

TWITTER *VERSUS* TRUMP

Censura nas redes sociais em tempos de pandemia?¹

JORGE PEREIRA DA SILVA*

1. Introdução

Depois de ter passado anos a lançar aos quatro ventos os factos alternativos de Trump, depois de o ter levado pela mão até à Casa Branca, depois de ter ganhado milhões de utilizadores (e de dólares) à sua conta, a relação chegou ao fim nos últimos dias do mandato presidencial. Após alguns sinais públicos de desconforto de Jack Dorsey, o CEO do Twitter decidiu sozinho terminar a relação e pôs Trump fora da rede. Tirou-lhe o palco definitivamente.

Fundada na violação dos termos contratuais do Twitter, a decisão soou, contudo, a arrependimento tardio, senão mesmo a oportunismo político. Ainda assim, não deixou de suscitar uma inesperada coligação entre trumpistas e antitrumpistas, apontando o dedo acusatório contra o Twitter. De um lado e de outro se clamou em unísono: censura!

Semelhante veredicto constitui, porém, uma simplificação da realidade e da questão jurídica que lhe está subjacente. Dar respostas simples a problemas difíceis é, aliás, típico de todos os populismos, independentemente da zona do espectro político de onde provêm. Importa, por isso, analisar o problema jurídico com alguma detenção, começando pela relação entre direitos fundamentais e as tecnologias da era digital, passando pela compreensão das redes sociais como novos espaços de

* Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Portugal.
<https://orcid.org/0000-0001-9753-3644>

¹ Este texto corresponde ao essencial da intervenção oral efetuada na “*Católica Talk*” realizada no dia 23 de março de 2021, mas recupera também o conteúdo de um conjunto de artigos de opinião publicados em *O Jornal Económico* a 10.06.2021, 27.05.2021, 22.01.2021, e 17.11.2017 – os dois últimos recolhidos mais tarde nas minhas “*Crónicas Constitucionais – Reter o Tempo em Palavras*”, UCE, Lisboa, 2021, pp. 23 ss. e 74 ss..

exercício da liberdade de expressão e pela necessidade da sua regulação e, em particular, pelo controlo dos respetivos conteúdos, ilícitos ou lícitos.

Diz-se que o que se passa em Vegas, fica em Vegas. Mas o que se passa das redes sociais nem sempre fica no espaço digital. Por vezes atravessa esse limitar e tem consequências sérias no chamado mundo real. Os apoiantes de Trump, motivados pelos seus *tweets*, marcharam sobre o Capitólio e perpetraram o mais sério e despuadorado ataque às instituições democráticas norte-americanas de que há memória.

Em tempos de pandemia, além do SARS-CoV-2, há um outro vírus a circular que também pode ter consequências devastadoras: o das *fake news*, que viralizam a grande velocidade nas redes sociais com o objetivo de gerar medo, conflito e extremismo. Com o propósito de pôr em causa a confiança dos cidadãos nas políticas públicas de proteção da saúde pública, baterias de *fake news* questionam a gravidade da COVID-19, contra todas as evidências médicas e estatísticas, e propagam teorias absurdas sobre os efeitos das vacinas e sobre as reais finalidades dos programas de vacinação.

2. Direitos fundamentais e progresso tecnológico

Desde que foram consagrados pela primeira vez, nos primórdios do constitucionalismo, que os direitos fundamentais não cessam de evoluir e de se diversificar. Os direitos fundamentais são criaturas vivas, que nascem, vivem e eventualmente também morrem. Adaptam-se progressivamente à evolução social, procurando responder aos desafios colocados pelas transformações políticas, económicas ou culturais, sobretudo quando estas são sentidas pelos cidadãos como uma ameaça a bens jurídicos pessoais particularmente valiosos².

Esta natureza reativa dos direitos fundamentais explica a sua conhecida evolução geracional, em que aos direitos civis se juntam os direitos políticos e em que a ambos se acrescentam mais tarde, embora não de forma pacífica, os denominados direitos sociais. E, da mesma forma, é também a natureza reativa destes direitos que está na origem da correspondente evolução funcional: de simples esferas de autonomia individual e instrumentos de defesa contra o poder do Estado, passaram também a fundar direitos a reclamar prestações positivas da máquina administrativa estadual. De direitos destinados a aplicar-se apenas na relação vertical

² SILVA (2018), pp. 34 ss; ANDRADE (2019), pp. 51 ss.

entre os indivíduos e o poder público, passaram igualmente a valer nas relações jurídicas (ditas) horizontais entre sujeitos privados. E, finalmente, de direitos de liberdade e igualdade, evoluíram para direitos a exigir proteção do Estado, com este a (re)assumir uma função de segurança relativamente aos bens fundamentais que a sociedade de risco global coloca constantemente sob ameaça de lesão.

Esta evolução não estaria, porém, completa sem que, primeiro, se registre a singularidade estrutural do direito ao ambiente – como princípio de responsabilidade para com o futuro e como direito-dever de justiça intergeracional – e sem que, depois, se inscreva na história recente dos direitos fundamentais uma nova geração de direitos tecnológicos – a quarta geração, ainda a correr sob os nossos pés. Isto é, uma geração de direitos que visam proteger as pessoas das inúmeras tecnologias que ameaçam as suas posições jusfundamentais, bem como de direitos que as próprias tecnologias reconfiguram tanto em termos expansivos quanto em termos restritivos.

É sabido que a relação entre os direitos fundamentais – e, aliás, entre o Direito em geral – e as tecnologias emergentes se assemelha à relação entre o gato e o rato. Mais rápido, mais esperto e mais esquivo, este dificilmente se deixa apanhar por aquele. Pela sua própria natureza, o legislador demora a aperceber-se do impacto real na vida das pessoas dos processos de transformação tecnológica, tem dificuldade em enquadrar normativamente novas realidades que nem sempre domina na íntegra – também porque tem receio de bloquear a inovação – e, por isso, acaba muitas vezes por reagir já fora de tempo.

Não obstante, a história mostra-nos alguns exemplos de direito fundamentais que foram criados na sequência de novas descobertas tecnológicas, como o direito à privacidade, o direito à identidade genética ou o direito ao esquecimento.

