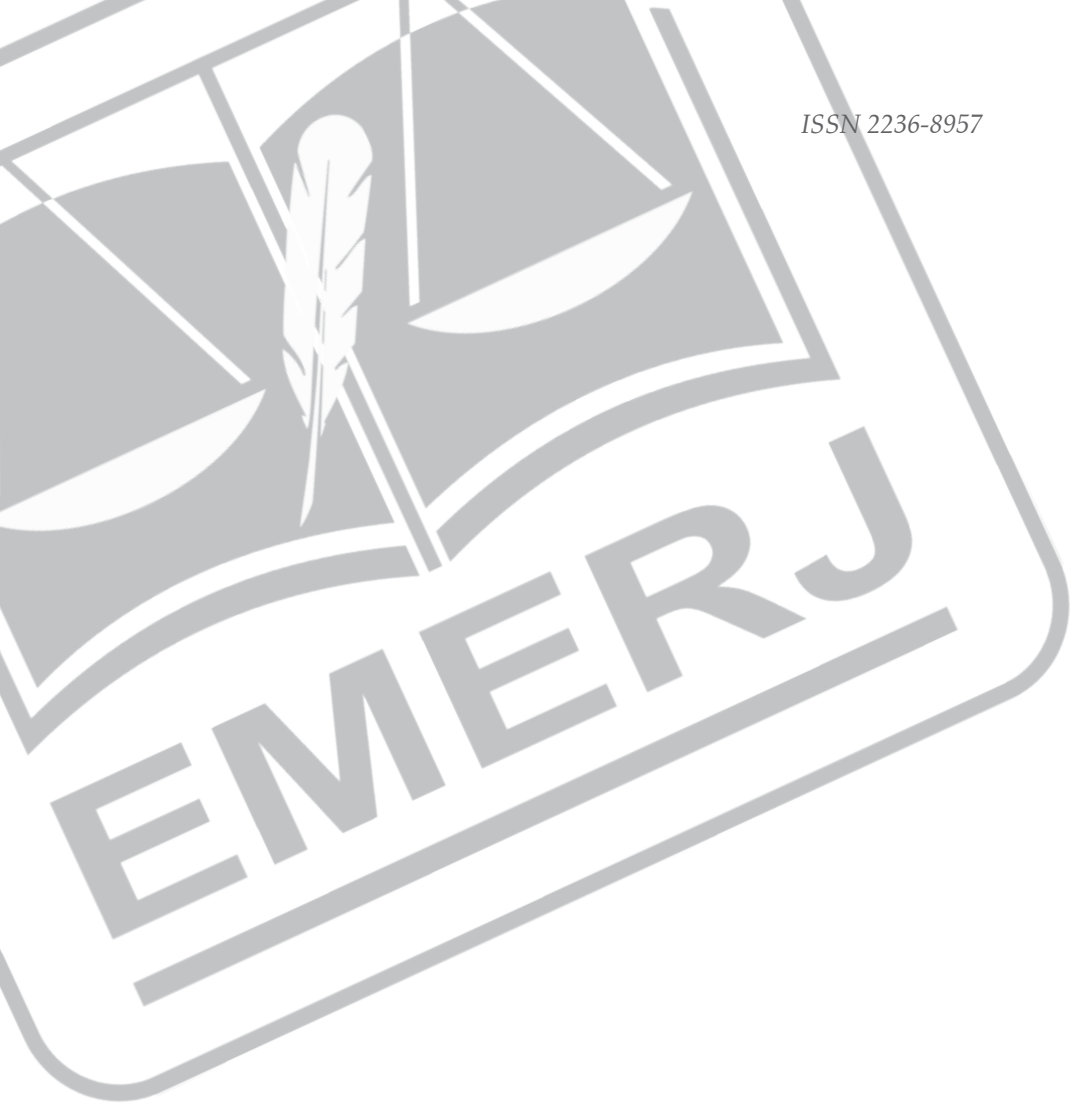


ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Janeiro/Março
V. 23 - n. 1 - Ano 2021

Rio de Janeiro

Liberdade de Expressão na *Era Digital:* A Reconfiguração de um Direito Humano?

