de forma irrestrita pode redundar em crimes ódio, discriminação, ataques aos valores mais elementares do Estado de Direito, entre outros perigos. Como atingir estes equilíbrios?

Este debate é especialmente importante numa altura em que, em vários países e na própria a União Europeia, está em curso uma reflexão para criar um plano de ação para regular de uma forma coerente e transparente os *media*, estando prevista, para o terceiro trimestre deste ano, uma proposta da comissão para complementar a regulação que já existe em matéria de serviços digitais¹.

Delimitado o contexto da nossa análise e tendo presente, sobretudo, a problemática explorada no contexto de alguns capítulos desta obra, importa dar conta do roteiro que seguiremos, esperando, nesse exercício, justificar o título que escolhemos.

Num primeiro momento olharemos para o modo como recentemente, na Polónia, se propôs que a questão que delimitámos fosse resolvida. Esta escolha tem na sua base o facto de este país ser pioneiro no avanço com propostas de lei sobre uma temática que, noutros contextos, ainda está em fase de reflexão.

Num segundo momento avaliaremos as medidas propostas na Polónia para determinar se contribuem para moralizar a atividade das plataformas digitais ou se, pelo contrário, sob a aparência de se estar a melhorar as práticas ou costumes, não se estará, antes, a subverter ideias que à partida seriam boas.

1. As propostas polacas

Consideramos que no âmbito de um debate que, na Europa, tem sido sobretudo desenvolvido no plano abstrato, colocar a nossa atenção em propostas concretas apresentadas por um país que pelo pioneirismo que assumiu e também por ter uma relação tensa com alguns dos valores democráticos europeus, designadamente no que se refere à independência do poder judicial, representa seguramente um *case study* interessante. Será esse o espírito das alusões que faremos.

As propostas polacas relativamente aos *media* são basicamente duas. Uma que tem a ver com uma forma de heterorregulação clássica típica e outra que tem em vista contribuir para esse esforço de regulação através de um imposto sobre as receitas da publicidade obtidas, também pelos media.

Referir-nos-emos, em primeiro lugar, à proposta de lei de proteção da liberdade de expressão e, num momento seguinte, à parte da proposta de tributação que se refere, especificamente, aos media, por ter aí um particular impacto.

1 Houve nesse contexto um importante debate no Parlamento Europeu, no dia 10 de fevereiro, precisamente sobre a temática *Democratic Scrutiny of Social Media and the Protection of Fundamental Rights*.

1.1. Lei de proteção da liberdade de expressão

Em fevereiro de 2021, mais concretamente no dia 1, surgiu no *site* do Ministério da Justiça um projeto de lei sobre liberdade de expressão em plataformas de comunicação social.

O Ministro da Justiça, Zbigniew Ziobro, no contexto da apresentação do projeto lei, reafirmou a liberdade de expressão enquanto pedra angular da democracia repudiando a censura que considerou existir nas plataformas *online*. Propondo para fazer face a isso, precisamente, leis que evitem os abusos por parte dos detentores das plataformas digitais que estariam, sob a aparência de proteger a liberdade de expressão, a tolhê-la.

A nova lei visa proteger, sobretudo, a liberdade de expressão, mesmo nas situações em que a violação decorre sob anonimato.

O projeto de lei prevê a criação de um Conselho da Liberdade de Expressão, que teria como missão proteger a liberdade de expressão nas redes sociais. O conselho seria composto por especialistas em direito e novos meios de comunicação, e seria nomeado pela câmara baixa do Parlamento polaco – o *Sejm* – por um mandato de seis anos, por maioria qualificada (3/5).

