



## Responsabilidade civil e *fake news*

José A. R. Lorenzo González <sup>1</sup>

§ 1. A liberdade de expressão justifica ou legitima as *fake news*? O chamado *marketplace of ideas* <sup>2</sup> há de comportá-las? A adaptação radiofónica da obra *War of the Worlds* que Orson Welles fez, em 1938, relatando a invasão de New Jersey por marcianos dever-se-á considerar uma hipótese de *fake news*?

A pergunta prévia, contudo, é outra: o que se entenderá por *fake news*? Tratar-se-á de rumores, de boatos, de contra informação, de

---

\*Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

<sup>1</sup> MESTRE é aquele que nos marca de modo indelével e impercetível. Obrigado, Professor PPV.

<sup>2</sup> “Articulated by Justice Oliver Wendell Holmes in his dissenting opinion in *Abrams v. United States*, this theory explains freedom of speech in terms of an open marketplace in which ideas compete against one another for acceptance by the public. «[T]he best test of truth,» Holmes wrote, «is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market»” (Louis W. Tompros – Richard A. Crudo – Alexis Pfeiffer – Rahel Boghossian, *The constitutionality of criminalizing false speech made on social networking sites in a post Alvarez, social media-obsessed world*, *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, 2017, pág. 87). Cf. Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, *Stvdia Jvridica* 62, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 246 a 255.



desinformação enganosa, de pós-verdades <sup>3</sup>, de factos alternativos, de puras mentiras <sup>4</sup>?

O fenómeno das *fake* não é novo. Deve certamente ser tão antigo quanto a própria sociedade (v.g. o suicídio de Marco António motivado pela notícia – falsa, segundo algumas versões – de que Cleópatra, sua mulher, já se havia também suicidado). A magnitude das suas implicações somente se potencia exponencialmente, contudo, quando a respetiva disseminação se faz mediante o recurso

---

<sup>3</sup> *Palavra Internacional do Ano* em 2016 para a Oxford Dictionaries que a descreveu como “an adjective defined as relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief” (<https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>). Pós-verdade corresponderá a algo que aparenta ser verdade e se considera mais importante que a própria verdade. “Rather than simply referring to the time after a specified situation or event – as in post-war or post-match – the prefix in post-truth has a meaning more like «belonging to a time in which the specified concept has become unimportant or irrelevant»” (<https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>). Assim, por exemplo, mesmo sem provas tangíveis, muitos acreditam que “a China é responsável pela propagação do novo coronavírus e muito provavelmente pela sua criação em laboratório”.

<sup>4</sup> Axel Gelfert, *Fake News: A Definition*, in *Informal Logic*, Special Issue: Reason and Rhetoric in the Time of Alternative Facts, vol. 38, number 1, 2018, págs. 93/94.



às chamadas redes sociais <sup>5</sup>. Este sim um fenómeno recente <sup>6</sup>, que multiplica conteúdos e destinatários até ao infinito <sup>7</sup>.

Num ponto, parece haver acordo. *Tipicamente, as fake news traduzem-se:*

- (i) em factos falsos (que, portanto, em rigor não são factos);
- (ii) usualmente publicados em sítios da *internet* e disseminados através das redes sociais;
- (iii) para simples obtenção de benefícios patrimoniais ou para

---

<sup>5</sup> “A group of Internet-based applications that... allow the creation and exchange of User Generated Content” (Louis W. Tompros – Richard A. Crudo – Alexis Pfeiffer – Rahel Boghossian, *The constitutionality of criminalizing false speech made on social networking sites in a post Alvarez, social media-obsessed world*, Harvard Journal of Law & Technology, vol. 31, 2017, pág. 70).

<sup>6</sup> “The first thing we need to understand about the new technologies is that they facilitate – but have not produced – the problems that we as citizens face in the re-integration of journalism and activism. These problems arise because of the assumption that we have a Right to Know, rather than from technological innovation alone, and this Right to Know provides incentives and avenues for the diffusion of information, quasi-information, and outright lies, all through the same media” (Michael C. Dorf – Sidney G. Tarrow, *Stings and scams: “fake news”, the first amendment, and the new activist journalism*, Journal of Constitutional Law, vol. 20, 2017, pág. 28).

<sup>7</sup> Domingos Farinho – Rui Lanceiro, *Liberdade de expressão na Internet*, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Paulo Pinto de Albuquerque (Org.), vol. II, Universidade Católica Editora, 2019, págs. 1714/1715.



obter influência política e/ou social <sup>8</sup>.

“Narrowly defined, fake news refers to «a made-up story with an intention to deceive, often geared toward getting clicks»” <sup>9</sup>.

Ainda que assumam aparência verídica [v.g. uma notícia de jornal, que assevere um facto falsificado, adulterado, simulado, mas com aspeto veraz – por exemplo: “*Pope Francis shocks world, endorses Donald Trump for president*” (WTO5 News)], o conceito de *fake news* envolve o que no Direito norte-americano se conhece como *actual malice*: o “knowledge that it was false” por banda do seu autor, com o propósito de acossar, enganar ou lesar terceiros <sup>10</sup>. “Fake news... is

---

<sup>8</sup> “In one example, which took place shortly before the most recent US presidential election in a series of events now infamously known as «Pizzagate», fake news publishers in Macedonia circulated a false political conspiracy theory that former First Lady, Secretary of State, and presidential candidate Hillary Clinton and other prominent Democratic political figures were coordinating a child trafficking ring out of a Washington, DC pizzeria by the name of Comet Ping Pong. The fake news publications were widely shared via Facebook and directed readers to websites for purposes of generating advertising revenue. In a bizarre turn of events in December 2016, a man who read the fake news publication drove from North Carolina to Washington, DC and shot open a locked door at the actual Comet Ping Pong pizzeria with his assault rifle as part of a misguided vigilante investigation” (David O. Klein – Joshua R. Wueller, *Fake News: A Legal Perspective*, Journal of Internet Law, vol. 20, n.º 10, April 2017).

<sup>9</sup> Ahran Park – Kyu Ho Youm, *Fake news from a legal perspective: the United States and South Korea compared*, Southwestern Journal of International Law, vol. 25, 2019, pág. 103.

<sup>10</sup> “Many of these lies are innocuous enough. It is not uncommon, for example, for users to exaggerate about their lives to improve their social status, or for a person to lie about his height or weight in his online profile in an effort to appear more



misleading its target audience in a non-accidental way”<sup>11</sup>. Na terminologia jurídica nacional, *actual malice* traduzir-se-á por *dolo* (*direto* ou *necessário*, conforme o propósito do autor da *fake*<sup>12</sup>).

*Fake news* podem primariamente definir-se, assim, como “deliberately constructed lies”, sob a forma de notícias, destinadas a enganar o público. Neste sentido, elas serão “a species of disinformation”<sup>13</sup>.

Num aspeto há concordância: trata-se de *news* – ou seja, notícias – e não de pura e simples disseminação de mentiras, falsidades ou

---

desirable to would-be suitors. These lies are often calculated (perhaps subconsciously) to subvert one’s real-life persona with an upgraded cyber persona. But some lies are much more injurious. We have seen several recent examples in which social media users publish false information about emergencies and natural catastrophes. This effect was perhaps most prevalent in the 2013 Boston Marathon bombings, when news outlets relied on social media postings to falsely identify innocent people as the perpetrators, mistakenly report that the perpetrators were arrested, and incorrectly claim that additional explosive devices were discovered. The effect was also noticeable in online reports of other terrorist attacks, mass shootings, earthquakes, hurricanes, and other emergencies. These false reports are significant, as social media has now established primacy over traditional news outlets like cable and radio, at least for the cyber savvy” (Louis W. Tompros – Richard A. Crudo – Alexis Pfeiffer – Rahel Boghossian, *The constitutionality of criminalizing false speech made on social networking sites in a post Alvarez, social media-obsessed world*, Harvard Journal of Law & Technology, vol. 31, 2017, págs. 67/68).

<sup>11</sup> Axel Gelfert, *Fake News: A Definition*, in *Informal Logic, Special Issue: Reason and Rhetoric in the Time of Alternative Facts*, vol. 38, number 1, 2018, pág. 105.

<sup>12</sup> Cf., quanto aos respetivos conceitos, Figueiredo Dias, *Direito Penal*, Parte Geral, tomo I, 3.ª edição, Gestlegal, Coimbra, 2019, págs. 427/428.

<sup>13</sup> Axel Gelfert, *Fake News: A Definition*, in *Informal Logic, Special Issue: Reason and Rhetoric in the Time of Alternative Facts*, vol. 38, number 1, 2018, pág. 103.



boatos, através de conversas mantidas de modo pessoal e presencial ou mesmo através de redes sociais. E não se trata tão-pouco de simples conjecturas, jornalismo medíocre ou opinião tendenciosa <sup>14</sup>.

Elas são *fake* (falsas), mas também são *news*. Isto é, assemelham-se a notícias <sup>15</sup>. Ainda que não se veiculem por intermédio dos meios de comunicação social tradicionais.

É verdade que, em tempos recentes, um numeroso grupo de políticos e de figuras públicas têm feito uso da expressão *fake news* para etiquetar notícias, reportagens, artigos de opinião, provenientes de meios de comunicação social tradicionais simplesmente por serem do seu desgosto ou por lhes serem desfavoráveis (v.g. “*Donald Trump Acknowledges Not Paying Federal Income Taxes for Years*” – <https://www.nytimes.com/2016/10/10/us/politics/donald-trump-taxes.html>). Em geral, contudo, a factualidade não é posta em causa <sup>16</sup>. Mas, mais importante, ainda que os referidos *mass media* estejam a publicar notícias inverídicas – v.g. o caso, frequente, em que meios de informação sérios e geralmente fidedignos reproduzem *news* forjadas por outrem –, esta atuação somente se subsumirá ao

---

<sup>14</sup> Como, de modo recorrente, sucede com “online outlets like BuzzFeed and 24-hour news channels like CNN are ready to print or broadcast any news with the barest shreds of facts in order to be first” (Joshua Humphrey, *The Plague of Fake News and the Intersection with Trademark*, Cybaris®, an Intellectual Property Law Review, vol. 8, 2017, pág. 131).