Ficou célebre o artigo publicado por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis na *Harvard Law Review*, em 1890, motivado pela inadequação dos instrumentos jurídicos então disponíveis para responder aos desafios de uma nova tecnologia de ponta: máquinas fotográficas capazes de tirar fotografias em movimento e, portanto, sem o consentimento dos visados³. Assim como é conhecido que o direito à identidade genética – o direito de cada pessoa humana a continuar a ser única e irrepetível, através da proibição da clonagem – foi consagrado pela primeira vez no Protocolo

³ WARREN & BRANDEIS (1890), pp. 193 ss.

adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo), datado de janeiro de 1998, pouco tempo depois de a ovelha *Dolly* ter sido criada através de um processo de clonagem, na Escócia, em julho de 1996⁴.

Finalmente, são também sobejamente conhecidos os contornos do caso que opôs a Google à agência espanhola de proteção de dados e a M. Costeja González, processo que veio a desembocar no reconhecimento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia do direito ao esquecimento, no seu célebre acórdão de 2014⁵. Com efeito, nunca na história da humanidade tinha sido criada uma ferramenta tecnológica – um motor de busca – que, de forma tão simples e rigorosa, fosse capaz de trazer para o presente factos que, em circunstâncias normais, deveriam ficar esquecidos nos baús do passado. De certa forma, a Google criou uma máquina do tempo, que não permite viajar para o futuro, mas permite viajar para o passado e arrastá-lo para o presente com grande facilidade.

Em contrapartida, importa não esquecer que muitas novas tecnologias têm um efeito expansivo de direitos fundamentais preexistentes. Se, por um lado, há certamente novas ameaças, há também, por outro lado, aprofundamento ou alargamento do conteúdo material ou da facilidade de exercício de direitos antigos. Pense-se, por exemplo, no impacto transformador que os testes de ADN vieram causar ao direito ao (re)conhecimento da paternidade (ou ao conhecimento das origens biológicas). E haja em vista, na mesma linha, a revolução que o desenvolvimento das técnicas de procriação medicamente assistida causou no direito a constituir família, que de direito negativo – não ser impedido de ter filhos livremente – se transforma num direito positivo – ser apoiado pelo Estado nos projetos pessoais de maternidade ou paternidade, pelo menos sempre que a procriação natural não seja uma possibilidade real. Ou, num último exemplo, pense-se no potencial que a democratização das câmaras fotográficas e de filmar – em preço e qualidade – representa para a liberdade de criação cultural.

É neste contexto ambivalente, em que a novas tecnologias criam simultaneamente as condições de expansão e os riscos de lesão para os direitos fundamentais, que se situa o problema da liberdade de expressão nas redes sociais. Vejamos muito sumariamente em que termos.

⁴ <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/protocolo-adicional-convencao-para-protecao-dos-direitos-do-homem-e-da-dignidade-do--21>

⁵ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>

3. As sucessivas plataformas tecnológicas da liberdade de expressão

Antes de mais, importa sublinhar que não é por acaso que a liberdade de expressão é frequentemente identificada com a proibição da censura.

Enquanto instrumentos de defesa contra o Estado, muitos outros direitos fundamentais foram na sua origem definidos como garantias dos indivíduos contra os atos das autoridades públicas que mais diretamente os ofendiam. O direito à vida foi construído em função dos atos de execução sumária (e, eventualmente, da pena de morte). O direito à integridade física foi definido como a proibição da tortura. O direito de propriedade como uma garantia contra a expropriação. E a liberdade religiosa como o direito das pessoas a não serem perseguidas por professarem uma fé diferente da maioritária ou da representada pela Igreja oficial. Muitas Constituições ainda hoje refletem, nos seus textos, essa contraposição original⁶.

Seja na sua forma simples de liberdade de expressão, seja na sua forma qualificada de liberdade de imprensa, o que nos primórdios do constitucionalismo integrava o conteúdo deste direito era apenas a garantia de que o Estado – e as autoridades eclesiásticas, por si ou com a ajuda do braço secular – não perseguiram, não prendiam nem maltratavam as pessoas pelas suas ideias políticas, filosóficas ou científicas, mormente quando essas ideias eram críticas dos poderes instituídos ou dissonantes relativamente às doutrinas oficiais. Em particular, quando essas pessoas com ideias incómodas decidiam passá-las para papel impresso, e assim dar-lhes difusão mais ampla, esse direito integrava a pretensão de que as respetivas obras não deveriam ser colocadas na lista dos livros proibidos – no *Index Librorum Prohibitorum* – e, portanto, não seriam censuradas⁷.

Ao longo da história, são muitos os casos famosos de pessoas cujas ideias e obras foram censuradas, o que revela o quanto os poderes instituídos tinham (e porventura ainda têm) receio do efeito da difusão de opiniões dissonantes, consideradas por defeito perigosas, subversivas ou heréticas. Mesmo obras não particularmente radicais foram censuradas à cautela, como sucedeu com *O Espírito das Leis*, não obstante Montesquieu ter ido de Bordéus a Genebra para aí publicar a sua obra de referência e de ter ocultado o seu próprio nome na primeira edição.

⁶ Na Constituição portuguesa: artigos 24.º n.º 2, 25.º n.º 2, 37.º n.º 2, 42.º n.º 2 e 62.º n.º 2.

⁷ MACHADO (2002), pp. 40 ss.

Com a evolução das plataformas tecnológicas da liberdade de expressão – do livro para os jornais, destes para a rádio e para a televisão, e finalmente para a internet, para a blogosfera e para as redes sociais – tornou-se mais difícil para os poderes instituídos controlar eficazmente a difusão de todas as ideias críticas ou perigosas, tanto pelo aumento brutal dos conteúdos produzidos e postos em circulação, quanto pela velocidade dos processos de comunicação. Portanto, sempre que o poder público não interiorizava o imperativo democrático de respeito pelas liberdades de expressão e de imprensa, a censura teve de se reinventar, ora tomando por dentro o controlo dos órgãos de comunicação social (eventualmente de titularidade pública), ora assumindo outras formas mais subtis. Por outras palavras, em resposta à diversificação das plataformas tecnológicas que foram servindo de suporte à liberdade de expressão, as formas de restrição a este direito fundamental diversificaram-se também: do índice, passando pelo lápis azul e pela titularidade pública, até às hodiernas ações de cancelamento e de *no-platforming*.