Jorge dos Reis Bravo

Magistrado do Ministério Público (Portugal) e Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SUMÁRIO: 1. Por que a liberdade de expressão? – 2. A Era digital: novos dados e sua incessante modificação. – 3. Liberdade de expressão: um conceito em mutação? – 4. Metodicas de ponderação entre a liberdade de expressão na Era digital com outros direitos. – 5. Considerações conclusivas.

“Espanta-me, por ingénuo que possa parecer às pessoas, que se possa usar a linguagem para amar, construir, perdoar, mas também para torturar, para odiar, para destruir e para aniquilar”

George Steiner

1. POR QUE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

A liberdade de expressão é reconhecida, desde há muito, como um dos mais importantes direitos humanos, em si mesma e enquanto fundamento de outros direitos e liberdades democráticos. No direito internacional, a liberdade de expressão encontra-se consagrada num conjunto de significativos instrumentos internacionais e regionais do sistemas de direitos humanos – no art. 19.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no art. 19.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis

e Políticos (PIDCP), no art. 13.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), no art. 9.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) e no art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Foi já pertinentemente observado que, se o direito à liberdade de expressão fosse garantido, os demais direitos civis e políticos seriam redundantes.

Existem três razões principais pelas quais a liberdade de expressão é vista como importante em diversas épocas e geografias.

Em primeiro lugar, é essencial para o desenvolvimento integral da pessoa humana, na sua capacidade comunicacional. A (liberdade de) comunicação é a base das comunidades humanas. Essa capacidade e possibilidade de nos expressarmos em palavras, desenho, música, dança ou qualquer outra forma de expressão é essencial para a realização da nossa humanidade.

Em segundo lugar, a liberdade de expressão é a base de outros direitos e liberdades. Sem a liberdade de expressão, não seria possível organizar, informar, alertar ou mobilizar-se em defesa dos direitos humanos. Os sistemas políticos dos Estados democráticos não podem funcionar de modo adequado se não for garantida a liberdade de expressão, sobretudo na esfera pública, o que exige meios de comunicação independentes e aptos a oferecer uma plataforma pública para o intercâmbio de opiniões e visões do mundo.

Por último, como Amartya Sen argumentou de modo penetrante, a liberdade de expressão é uma pré-condição para o desenvolvimento social e económico¹, afirmando que a questão da fome não é um problema de falta de alimentos, mas de falta de informação.

O impacto da Sociedade de Informação e da Internet pode, porém, implicar a reformulação dessas coordenadas.

¹ AMARTYA SEN, *Development as Freedom*, Oxford University Press, 1999.

2. A ERA DIGITAL: NOVOS DADOS E SUA INCESSANTE MODIFICAÇÃO

A aceleração do progresso tecnológico da Humanidade pode ser visto com o seguinte cronograma: Idade da Pedra: milhares de anos; Idade do Metal: cinco mil anos; Revolução Industrial (início do séc. XVII ao fim do séc. XIX): duzentos anos; Era Elétrica (início do séc. XX até à 2.^a Guerra Mundial): 50 anos; Era Eletrônica: 25 anos; Era da Informação: passou do que se pode chamar *Infolítico inferior* para o *Infolítico superior* ou *Informação Hypermedia* em 40 anos².

A Era digital introduz novos elementos relativamente a épocas anteriores, em que a Informação já era divulgada de forma célere (v.g. rádio e televisão). O elemento instantaneidade não é, por isso, privativo da *Era digital* (sendo comum a anteriores meios de comunicação como a televisão, a rádio, entre outros).

A Internet, o instrumento por excelência da Era digital, foi criada e desenvolvida com um forte pendor de autorregulação (ou desregulação) pelos seus precursores, animados por ideários californianos pró-libertários, mas foi oportunisticamente “tomada de assalto” por interesses, mais ou menos inconfessáveis, de natureza económica (*e-commerce*) e ideológica (*blogs, sítios, páginas e media digitais, redes sociais*, etc).

Não é, por isso, fácil a apreensão de um mapa estabilizado das potencialidades da Internet, impondo-se a constatação de uma permanente instabilidade e evolução dos sistemas e das redes digitais, das aplicações de Inteligência não biológica, das relações “máquina-máquina”, que podem constituir-se como realidades sempre “em fuga pelos dedos” das certezas sobre os cenários que, parecendo presentes, desatualizam-se incessante e rapidamente.