O projeto de lei também prevê que, se um *site* bloquear uma conta ou excluir uma determinada entrada, sem que o seu conteúdo viole a lei polaca, o utilizador poderá apresentar uma reclamação ao fornecedor de serviços, isto é, ao detentor da plataforma. Este último deverá confirmar que a reclamação foi recebida e terá 48 horas para a decidir. Se a plataforma rejeitar a reclamação, o utilizador poderá recorrer dessa decisão junto do Conselho de Liberdade de Expressão que tomará uma decisão no prazo sete dias. O processo perante o conselho será conduzido eletronicamente, para o agilizar e minimizar os custos. O conselho decidirá em sessões fechadas e limitará a prova àquela apresentada pelas partes (o utilizador e o representante da plataforma digital).

Caso o conselho julgue o recurso atendível, pode ordenar que o *site* restaure imediatamente o conteúdo ou conta bloqueada. Na sequência disso, a plataforma terá 24 horas para dar seguimento ao decidido, sob pena de ter de suportar uma coima que pode ir até € 11.000.000.

O projeto de lei também apresenta o chamado “processo John Doe”, que consiste na possibilidade de um indivíduo, cujo interesse pessoal tenha sido posto em causa por utilizador anónimo da plataforma, poder iniciar um processo sem ter de ter que fornecer os dados pessoais do infrator. Atualmente, na Polónia, para acionar junto de um tribunal civil, o autor deve fornecer o nome e o endereço do suposto infrator. Obviamente, isso é muito difícil, senão impossível, no caso de difamação *online*². O projeto

2 Até o momento, os indivíduos que tiveram seus interesses pessoais violados *online* tiveram que denunciar seus casos de difamação à polícia como crimes, apenas para estabelecer a identidade do infrator. Isso foi altamente ineficaz e impediu os reclamantes de defenderem os seus direitos em tribunais civis.

de lei prevê facilitar estas ações imputando ao autor apenas a indicação do endereço URL onde as declarações difamatórias foram publicadas, a hora e data da publicação *online*, o nome do *site* onde elas foram publicadas e o login do réu³.

1.2. Imposto sobre as receitas da publicidade dos media

No início do fevereiro, o ministério das finanças da Polónia publicou um projeto de um imposto sobre a tributação das receitas da publicidade que esteve em consulta até ao dia 16 de fevereiro e com início de vigência, projetado para o 1 de julho de 2021.

Este imposto incidiria sobre o rendimento da publicidade recebido por emissoras, fornecedores de serviços de comunicação social, cadeias de cinemas e empresas de publicidade. Não se aplicaria em exclusivo aos meios de comunicação social, mas teria neles naturalmente uma incidência muito relevante, daí a nossa atenção.

A taxa prevista variaria entre os 2 e os 15 por cento, dependendo do volume das receitas, do tipo de meios de comunicação social, e, também, do produto anunciado⁴.

O Ministério das Finanças prevê que este imposto possa aumentar o orçamento do estado em 800 milhões de zlotys (€ 178 milhões) em 2022. Metade da receita gerada seria destinada a apoiar o Fundo Nacional de Saúde (NFZ), que financia a saúde pública, e 15% seria canalizado para o Fundo de Proteção do Monumento Nacional (NFOZ). Os restantes 35% seriam destinados à constituição de um Fundo de Apoio à Cultura e ao Património Nacional nos Meios de Comunicação, que se destinaria a cofinanciar projetos relacionados com “mudanças no espaço digital, na cultura e no património nacional.

O governo argumenta que sua proposta de imposto de “solidariedade” forçaria empresas gigantes como *Google*, *Facebook*, *Apple* e *Amazon*, a contribuir com justiça para o esforço tributário, dado que a maior parte não paga impostos sobre sociedades, o que, aliás, estaria dentro do espírito da tributação do digital em discussão na União Europeia⁵, fazendo algo que já é feito por alguns países, designadamente França, Itália e França.