Não há bela sem senão: ao aumento exponencial das possibilidades de comunicação, que deve ser valorado muito positivamente, como uma democratização da própria liberdade de expressão – o número de pessoas com capacidade real para difundir as suas ideias alargou-se imensamente, assim como os respetivos destinatários –, está também associado um risco acrescido de formas insidiosas de compressão do direito em causa. Neste domínio, a internet e especialmente as redes sociais são um mundo novo, embora nem sempre particularmente admirável.

4. Caracterização sumária das redes sociais

4.1. Todo o mundo é composto de mudança, sempre cheio de coisas novas. Ainda assim, há poucas coisas tão radicalmente novas e tão impacantes na vida das pessoas como a internet. Sobretudo porque, depois de uma fase embrionária, esta se democratizou a um ritmo alucinante e com um alcance nunca imaginado. A denominada conquista do espaço (extraterrestre) não tem sequer comparação com a odisseia da expansão explosiva do universo digital.

Apesar de bastante diversas entre si, as redes sociais são, até ao momento, o ponto culminante desse processo de genuína democratização da internet. Com biliões ou largos milhões de utilizadores ativos (e quase outros tantos inativos) cada uma, as redes sociais rapidamente destronaram a caixa que mudou o mundo. Mas esta democratização, apesar de muito

positiva, é apenas uma parte de uma equação complexa, de um processo de geometria muito variável e, sobretudo, está longe de significar um genuíno respeito pelos princípios do Estado de Direito.

Segundo o paradigma contratualista, as sociedades humanas, constituídas por pessoas de carne e osso, assinaram um contrato social que lhes permitiu ultrapassar o estado de guerra de todos contra todos – estado em que, por um lado, todos têm todos os direitos e, por outro lado, não existe uma autoridade com legitimidade e capacidade para fazer cumprir a lei (natural). Com a assinatura desse contrato, os membros da comunidade instituíram um poder político com competência para assegurar a paz social e para assegurar o respeito pelos direitos básicos dos cidadãos⁸. Assim também estas recém-inventadas sociedades de pessoas virtuais – heterónomos mais ou menos próximos das pessoas físicas que os constroem e alimentam – têm de ter o seu próprio contrato social, de modo a garantir a segurança geral e o respeito pelos direitos de todos os seus membros. Um contrato de natureza pública que, como é evidente, tem de ir muito para além dos denominados “termos e condições” dos acordos de adesão, de natureza privada, que os utilizadores subscrevem quase sem dar por isso quando entram na rede, clicando num “agree” depois de colocarem um “v” num qualquer quadrado em branco.

Se é hoje evidente a necessidade de regular adequadamente a atividade das redes sociais, trazendo-as do dito estado de natureza em que nasceram para o estado de sociedade em que é suposto viverem, é fundamental perceber primeiro o que as distingue das plataformas antigas da liberdade de expressão, assim como os princípios básicos do seu funcionamento. O que sempre valeu para umas não vale, em larga medida, para as outras. Começando, justamente, pela compreensão das redes sociais como um *cluster* de dimensões jurídicas cruzadas, simultaneamente de natureza pública e de natureza privada, de direito interno e de direito transnacional ou global.

4.2. As redes sociais são, antes de mais, empresas privadas, que operam em múltiplas jurisdições – ou melhor, que operam no universo digital, que não conhece fronteiras geográficas ou políticas. Não obstante não prescindirem de uma ou várias sedes sociais, têm os seus milhões de utilizadores distribuídos pelos territórios das quase duas centenas de Estados que hoje têm assento na Assembleia Geral da ONU. Não sendo

⁸ SILVA (2018), pp. 9 ss.

Estados, dotados de população e território, algumas destas empresas não deixam de ser verdadeiras superpotências⁹.

Este simples facto aponta, desde logo, para a necessidade de a regulação das redes sociais ser feita numa escala tão alargada quanto possível no que toca ao número de utilizadores. Exercícios de regulação desencadeados por Estados pequenos, com mercados sem dimensão relevante, ou feitos numa base puramente nacional, dificilmente poderão ter a aspiração de transformar a conduta das redes sociais enquanto agentes económicos. Por isso, sem prejuízo de alguns contributos originais para a regulação das redes, o que importa saber é o modo como os grandes blocos económicos – e a União Europeia, em especial – se vão posicionar neste domínio: qual o nível de pressão que vão colocar para alcançar os seus objetivos, sem bloquear o negócio e sem pôr em causa a sua capacidade de inovação. Pequenos Estados como Portugal podem certamente contribuir para esse debate, mas dificilmente conseguirão tirar o sono a Mark Zuckerberg.

Por outro lado, a idade pré-internet era caracterizada pela limitação do espaço e do tempo disponível para a comunicação do pensamento. Um livro em papel pode ser maior ou menor, pode até desdobrar-se em vários volumes, mas não pode transformar-se numa enciclopédia em contínuo crescimento. Da mesma forma, os jornais também podem adotar um formato mais ou menos alargado, e crescer em número de páginas, mas o tempo disponível para os compor e publicar não permite que se convertam num livro encadernado. Por sua vez, na rádio e na televisão o problema do espaço físico convola-se num problema de tempo, uma vez que o dia não pode ter mais de 24 horas, e semana não pode ter mais de sete dias, e o ano mais do que 365 dias. Mesmo considerando a possibilidade, relativamente recente, de a mesma estação de rádio ou televisão se desdobrar em vários canais, as frequências disponíveis para a emissão continuam a ser finitas.