A *Era digital* fornece um elemento de (pelo menos, aparente) democraticidade e de confusão entre consumo e produção da informação. A Internet possibilitou que, de meros consumidores de conteúdos dos *Media* criados por terceiros, os seus utilizado-

² Quadro cronológico apresentado por JOSÉ B. TERCERO, *Socied@de Digit@l: do homo sapiens ao homo digitalis*, Lisboa, Relógio d'Água, 1997.

res possam ser produtores ou reprodutores de conteúdos, criados por si ou por outros, recortando-se, surgindo o conceito de “produsers”. Através de plataformas e redes digitais, os utentes convertem-se em sujeitos colaborativos, interagindo com grupos mais ou menos numerosos de outros indivíduos, partilhando dados, imagens, informações e opiniões, próprios ou alheios, com poucas barreiras ou nenhuma. E tais processos tanto podem ter uma natureza e finalidade inócuas como uma nova receita gastronómica, como podem dirigir-se a produzir efeitos mais graves, por vezes à escala mundial, como interferir em processos eleitorais globalmente relevantes³.

A Internet não é, pois, um novo *Media* nem potencia (apenas) novos *Media*; é uma “galáxia” ou “infoesfera”, como a designa Manuel Castells, distinta, com uma lógica, uma semântica e uma gramática próprias. Reconhece-se, hoje, nessa outra dimensão da comunicação o espontâneo estabelecimento de verdadeiros ecossistemas digitais, em que poderão vir a pontificar relações estabelecidas entre máquinas.

As sociedades com modelos de desenvolvimento mais avançados são vistas, também, paradoxalmente – mas inexoravelmente –, como “sociedades líquidas” (conceito de Zygmunt Bauman) ou “sociedades de transição”: transição de paradigmas religiosos para paradigmas seculares, do comunitarismo para o individualismo, dos modelos de crescimento para modelos de decrescimento económico, de uma economia de aquisição para uma economia de utilização. As sociedades da Hipermodernidade são sociedades de transição energética, tecnológica e digital, em função de novas concepções civilizacionais e de desafios globais, nos domínios energético, de emergência climática e de preservação da biodiversidade.

No que aqui nos interessa, assistimos ao processo de transição para um modelo de *globalização digital*.

A digitalização da informação é apenas uma das implicações da transição das sociedades para o ambiente digital, onde

³ Cfr. a particular atenção que tal questão vem suscitando, preconizando-se que a moderação de conteúdos gerados por utilizadores em plataformas de comunicação digital deve obedecer aos princípios e às regras recomendadas pelo Relator Especial da ONU para a Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/38/35) e aos Princípios de Manila sobre a responsabilidade dos Intermediários.

se observam já complexas realidades cogeridas por algoritmos e tecnologias de Inteligência não biológica, como as criptodivisas (moedas digitais), a tecnologia *blockchain*, *machine learning*, os *smart-contracts* e outras realidades imponderáveis e imprevisíveis há poucos anos.

Qualquer dado digitalizado e inserido na Internet, mesmo que não preordenado a lá figurar – porventura destinado a ficar a coberto de segredo ou da reserva de intimidade – é um dado com uma vocação de potencial irreversibilidade e publicidade perene ou duradoura na Internet.

A preocupação com o potencial de devassa da privacidade individual por parte de organizações, empresariais e de outro tipo, possibilitado pelo acesso cruzado e acumulado a formidáveis bases de dados pessoais, que permitem o escrutínio da vida pessoal e a produção de perfis pessoais⁴, levou já a União Europeia a adotar instrumentos jurídicos de proteção de tais dados (o Regulamento Geral de Proteção de Dados), faltando saber, em rigor, qual o impacto e as consequências de tal instrumento. São, aliás, os receios da transferência e controlo crescente das grandes plataformas de Inteligência não biológica e de interconexão de bases de dados pessoais (*Big Data*) para o domínio de entidades privadas que enfraquecem o papel dos reguladores estaduais e potenciam dificuldades acrescidas na produção de prova digital em processos judiciais, reduzindo o papel e a capacidade de atuação das entidades de investigação criminal. Esses incidentes não são mais do que um episódio da tensão entre a exigência de transparência do funcionamento das instituições e a opacidade dos segredos de Estado, de indústria e das profissões e de privacidade individual.