O facto de o imposto ser progressivo teria, sobretudo, em vista atingir as empresas de grande dimensão, deixando de fora, no entender do governo, os meios de comunicação locais. Isso não significa, no entanto, que os meios de comunicação nacionais não sejam onerados com esse imposto. Importa, todavia, salientar que, embora o imposto proposto se aplique a empresas com receitas globais acima de € 750 milhões e cuja receita de publicidade na Polónia exceda € 1,1 milhões – como o

3 Ver Magdalena Gad-Nowak e Marcin S. Wnukowski, «Polish government to pass law that will allow it more control over the Internet content and legitimize blocking access to certain websites», *National Law Review Volume XI*, Number 60 March 1, 2021, que seguimos muito de perto.

4 Publicidade a bebidas açucaradas e jogos de fortuna e azar estarão sujeitos a uma taxa superior.

5 Que tem uma proposta de diretiva que prevê precisamente a tributação do digital – Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa, COM/2018/0147 final – 2018/072 (CNS).

Facebook e o *Google* – esta legislação também recairá sobre os *media* nacionais, incluindo os não digitais, visando as suas receitas de publicidade. De notar, a este propósito, que a própria emissora estatal da Polónia, a TVP, também está sujeita ao imposto.

Segundo as autoridades, o imposto, para além das finalidades fiscais teria, também, um propósito regulador, na medida em que supostamente reporia a igualdade entre os gigantes tecnológicos e os meios de comunicação nacional em termos de concorrência. Isto porque corrigiria o facto de os primeiros, contrariamente aos segundos, não pagarem a quota justa de imposto sobre sociedades ou até não o pagarem de todo. Além disso, tem como objetivo assumido libertar os *media* das receitas da publicidade devido aos perigos que daí decorrem para a sua independência.

2. Avaliação das medidas propostas

Neste ponto olharemos para cada uma das medidas sob um duplo prisma. Sob o prisma de parte da opinião pública, baseando-nos, essencialmente, sobretudo no que tem sido noticiado pelos *media* quer a nível de factos quer opiniões e numa análise nossa que tentaremos que seja o mais objetiva e equidistante possível. Nos comentários que faremos não tomaremos naturalmente partido, pois o nosso objetivo não é, como é óbvio, advogar as posições do governo polaco ou de quem se manifesta contra elas, mas, sobretudo, levantar questões e chamar à atenção para os perigos de opiniões muito polarizadas. Fica a intuição de que, provavelmente, a abordagem adequada assentará numa via intermédia, recuperando o sábio aforismo de que *no meio é que está a virtude*.

2.1. No que concerne à lei de proteção da liberdade de expressão

O projeto referente à lei de proteção da liberdade de expressão tem sido criticado em vários aspetos. Desde logo o facto de, apesar de ter sido anunciado no final de 2020, ter adquirido um especial ímpeto na sequência, de em janeiro⁶, terem sido bloqueadas as contas *Twitter* e do *Facebook* de Donald Trump e do descontentamento que isso gerou no seio do governo polaco, que estaria alinhado pela mesma orientação política. Sendo invocado, a esse propósito, o facto de que alguns membros do partido do governo publicarem frequentemente retórica contra a comunidade LGBT ou os refugiados e que, conseqüentemente, queriam prevenir que o mesmo lhes acontecesse. Com efeito, nos últimos anos, o *Facebook* passou a bloquear conteúdo de organizações e políticos polacos de extrema direita em várias ocasiões. O parlamentar *Janusz Korwin-Mikke*, por exemplo, alinhado com o partido *Konfederacja*, viu, em novembro, a sua conta, que tinha 780 mil seguidores, bloqueada pelo *Facebook* que invocou repetidas violações dos «padrões da comunidade».

Tem merecido também reparo o facto de estarem previstas coimas desproporcionalmente altas para as situações em que o restauro do conteúdo não seja feito dentro do período de 24 horas (até € 11.000.000). Precisamente por se temer que essa

6 Apresentado ao Primeiro-Ministro, em 22 de janeiro de 2021.

imposição pode levar a que os administradores de serviços de redes sociais se inibam de bloquear qualquer conteúdo (mesmo que seja prejudicial e ilegal) por medo de disputas quanto à legalidade desse conteúdo. Ora, isso levaria a que, paradoxalmente, a incidência de conteúdo *online* prejudicial e ilegal aumentasse em vez de diminuir.