Razões físicas, pragmáticas ou económicas – produzir conteúdos publicáveis dá trabalho e é bastante dispendioso – limitam o binómio espaço/tempo da atividade comunicativa. Nestas plataformas, a função do editor é, aliás, em larga medida, a de autoridade com competência para gerir um espaço/tempo que é dramaticamente limitado. É claro que o editor assume também uma função de garantia da qualidade – literária, científica ou jornalística – dos conteúdos publicados, bem como de aferição da sua relevância para o público alvo, mas ele é igualmente uma

⁹ ASH (2016), p. 47.

peça-chave na incessante batalha contra o número de caracteres ou na luta permanente contra o cronómetro do tempo de emissão.

Com a internet esses espartilhos desaparecem por completo. Em especial, nas redes sociais não existe um número máximo de *posts* ou de *tweets*, nem um *plafond* para a quantidade de fotografias, vídeos, memes, GIFs, *stories*, textos ou comentários que os utilizadores podem criar e postar. Bem pelo contrário, a lógica das redes é quanto mais melhor – desde que respeitados padrões mínimos de civilidade. Considerando que o modelo de negócio das redes sociais é baseado no número de acessos dos utilizadores e na quantidade de tempo que estes passam ligados – assim como no nível de atenção e envolvimento que revelam durante esse lapso temporal –, compreende-se que a quantidade de conteúdos disponíveis seja um fim em si mesmo. Desde logo, sem quantidade não pode haver diversidade e, conseqüentemente, fica em risco a capacidade de a rede dar a cada um aquilo que lhe pertence, ou seja, de oferecer diariamente a cada utilizador aquilo que ele quer ler, ouvir ou ver. Não um *Daily Mirror*, não um *Daily Express*, nem um *Daily News*, mas rigorosamente um “*Daily Me*” – que evita o confronto dos consumidores com notícias ou ideias fora da “bolha” em que estes vivem e que, portanto, poderiam fazê-los questionar os seus enviesamentos¹⁰.

Para além disso, as redes sociais caracterizam-se pelo acesso livre e gratuito dos utilizadores. A contrapartida da liberdade de acesso é a assinatura de um contrato de adesão. A contrapartida pela gratuidade é a recolha sistemática dos dados pessoais dos utilizadores, com vista ao seu tratamento exaustivo e à definição rigorosa de perfis. Tal como algumas das plataformas mais antigas da liberdade de expressão, também as redes sociais são um negócio largamente sustentado pela publicidade, mas não só. Os utilizadores pagam o serviço que recebem com a sua atenção e com os seus dados pessoais – que incluem as suas preferências individuais em todos os domínios da sua vida, desde a alimentação às ideias filosóficas –, o que significa que o público das redes sociais é radicalmente concreto. Ao contrário do que sucede com as plataformas tradicionais, em que o público é uma abstração ou uma conjectura – o número de livros ou jornais vendidos, não se sabe bem a quem, ou uma estimativa sobre o número de ouvintes ou telespectadores, com maior ou menor nível de literacia –, nas redes sociais o público pode ser identificado com grande rigor e, portanto, é muito valioso no mercado publicitário.

¹⁰ SUNSTEIN (2017), pp. 1 ss.

Se a televisão tem grande capacidade para vender chocolates, por um preço muito inferior as redes sociais vendem chocolate a quem gosta a sério de chocolate e o compra efetivamente. E, quanto mais específico for o produto – v.g., uma bicicleta de competição – maior é a vantagem competitiva do modelo publicitário das redes sociais, que por um custo relativamente baixo podem apresentar a bicicleta certa a quem faz ciclismo e está a pensar comprar uma a curto prazo.

As redes sociais confirmam, assim, a máxima segundo a qual se um agente económico te oferece qualquer coisa gratuitamente é porque, em rigor, tu não és o cliente dele, mas o produto que está a ser vendido¹¹. Os dados pessoais são, pois, o preço que se paga pelo direito de ver e ser visto na rede.

4.3. Num modelo de negócio baseado na atenção e na fidelização dos utilizadores, é decisivo oferecer a cada um o que ele quer efetivamente receber, um fato de conteúdos feito por medida. É por isso que as redes controlam os conteúdos disponibilizados, com diferentes graus de intensidade: a que simplisticamente podemos chamar *hard control* – o que pode ser publicado; e *soft control* – qual a prioridade na publicação. De um modo geral, o controlo duro é gerador de custos; o controlo suave, em contrapartida, é uma fonte significativa de receitas. Daí que as redes fujam ao primeiro a sete pés, ao mesmo tempo que fazem o segundo de bom grado¹².

Começando pelo fim, e não obstante a heterogeneidade das redes, aquilo a que os utilizadores têm acesso é decidido através de um algoritmo que, por um lado, recomenda conteúdos patrocinados e, por outro lado, prioriza os demais conteúdos disponíveis segundo um conjunto de critérios predefinido, num esquema de geometria variável. Mais precisamente, esses critérios combinam o interesse do utilizador – identificado com recurso ao seu perfil –, o desempenho que o próprio conteúdo postado está a ter, a *performance* anterior do seu criador, e a novidade do mesmo. Escusado será dizer, portanto, que o sucesso de um conteúdo nada tem que ver com o seu valor intrínseco, seja ele informativo, literário ou estético. Neste universo, um texto de fino recorte literário tem *a priori* o mesmo valor de uns dislates mal articulados. Uma obra de arte não vale mais do que os rabiscos de uma criança. Uma foto premiada pode não conseguir rivalizar com a foto de um gatinho.

¹¹ ASH (2016), p. 50.

¹² YORK & ZUKERMAN (2021), pp. 148 ss.

Os algoritmos estão longe de ser neutros do ponto de vista ético, político e jurídico. A sua opacidade, os seus efeitos de reforço dos enviesamentos dos utilizadores – *confirmation bias*, *availability euristics*, *availability cascade*, *stereotyping* e muitos outros –, bem como o seu potencial discriminatório podem, no seu conjunto, ter um impacto insidioso na vida das pessoas, como tem sido ostensivamente denunciado por literatura recente¹³. Não obstante, do ponto de vista da liberdade de expressão, o cerne do problema da regulação das redes sociais não está tanto no controlo suave, mas sim no controlo duro, daquilo que pode ou não ser publicado, daquilo que deve ou não ser sinalizado, bloqueado ou removido.