<sup>15</sup> “Just as disinformation is a species of information, fake news is... a form of news” (Axel Gelfert, *Fake News: A Definition*, in *Informal Logic*, Special Issue: Reason and Rhetoric in the Time of Alternative Facts, vol. 38, number 1, 2018, pág. 103).

<sup>16</sup> Cf. v.g. Lili Levi, *Real "Fake News" and Fake "Fake News"*, *First Amendment Law Review*, vol. 16, 2018, págs. 232 a 327.



conceito de *fake news* no pressuposto de eles terem procedido sabendo ou conhecendo a inverdade ou a deturpação <sup>17</sup>. Caso contrário, faltará a *actual malice* <sup>18</sup>.

O propósito de enganar não se relaciona estrita e necessariamente com a natureza do facto fabricado. Veja-se, desde logo, o caso conhecido como *Pizzagate* acima referenciado. Muitas vezes, com efeito, existe somente o intento de chamar a atenção para distintos objetos em direção aos quais o criador da *fake* pretende conduzir o leitor <sup>19</sup>. Daí que, atendendo à sua finalidade, se torne

---

<sup>17</sup> “Intermediaries should never be liable for any third party content relating to those services unless they specifically intervene in that content or refuse to obey an order adopted in accordance with due process guarantees by an independent, impartial, authoritative oversight body (such as a court) to remove it and they have the technical capacity to do that” (1.d. – *Joint declaration on freedom of expression and “fake news”, desinformation and propaganda*, 3 de março de 2017, ONU, OSCE, OEA, ACHPR).

<sup>18</sup> Sem esquecer, contudo, que “the press cannot perform its essential functions... when a constant flow of fake news undermines media legitimacy in the eyes of the public” (Andrea Butler, *Protecting the Democratic Role of the Press: A Legal Solution to Fake News*, Washington University Law Review, vol. 96, 2018, págs. 426/427).

<sup>19</sup> “The deliberate nature of fake news does not necessarily consist in the intention to manipulate others by instilling specific false (or malicious) beliefs in them. Rather, what matters is that the purveyors of fake news deliberately engage in practices that they know, or can reasonably foresee, to lead to the likely formation of false beliefs on the part of their audience, irrespective of whether they themselves have a stake in those beliefs (as a political activist might have), or whether they are just in it for the money” (Axel Gelfert, *Fake News: A Definition*, in *Informal Logic, Special Issue: Reason and Rhetoric in the Time of Alternative Facts*, vol. 38, number 1, 2018, págs. 107/108).



possível identificar diferentes tipos de *fake news* <sup>20</sup>.

§ 2. O conceito de *fake* quando aplicado à propagação de informação é, ele próprio, de difícil apreensão. Entre a *sátira*, de um lado, e o *conteúdo fabricado*, do outro, há uma distinção fluida e gradual que levanta sérios transtornos na definição de fronteiras. A começar pelo facto de a separação entre informação errada e desinformação ser árdua, a continuar com a complexidade da prova da presença da *actual malice* e a finalizar com o obstáculo, tantas vezes intransponível, constituído pela incapacidade para desocultar a identidade dos autores, toda esta matéria gera, para já, um grande embaraço.

Para enredar ainda mais o dilema, da conjugação entre a *actual malice* subjacente às *fake news* e o recurso ao chamado *deep learning* (sub-ramo da Inteligência Artificial) surgiu um novo problema (e um novo conceito), designado como *deepfake*, mas de características muito mais sofisticadas e apuradas. Na base, trata-se de criar vídeos falsos, não pela imagem em si mesma considerada,

---

<sup>20</sup> “We can imagine «fake news» as representing a spectrum – both with regard to truth and with regard to disseminators' intent. Some «fake news» consists of wholly fabricated stories, often developed and disseminated as «clickbait» – a to generate advertising revenue. Other instances of wholly fabricated «fake news» are designed to achieve political ends of persuasion. Another type of «fake news» is political satire (and even some entertainment «news»). There are also conspiracy theorists and ideologues making up stories on social media. Some stories contain kernels of true information, but also falsity or incorrect inferences from true facts” (Lili Levi, *Real "Fake News" and Fake "Fake News"*, *First Amendment Law Review*, vol. 16, 2018, págs. 245/246).





mas pelo conteúdo da mensagem que transmite. Na situação típica, adultera-se a fala da pessoa retratada de modo a que ela produza palavras que efetivamente não proferiu ou manipula-se a expressão corporal de modo a pôr a pessoa a realizar condutas que realmente não executou. Esta técnica pode servir apenas para parodiar ou satirizar. Mas, quando houver *actual malice* (como frequentemente sucede com a chamada *deepfake pornography*), ela será, portanto, mais profunda e mais intensa. Prejudica-se não apenas a fiabilidade da informação publicamente difundida, mas também (sobretudo) a imagem, a intimidade e a dignidade do retratado.

A este propósito, por exemplo, a *FirstDraft* – uma das muitas organizações internacionais destinadas a criar instrumentos (*fact-checking*) destinados a capacitar os cidadãos com o conhecimento, compreensão e ferramentas necessárias para superar a propagação de informações falsas e enganosas – identificou a seguinte sequência de espécies de *mis- and disinformation*:

- *Satire or parody*  
(no intention to cause harm but has potential to fool);
- *False connection*  
(when headlines, visuals or captions don't support the content);
- *Misleading content*  
(misleading use of information to frame an issue or individual);
- *False context*  
(when genuine content is shared with false contextual information);



– *Imposter content*

(when genuine sources are impersonated);

– *Manipulated content*

(when genuine information or imagery is manipulated to deceive);

– *Fabricated content*

(new content is 100% false, designed to deceive and do harm).

A seriação é relativamente pouco extensa. Mas compreende tipos cujas extremas são extraordinariamente difusas. O *false context*, por exemplo, já será *fake*? E entre *manipulated content* e *fabricated content* a distinção operará em que termos?

O principal dilema é, todavia, de distinta natureza. É que a criação e posterior disseminação de notícias – falsas ou verdadeiras, passe a dicotomia simplista – é passível de ser encarada como uma pura manifestação da liberdade de expressão (na vertente da liberdade de discurso) e de informação <sup>21</sup>. Ela comportará a criação e posterior propagação de mentiras? Em caso afirmativo, daí derivará uma outra questão: a da equiparação entre o exercício da liberdade de expressão por intermédio da *internet* e a sua atuação através dos

---

<sup>21</sup> “A liberdade de expressão em sentido amplo, como instrumento de autodefinição e autodeterminação individual, tem o seu escoramento na dignidade da pessoa humana, enquanto dirigida a pessoas livres e responsáveis, dotados de competências racionais e moral-práticas insuscetíveis de instrumentalização, objetivação ou comodificação” (Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, *Stvdia Jvridica* 62, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 359).



meios de comunicação tradicionais<sup>22</sup>.

**§ 3.** Nos termos do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteira” (n.º 1) e “O exercício desta liberdade, 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 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” (n.º 2).

Em conformidade, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tem firmemente reiterado o carácter basilar deste direito fundamental<sup>23</sup>. Assim, por exemplo, em *Azevedo c. Portugal*

---

<sup>22</sup> Domingos Farinho – Rui Lanceiro, *Liberdade de expressão na Internet*, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Paulo Pinto de Albuquerque (Org.), vol. II, Universidade Católica Editora, 2019, pág. 1701.

<sup>23</sup> “States may only impose restrictions on the right to freedom of expression in accordance with the test for such restrictions under international law, namely that they be provided for by law, serve one of the legitimate interests recognised under



[acórdão de 27 de março de 2008, Requête n.º 20620/04 (CEDH)] o ECHR lembrou “que, de acordo com a sua jurisprudência constante, a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de qualquer sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada indivíduo. Sem prejuízo do n.º 2 do artigo 10.º, ela vale não apenas para «informações» ou «ideias» acolhidas como tal ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que ofendem, chocam ou inquietam. Assim o exigem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, fatores sem os quais não existe «sociedade democrática»”<sup>24</sup>.

Quando se decida, através de lei ou de decisão judicial, limitar o exercício de tal liberdade, produz-se, nos termos do n.º 1 do citado artigo, uma “ingerência”. Aplicando ao caso concreto, a questão que designadamente se põe a seguir é: a *censura* das *fake news* tem *justificação* ou *torna-se necessária* para salvaguarda de algum dos interesses enumerados pelo referido n.º 2 do artigo 10.º<sup>25</sup>?

Em *Tavares de Almeida Fernandes and Almeida Fernandes vs*

---

international law, and be necessary and proportionate to protect that interest” (1.a. – *Joint declaration on freedom of expression and “fake news”, desinformation and propaganda*, 3 de março de 2017, ONU, OSCE, OEA, ACHPR).

<sup>24</sup> José Renato Gonçalves, *Liberdade de Imprensa*, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Paulo Pinto de Albuquerque (Org.), vol. II, Universidade Católica Editora, 2019, pág. 1675.

<sup>25</sup> “A liberdade de expressão deve ser amplamente protegida, sem prejuízo da existência de sanções constitucionalmente adequadas para as violações especialmente *claras e graves* dos direitos de personalidade” (Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, *Studia Iuridica* 62, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 751).