A Internet, sendo originariamente um meio democrático, pode, assim, converter-se num instrumento antidemocrático ou totalitário, sendo questionável a sua neutralidade e a sua transparência.

⁴ Cfr., sobre a questão do controle tecnodigital na China, abordando o cenário de “cotação social dos cidadãos” em função do seu comportamento escrutinável digitalmente, RAQUEL VAZ PINTO, “A China e o sistema de crédito social”, *Brotéria* 190 5/6 – maio-junho 2020, pp. 535-541.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM CONCEITO EM MUTAÇÃO?

Não é muito usual reconhecer-se a liberdade de expressão como um direito humano. No entanto, essa é uma das liberdades que estão previstas de forma mais consolidada em instrumentos jurídicos internacionais e nas Constituições de muitos Estados.

Na América e em França, a revolução liberal procurou declarar os direitos humanos inatos, invioláveis, impostergáveis e irrenunciáveis em solenes “Declarações” ou “Proclamações de direitos”. E só depois, sobre a base dessas declarações solenes, aprovar constituições políticas. Precisamente para sinalizar que não eram as constituições políticas que criavam (e portanto moldavam) os direitos humanos. Assim, os direitos humanos não foram historicamente declarados pelas constituições políticas da revolução liberal. Essas constituições limitaram-se a reconhecer e a consagrar os direitos fundamentais já solenemente “declarados” como tal; e depois a institucionalizar a sua instrumental garantia. Nessa linha, encontra-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, e, posteriormente, o PIDCP, a CEDH, a CDFUE, além da CIADH e outros instrumentos no mundo muçulmano e asiático, instrumentos jurídicos que não são constituições.

A primeira finalidade da DUDH e dos instrumentos subsequentes não era regulamentar direitos, mas sim servir como um parâmetro mínimo de proteção para os indivíduos e, especialmente, de condicionamento das atividades limitadoras dos Estados. A relevância da DUDH traduziu-se, em primeiro lugar, no caldo de uma ampla discussão sobre liberdade de expressão, sem restringir as possibilidades de regulamentação que efetivamente vieram a ocorrer em momentos seguintes. Em segundo lugar, ao inserir a liberdade de expressão entre outros direitos, pretende significar que a liberdade de expressão não seja utilizada para a violação de outros direitos humanos.

Essa é, porém, uma inferência que, com o advento da Era digital, pode ser questionada.

Os dados empíricos parecem sugerir que a liberdade de expressão se pode constituir, cada vez mais, num instrumento contra outros direitos humanos. O que suscitará a correspondente tentação dos poderes políticos para introduzir restrições cada vez mais amplas, proibições, silenciamentos e formas de censura e condicionamento de tal liberdade.

Contra essa eventualidade, diversas instâncias se vêm preocupando ou sensibilizando os poderes estaduais desde há algum tempo, tais como (para referir apenas as que têm impacto no panorama europeu):

Em 2011, a ONU deliberou incluir no elenco dos Direitos Humanos o direito à Internet.

A Conferência Geral da UNESCO, em 2015, validou o conceito de Universalidade da Internet, que reafirma os quatro pilares centrais para o desenvolvimento integral da rede: a) direitos humanos; b) abertura; c) acesso e d) governança *multistakeholder*.

A ONU (através do relator especial para a Liberdade de Opinião e de Expressão), a OSCE (pelo representante para a Liberdade nos *Media*), a OEA (pelo relator especial para a Liberdade de Expressão) e a Comissão Africana para os Direitos Humanos e dos Povos (pelo relator especial para a Liberdade de Expressão e Acesso à Informação - ACHPR) densificaram as perspetivas respeitantes à Liberdade de Imprensa na *Era Digital*, num conjunto de documentos (em várias Declarações) sucessivamente aprovados desde 2011⁵.