Outra crítica ao projeto tem a ver com o facto de se exigir, no âmbito do projeto de lei, que a plataforma não possa limitar o acesso ao conteúdo que já foi examinado pelo conselho, mesmo que as circunstâncias mudem posteriormente e o conteúdo se revele ilegal. A decisão do conselho será, portanto, definitiva e a este órgão bastará limitar a sua fundamentação à indicação dos factos que entendeu evidentes e à citação das disposições legais que constituíram a base jurídica da decisão tomada, o que terá como consequência privar a plataforma digital da possibilidade de recorrer ao tribunal administrativo.

Relativamente à primeira crítica, parece-nos que, independentemente do alinhamento com *Trump*, os promotores deste projeto lei têm razão quando condenam a censura e afirmam a ideia de que o respeito das leis nacionais será, em teoria, o melhor critério para determinar o que deve ou não ser permitido *online*, e não o uso de algoritmos obscuros. Aliás, este posicionamento tem sido veiculado por personalidades com Angela Merkel que também expressou desconforto com o bloqueamento de Trump por vários meios de comunicação social. Paralelamente, no seio da União Europeia, a questão da liberdade de expressão está a ser discutida, estando o primeiro ministro polaco a fazer pressão para que a questão seja regulada a nível europeu, reconhecendo que as medidas internas serão ineficazes sem o apoio de toda a UE, o que provavelmente vai implicar algum serenar de ânimos. Neste contexto, não deixa de ser interessante o facto de a Comissão Europeia ter anunciado recentemente a proposta do *Digital Services Act (DSA)*⁷ que já aborda a liberdade de expressão *online*. Prevê, em particular, que seja impossível bloquear a conta de um utilizador sem o informar previamente e sem justificar devidamente a decisão. Exigindo ainda que possa contestar tal decisão por meio de vários procedimentos *online*, sob pena de serem aplicadas severas contraordenações. Ora, se a DSA for aprovada, será diretamente aplicável em todos os estados membros, incluindo a Polónia, o que anulará, seguramente, os supostos perigos do projeto e lei em análise, podendo até torná-lo, ou à lei que dele resulte, redundante. Mesmo assim, os opositores dizem haver uma agenda política clara por de trás desta lei, que se realizará enquanto demora a aprovação do DAS, que pode levar dois ou três anos.

No que concerne à elevada coima devida pelo não restabelecimento do conteúdo retirado na sequência da decisão do Conselho da Liberdade de Expressão, no período de 24 horas, parece-nos que pode constituir um problema, não tanto pela coima que deve, para ter eficácia, ser impactante em termos de valor, mas mais o curtíssimo prazo, especialmente se houver centenas a milhares conteúdos a restabelecer. Comprendemos, portanto, que possa ter um efeito inibidor sobre as plataformas.

7 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, Brussels, 15.12.2020, COM(2020) 825 final, 2020/0361(COD).

No que diz respeito ao carácter definitivo da decisão do Conselho de Liberdade de Expressão, mesmo que se alterem as circunstâncias, sem possibilidade de recurso, parece-nos desadequada e questionável sob o ponto de vista da legalidade.

O que causa mais apreensão não é tanto o projeto, que cederá perante a regulamentação europeia, mas sobretudo, o facto de o governo polaco estar a trabalhar numa alteração à *Lei do Sistema Nacional de Cibersegurança*, estando aí contemplada a exclusão de determinados equipamentos e o bloqueio do acesso a determinados endereços IP, havendo agora razões adicionais para o fazer. Até ao momento, as operadoras de telecomunicações só podiam ser obrigadas a bloquear o acesso a *sites* usados para jogos de azar não autorizados. Contudo, agora, está a prever-se uma ferramenta adicional para que ministro possa bloquear o acesso a outros *sites* ou endereços URL, se tal proibição puder, na avaliação do ministro, ajudar a neutralizar críticas incidentes de segurança cibernética.