Em causa está um trabalho hercúleo e espinhoso que – a pretexto da proteção da liberdade de expressão dos utilizadores, *rectius* da proibição da censura – as redes sociais se recusaram durante muito tempo a fazer, a coberto das normas legais que as isentavam de responsabilidade pelos conteúdos publicados: a cláusula “*Good Samaritan*”, do *US Communications Decency Act*, de 1996¹⁴; e por seu turno, na União Europeia, o artigo 15.º da Diretiva sobre Comércio Eletrónico, de 2000¹⁵. Em qualquer dos casos, a ideia é a de que as plataformas de serviços digitais não produzem os conteúdos que divulgam nem fazem edição e, portanto, não devem ser responsabilizados como se fossem autores ou editores: no fundo, não é lícito matar o mensageiro, apenas porque não se gosta da mensagem.

Em bom rigor, porém, a recusa das redes sociais em assumir uma obrigação geral de vigilância dos conteúdos que os utilizadores disponibilizam nas respetivas plataformas – para identificar (denunciar e, eventualmente, banir) conteúdos ilícitos – nunca se aplicou à implementação dos próprios termos e condições contratuais, como sucede habitualmente com a proibição de linguagem obscena, de pornografia ou de violência gráfica. A razão é simples: também aqui a má moeda tende a expulsar de circulação a boa moeda e, num paradigma de negócio assente na fidelização (senão mesmo na viciação) dos utilizadores, o ambiente que os bons utilizadores encontram na rede não pode ser demasiado agressivo, para que não se sintam inseguros ou violentados. Caso contrário, vão-se

¹³ NOBLE (2018); SHAFFER (2019); MCNAMEE (2018); EUBANKS (2018); ROSE, (2018); WACHTER & BOETTCHER (2016).

¹⁴ SEVANI (2015), pp. 122 ss.

¹⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>

embora. Numa palavra, ao fazer este tipo de controlo, restringindo a ação dos maus utilizadores, as redes limitam-se a proteger o seu negócio.

Seja como for, todo o tipo de controlo de conteúdos – lícitos ou ilícitos, protegidos ou não pela liberdade de expressão, impostos por lei ou pelas regras da comunidade – implica sempre elevados custos. Mesmo sabendo que a inteligência artificial consegue sinalizar muitos conteúdos problemáticos ou indesejados, é difícil eliminar completamente a necessidade de vastas equipas de pessoas a visualizar e avaliar esses conteúdos e a tomar uma decisão mais ou menos radical quanto ao seu destino, num processo penoso e, ainda assim, sujeito a uma margem de erro não despendida.

Por último, tal como no caso Twitter *versus* Trump, que serve de mote a este texto, o controlo duro de conteúdos escala muitas vezes para o controlo duro de utilizadores, quando a permanência destes se torna num problema sério para a própria rede social. Quer dizer, quando os utilizadores persistem na sua conduta desviante, podem (ou devem) acabar suspensos ou expulsos da rede, assim se consumando aquilo que alguns percecionam invariavelmente como um ato de censura – o que, todavia, está por demonstrar.

5. O caminho sinuoso da regulação das redes sociais

As redes sociais são hoje a principal infraestruturas de acesso à informação e de debate público, ambos essenciais ao regular funcionamento da democracia. Contudo, seria ingenuidade julgar que um conjunto restrito de empresas privadas, programadas para responder a incentivos económicos num mercado concorrencial, conduziram a sua atividade com vista à criação e preservação de uma esfera pública de debate livre de ideias, desinibido, mas moderado. Não há mal nenhum, registre-se, em as empresas prosseguirem os seus objetivos económicos. Simplesmente, assim como as empresas farmacêuticas têm uma responsabilidade para com a saúde pública, assim também as redes sociais têm de ter em consideração que a democracia depende da existência de espaços públicos de exercício saudável da liberdade de expressão – os quais, por não surgirem espontaneamente, exigem regulação¹⁶. É verdade que o tema da vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais fez no passado correr rios de

¹⁶ JORGENSEN (2021), pp. 163 ss.

tinta – alimentando acesos debates entre privatistas e publicistas¹⁷ –, mas o entendimento hoje dominante, ao menos no contexto europeu, parece ser o de que as redes sociais têm uma obrigação de respeito pela liberdade de expressão¹⁸. Entendimento que a jurisprudência já vem compartilhando¹⁹. As próprias redes assumem essa vinculação, embora prefiram salientar o seu papel na defesa da liberdade de expressão dos seus utentes contra as tentativas de interferência por parte dos Estados – nas relações verticais, portanto, e não tanto nas relações entre sujeitos privados²⁰.

A regulação das redes sociais é certamente um empreendimento difícil, embora não impossível. Todas as críticas que são feitas hoje contra as redes sociais – em particular a de que são demasiado poderosas politicamente para aceitarem ser reguladas – já foram feitas no passado contra as anteriores plataformas de comunicação social, como os jornais, a rádio ou a televisão – com a agravante de que, durante muito tempo, as televisões tinham uma posição mais monopolista do que as redes sociais. Importante é ter consciência de que uma regulação efetiva tem seguramente de compreender diversas dimensões, de natureza jurídica e não jurídica, de *soft law* e de *hard law*, de auto e heterorregulação.

Em particular, enfatiza-se muitas vezes o papel da autorregulação, no quadro da qual as empresas devem desenvolver políticas de transparência – quebrando, na medida do possível, a opacidade dos algoritmos e dos seus procedimentos internos – e promover a criação de instâncias, independentes ou plurais, de análise e decisão das reclamações dos utilizadores – como provedores, comissões de ética ou fóruns de debate. Em todo o caso, a autorregulação será sempre insuficiente e nunca dispensará uma forte dose de heterorregulação em três domínios principais: concorrência, proteção de dados pessoais e, em geral, proteção dos consumidores²¹.