O Conselho da Europa, por seu turno, com a “Declaração do Conselho da Europa sobre Princípios de Governança da Internet”, a “Declaração sobre Direitos Humanos e a Internet”, de 2005, a “Declaração sobre a proteção da liberdade de expressão

5 Cfr. os documentos respeitantes a diversas temáticas em: <https://www.osce.org/fom/66176> (acedido em 20.02.2020): 2010: Tenth Anniversary Joint Declaration: Ten Key Challenges to Freedom of Expression in the Next Decade; 2011: Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet; 2012: Joint Declaration on Crimes Against Freedom of Expression; 2013: Joint Declaration on the Protection of Freedom of Expression and Diversity in the Digital Terrestrial Transition; 2014: Joint Declaration on Universality and the Right to Freedom of Expression; 2015: Joint Declaration on Freedom of Expression and Responses to Conflict Situations; 2016: Joint Declaration on Freedom of Expression and Countering Violent Extremism; 2017: Joint Declaration on Freedom of Expression and “Fake News”, Disinformation and Propaganda; 2018: Joint Declaration on Media Independence and Diversity in the Digital Age.

e da liberdade de reunião e de associação no que diz respeito às plataformas de internet operadas por privados e aos prestadores de serviços em linha”, de dezembro de 2011, as recomendações sobre Inteligência Artificial e Direitos Humanos aprovadas em 26 e 27 de fevereiro de 2019 pela Conferência de Helsínquia (organizada pelo Conselho da Europa, reafirmando que “os direitos humanos continuam a ser o valor fulcral das sociedades democráticas e devem pôr-se em ação os mecanismos para evitar a sua violação e obstar à desigualdade e discriminação”).

Também se prevê para breve a adoção de diretrizes de Direitos Humanos para motores de pesquisa e redes sociais.

Por fim, a União Europeia, com a aprovação das Linhas de Orientação sobre direitos humanos e liberdade de expressão “on-line” e “off-line”, do Conselho de Ministros dos Negócios Estrangeiros, de 12 de maio de 2014 (Bruxelas), o relatório sobre direitos humanos e tecnologia: o impacto da intrusão e dos sistemas de vigilância nos direitos humanos em países terceiros - 2014/2232(INI), de 03.06.2015), o Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (diretamente aplicável na ordem jurídica interna dos Estados-membros, vindo a Lei n.º 58/2019, de 08.08. assegurar a sua exequibilidade na ordem jurídica nacional), as Linhas de Orientação sobre o uso da Inteligência Artificial, apresentadas pela Comissão Europeia em 1 de abril de 2019.

Por seu turno, várias Organizações não Governamentais têm concorrido com instrumentos e contributos diversos, salientando-se o “Forum de Governance da Internet”, que elaborou em 2014 uma sugestão de “Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet”.

Todos esses documentos apontam para a necessidade de se redefinir o conteúdo dos direitos humanos no ambiente digital – falando-se inclusivamente em “direitos digitais fundamentais”, como o direito ao acesso à Internet, o direito à literacia digital,

o direito a não ser incluído em plataformas digitais, o direito ao esquecimento, o direito à identidade, à cibersegurança, à neutralidade e ao bom uso da Inteligência não biológica, com particular ênfase no tocante às relações da liberdade de expressão com os direitos à privacidade, à honra e ao bom nome, à imagem e à palavra e ao pudor.

Mas uma questão prévia se deve colocar: deverão esses direitos, para revestirem efetividade, manter uma estrutura tradicional, radicando no sujeito individual, sendo oponíveis ao Estado e a terceiros? Ou, face à natureza difusa da responsabilidade pelos conteúdos do ambiente digital, devem contemplar outro conteúdo material e adjetivo? Logo, outra natureza.

Outra característica da *Era digital* refere-se ao protagonismo que pode assumir a atividade probatória no ambiente digital de difusão de informação, conhecidas que são inúmeras técnicas de despistagem e de camuflagem (acesso ilegítimo, furto de identidade, *spoofing*, etc.), sendo questionável que meios de obtenção de prova se podem produzir (?); por quem (?); em que casos (?).

Sabendo da desterritorialização dos servidores das operadoras de comunicações digitais, é avisado concluir pela completa inadequação das formas convencionais de tutela criminal [da difamação, da devassa da vida privada, das fotografias ou gravações ilícitas, da violação de segredos] no contexto das plataformas de difusão digital e em rede, devendo mesmo colocar-se a hipótese de uma jurisdição universal, considerando a desterritorialização ou virtualização das condutas ilícitas. Por outro lado, será imperioso reconhecer a obsolescência dos meios convencionais de investigação criminal de tais condutas com conexão a mais de um ordenamento jurídico – já pela celeridade da sua consumação, já pela facilidade do seu encobrimento e dissipação –, logo, a imprestabilidade dos mecanismos processuais de cooperação judiciária internacional.