*Portugal*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Application n.º 31566/13) julgou o caso em que um jornalista do jornal Público, sustentava, num artigo de opinião (intitulado “A estratégia da aranha”), que um certo magistrado judicial representava “a face sombria da nossa justiça”, criticando-o por se disponibilizar, como presidente do Supremo Tribunal, “para ser o rosto de uma fronda dos juízes contra as decisões reformistas do poder político, neste momento objeto de um consenso alargado entre o partido do Governo e a principal força da oposição”<sup>26</sup>. A pessoa visada reagiu judicialmente. O CEDH considerou que os tribunais portugueses, ao concederem ao ofendido a compensação por danos pessoais tal como requerida, se excederam na apreciação no que toca aos limites que se podem pôr ao debate sobre temas de interesse público. Inexistiria proporcionalidade entre, por um lado, a restrição à liberdade de expressão do ofendido e, por outro lado, o propósito de proteção do bom nome da pessoa visada pela publicação. Com efeito, “the Court reiterates that, under the Convention, an award of damages for defamation must bear a reasonable relationship of proportionality to the injury to reputation suffered. (...) In the present case, the Court observes that the applicants were ordered to pay EUR 60,000 in compensation to Judge N.N. by the Lisbon Court of Appeal in the context of civil proceedings. The Court notes that this amount was extremely high in itself. (...) In addition, the Court notes that the Lisbon Court of Appeal considered the amount to be awarded to Judge N.N. on account of an attack on his reputation to

---

<sup>26</sup> Para hipótese afim – conflito entre liberdade de expressão, na modalidade de liberdade de imprensa, e direito à intimidade – cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 85 a 102.



be comparable to the average amount ascribed to the value of life under the case-law of the Supreme Court of Justice (...). The Court cannot subscribe to this comparison which reflects a clear punitive intent, considering that the Lisbon Court of Appeal had acknowledged that the article had not had an impact on Judge N.N.'s professional future, given that he had been re-elected to his post by an even greater majority".

**§ 4.** No Direito norte-americano, a liberdade de expressão funda-se primariamente no *First Amendment to USA Constitution*: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or *abridging the freedom of speech*, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances".

Assim, no *leading case United States vs Alvarez* [567 US 709 (2012)]<sup>27</sup>, o *Supreme Court* entendeu que "[A]s a general matter, the

---

<sup>27</sup> "In 2007, Xavier Alvarez, an elected member of a water district board in California, identified himself at a public meeting as a retired U.S. Marine who had been wounded in combat many times and had received the Congressional Medal of Honor. «I'm a retired Marine of 25 years. I retired in the year 2001», Mr. Alvarez said at a public meeting of the board. "Back in 1987, I was awarded the Congressional Medal of Honor. I got wounded many times by the same guy». None of Alvarez's claims was true. He never served in the Marine Corps or any branch of the military, was never wounded in combat, and has never received a medal of any kind, including the nation's highest military award – the Medal of Honor. Alvarez had previously boasted, untruly, that he played hockey for the



First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content. (...)

Absent from those few categories where the law allows content-based regulation of speech”<sup>28</sup> “is any general exception to the First Amendment for false statements. This comports with the common understanding that some false statements are inevitable if there is to be an open and vigorous expression of views in public and private conversation, expression the First Amendment seeks to guarantee”.

Na verdade, se as opiniões, pensamentos, concepções, competem num “mercado de ideias”, livre e concorrencial, todas devem ser admitidas – verdadeiras e falsas. As primeiras não de, em princípio, sobrepor-se às segundas. Ou talvez não. Importa é que, numa sociedade livre, existe o direito de expressar tanto umas como outras. No *marketplace of ideas* funda-se também, portanto, a proibição de censura<sup>29</sup>, ainda quando a sua existência se alicerce no

---

Detroit Red Wings and that he once married a starlet from Mexico” (<https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-us-v-alvarez>).

<sup>28</sup> Tais como “incitement, libel, obscenity, defamation, speech integral to criminal conduct, fighting words, child pornography, fraud, true threats, and speech presenting some grave and imminent threat” (Louis W. Tompros – Richard A. Crudo – Alexis Pfeiffer – Rahel Boghossian, *The constitutionality of criminalizing false speech made on social networking sites in a post Alvarez, social media-obsessed world*, Harvard Journal of Law & Technology, vol. 31, 2017, pág. 89).

<sup>29</sup> A adoção do conceito metafórico do *marketplace of ideas* assenta, com efeito, em dois pressupostos. “The first is that protecting open, uninhibited exchanges of ideas promotes truth discovery. The second premise is that even if absolute truth



propósito de evitar a criação / disseminação de falsidades<sup>30</sup>. Mas ele não permite inferir que a liberdade de expressão tenha carácter ilimitado. Uma ideia não implica a outra.

**§ 5.** A jurisprudência portuguesa tem igualmente feito da liberdade de expressão uma trave mestra do sistema, apenas

---

is never established or agreed upon, the process itself – the testing and confronting of contemporary conceptions of truth – must be privileged” (Clay Calvert – Stephanie McNeff – Austin Vining – Sebastian Zarate, *Fake News and the First Amendment: Reconciling a Disconnect Between Theory and Doctrine*, University of Cincinnati Law Review, vol. 86, 2018, pág. 124).

<sup>30</sup> O que parece não obstar a que alguns dos mais importantes administradores de redes sociais (v.g. Facebook ou Instagram) tenham já publicamente manifestado a intenção de (recorrendo a *machine learning*) procederem activamente à detecção e à etiquetagem de notícias como *fake* sempre que, pelo menos, como tal elas tenham sido rotuladas por “a third-party fact-checker”.

No plano do Direito Internacional, existe uma *International Convention concerning the use of broadcasting in the cause of peace* (Genebra, 23 de Setembro de 1936) cujo artigo 3 estabelece que : “The High Contracting Parties mutually undertake to prohibit and, if occasion arises, to stop without delay within their respective territories any transmission likely to harm good international understanding by statements the incorrectness of which is or ought to be known to the persons responsible for the broadcast”.

A verdade é que, ao menos no Direito norte-americano, “the strict confines of Alvarez leave little room for fake news regulation. In Alvarez, the Stolen Valor Act ultimately failed because the government believed that false speech about military honors was less troublesome than a «Ministry of Truth» regulating falsehoods. Regulating fake news, then, involves «choosing the lesser evil» between the harms caused by false speech and the chilling effects restrictions might produce” (Daniela C. Manzi, *Managing the Misinformation Marketplace: The First Amendment and the Fight Against Fake News*, Fordham Law Review, vol. 87, 2019, pág. 2646).





admitindo limitações de natureza afim àquelas que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê.

Assim, por exemplo, a Relação de Lisboa (acórdão de 20/02/2020, Proc. n.º 5407/16.9T8ALM.L1-6) decidiu um litígio em que o R. alegava que a A. (Câmara Municipal) havia compactuado com terceiros para a perda do Estádio X, acusando ainda a autarquia de cumplicidade, conivência e ilegalidade, ao emitir declarações em como as construções existentes, no perímetro do referido Estádio, seriam anteriores a certa data, quando isso não corresponderia à realidade. Não se provou, contudo, a veracidade destas alegações. Em conformidade, o tribunal entendeu que *“IX – A liberdade de expressão, referida a assuntos fundamentais da vida em sociedade e de interesse público central para a democracia, que atinja o bom nome de uma pessoa coletiva pública, por matérias do âmbito da sua atuação nessa qualidade, existindo alguma verosimilhança de alguns dos factos afirmados e sendo outros conhecidos como falsos pelo autor das afirmações, pode ser objeto de restrição limitada à medida necessária à publicitação dessa falsidade”*.

É praticamente unânime que o direito ao crédito ou bom nome (artigo 26.º, Constituição; artigo 484.º, Cód.Civil) constitui um “limite para outros direitos, nomeadamente para a liberdade de expressão, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa” (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 292/2008, de 29/05/2008, Proc. n.º 459/07, DR 141/2008, Série II, de 23/07/2008). Mas não se trata de limitação de carácter absoluto. Nem toda a afetação do direito à honra no exercício da liberdade de expressão é, portanto, tida como ilícita. Ou, pelo menos, nem toda ela merece a entrada em ação da tutela penal.