A legislação contemplada daria poderes ao Ministro das Tecnologias de informação para emitir uma chamada “ordem de segurança”, caso surgisse um incidente crítico (ou seja, um incidente que resulte em danos significativos para segurança ou ordem pública, interesses internacionais, interesses económicos, atividades de instituições públicas, direitos civis e liberdades, ou humanos vida e saúde), obrigando as operadoras de telecomunicações a realizar determinadas ações, designadamente tornar indisponíveis certos *sites* ou endereços. Ora, estes desenvolvimentos acrescentam duas inquietações adicionais. Em primeiro lugar o ministro pode emitir a ordem de segurança por um período que pode ir até dois anos. Em segundo lugar, essa ordem de segurança é imediatamente exequível, independentemente de quaisquer recursos contra a decisão. Isto é, o destinatário da decisão pode interpor recurso para um tribunal administrativo, mas, dado o tempo do processo, esse recurso pode não ter efeito útil⁸. Já para não falar de todas as dúvidas suscitadas pelo sistema judicial polaco, essencialmente no que se refere ao requisito da independência⁹.

2.2. No que concerne ao imposto sobre a publicidade

A perspetiva de ser lançado um imposto sobre a publicidade desencadeou um debate intenso na Polónia, com os meios de comunicação social a manifestarem-se de forma veemente contra essa possibilidade. Publicaram uma carta aberta na imprensa, avançando com as suas razões para repudiarem o imposto, chegando mesmo, no dia 10 de fevereiro, como foi amplamente noticiado na imprensa internacional, as maiores emissoras independentes do país e várias estações de rádio a suspender sua cobertura noticiosa por 24 horas, em protesto contra o plano. Rotularam mesmo

8 Cfr. Magdalena Gad-Nowak e Marcin S. Wnukowski, «Polish government to pass law that will allow it more control over the Internet content and legitimize blocking access to certain websites», *op. cit.* que, mais uma vez, seguimos de muito perto.

9 Cfr. Allyson Duncan e John Macy, «The Collapse of Judicial Independence in Poland: A Cautionary Tale», *Judicature*, Vol. 104, Number3, Fall/Winter 2020-2021, pp. 41-49.

a proposta de “extorsão” fiscal, alertando que poderia levar ao “enfraquecimento, ou mesmo liquidação” de alguns Empresas de comunicação social¹⁰.

A posição de repulsa expressa por alguns meios de comunicação social foi secundada pela oposição¹¹. As razões principais assentavam no facto de considerarem que este imposto seria um duro golpe para a imprensa independente, já muito afetada pelos efeitos da pandemia e que depende, em muitos casos, maioritariamente das receitas da publicidade, sendo essa a única forma de fornecerem conteúdos não pagos. Além disso, salientaram o facto de os meios de comunicação já estarem sujeitos a tributos vários, designadamente o IVA, taxas de emissão entre outros.

Para além destes factos a oposição referiu-se ao que se passou na Hungria que lançou um imposto equivalente¹² e que, na sequência disso, pôs em causa a sustentabilidade financeira de *media* independentes, que curiosamente foram adquiridos pelo Estado, coartando, assim, a pluralidade de opiniões e pondo termo à anterior independência de que gozavam. Invocando o precedente Húngaro, teme que o mesmo possa acontecer na Polónia.

Nesse contexto a oposição salienta o facto de os meios de comunicação demasiado pequenos para pagarem o novo imposto serem precisamente aqueles que estão mais conotados com o partido que está no poder, isto é, o Partido da Lei e da Justiça (*PiS*) e que veiculam conteúdos mais alinhados com as políticas e ideias do Governo.