Importará responder a inquietantes questões, p. ex., como localizar e documentar os suportes mediáticos em causa? Quem notificar e identificar como responsável? Que legislação substan-

tiva aplicar? De acordo com que regras processuais de produção de prova proceder? Utilizar intensivamente as “ações encobertas em ambiente virtual”? Converter os operadores de servidores de serviços digitais em fiscais ou “polícias” da informação divulgada, impondo-lhes deveres de colaboração com as autoridades e sob cominações sancionatórias (modelos de *compliance mediático-digital*)? Responsabilizar e opor injunções judiciais aos operadores de serviços de comunicações eletrônicas que não cooperem voluntariamente? Responsabilizar (objetivamente) as entidades que pagam o serviço digital que veicula os atentados aos valores referidos?

Esses problemas, que apenas incipientemente aqui se intuem, comprometem todo um conjunto de concepções que se tem como válidas e assentes à luz de um paradigma normativo para o universo da comunicação social tradicional. Reclamam, por isso, outras equações e outras respostas.

Algumas, julgamos que será possível extraí-las do sistema normativo – jurídico-criminal e civilístico – vigente. Outras, porém, cremos que são incompatíveis com os mecanismos jurídico-substantivos e processuais existentes e terão de ser decantadas a partir de uma reflexão multidisciplinar.

Será, assim o cremos, caso de se repensar o enquadramento e a configuração da própria tutela da liberdade de expressão (e de informação) enquanto direito humano na *Era digital*.

4. METÓDICAS DE PONDERAÇÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL COM OUTROS DIREITOS

A interpretação jurisdicional da Primeira Emenda (da constituição dos EUA) tem levado a que a concepção da liberdade de expressão nos EUA conheça uma amplitude que não tem paralelo na Europa, admitindo a legitimidade de discursos violentos, ofensivos, racistas, antisemitas e antirreligiosos, desde que não instiguem (de forma direta) a violência propriamente dita ou se reconduzam a discursos de ódio⁶.

⁶ O discurso de ódio é proibido pelos instrumentos internacionais, de acordo com o art. 20.º do PIDCP. O discurso de ódio é proibido dentro e fora do ambiente virtual. Embora não exista uma definição universal-

A configuração normativa e jurisprudencial do sistema da CEDH e do TEDH não tem correspondência com essa interpretação da liberdade de expressão, muito menos com a amplitude reconhecida nos EUA, conforme abaixo se verá melhor e resulta, desde logo, do § 2.º do artigo 10.º da CEDH. Não tendo a dimensão (quase) intocável que assume no tratamento jurisprudencial norte-americano, constitui também uma liberdade fundamental, não só com relevo individual, mas também estrutural em termos sociais, só podendo ser restringida com razões especialmente ponderosas.

A nossa jurisprudência maioritária aponta, na senda de significativa doutrina, para a adoção de critérios de equivalência entre a liberdade de expressão e o direito à honra e ao bom nome, não atribuindo uma prevalência de princípio àquela, sob pena de violação do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. Entende-se que, na aplicação dos cânones interpretativos do artigo 10.º da CEDH, quando estejam em causa conflitos entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra ou ao bom nome, não pode ignorar-se a disciplina do artigo 18.º da CRP, apesar de se procurar fazer uma aplicação atualista e evolutiva do conteúdo dos direitos fundamentais em questão.

A metódica adequada dentro de uma lógica de compatibilização deve passar pela consideração dos bens jurídicos que em concreto sejam tutelados pelos direitos fundamentais em conflito. Podemos, pois, concluir pela aplicação de uma metódica dos critérios de concordância prática e de maximização do conteúdo dos direitos fundamentais quando o direito à liberdade de expressão (e de informação) conflitua com outros direitos fundamentais, admitindo, de princípio, a hipótese de prevalência do