Decidindo a insinuação não provada, mas ampliada pela sua publicação num jornal de âmbito regional, proferida pelo arguido, por si e na qualidade de Presidente da Câmara, que o subsídio que a Câmara Municipal atribuía à Associação Y seria utilizado em proveito do assistente, para pagar dívidas às Finanças, a Relação de Évora (acórdão de 01/07/2014, Proc. n.º 53/11.6TAEZ.E2) entendeu V – A *Convenção*” (Europeia dos Direitos do Homem) *“faz uma clara opção na definição da maior relevância do valor «liberdade de expressão» sobre o valor «honra». Ou seja, a ponderação de valores é normativa, já foi feita pela Convenção com uma clara preferência pelo valor «liberdade de expressão». VI – A liberdade de expressão só pode ser sujeita a restrições nos termos claros e restritivos do n.º 2 do art.º 10.º da Convenção, pelo que as «formalidades, condições, restrições e sanções» à liberdade de expressão devem ser convenientemente estabelecidas, corresponderem a uma necessidade imperiosa e interpretadas restritivamente (Decisão Sunday Times, 26/04/1979, § 65). VII – A tutela da honra deve situar-se na análise dos tipos penais de difamação no momento lógico de análise do n.º 2 desse art.º 10.º. VIII – Esse art.º 10.º é um pilar, não apenas de reconhecimento de direitos individuais, mas muito mais relevantemente de reconhecer que há direitos individuais que são o cimento de um determinado tipo de sociedade, a sociedade democrática, juridicamente Estado de Direito. IX – Se no geral prevalece como direito maior a liberdade de expressão pela sua essencialidade democrática, no campo da luta política e questões de «interesse geral» a tutela da honra é residual. É jurisprudência convencional constante a afirmação de que no campo da luta e discurso político ou em questões de interesse geral «pouco espaço há para as restrições à liberdade de expressão». X – Na análise do n.º 2 do art.º 10.º da Convenção é necessário saber se*



*existem os requisitos de punibilidade ali contidos: se a restrição à liberdade de expressão está «prevista na lei» (aqui através do tipo penal de difamação) e prossegue um «objetivo legítimo» (aqui a tutela da honra) e se a condenação do arguido se justifica, se é uma «providência necessária numa sociedade democrática». XI – A expressão «providência necessária numa sociedade democrática» tem sido interpretada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como a exigência de uma «necessidade social imperiosa» que justifique uma condenação. XII – A natureza e a medida das penas infligidas pela prática de crimes de difamação são elementos a ter em consideração quando se trata de medir a proporcionalidade da ingerência na liberdade de expressão. XIII – Neste sentido, a aplicação de penas de prisão não se justifica nos crimes de difamação, exceto em circunstâncias excecionais, designadamente se outros direitos fundamentais foram gravemente atingidos, como nos casos de incitamento à violência, de discurso de violência contra pessoas ou grupos, de incitamento ao ódio e de apelo à intolerância. XIV – O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na recente decisão Amorim Giestas e Jesus Costa Bordalo vs Portugal (03/04/2014, § 36)”<sup>31</sup> “é claro em considerar que o ordenamento jurídico português contém um remédio específico para a proteção da honra e da reputação no art.º 70.º do Código Civil, pelo que a penalização por difamação se deve entender hoje como residual”.*

Visando diretamente a liberdade de expressão atuada através dos

---

<sup>31</sup> “La Cour considère que la condamnation des requérants à des amendes pénales, assorties de dommages intérêts, était manifestement disproportionnée. D’autant plus que l’article 70 du Code civil portugais prévoit un remède spécifique pour la protection de l’honneur et de la réputation”.



meios de comunicação social <sup>32</sup>, o STJ (acórdão de 21/10/2014, Proc. n.º 941/09.0TVLSB.L1.S1) – que decidiu o litígio no qual o ofendido alegava que num certo semanário havia sido publicada uma reportagem pela qual se dava conta da pendência de uma investigação criminal à gestão do porto do Funchal, revelando a existência de vários arguidos, entre os quais o A., imputando-lhe a prática de diversos crimes, a sua inclusão numa rede de esquemas fraudulentos e insinuando até a respetiva participação num esquema de corrupção dos Magistrados do Ministério Público – entendeu que: *“I – A prevalência do direito à honra e ao bom-nome, no confronto com o direito à liberdade de expressão e de informação, relativamente a afirmações lesivas do mesmo, não se compadece com as situações em que aquelas afirmações, embora potencialmente ofensivas, sirvam o fim legítimo do direito à informação e não ultrapassem o que se mostra necessário ao cumprimento da função pública da imprensa. II – O direito do público a ser informado tem como referência a utilidade social da notícia – interesse público –, devendo restringir-se aos factos e acontecimentos que sejam relevantes para a vivência social, apresentados com respeito pela verdade. III – A verdade noticiosa não significa verdade absoluta: o critério de verdade deve ser mitigado com a obrigação que impende sobre qualquer jornalista de um esforço de objetividade e seguindo um critério de crença fundada na verdade. IV – Embora seja difícil estabelecer o equilíbrio ténue*

---

<sup>32</sup> Sendo certo que (já) existe jurisprudência a entender que *“III. 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»”* (acórdão da Relação do Porto de 30/10/2013, Proc. n.º 1087/12.9TAMTS.P1).



*entre o princípio da presunção de inocência, de que todos os cidadãos devem gozar, mormente na fase de inquérito, e o direito à informação, é inderrogável o interesse em dar a conhecer aos cidadãos uma matéria que, encontrando-se porventura sujeita ao segredo de justiça, releva do cometimento de irregularidades graves passíveis de configurar a prática de crimes. Há interesse público. V – O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem acentuado que a liberdade de imprensa constitui um dos vértices da liberdade de informação, não podendo as autoridades nacionais, por princípio, impedir o jornalista de investigar e recolher as informações com interesse público, e de as transmitir, o que é inerente ao funcionamento da sociedade democrática”.*

E, ainda mais explicitamente, o mesmo Tribunal (pelo acórdão de 10/12/2019, Proc. n.º 16687/16.OT8PRT.L1.S1) entendeu que “II – A isenção do jornalista não pode significar a narração acrítica e asséptica dos factos, desprovida de uma valoração crítica do seu significado político, social e moral, particularmente quando se trata da conduta de titulares de cargos públicos. III – É hoje pacífico que os jornalistas não têm apenas uma ampla latitude na formulação de juízos de valor sobre os políticos, como também na escolha do código linguístico empregado. Admite-se que possam recorrer a uma linguagem forte, dura, veemente, provocatória, polémica, metafórica, irónica, cáustica, sarcástica, imoderada e desagradável. IV – De acordo com a orientação estabelecida pelo TEDH e que os tribunais nacionais deverão seguir, as condicionantes à liberdade de expressão e de imprensa devem ser objeto de uma interpretação restritiva e a sua necessidade deve ser estabelecida de forma convincente. V – Muito embora o exercício da liberdade de expressão e do direito de informação sejam potencialmente conflitantes com



*o direito ao crédito e ao bom nome de outrem, tendo em consideração o que decorre da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), tem vindo a dar particular relevo à liberdade de expressão, enquanto fundamento essencial de uma sociedade democrática. VI – A resolução concreta do conflito entre a liberdade de expressão e a honra das figuras públicas, no contexto jurídico europeu, onde nos inserimos, decorre sob a influência do paradigma jurisprudencial europeu dos direitos humanos. VII – O TEDH, interpretando e aplicando a CEDH, tem defendido e desenvolvido uma doutrina de proteção reforçada da liberdade de expressão, designadamente quando o visado pelas imputações de factos e pelas formulações de juízos de valor desonrosos é uma figura pública e está em causa uma questão de interesse político ou público em geral. VIII – A vinculação dos juízes nacionais à CEDH e à jurisprudência consolidada do TEDH implica uma inflexão da jurisprudência portuguesa, assente no entendimento, até há pouco dominante, de que o direito ao bom nome e reputação se deveria sobrepor ao direito de liberdade de expressão e/ou informação”.*

Da breve análise que antecede, tanto a partir da cultura jurídica norte-americana, como da europeia e portuguesa, uma ilação pode tirar-se com alguma segurança: a liberdade de expressão é um direito fundamental de importância máxima a que apenas excecionalmente se poderão instituir restrições. Ainda quando em causa se encontrem os direitos à honra ou à reputação alheia. Daí a razão para se sustentar, com frequência, que o conceito de “fake news should be



narrowly defined”<sup>33</sup>. Alargá-lo muito acarretará confinamento excessivo da *freedom of speech*.

**§ 6.** No Código Penal, a ofensa à honra ou reputação tutela-se essencialmente mediante a incriminação da difamação (artigo 180.º) e da injúria (artigo 181.º). Na sequência da doutrina, a linha de separação entre os respetivos tipos tem sido jurisprudencialmente traçada com fundamento *“no facto de o ataque ser direto à pessoa do ofendido, sem intermediação, no caso da injúria, ou ser feito de forma enviesada, indireta, através de terceiros, no caso da difamação. 2. Comete apenas um crime de injúria o arguido que, dirigindo-se ao assistente, disse «és um pedófilo» e de seguida, na presença deste, dirigindo-se às educadoras de infância, que se encontravam no local proferiu a seguinte expressão «você têm aqui um pedófilo»* (acórdão da Relação de Coimbra de 10/10/2012, Proc. n.º 72/10.0GAACN.C1). Segue-se então que *“I. O tipo objetivo descrito no n.º 1 do artigo 180º do Código Penal – difamação – exige que a imputação do facto ou a formulação do juízo ofensivos da honra tenham por objeto uma pessoa identificada ou identificável”* (acórdão da Relação de Lisboa de 15/02/2006, Proc. n.º 6510/2003-3).

Assim, por exemplo, no que especificamente respeita à colisão entre direito à honra ou à reputação social e liberdade de expressão, já se decidiu que:

---

<sup>33</sup> Ahran Park – Kyu Ho Youm, *Fake news from a legal perspective: the United States and South Korea compared*, *Southwestern Journal of International Law*, vol. 25, 2019, pág. 103.