No calor do debate, os partidos da oposição, recuperaram alguns factos e declarações de membros do governo para sustentar os seus receios.

Afirmaram, por exemplo, que apesar da televisão estatal (TVP) vir a estar sujeita ao novo imposto, tem recebido um subsídio enorme de 2 bilhões de zlotys (€ 440 milhões), sendo também sustentada por taxas obrigatórias. Alegaram ainda que a TVP é rigidamente controlada pelo *PiS* e que foi transformada num meio de propaganda pró-governo, algo que, no seu entender, gerou críticas internacionais à Polónia.

Relembrou, ainda, a intenção expressa por um membro do governo de as empresas estatais comprarem meios de comunicação “sempre que possível” e o facto de, nesse contexto, a empresa estatal de petróleo, a *PKN Orlen*, ter recentemente comprado um dos maiores grupos de jornais do país a uma editora alemã, criando receios de que pretenderá colocá-los sob o controle do partido no poder.

10 Cfr. James Shotter, Poland to amend media tax plan after outcry, February 16, <https://www.ft.com/content/2966a238-acaf-4e3a-8402-39ca61e0c681>.

11 Cfr. Wojciech Kość, Polish media suspend reporting to protest planned tax on advertising February 10, 2021, <https://www.politico.eu/article/polish-media-suspend-reporting-to-protest-a-planned-tax-on-advertising/>

12 Em 11 de junho de 2014, a Hungria promulgou a lei sobre o imposto de publicidade, segundo a qual emissoras ou editores de anúncios (jornais, meios de comunicação audiovisuais, cartazes) eram obrigados a pagar impostos a uma taxa progressiva sobre o volume de negócios líquido anual, gerado pela transmissão ou publicação de anúncios na Hungria.

Sublinharam, por fim, a análise da *Wood & Company*, um banco de investimento, segundo a qual as empresas mais atingidas na Polónia provavelmente seriam: a *Agora* (editora do jornal *Gazeta Wyborcza*), a emissora americana TVN e a *Ringier Axel Springer Polska* (proprietário suíço-alemão da, entre outros, *Fakt*, *Newsweek Polska* e *Onet*). Observando, a esse propósito, têm sido precisamente os títulos que pertencem a esses a esses grupos que vêm criticando o partido do governo, Lei e Justiça (*PiS*)¹³.

De acordo com um prisma de análise que pretendemos ser o mais objetivo possível impõe-se-nos que destaquemos o seguinte.

No plano estritamente técnico, a tributação que é feita das receitas de publicidade, dirigida sobretudo aos grande gigantes tecnológicos, está perfeitamente alinhada com o que está pensado para esse domínio no plano Europeu, e até mundial, no contexto da OCDE.

No que respeita à necessidade de, pela via do imposto, conseguir um impacto regulatório ao criar um desincentivo a que os *media* façam depender as suas receitas da publicidade, por todos os efeitos perversos que daí podem decorrer, também nos parece, à primeira vista, inócuo e conforme à crescente preponderância da extrafiscalidade ou tributação corretiva. A este propósito, não deixa de ser curioso verificar que o governo polaco retome, sem o assumir obviamente, argumentos de autores que se encontram no campo político oposto do seu, como *Noam Chomsky*¹⁴, no sentido de que os meios de comunicação social não podem ser aprisionados pelo poder económico e que, por conseguinte, devem ser libertados das dependências que decorrem do financiamento através da publicidade.

Independentemente da genuinidade da invocação desse argumento por parte do governo polaco, não podemos deixar de concordar que os jornais que dependem de anunciantes terão alguma dificuldade em manter a sua independência, devendo as receitas, desejavelmente, provir dos leitores. O imperativo de agradar aos leitores e anunciantes, ao mesmo tempo, pode ser uma tarefa impossível, para além de condicionar posicionamentos ou investigações que ponham diretamente em causa os anunciantes que, como é óbvio, podem deixar de financiar como medida de represália. As pessoas precisam, no nosso entender, de interiorizar que as notícias independentes e de qualidade têm um preço. Depois, o facto de muitas das empresas visadas serem estrangeiras e ingerirem na política interna, implica, independentemente da bondade dos argumentos, que se cuide com especial zelo da sua independência face a quem as patrocina, pela sensibilidade das matéria e grande poder de influência.