mente aceite no direito internacional, para o Relator Especial da ONU para Liberdade de Opinião Expressão, há dois elementos chaves para a caracterização do discurso de ódio. O primeiro é a apologia do ódio, e o segundo é a configuração da incitação a um dos três resultados previstos no Pacto. Assim, a defesa do ódio nacional, racial ou religioso será indicativo da existência de discurso de ódio para o Pacto. Mas só integrará um discurso de ódio se também constituir incitação à discriminação, hostilidade ou à violência, i. e, quando o agente pretenda produzir reações de parte do público a que dirige a mensagem e quando haja uma ligação muito próxima entre a expressão e o risco de que ela resulte em efetiva discriminação, hostilidade ou violência. Donde, para o Relator da ONU, a avaliação do contexto ser essencial para determinar se uma expressão constitui ou não incitação (o Relator Especial da ONU foi estabelecido por resolução da Comissão da ONU para os Direitos Humanos em 1993).

mesmo, em circunstâncias que concretamente dispensem a procura (e obtenção) de um tal ponto de equilíbrio, nomeadamente quando esteja em causa um interesse ostensivamente público na base da divulgação de certo fato, mesmo que não devidamente averiguado ou demonstrado, ou opinião, mesmo que grave.

Do mesmo passo, não estamos convencidos de que a operação de prevalência deva prosseguir sempre uma opção em favor do direito da liberdade de expressão, podendo também reconduzir-se à sua postergação nos casos de comprovada falsidade, inutilidade ou quando as notícias, fatos ou opiniões sejam desprovidos de interesse público.

A CEDH (o seu artigo 10.º) e praticamente toda a jurisprudência referencial do TEDH no domínio da liberdade de expressão foram, todavia, produzidas e elaboradas sem contemplar as premissas e as implicações das novas tecnologias de comunicação e informação (e, no caso da CEDH, sem o conhecimento ou intuição do impacto destas).

Se a *Internet* é um campo de oportunidades de informação e de formação, também pode converter-se num vasto território de difusão de falsidades, de calúnias e de discursos discriminatórios e de ódio, sem que se torne viável imputar a responsabilidade com alguma certeza e rigor. A *Internet* pode, ao mesmo tempo em que amplifica a difusão da informação negativa ou nefasta – com a possibilidade virtualmente infundável de replicação de mensagens por um número significativamente superior ao dos leitores de jornais e das assistências televisivas –, servir de reduto de impunidade dos seus responsáveis. Um outro aspecto privativo da comunicação digital que importa anotar é a impulsividade do discurso nos *Media* digitais e a irreversibilidade da colocação de dados (quer a palavra escrita, quer verbal) no ambiente digital.

No capítulo dos “novos direitos” do RGPD, vem previsto o direito ao apagamento de dados – o “direito a ser esquecido” – e o direito à portabilidade, que adquirem especial relevo. A consagração de um “direito a ser esquecido” deverá, presuntivamente,

conferir efetiva oportunidade aos utilizadores da *Internet* de ter um maior controlo sobre os seus dados pessoais.

Parece estar longe a salvaguarda do *right to be alone* e do *right to be let alone*, enquanto aquisição do património jurídico ocidental, preconizados no prospectivo artigo “The Right to Privacy”, de Louis Brandeis e Samuel Warren (na *Harvard Law Review* n.º 4, de 1890), em que originariamente foi construída, já de forma consistente a atual, a tese da responsabilidade pela violação da *privacy*.

Note-se, contudo, que o artigo 17.º do RGPD (direito ao apagamento de dados; “direito a ser esquecido”) introduz no seu n.º 3 algumas exceções ao direito ao esquecimento, em que se incluem, justamente, situações em que o tratamento se revele necessário ao exercício da liberdade de expressão e de informação (alínea *a*)), ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial (alínea *e*).

Outra inquietante implicação que pode surgir com a generalização dos modos de produção e informação digital está associada às tecnologias de Inteligência não biológica na criação e construção de discursos em ambientes digitais automáticos, em que a aplicação combinada dos desenvolvimentos das neurociências e da linguística e da *machine learning* pode permitir a construção de sistemas cognitivos que escapem em ampla medida ao controlo humano. Essa eventualidade pode constituir também um desafio sério à dogmática tradicional no sentido da determinação e imputação da responsabilidade criminal, individual ou coletiva. O que parece ser uma decorrência pouco discutível de todo esse complexo cenário, é a necessidade de se equacionar uma reelaboração do catálogo e conteúdo material dos direitos humanos devido ao impacto do feixe de problemas colocados pela sociedade de informação e dos ambientes e plataformas digitais. E, dentro de tais preocupações, deverá pontificar a ponderação de uma reformulação do conteúdo do direito à liberdade de expressão e de informação em contexto digital, face à eventualidade de as consequências dos factos ilícitos poderem ter efeitos muito mais devastadores e intensos, virtualmente à escala global.