*“Não é punível a conduta do agente que, em depoimento prestado como testemunha num processo de averiguações [prévio a um processo disciplinar], profere afirmações suscetíveis de ofender a honra e consideração do visado, se o faz em resposta a perguntas formuladas pelo inquiridor a que o agente é obrigado a depor e se, de todo o modo, tinha razões para acreditar na veracidade do que disse” (acórdão da Relação do Porto de 27/06/2012, Proc. n.º 17/08.7GBPRT.P1).*

*“I. A liberdade de expressão tem longínquas raízes históricas, surpreendendo-se na Constituição dos EUA, o primeiro texto legal a referir-se claramente a tal liberdade. II. São cada vez mais frequentes os conflitos entre o direito à honra, bom nome e reputação, por um lado, e o direito de expressão do pensamento, por outro. III. Numa sociedade democrática, a liberdade de expressão reveste a natureza de verdadeira garantia institucional, impondo por vezes, um recuo da tutela jurídico-penal da honra. Recuo, que tem que ser justificado por um correto exercício da liberdade de expressão, aferido pelo interesse geral. IV. Sendo inevitável o conflito entre a liberdade de expressão, na mais ampla aceção do termo e o direito à honra e consideração, a solução do caso concreto, há de ser encontrada através da «convivência democrática» desses mesmos direitos: i. é., consoante as situações, assim haverá uma compressão maior ou menor de um ou outro. V. Costa Andrade defende que se devem considerar atípicos os juízos que, como reflexo necessário da crítica objetiva, acabam por atingir a honra do visado, desde que a valoração crítica seja adequada aos pertinentes dados de facto, esclarecendo, no entanto, que se deve excluir a atipicidade relativamente a críticas caluniosas, bem como a outros juízos exclusivamente motivados pelo propósito de rebaixar e humilhar. (...) VII. Três observações formula Costa*





*Andrade a propósito da referida atipicidade da crítica objetiva: i. Por um lado, a mesma não depende do acerto, da adequação material ou da verdade das apreciações subscritas. Os atos praticados serão atípicos seja qual for o seu bem fundado ou justeza material ou, inversamente, a sua impertinência; ii. Em segundo lugar, o direito de crítica com este sentido e alcance não conhece limites quanto ao seu teor, à carga depreciativa e mesmo à violência das expressões utilizadas. O seu exercício legitima, por isso, o recurso às expressões mais agressivas e virulentas, mais carregadas de ironia e com os efeitos mais demolidores sobre a obra ou prestação em apreço; iii. Em terceiro lugar, é hoje igualmente pacífico o entendimento que submete a atuação das instâncias públicas ao escrutínio do direito de crítica (objetiva) com o sentido, alcance e estatuto jurídico-penal que ficam consignados” (acórdão da Relação do Porto de 20/06/2012, Proc. n.º 7132/09.8TAVNG-A.P1).*

*“I. Para que um facto ou um juízo possa ser havido como ofensivo da honra e consideração devidas a qualquer pessoa, deve constituir comportamento objetiva e eticamente reprovável de forma que a sociedade não lhe fique indiferente, reclamando, assim, a tutela penal de dissuasão e repressão desse comportamento. II. No caso em apreço estamos perante um indivíduo que enviou correio eletrónico à recorrente, manifestando o seu desagrado pelo facto de esta ter utilizado em trabalho de natureza científica dados obtidos por ele próprio e de acordo com o mesmo sem a sua autorização e ainda por a sua tese de mestrado ter sido publicada sem o seu conhecimento e com o seu nome colocado em segundo plano. II. Ora, as expressões proferidas pelo arguido, com algum teor público, num contexto de discórdia, não podem ter outro sentido que não a de manifestação de desagrado, não assumindo carácter injurioso. III. Daí que não se*



*indiciando no caso vertente que o arguido com o seu comportamento quisesse ofender a honra e consideração da assistente ou que previsse sequer essa ofensa de modo a que a mesma lhe possa ser imputada dolosamente, é de manter a decisão de rejeição da acusação por manifestamente infundada que o tribunal a quo proferiu” (acórdão da Relação de Guimarães de 23/03/2015, Proc. n.º 310/13.7TABGC.G1).*

*“Criticar e revelar os aspetos positivos e os negativos de um aluno, com vista a apurar a sua nota académica – sendo o seu comportamento, enquanto candidato a uma profissão, objeto de apreciação para a atribuição dessa mesma nota – é a função dos docentes, razão pela qual as considerações que tecem sobre o aluno, no caso depreciativas das suas capacidades académicas e futuramente profissionais, estão longe de configurarem uma vontade a qualquer título dolosa de querer ofender a sua honra e consideração” (acórdão da Relação do Porto de 26/05/2015, Proc. n.º 887/11.1TAVRL.P1).*

*“A conduta do arguido que, no decurso de uma reunião da assembleia de condóminos, referiu que a assistente é uma «paranoica», primeiro na ausência desta e depois na presença da mesma, preenche o ilícito dos crimes de difamação e injúria. É manifesto que a ação do arguido se dirige a imputar um facto ou a fazer um juízo de valor depreciativo em relação à queixosa, mas o uso vulgar da expressão não pode caber dentro daquela margem de tolerância que se tem de atribuir à comunicação entre os humanos, muitas vezes com o uso de juízos e palavras desagradáveis. O que ali se exprime com o uso do vocábulo «paranoica» é, para além de uma grande e lamentável desenvoltura verbal, a intenção de criticar uma pessoa e de a rotular depreciativamente como maluca, anormal. E se*



*a expressão de tal juízo for entendida como normal, isto é, como tolerável, então estaremos a banalizar não só a falta de educação como todos os juízos feridentes da autoestima pessoal e social das pessoas, desculpabilizando tais juízos e palavras sob o manto diáfano do uso normal e frequente” (acórdão da Relação de Coimbra de 29/03/2012, Proc. n.º 13/10.4GBNLS.C1).*

*“Não comete o crime de injúria quem profere a expressão «você são uns palhaços, não sei como o povo vos escolheu», dirigida a um presidente de Junta de Freguesia no âmbito de uma contenda motivada por questões relacionadas com a atuação dos membros da autarquia, por a mesma se traduzir num juízo de valor em que se exerce o direito de crítica” (acórdão da Relação de Guimarães de 17/02/2014, Proc. n.º 1500/10.0GBGMR.G1).*

*“VI. As expressões «covardes e corruptos» e «tenham coragem», dirigidas a funcionários e vereador, são idóneas a lesar a honra e consideração do assistente, por serem adequadas a desprestigiar e diminuir o seu bom nome, quer perante si próprio, quer perante os outros cidadãos, que associam negativamente á personalidade tanto a covardia como a corrupção” (acórdão da Relação de Coimbra de 11/03/2015, Proc. n.º 594/11.5T3AVR.P1.C1).*

*“I – A circunstância de um cidadão adquirir determinado relevo como advogado e/ou como político, sendo, nesse sentido, uma figura pública, não o destitui do seu direito a honra e consideração, sem prejuízo de essa procurada exposição dever ser ponderada no âmbito da tutela de tal direito, quando em colisão com essoutro da liberdade de expressão alheia. II – Declarar o arguido (deputado regional) a um jornal diário que o assistente (líder histórico de um partido de extrema esquerda e advogado) é «um agente da CIA», um «homem*



*da CIA», com consciência da falsidade dessa imputação, constitui uma ofensa a honra e consideração política e pessoal do visado, criminalmente punível como crime de difamação agravada. III – A interpretação dominante que o TEDH tem vindo a fazer do artigo 10.º da CEDH no sentido de que, no exercício do direito de liberdade de expressão, é permitida uma ofensa quase ilimitada do direito a honra das figuras públicas e particularmente dos políticos – não vincula os tribunais portugueses” (acórdão da Relação de Lisboa de 26/01/2017, Proc. n.º 2175/11.4TDLSB.L1-9).*

**§ 7.** O exercício da liberdade de expressão que se traduza no cometimento dos crimes de difamação ou de injúria será tido como conduta antijurídica. E, como tal, será capaz de desencadear tanto a responsabilidade penal como a civil. Mas cabe de aqui extrair, por exclusão de partes, que todos os demais comportamentos que não preencham os respetivos tipos legais deverão ser havidos como lícitos? A resposta há de ser negativa. A tutela penal deve intervir para reagir contra ações especialmente censuráveis. Por comparação, as menos reprováveis não deixarão de engendrar responsabilidade, ainda que não a criminal.

No Direito norte-americano, no litígio *Schenck vs United States* [249 U.S. 47 (1919)], o Justice Oliver Wendell Holmes fez aplicação do chamado *clear and present danger test*, ao assinalar que “the question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent”. Para sustentar a sua opinião, Holmes refere o exemplo da pessoa que falsamente grita “Fogo!”



num teatro apinhado, causando pânico geral. Será inadmissível, assim, o exercício da liberdade de expressão capaz de gerar um perigo claro e iminente traduzido num mal substancial (potencial ou, eventualmente, actual) percutível sobre pessoas determinadas ou indeterminadas<sup>34</sup>.

Em *Brandenburg vs Ohio* [395 U.S. 444 (1969)], apontou-se um outro critério (substitutivo) para o mesmo efeito. O Tribunal, revertendo a condenação por instância inferior de Clarence Brandenburg – um membro do Ku Klux Klan que havia proferido publicamente (através da TV) palavras inflamatórias –, sentenciou que apenas puniria discursos desse teor se patentemente incitassem ou produzissem “imminent lawless actions”. O que não sucederia no caso. Uma vez, porém, que tais *actions* seriam ilícitas quando fossem ilegais (*lawless*), o *test* afigura-se redundante. O que justamente está em causa é saber quando deveriam elas ser tidas como ilegais.

Dando execução ao disposto na 2.ª parte do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, uma vez que a liberdade de expressão se integra na categoria transcendental dos *Direitos, Liberdades e Garantias* (artigo 37.º, Constituição), a jurisprudência portuguesa, especialmente a das instâncias superiores – para firmar o valor relativo entre a liberdade de expressão, de um lado, e a honra, a reputação, a intimidade, do outro – tem, sobretudo, recorrido à harmonização e ponderação entre os princípios da necessidade, da

---

<sup>34</sup> O *clear and present danger test* sucedeu historicamente ao *bad tendency test* primeiramente formulado em *Patterson vs Colorado* 205 U.S. 454 (1907). De acordo com este critério, a liberdade de expressão exercer-se-ia de modo ilícito sempre que “it had a tendency to harm public welfare”.



proporcionalidade e da adequação<sup>35</sup>. Com as óbvias dificuldades de manuseio, dada a ambiguidade e a maleabilidade do critério<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Cf. v.g., quanto aos respectivos sentidos, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2001, de 02/05/2001, Proc. n.º 120/95: “*O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)*”.