A circunstância de se tratar de unicamente de um projeto a ser discutido e de o governo, segundo as últimas notícias, ter mostrado disponibilidade para alterar o

13 Cfr. Maria Wilczek, Polish PM says new advertising tax will help “develop free media” but private outlets fear “attack”, February 4, 2021, <https://notesfrompoland.com/2021/02/04/polish-government-says-planned-advert-tax-will-help-free-media-but-private-outlets-fear-attack/>

14 Ver Noam Chomsky, *Media Control The Spectacular Achievements of Propaganda*, 3.ª edição, Seven stories press, u.s., 2002.

imposto, apresentando um novo projeto, revela uma abertura¹⁵ que consideramos saudável. Para isso contribuiu seguramente quer a pressão dos líderes da oposição, que mostraram preocupação com a liberdade de expressão, quer o facto de o parceiro de governo se ter recusado a aprovar a proposta na versão inicial.

Não negamos, todavia, que o contexto em que surge a proposta, os vários precedentes, designadamente o húngaro, obrigam a uma análise mais atenta. Na verdade, existe uma grande proximidade com o contexto da Polónia, como se pode constar num procedimento movido pela comissão contra estes dois países por ocasião da criação do imposto húngaro sobre a publicidade (muito semelhante ao que aqui expomos) e um imposto sobre o setor retalhista criado pela Polónia. Tendo, provavelmente, o contacto com o imposto húngaro sido inspirador¹⁶. Além disso, e não menos importante, é a debilidade a nível da falta de independência do poder judicial. Todas estas circunstâncias aconselham, portanto, como não poderia deixar de ser, a uma atenção e cautelas adicionais. A avaliação tem, por conseguinte, de se demarcar do contexto puramente técnico e considerar também a envolvência política, que, reconhecemos, é muito particular.

Não podemos, porém, cair no polo oposto, e reprovar liminarmente medidas como a criação do imposto a que nos referimos – especialmente se cumprirem os imperativos técnicos e jurídicos, designadamente de ordem constitucional e de conformidade com a o Direito da União Europeia – só porque são propostas por um Governo de pendor supostamente mais nacionalista. A equidistância face aos diferentes posicionamentos políticos e o estrito respeito pelos princípios jurídicos fundamentais do Estado de Direito devem ser o único critério, sendo as demais considerações secundárias, sob pena de se agudizarem as clivagens e de ser promovida uma polarização, com todos os efeitos nefastos que daí podem decorrer.

Conclusão

Cumprido o périplo pelas propostas polacas, concluimos que qualquer medida que se tome não é intrinsecamente boa ou má, dependendo do contexto político e do funcionamento do sistema democrático, sendo estes os aspetos mais relevantes. Julgamos, por conseguinte, que, para evitar erros e minimizar os riscos, deve ser privilegiada uma abordagem minimalista em termos de regulação.

Essa regulação deve, contudo, ser feita de preferência, não no plano nacional, mas a nível da União Europeia, onde o processo de decisão é mais ponderado e tem impreterivelmente de acomodar as diferentes sensibilidades nacionais e políticas.

15 Ou talvez o pragmatismo de evitar que a proposta seja reprovada no parlamento,

16 Ver Press Release N.º 132/20, Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 15 October 2020, Advocate General's Opinions in Cases C-562/19 P Commission v Poland and C-596/19 P Commission v Hungary.



UMinho Editora



Universidade do Minho



ISBN 978-989-8974-92-1



9 789898 974921 >