O que parece poder sugerir a ponderação de um tipo de responsabilidade sancionatória objetiva, coexistindo com a responsabilidade criminal, que manteria a culpa como referencial subjetivo.

A mudança qualitativa dos modos de produção de informação – em espaços noticiosos convencionais (imprensa escrita, rádio, televisão, *online*) ou não convencionais – sítios de *internet* pessoais ou de grupos, *blogs*, redes sociais, caixas de comentários – é atravessada transversalmente por uma ameaça, que se vem convencendo chamar de “pós-verdade”, com a crescente proliferação de *fake news* (notícias falsas); estas podem traduzir-se em 1) notícias parcialmente falsas, 2) desinformação – i. e., informação que, podendo ser verdadeira, é apresentada segundo filtros opinativos que pretendem manipular e condicionar a opinião pública –, ou 3) informação falsa, difundindo factos totalmente inverídicos.

Esse quadro de manipulação da informação não é propriamente inédito, pois que são conhecidos de há muito os princípios e metodologias que guiaram e guiam a propaganda política de muitos regimes políticos, ou o *marketing* publicitário de muitas empresas⁷.

A novidade é o meio onde se produzem (e se replicam) as *fake news* – no ambiente digital *online* –, bem como as suas finalidades – orientadas de acordo com certos princípios ideológicos que pretendem desinformar sobre as mais variadas opções político-económicas, e manipular, condicionar, dessa forma, a opinião pública. A verdade passa, assim, a ser um valor secundário; importa que fique inscrita, pelo público receptor da mensagem, a opinião emitida em certa direção e com propósito específico, sobre um fato – verdadeiro ou falso –, mas em detrimento deste.

Parece, assim, assistir-se à passagem de uma Sociedade de Informação para uma Sociedade de Desinformação.

⁷ Por outro lado, os algoritmos das plataformas digitais e das redes sociais, ao cruzarem os dados pessoais, desenvolvem perfis em que reproduzem informações unilateralmente orientadas e de acordo com as preferências do utente, ocultando informação contraditória ou alternativa, gerando um quadro informativo não pluralista.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A *Era digital* potencia uma experiência de expansão virtualmente ilimitada da liberdade de expressão, mas, por outro lado, dada a amplitude, dispersão e capacidade de encobrimento dos meios tecnológicos que dificultam a identificação e responsabilização, permite aumentar e avolumar os respectivos excessos e violações, com o risco de grandes margens de impunidade.

A resposta a esse cenário é, por isso, um desafio sem precedentes a considerar pelos Estados, no sentido de se procurar soluções normativas para a regulação de um setor cujo nível de desorganização parece tornar-se altamente inquietante.

A pretexto da inalienável necessidade de tutela de certos direitos fundamentais e humanos, não pode, de acordo com uma adequada metódica de ponderação, subalternizar-se sistematicamente a liberdade de expressão, transformando um cenário de expectativa de desenvolvimento civilizacional das sociedades pluralistas, multiculturais e inclusivas enformadas pelo Estado de direito numa realidade indesejavelmente distópica.

Mas será que o Estado deve – e pode, ainda – garantir o pluralismo de ideias e de opiniões nas sociedades da Hipermodernidade, com acentuadas clivagens éticas, ideológicas e religiosas?

Convirá, em vez de dar respostas “à flor da pele” e de prever punições, estudar a evolução dos fenómenos comunicacionais em rede e tentar intervir sobre eles, regulá-los, à escala global – como será inevitável – para, só assim, minorar efeitos não só indesejados como contraproducentes, relativamente a um meio que tem um crédito de expectativa de liberdade e de desenvolvimento do potencial humano.

Ser prudente na Hipermodernidade talvez signifique, como observa Karl Popper, não ter certezas – ou, pelo menos, muitas certezas – e ter de “prosseguir no desconhecido, no incerto, no inseguro”.