Trata-se, na essência, de recorrer ao critério que no Direito norte-americano se conhece como *strict scrutiny* [cf. v.g. *Skinner vs State of Oklahoma*, ex rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942)].

<sup>36</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 292/08, Proc. n.º 07/0459, DR n.º 141, série II, de 23/07/2008: “*Não julga inconstitucional a norma que resulta da conjugação dos artigos 484.º e 483.º, n.º 1, do Código Civil e 14.º, alíneas a), c) e h) do Estatuto dos Jornalistas (aprovado pela Lei n.º 1/99, de 13 de janeiro), interpretados no sentido de que, estando em causa o direito à informação, basta a verificação de culpa inconsciente ou abaixo da mediania do jornalista, como pressuposto do dever de indemnizar por ofensa ao bom nome de pessoa coletiva” na medida em que “I – No caso em apreço, verifica-se um conflito entre o direito ao bom nome e a reputação de uma pessoa coletiva e o direito de informar por parte de jornalistas, que deve ser resolvido através de um critério de ponderação que assenta no princípio da concordância prática, o qual pressupõe a proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito, ou seja, o sacrifício de cada um dos direitos tem de ser adequado e necessário à salvaguarda do outro. II – O direito ao bom nome, como limite à liberdade de imprensa, deve operar independentemente da modalidade da culpa em que possa ter incorrido o agente,*



A matéria é obviamente melindrosa e complexa. Ainda assim, por se encontrar dotado de um ligeiro grau superior de precisão, o *clear and present danger test* afigura-se o menos mau. Ele supõe o preenchimento de duas condições: (i) primeiro, que o discurso envolva uma ameaça de que um dano substancial se seguirá e, (ii) segundo, que tal ameaça seja efetiva. Não se afigura claramente concretizável, porém, o conceito de “dano (*evil*) substancial”. Embora pareça, por exemplo, que nessa categoria ao menos se encontrará o “apelo à desordem” e o “incitamento ao ódio” ou “à violência” (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 254/2011, de 27/05/2011, Proc. n.º 426/11). Daí a razão para, *v.g.* no já mencionado *United States vs Alvarez*<sup>37</sup>, inexistir fundamento para responsabilizar aquele

---

*ou seja, quer o agente não tenha adotado as precauções necessárias para evitar o resultado danoso (culpa consciente) quer não tenha sequer previsto a possibilidade de o facto ilícito ocorrer (culpa inconsciente). III – Ainda que as «figuras públicas» vejam a esfera de proteção do seu direito ao bom nome algo diminuída à partida, isso não pode implicar um total apagamento desse direito mesmo que seja no confronto com as liberdades de expressão, de informação e de imprensa, as quais numa sociedade democrática desempenham um papel muitíssimo importante; nem as liberdades de expressão, de informação e de imprensa podem justificar uma leitura tão redutora do direito ao bom nome e à reputação. IV – Embora a interpretação normativa sub judice restrinja o direito a informar, ela não afeta o seu conteúdo essencial e não o faz de modo desproporcionado, visto que os jornalistas mantêm o direito a informar, desde que cumpram as regras impostas pelas «leges artis» e pela lei, ao longo da investigação jornalística”.*

<sup>37</sup> “Lies that have consequences for financial wellbeing, physical safety, or the wielding of government’s coercive force (as the result of a trial, for example) can be targeted or penalized by government. This is true, at the very least because of the harm they raise, and also, perhaps, because they lack the value that inheres in



que publicamente afirmou um facto inverídico. Só isso não representa um *clear and present danger*.

§ 8. No plano do Direito Privado, é importante levar em conta que, ao lado da liberdade de expressão, outros direitos de personalidade – a honra, a reputação, a intimidade – são igualmente protegidos. E que, em caso de colisão no exercício, a concreta conciliação se há de obter por intermédio da aplicação dos critérios enunciados pelo artigo 335.º do Cód.Civil. Com efeito, tendo em conta que, de acordo com o preceito contido no artigo 484.º do Cód.Civil, é ilícito “afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou coletiva”, não se afigura indubitável que, neste conflito, se deva dar primazia à liberdade de expressão.

É particularmente evidente a solução sempre que em causa estejam factos ou qualidades inexistentes ou inverídicas – falsas, em

---

mistaken or misleading political, philosophical, or historical claims. Other false statements occur in the realm of vigorous religious, political, or other public debates largely insulated from government control. They may lead us to adopt spiritual, philosophical, or political commitments we come to regret – but these are not the kind of harms government has any role in correcting. And they occur in debates and intellectual explorations whose value would be very much at risk if government were allowed to interfere” (Marc Jonathan Blitz, *Lies, Line Drawing, and (Deep) Fake News*, *Oklahoma Law Review*, vol. 71, 2018, págs. 79/80).





geral. Nem carece de particular justificação <sup>38</sup>.

Já, ao invés, tratando-se de factos ou qualidades verdadeiras a licitude da sua afirmação ou difusão não é segura. Com efeito, *truth hurts*. Pelo que, portanto, “truth is not an absolute defense”.

Atendendo em especial à experiência jurisprudencial, a solução deverá passar pela formulação de orientações tópicas, variáveis segundo o tipo de circunstâncias, mas partindo, no entanto, de uma constatação elementar: a confiança de que a pessoa é socialmente merecedora (“crédito”), bem como a sua reputação (“bom nome”), sendo valores constitucionalmente protegidos (artigo 26.º, n.º 1, Constituição), não são ilimitados. Particularmente quando conflituem com outros direitos ou interesses (artigo 18.º, n.º 2, Constituição). Embora também não se deva deixar de ponderar, em contrapartida, que frente aos demais direitos subjetivos, a regra (embora certamente não absoluta) é a da maior valia daqueles que tutelam a personalidade.

Assim, por exemplo, a afirmação ou a difusão de factos verídicos de (verdadeiro) *interesse público* (por serem relativos ou por estarem ligados *v.g.* ao exercício de cargos ou de funções públicas) será geralmente tida como lícita por se encontrar justificada. Mas, ao

---

<sup>38</sup> Acórdão da Relação de Lisboa de 17/09/2009, Proc. n.º 6160/05-2: “I – Não existe interesse legítimo que possa justificar a publicação de notícias consabidamente falsas ou negligentemente subinvestigadas. II – A boa prática jornalística não se coaduna com a publicação de notícias ou artigos de opinião desqualificadores da imagem pessoal e profissional de juizes – por reporte a um acórdão subscrito por aqueles, e oportunamente disponibilizado à imprensa – com suporte único num «take» de uma agência noticiosa – ademais «mediado» aquele por artigo publicado noutra jornal”.



invés, ainda por exemplo, a mesma exata afirmação ou difusão já deve ser considerada ilícita sempre que, “conforme a natureza do caso e a condição das pessoas” (artigo 80.º, n.º 2, Cód.Civil), gere uma intromissão infundada na intimidade da vida privada.

Para concretizar o que antecede, crê-se que a afirmação ou a divulgação de factos verídicos, para se encontrar legitimada, há de fazer-se no respeito por três condições elementares <sup>39</sup> extraíveis da fórmula contida no n.º 2 do artigo 80.º do Cód.Civil:

(i) Primeira: que a violação do “bom nome e da reputação” alheia se funde em alguma causa justificativa (tipicamente, a relevância pública);

(ii) Segunda: executando o princípio da proporcionalidade, que o *meio* ou o *instrumento* utilizado para o efeito não envolva uma ofensa excessiva a tais direitos (justifica-se *v.g.* que uma obrigação fiscal incumprida por um membro do Governo seja anunciada nos *meios de comunicação social*, mas já não que idêntico género de dívida seja levada ao conhecimento público pelos *mesmos meios* se em causa estiver um qualquer particular, ainda que se trate de pessoa com alguma notoriedade pública);

(iii) Terceira: que não haja, da parte de quem faz a afirmação ou difusão, a intenção de difamar, ultrajar, vexar ou humilhar (*actual malice*) a pessoa visada – isto é, portanto, que inexista dolo.

O não preenchimento (cumulativo) destas exigências gera a

---

<sup>39</sup> Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, *Stvdia Jvridica* 62, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 768 a 770.



ilicitude da conduta pela qual se afirmem ou difundam factos, ainda que verídicos, passíveis de prejudicar o bom nome ou a reputação da pessoa visada <sup>40</sup>. A regra geral tira-se, pois, no sentido da sua antijuridicidade. A liberdade de expressão não justifica tudo, nem deve, sempre, encontrar-se dotada de valor superior aos da intimidade, honra ou reputação.