O núcleo problemático da regulação está, outrossim, na moderação de conteúdos, porque é aí que se joga o futuro da liberdade de expressão e os limites desta na esfera digital. Para que se possa discutir a sério o tema da moderação de conteúdos importa ter presente, contudo, que nem a liberdade de expressão é absoluta, nem todos os limites que lhe são ou podem ser apostos consubstanciam necessariamente casos de censura.

¹⁷ SILVA (2018), pp. 315 ss.; ANDRADE (2019) p. 230 ss.

¹⁸ SEQUEIRA (2021), pp. 57 ss.

¹⁹ *Bundesverfassungsgericht*, 22.05.2019 (BvQ42/19); *Tribunale di Roma*, 12.12.2019 (RG59264/2019).

²⁰ CALLAMARD (2021) pp. 191 ss.

²¹ BALKIN (2020).

Com efeito, ao contrário do que alguns julgam, assim como nem tudo o que sai da boca para fora – de políticos, figuras públicas ou cidadãos – merece a proteção da liberdade de expressão, assim também nem tudo o que é posto a circular nas redes sociais pode invocar semelhante garantia jusfundamental.

Por exemplo, não exerce a liberdade de expressão quem grita “fogo, fogo, há fogo!”, numa sala de espetáculos apinhada de gente. Não exerce essa liberdade um ministro do culto que, dirigindo-se aos seus fiéis, escreve um livro onde explica aos maridos como punir fisicamente as respetivas mulheres (ainda que para defender que o objetivo do castigo é simbólico e não infligir dor). E, da mesma forma, não atua ao abrigo da liberdade de expressão o líder político carismático que abertamente instiga os seus apoiantes, através de sucessivos *posts* numa rede social, à prática de crimes ou os incita à rebelião ou à subversão do Estado de direito. Os exemplos poderiam multiplicar-se, de jurisdições nacionais ou supranacionais²².

Sob pena de contradição insanável, as condutas que constituem crime não podem beneficiar da proteção da liberdade de expressão. Isto vale naturalmente para os crimes de difamação e injúria, mas em princípio vale também para a doutrinação terrorista, para a pornografia infantil, para a pornografia de vingança, para a violação de segredos (profissional, comercial e industrial, de justiça e de Estado) e, em geral, para o incitamento à prática de quaisquer crimes. Assim como pode valer igualmente, se e na medida em que as ordens jurídicas tipifiquem as condutas em questão como crimes ou como ilícitos de mera ordenação social, para o assédio moral e sexual, para o discurso de ódio, para a violação de regras de campanha eleitoral e para a violação de direitos de autor. Se as pessoas forem impedidas de prosseguir com estas condutas ilícitas ou se forem punidas pelas que já praticaram, não estarão, portanto, a ser censuradas.

Esta questão, de natureza substantiva, é diferente da questão adjetiva de saber quem deve tomar as decisões – muito delicadas, porque o mundo não é a preto e branco – de rastreamento e posterior apagamento destes conteúdos não protegidos pela liberdade de expressão, quando alojados nas redes sociais, e, no limite, de bloqueio dos utilizadores recorrentemente responsáveis pela sua colocação. Assumindo que a resposta não pode ser “ninguém” – ainda que subsistam vozes a defender que as redes sociais devem, no fundo, continuar a viver em “estado de natureza” –, só há três

²² GONÇALVES (2019), pp. 1167 ss.; FARINHO & LANCEIRO (2019), pp. 1700 ss.

caminhos possíveis: apenas os tribunais, nos termos da lei; as próprias redes sociais, num quadro de autorregulação; as redes sociais, mas em conformidade com um regime jurídico específico e, naturalmente, sujeitas a revisão judicial. É nesta última direção que, compreensivelmente, navega o *Digital Services Act* (artigo 20.º), proposto pela Comissão Europeia, para substituir a já ultrapassada Diretiva sobre Comércio Eletrónico²³.

Neste quadro, a acusação de que o Twitter censurou Trump ignora olímpicamente a natureza ilícita de alguns dos últimos *tweets* do ainda presidente, incitando os seus seguidores mais radicais a fazer justiça pelas suas próprias mãos e a impedir a consumação da derrota eleitoral. Para além disso, essa acusação assume claramente que, não obstante as redes sociais serem empresas privadas, na era digital em que vivemos, a liberdade de expressão garante a todos o direito a ter um púlpito, para a partir dele falar aos seus seguidores, amigos, fãs ou ao mundo inteiro. Ou seja, pressupõe que a liberdade de expressão já não é apenas, como nos seus primórdios, o direito negativo a não ser perseguido pelas autoridades por aquilo que se diz ou escreve, em matéria política, religiosa ou sobre outro tema qualquer, mas se tornou numa espécie de direito de participação na esfera pública, comportando o direito positivo aos instrumentos de projeção da voz e do pensamento, *urbi et orbi*, que só as redes sociais especificamente proporcionam.

Direito positivo este que, sublinhe-se, nunca existiu em relação aos meios de comunicação social tradicionais, dado que ninguém poderia razoavelmente exigir escrever artigos de opinião nos jornais, nem a ter um espaço de comentário na rádio ou na televisão. Sucede que as redes sociais são de facto uma realidade nova e não adianta tentar enfiá-las à força em conceitos antigos. Não são a ágora típica da Grécia antiga, não são um *speaker's corner* à semelhança do existente em Hyde Park, também não são seguramente um *gentlemen's club* ou um *town hall meeting*, nem tão-pouco podem comparar-se aos mais recentes jornais digitais. São empresas – que vendem no mercado um produto que não produzem e que, de resto, lhes é oferecido de borla – e, simultaneamente, são comunidades de pessoas duplicadas, com os pés assentes na terra, mas a cabeça no mundo digital.

Uma coisa parece ser segura, mesmo que esse direito positivo a ter um palco íntegro hoje o conteúdo da liberdade de expressão, ele nunca

²³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>

poderá ser independente da conduta dos utilizadores dentro da rede a que aderiram.