**§ 9.** A delimitação, positiva e negativa, do âmbito dos Direitos, Liberdades e Garantias pessoais (os que aqui importa considerar), é objeto de distinta perceção – quando se trata de os valorar em contraposição – conforme eles sejam encarados pela ótica da cultura jurídica civilista ou pela da cultura jurídico-constitucional. Aquela, imbuída de um profundo sentido personalista, tende a conferir maior peso aos direitos de personalidade mais estritamente ligados ao

---

<sup>40</sup> Cf. v.g. acórdão do STJ de 14/02/2002, Revista n.º 4384/01: “I – Devem ser conciliados, na medida do possível, os direitos de informação e livre expressão, por um lado, e à integridade moral e ao bom nome e reputação, por outro. II – Quando tal se revele inviável, a colisão desses direitos deve, em princípio, resolver-se pela prevalência daquele direito de personalidade. III – Só assim não será quando, em concreto, concorram circunstâncias suscetíveis de à luz de bem entendido interesse público, justificar a adequação da solução oposta, sendo sempre ilícito o excesso e exigindo-se o respeito por um princípio, não apenas de verdade, necessidade e adequação, mas também de proporcionalidade ou razoabilidade. IV – Na determinação das formas de efetivação da responsabilidade civil emergente de factos cometidos por meio da imprensa são aplicáveis os princípios gerais. V – O cumprimento do dever de vinculação do jornalista à verdade, à objetividade, à fidelidade aos factos e à neutralidade é ainda mais imperioso quando se trate de imprensa especializada, em que é de presumir mais apurado conhecimento do meio e das regras. VI – A divulgação de um facto verdadeiro pode, em certo contexto, atentar contra o bom nome e a reputação de uma pessoa”.



indivíduo <sup>41</sup>; esta, mais publicista, inclina-se a dar superior consideração às dimensões coletivas dos referidos direitos. Isso manifesta-se em vários pontos e de diversos modos <sup>42</sup>. Assim

---

<sup>41</sup> “No caso de conflito de direitos, a sua resolução normativa não se rege pelas escalas axiológicas subjetivas dos intervenientes, mas pela importância objetiva dos valores personalísticos para a realização dos fins jurídicos da comunidade. Daí que, certos valores personalísticos por vezes considerados mais elevados e sublimes, subjetivamente ou em certas concepções ideológico-culturais, sejam, em caso de colisão, preteridos pelo Direito face a outros valores personalísticos (como a vida, o corpo e a saúde), porventura subjetivamente menos elevados mas mais imediatos e fundamentais ao comum da existência humana e prosaicamente mais ligados ao «struggle for life». É o que decorre do sistema jurídico, na sua unidade. Particularmente, da noção de superioridade de um dos direitos conflituais do artigo 335.º, n.º 2, do Código Civil, das molduras penais em matéria de tutela dos bens da personalidade humana e da irrestringibilidade dos direitos fundamentais de personalidade básicos” (Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 539).

<sup>42</sup> Ver, por exemplo, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08/03/2007, Proc. n.º 07B566: “2. A eficácia dos meios de publicação informativa deve ter por contraponto os máximos rigor e cautela na averiguação da realidade dos factos que divulgam, sobretudo quando essa divulgação, pela natureza do seu conteúdo, seja suscetível de afetar aqueles direitos. 3. O conflito entre o direito de liberdade de imprensa e de informação e o direito de personalidade – de igual hierarquia constitucional – é resolvido, em regra, por via da prevalência do último em relação ao primeiro. 4. Ofende o crédito da pessoa coletiva a divulgação jornalística de facto suscetível de diminuir a confiança nela quanto ao cumprimento de obrigações, e o seu bom-nome se for suscetível de abalar o seu prestígio ou merecimento no respetivo meio social de integração. 5. Ofende ilícita e culposamente o crédito e o bom-nome do clube de futebol, que disputa a liderança da primeira liga, sujeitando os seus autores a indemnização por danos não patrimoniais, a publicação, em jornal diário citadino conceituado e de grande



também na determinação da largueza de conteúdo a reconhecer à liberdade de expressão.

Um aspeto há, contudo, que não pode deixar de se vincar fortemente. No entendimento típico dominante, as *fake news* pressupõe a *actual malice* do seu autor. Seja por ele se propor prejudicar imediatamente a pessoa visada (*dolo direto*), seja por saber que necessariamente ela será lesada ainda que o seu objetivo seja distinto (*dolo indireto ou necessário*). Afigura-se, por isso, um desacerto legitimar a respetiva conduta na liberdade de expressão quando ela se exerça assente em propósitos inaceitáveis. O Direito não pode pactuar com comportamentos, seja com que fundamento for, que se apresentem altamente censuráveis.

**§ 10.** A disseminação de *fake news*, só por si, é capaz de:

- (i) provocar danos – *v.g.* à imagem, à honra, à palavra, à intimidade – à pessoa a que respeitam, quando ela exista;
- (ii) mas também de gerar danos patrimoniais <sup>43</sup> ou distúrbios

---

*tiragem, da notícia de que resulta não ser o visado cumpridor das suas obrigações fiscais e a conduta dos dirigentes ser passível de integrar o crime de abuso de confiança fiscal”.*

<sup>43</sup> *V.g.* “in response to the rumor that President Obama had been injured in explosions at the White House, the Dow Jones Index plunged over 140 points, and the S&P 500 Index declined 0.9%, which is enough to wipe out \$130 billion in stock value in a matter of seconds” (Louis W. Tompros – Richard A. Crudo – Alexis Pfeiffer – Rahel Boghossian, *The constitutionality of criminalizing false speech made on social networking sites in a post Alvarez, social media-obsessed world*, Harvard Journal of Law & Technology, vol. 31, 2017, pág. 80).



emocionais ou psicológicos no público em geral <sup>44</sup> ou, ao menos, em conjuntos de pessoas indeterminadas, que se pode antever serem passíveis de, “pela sua gravidade”, merecerem a tutela do direito” (artigo 496.º, n.º 1, Cód.Civil).

No Direito norte-americano, em *Dillon vs Legg* [68 Cal.2d 728, Sac. No. 7816. In Bank. June 21, 1968] ficaram estabelecidas as bases para a atendibilidade das pretensões indenizatórias fundadas em *negligent bystander emotional distress* (NIED) <sup>45</sup> e v.g. em *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988) definiram-se aquelas a exigir para as pretensões fundadas em *intentional infliction of*

---

<sup>44</sup> V.g. dar início ou pôr a circular “a report or warning of an impending bombing or other crime or catastrophe, knowing that the report or warning is false or baseless and that it is likely to cause evacuation of a building, place of assembly, or facility of public transport, or to cause public inconvenience or alarm” (Louis W. Tompros – Richard A. Crudo – Alexis Pfeiffer – Rahel Boghossian, *The constitutionality of criminalizing false speech made on social networking sites in a post Alvarez, social media-obsessed world*, Harvard Journal of Law & Technology, vol. 31, 2017, pág. 83).

<sup>45</sup> “(1) Whether plaintiff was located near the scene of the accident as contrasted with one who was a distance away from it. (2) Whether the shock resulted from a direct emotional impact upon plaintiff from the sensory and contemporaneous observance of the accident, as contrasted with learning of the accident from others after its occurrence. (3) Whether plaintiff and the victim were closely related, as contrasted with an absence of any relationship or the presence of only a distant relationship”. Cf. Julie Greenberg, *Negligent infliction of emotional distress: a proposal for a consistent theory of tort recovery for bystanders and direct victims*, Pepperdine Law Review, vol. 19, 1992.



*emotional distress* (IIED) <sup>46</sup>. Trata-se, em qualquer caso, de obrigar o autor do dano a reparar prejuízos, sobretudo de natureza moral, causados a “espetadores” – ou seja, a pessoas que não foram objetivamente visadas pela sua conduta

Ainda que, neste último aresto, o tribunal tenha entendido que “public figures and public officials may not recover for the tort of intentional infliction of emotional distress by reason of publications such as the one here at issue without showing in addition that the publication contains a false statement of fact which was made with «actual malice», i.e., with knowledge that the statement was false or with reckless disregard as to whether or not it was true. (...)”

Here it is clear that respondent Falwell is a «public figure» for purposes of First Amendment law. The jury found against respondent on his libel claim when it decided that the Hustler ad parody could not «reasonably be understood as describing actual facts about [respondent] or actual events in which [he] participated»”.

Ora, precisamente a partir do cometimento da conduta ilícita produtora de *fake news*, além de resultar a lesão direta de, ao menos,

---

<sup>46</sup> Num artigo principal na edição de novembro de 1983 da Hustler Magazine apresentava-se uma “paródia” de um anúncio, modelado a partir de uma campanha publicitária real, alegando que Falwell, um líder político e religioso fundamentalista, embriagado, mantinha um relacionamento incestuoso com a sua mãe numa casa de banho existente num anexo.

Na referida decisão, o Supreme Court disse que “in an action for intentional infliction of emotional distress a plaintiff must show that the defendant’s conduct (1) is intentional or reckless; (2) offends generally accepted standards of decency or morality; (3) is causally connected with the plaintiff’s emotional distress; and (4) caused emotional distress that was severe”.



certos direitos de personalidade da pessoa visada, é concebível que terceiros sejam também atingidos a título de lesados *indiretos*.

**§ 11.** Por intermédio do acórdão uniformizador de jurisprudência do STJ de 16/01/2014, Proc. n.º 6430/07.0TBBRG.S1, fixou-se que *“Os artigos 483.º, n.º 1 e 496.º, n.º 1 do Código Civil devem ser interpretados no sentido de abrangerem os danos não patrimoniais, particularmente graves, sofridos por cônjuge de vítima sobrevivente, atingida de modo particularmente grave”*.

Estava em causa o pedido formulado pelo cônjuge que, a partir da data em que o marido sofreu um grave acidente de viação imputável a uma conduta de terceiro, passou a viver unicamente para dele cuidar e acudir às respetivas (extensas) necessidades. Por esta via despontava a separação entre lesado direto (o marido) e lesado indireto (a mulher). E, por inerência, a determinação do âmbito dos reflexamente tutelados mediante o apelo à responsabilidade civil.

De acordo com o n.º 13 da Resolução 75-7 do Conselho da Europa, de 14.3.1975, *“The father, mother and spouse of the victim who by reason of a physical or mental disability of the victim sustain mental suffering should only be entitled to compensation if the suffering is of an exceptional nature; other persons should not be entitled to this kind of compensation”*.

Por outro lado, de harmonia com o artigo 10:301 do Principles of European Tort Law, *“(1)... a violação de um interesse poderá justificar a atribuição de uma compensação por danos não patrimoniais, em especial nos casos de danos pessoais ou de ofensa à dignidade humana, à liberdade ou a outros direitos de personalidade. Nos*





casos de morte e de lesão corporal muito grave, pode igualmente ser atribuída uma compensação pelo dano não-patrimonial às pessoas que tenham uma relação de grande proximidade com o lesado. (...) (3) Nos casos de dano pessoal, a indemnização corresponde ao sofrimento da vítima e à deterioração da sua saúde física e psíquica. Na fixação das indemnizações (incluindo as das pessoas com uma relação de grande proximidade com o falecido ou a vítima de uma lesão muito grave), devem ser atribuídos montantes similares para lesões objetivamente similares”.

Sufrimento de “exceptional nature” ou “relação de grande proximidade com o lesado” são os critérios para que, segundo as mencionadas diretrizes, se remete na determinação dos beneficiários da obrigação de indemnizar *reflexamente* atingidos pela conduta do autor da conduta ilícita danosa. Com efeito, como se diz no mencionado acórdão uniformizador de jurisprudência do STJ de 16/01/2014, Proc. n.º 6430/07.0TBBERG.S1: “Não pode «abrir-se» a compensabilidade a todos os que, chegados ao lesado, sofram com o que aconteceu a este”. Embora, todavia, no reverso, não possa “questionar-se que, para além do cônjuge, outros podem e devem beneficiar da tutela deste tipo de danos”.

**§ 12.** Como óbvia regra geral, é o *lesado* – ou seja, a pessoa cuja esfera jurídica foi transgredida pela conduta do autor do dano – que tem o direito de pretender indemnização fundada em responsabilidade civil. É essencialmente para este efeito, de resto, que ela está instituída e por isso é fonte de obrigações.

É concebível, porém, que, por vezes, o direito à indemnização pertença, *também* ou *somente*, a terceiro, ou seja, a pessoa cuja



esfera jurídica não foi objeto da conduta do autor do dano, mas que sofreu, direta ou indiretamente, os respectivos efeitos nocivos <sup>47</sup>.

Das hipóteses alegadamente previstas na lei, algumas são contestáveis. Não é seguro, efetivamente, se elas devem ser reputadas como casos em que o direito à indemnização se concede a terceiro ou se, ao invés, este não deverá antes ser igualmente havido como lesado. Disso se verão alguns exemplos em seguida.

A. Antes do mais, tratando-se de ofensa que origina a morte da pessoa afetada, terceiros – portanto, pessoas diferentes da vítima imediatamente atingida pela atuação ilícita – têm crédito contra o lesante pelas “despesas feitas para salvar o lesado e todas as demais, sem excetuar as do funeral” (n.º 1). *Mutatis mutandis* para a hipótese de lesão corporal (n.º 2), bem como para o “caso de lesão de animal” (artigo 493º-A, n.º 1, Cód.Civil).

Consideram-se terceiros para este efeito: (i) “aqueles que socorreram o lesado, bem como os estabelecimentos hospitalares, médicos ou outras pessoas ou entidades que tenham contribuído para o tratamento ou assistência da vítima” (n.º 2, artigo 495º, Cód.Civil); (ii) quem tenha procedido ao socorro do animal “pelas despesas em que tenham incorrido para o seu tratamento” (artigo 493º-A, n.º 1, Cód.Civil).

---

<sup>47</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/09/2009, P. 292/1999, Col. de Jur., 2009, III, 55: “I – Apenas nos casos excecionais previstos no artigo 495.º e artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil, a lei admite o ressarcimento dos danos indiretos provocados a terceiros. II – Não são, assim, indemnizáveis os danos vulgarmente chamados «reflexos» ou indiretos que, fora dos casos previstos no referido artigo 495.º e artigo 496.º, sejam indiretamente causados a terceiros”.



B. O credor de alimentos tem igualmente direito a indemnização contra o lesante quanto àqueles que podia, por qualquer via, exigir ao lesado ou, inclusivamente, quanto àqueles que este último cumpria ao abrigo de uma obrigação natural (n.º 3, artigo 495.º, Cód.Civil).

A conduta do autor do dano implica, neste contexto, que o devedor de alimentos se torne inábil, temporária ou definitivamente, para realizar a correspondente prestação. Caberá ao primeiro *indemnizar* (que é a expressão usada na disposição legal em causa) o credor de alimentos. Supõe-se que o comportamento do lesante transgride algum direito – aquele que funda a sua própria responsabilização – do devedor da prestação de alimentos e, simultaneamente, infringe o crédito daquele a quem competem <sup>48</sup>. Ambos os titulares são lesados e, portanto, ambos têm direito à respetiva reparação, cada qual pela violação do seu direito.

C. No que tange aos danos não patrimoniais manifesta-se, diz-se, uma outra exceção à regra de que só ao lesado pertence o direito à

---

<sup>48</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/02/2014, Proc. n.º 1229/10.9TAPDL.L1.S1: “I – Os arts.º 495.º e 496.º do CC (respetivamente em sede de danos patrimoniais e não patrimoniais) consagram, no domínio da responsabilidade civil extracontratual, uma exceção ao princípio de que o detentor do direito à indemnização é o próprio portador do direito violado consagrando, assim, e a título excecional, um direito indemnizatório aos que podiam exigir alimentos ao lesado, ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural. II – O nascimento de tal direito na esfera jurídica do seu titular está dependente de existir a possibilidade legal do exercício do direito aos alimentos, mesmo que não esteja a receber da vítima qualquer prestação alimentar por carência efetiva deles”.



compensação ou reparação pelos danos sofridos.

“No caso de morte” de pessoa, os n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º do Cód.Civil reconhecem o direito à indemnização (que é, mais uma vez, a expressão legal utilizada) a alguém que não o defunto <sup>49</sup>.

Como tem sido amplamente reconhecido, o direito que os familiares *lato sensu* do lesado falecido fazem valer não é o direito à indemnização originalmente pertencente ao defunto por causa da violação do seu direito à vida, mas é antes um direito próprio <sup>50</sup>: aquele que resulta da infração do direito de personalidade que versa

---

<sup>49</sup> Acórdão da Relação de Coimbra de 22/11/2011, Proc. n.º 5441/05.4TBLRA.C1: “1. No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, o legislador parece ter tido o propósito de restringir o direito de indemnização com base em facto ilícito à pessoa diretamente lesada com a ação ou omissão geradora da obrigação de indemnizar fundada em facto ilícito, pelo que, em princípio, apenas são ressarcidos os danos sofridos pelo lesado, enquanto titular do direito violado ou interesse juridicamente protegido pela norma violada. 2. Porém, a lei admite, nos casos excecionais dos arts.º 495.º e 496.º, n.º 2 e 3, Código Civil, o ressarcimento dos danos indiretos provocados a terceiros. 3. As razões que levaram ao disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º do Código Civil, também se verificam relativamente aos familiares de pessoas vítimas de lesões corporais graves que as afetam de forma permanente e irreversível, pelo que se justificará a aplicação analógica de tais preceitos a estes casos, sendo, por isso, indemnizáveis os chamados danos reflexos ou indiretos”.

<sup>50</sup> No Direito inglês o pedido de indemnização formulado pelos “deceased’s dependants” supõe: primeiro, “that the death must have been caused by any wrongful act, neglect or default which is such as would (if death had not ensued) have entitled the person injured to maintain an action in respect thereof”; e, segundo, “that the person claiming must be within the class of dependants set out in the Fatal Accidents Act 1976” (Alastair Mullis – Ken Oliphant, *Torts*, third edition, Palgrave/Macmillan, Palgrave Law Masters, Hampshire – New York, 2003, págs. 391/392).



sobre a respetiva integridade psicológica e saúde psíquica, os quais são bens reflexamente atingidos pela conduta do autor do ilícito. Por isso se pode afirmar, conseqüentemente, que a conduta deste é suscetível de prejudicar os referidos familiares, tal qual como nos termos do artigo 495.º, n.º 3, do Cód.Civil, é capaz de afetar o credor de alimentos. Por isso se deve igualmente dizer que a conduta do lesante faz nascer contra ele, simultaneamente, duas obrigações de indemnização (ao menos): uma, perante a vítima da lesão corporal ou do dano da morte; outra, perante as pessoas enumeradas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º do Cód.Civil pelo conseqüente padecimento. Estas não são terceiros, mas sim lesados (diretos).

**§ 13.** A distinção entre lesado direto e lesado indireto, quando tomada à letra, pode confundir. Lesado é quem fica numa situação realmente pior do que aquela em que virtualmente se encontraria caso a conduta lesiva imputável à autoria de outrem não se tivesse produzido. Não importa se isso sucede mais ou menos obliquamente. Até porque a obliquidade tem graus.

Independentemente de propósitos, intenções ou finalidades subjetivas, o que decerto se pode verificar é que a conduta lesiva, além de originar efeitos prejudiciais sobre a pessoa objetivamente visada, pode também casualmente, em simultâneo, consoante o contexto e as circunstâncias, gerá-las sobre outras pessoas. Por, em relação ao autor do dano, se produzir fora dos resultados tipicamente associados ao comportamento que lhe é imputável, o dano é indireto nesta segunda hipótese. Em conformidade, a vítima será indiretamente lesada. Separar, no que toca ao sofrimento do dano, entre lesado e terceiro parece uma pura questão de



REVISTA DE  
DIREITO COMERCIAL



perspetiva.

José A. R. L. González

[www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com)

2020-10-12