6. O problema específico das *fake news*

Para que a conduta de uma qualquer entidade – pública, religiosa ou privada – com a capacidade de silenciar outrem seja qualificada como censura é necessário demonstrar, portanto, que os conteúdos bloqueados ou banidos correspondem verdadeiramente ao exercício da liberdade de expressão. Neste pressuposto, as *fake news* – ideia não por acaso popularizada por Trump – representam um desafio muito especial para a moderação dos conteúdos colocados em circulação nas redes sociais – mais até do que os conteúdos criminosos ou ostensivamente ilícitos referidos no ponto anterior. Por duas ordens de razões, que importa considerar em separado: uma prende-se com a delimitação concetual da figura; a outra respeita à definição fina (e complementar da acima efetuada) dos limites da liberdade de expressão.

6.1. Em primeiro lugar, mesmo deixando de lado o exemplo paradigmático de Trump, que simplesmente designava como *fake news* todas as notícias e até os órgãos de comunicação social que lhe eram desfavoráveis, é inegável que a expressão é normalmente utilizada sem o mínimo de propriedade, numa desordem terminológica e concetual a que só em parte os recentes trabalhos da União Europeia sobre desinformação conseguiram suster²⁴⁻²⁵.

Desde logo, é fundamental não confundir *fake news* – conteúdos que, não obstante serem difundidos como uma notícia (resultante até de um trabalho jornalístico), são deliberadamente inventados ou fabricados – com as velhas notícias erróneas ou não confirmadas, que são aquelas peças em que o jornalista se enganou ou foi enganado. Nas *fake news* há dolo direto na fabricação e na difusão inicial de um conteúdo que só aparentemente é jornalístico. Já naquelas notícias, pelo contrário, o jornalista limita-se por regra a atuar no apuramento dos factos com uma diligência inferior à que lhe seria exigida.

²⁴ https://ec.europa.eu/info/publications/action-plan-disinformation-commission-contribution-european-council-13-14-december-2018_en; [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2019\)608864](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2019)608864); [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)695445](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)695445)

²⁵ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>

Na mesma linha, é importante separar claramente as *fake news* da propaganda política. As diferentes mensagens de propaganda – como os *slogans* de campanha ou as promessas eleitorais – são frequentemente falsas ou irrealistas. Sucede que, em democracia, quando a comunicação não é controlada pelo Estado, essas mensagens não são apresentadas aos eleitores sob a forma de notícias. Ainda que, fruto da cobertura jornalística das eleições, esses conteúdos propagandísticos apareçam nos noticiários todos os dias, eles não pretendem fazer-se passar por notícias. Mensagens como «*o México vai pagar o muro*» ou «*o Reino Unido paga à União Europeia 350 milhões de libras por semana*» contêm obviamente mensagens falsas, que, todavia, são assumidas diretamente pelos candidatos ou partidos que estão na corrida eleitoral.

Por outro lado, as *fake news* também não devem ser confundidas com outros fenómenos recentes, de censurabilidade variável, que povoam o espaço mediático, como as denominadas “*bullshit news*”, o “*clickbait*”, o “*spin*” (ou “*spinning*”) e até o “*leaking*” – ainda que todos, no seu conjunto, contribuam para a era de pós-verdade em que estamos imersos²⁶.

As *bullshit news* são conteúdos de escasso valor informativo e que vivem sobretudo da exploração das inclinações (ou do voyeurismo) dos consumidores, passando em larga medida ao lado da questão da veracidade dos factos – pelo que o seu único efeito negativo é o da poluição do espaço mediático e dos *feeds news* das redes sociais. Já o *clickbait* é uma estratégia (mais ou menos agressiva) de comunicação, destinada a aumentar o tráfego *online*, mas que é neutra relativamente aos conteúdos a que é aplicada. É certamente utilizada para disseminar *fake news*, mas é indistintamente aplicada a jornalismo e a conteúdos não jornalísticos, verdadeiros ou não, mas sempre com títulos sensacionalistas. A sua crescente disseminação deve-se à necessidade de aumentar as receitas da publicidade *online*, como forma de os meios de comunicação social ultrapassarem a crise do seu modelo tradicional de financiamento.

Por sua vez, o *spin* é uma técnica de *marketing* político que consiste em torturar a realidade até que ela confesse o que se pretende passar para a opinião pública. Os *spin doctors*, que habitam nos gabinetes governamentais e nos *staffs* partidários, têm certamente uma relação flexível com a verdade. Mas o seu objetivo é por regra o inverso das *fake news*: em vez de denegrir um adversário com uma estória negativa inventada, trabalham com base em factos reais, com o objetivo de criar

²⁶ KEYES (2011); DAVIDOWITZ (2017); DAVIS (2017); KAKUTANI (2018).

uma narrativa ao gosto do cliente ou de escolher o ângulo que os faz ficar bem (ou menos mal) na fotografia. Se as efabulações assim criadas se transformam ou não em notícias depende da qualidade do jornalismo. No *leaking*, por seu turno, começa por existir apenas um conjunto de dados ou documentos em bruto, dos quais depois podem ser extraídas notícias. Em princípio essas notícias serão verdadeiras ou, pelo menos, os jornalistas procurarão progressivamente aproximar-se da verdade. O que caracteriza o *leaking* é o modo ilícito pelo qual se processou o acesso aos dados, com violação da inviolabilidade da correspondência ou de alguma forma de segredo (de Estado, de justiça, profissional), ainda que essa violação inicial não ponha em causa a legitimidade da subsequente investigação jornalística.

Sem negar o efeito disruptivo da comunicação que as *fake news* apresentam no contexto das democracias ocidentais – em todos os processos políticos fraturantes, certamente, mas também no atual contexto pandémico, em que a eficácia das políticas públicas depende em larguíssima medida da confiança e da cooperação dos cidadãos –, quando o respetivo conceito é devidamente delimitado (pela positiva e pela negativa), elas tornam-se num fenómeno mais gerível do que aquilo que muitas vezes se supõe.

6.2. Quanto à segunda ordem de razões acima enunciada, e para que fique muito claro: (a) mesmo quando as *fake news* não contêm mensagens difamatórias, (b) fabricar conteúdos manifestamente falsos, (c) colocá-los a circular nas redes sociais como se fossem notícias, (d) ao mesmo tempo que se promove (artificialmente) a sua disseminação, não corresponde ao exercício da liberdade de expressão²⁷. Não se vislumbra, portanto, como pode defender-se que devem ter carta de alforria para continuar a circular livremente, como o argumento de que “a mentira tem perna curta” – manifestamente, nas redes sociais, não tem – ou porque cabe unicamente ao “mercado das ideias” fazer a sua identificação e refutação.

Com efeito, por muito amplo que seja o alcance desta liberdade – e é bom que seja, porque ela providencia o oxigénio que a democracia respira – já se viu que nem tudo o que se diz, escreve ou publica cabe lá dentro. Há muitas condutas que estão dentro, tal como há também algumas que estão fora. Sempre assim sucedeu e a era digital não será diferente. E, como acima caracterizadas, as *fake news* estão fora do âmbito de proteção da liberdade de expressão porque esta não nos dá – nunca deu – o direito de enganar dolosamente os outros. Da mesma forma que

²⁷ Para uma perspetiva norte-americana, SUNSTEIN (2020), pp. 388 ss.

a liberdade contratual não nos dá o direito de burlar a contraparte. Tal como a liberdade religiosa não permite extorquir dinheiro aos fiéis.

Sustentar que sempre houve *fake news* – como amiúde se escuta, negando a sua especificidade em relação às velhas notícias erróneas ou não confirmadas – é o mesmo que dizer que sempre houve internet, *sites*, blogues e redes sociais. É ignorar que o acesso ao espaço público é hoje praticamente universal e se processa sem qualquer tipo de triagem. É negar que vivemos numa nova era, com problemas novos.

Esta visão dos limites da liberdade de expressão não se basta com uma definição muito rigorosa do conceito de *fake news*. Implica também um trabalho metódico de análise dos conteúdos em circulação, para “separar o trigo do joio” – um trabalho sistemático de *fact-checking*, executado por ou com o apoio de entidades independentes, com a plena consciência de que entre a verdade mais pura e cristalina e a falsidade mais despudorada há várias tonalidades de cinzento e que, por isso, o erro é inevitável. Qualquer *fact-checker*, mormente aqueles que trabalham em parceria com as redes sociais, tem aliás várias classificações intermédias.

Os poderes públicos, por seu turno, seja no plano europeu ou nacional, têm um papel incontornável na capacitação dos cidadãos para navegarem no espaço público digital sem caírem na armadilha das *fake news*. Cidadãos responsáveis precisam de estar atentos e de desenvolver estratégias de autoproteção. Devia ser esse o conteúdo do famigerado artigo 6.º da Carta dos Direitos Humanos da Era Digital²⁸ – o que é bem diferente, porém, de infantilizar os cidadãos pela omnipresença protetora do Estado, a pretexto de preservar a eficaz prossecução de quaisquer políticas públicas.

7. Bibliografia citada

ANDRADE, V. – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª ed., Coimbra, 2019.

ASH, T. G. – *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, New Haven & London, 2016.

BALKIN, J. M. – “How to Regulate (and Not Regulate) Social Media”, Knight First Amendment Institute, Columbia University, 2020.

CALLAMARD, A. – “The Human Rights Obligations of Non-State Actors”, in *Human Rights in the Age of Platforms*, ed. R.F. Jorgensen, <https://mitpress.mit.edu/books/human-rights-age-platforms>, 2021.

DAVIDOWITZ, S. S. – *Everybody Lies*, New York, 2017.

²⁸ Lei n.º 27/2021, de 17 de maio.

- E. DAVIS, – *Post-Truth*, London, 2017.
- EUBANKS, V. – *Automating Inequality*, New York, 2018.
- FARINHO, D. & LANCEIRO, R. – “Liberdade de Expressão na Internet”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, org. P.P. Albuquerque, vol. II, Lisboa, 2019.
- GONÇALVES, J. C. – “Liberdade de Imprensa”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, org. P.P. Albuquerque, vol. II, Lisboa, 2019.
- JORGENSEN, R. F. – “Rights talk: In the Kingdom of Online Giants”, in *Human Rights in the Age of Platforms*, ed. R.F. Jorgensen, <https://mitpress.mit.edu/books/human-rights-age-platforms>, 2021.
- KAKUTANI, M. – *The Death of Truth*, New York, 2018.
- KEYES, R. – *The Post-Truth Era*, New York, 2011.
- MACHADO, J. – *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais*, Coimbra, 2002.
- MCNAMEE, R. – *Zuked: Waking up to the Facebook Catastrophe*, New York, 2018.
- NOBLE, S. U. – *Algorithms of Oppression*, New York, 2018.
- ROSE, M. – *Automating Inequality: how the Internet Influences Racism*, 2018.
- SEQUEIRA, E. – “Facebook: Algumas questões jurídicas”, in *Encontros de Direito Civil, III, Evolução tecnológica no Direito Civil*, org. A.P. Monteiro *et alli*, Lisboa, 2021.
- SEVANIAN, A. M. – “Section 230 of the Communications Decency Act: A ‘Good Samaritan’ Law Without the Requirement of Acting as a ‘Good Samaritan’”, in *UCLA Entertainment Law Review*, 21(1), 2015.
- SHAFFER, K. – *Data versus Democracy*, Colorado, 2019.
- SILVA, J.P. – *Crônicas Constitucionais – Reter o Tempo em Palavras*, UCE, Lisboa, 2021.
- SILVA, J.P. – *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, UCE, Lisboa, 2018.
- SUNSTEIN, C. R. – *#Republic – Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton & Oxford, 2017.
- SUNSTEIN, C. R. – “Falsehoods and the First Amendment”, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 33, n.º 2, 2020.
- WACHTER & BOETTCHER, – *Technically Wrong*, New York, 2016.
- WARREN & BRANDEIS, – “The right to privacy”, in *Harvard Law Review*, vol. 4, n.º 5, Dec. 1890.
- YORK, J.C. & Zukerman, E. – “Moderating the Public Sphere”, in *Human Rights in the Age of Platforms*, ed. R.F. Jorgensen, <https://mitpress.mit.edu/books/human-rights-age-platforms>, 2021.