



Universidades Lusíada

Coutinho, Miguel Carlos de Barros e Cunha Pereira,
1971-

Fake news em ambiente eleitoral, que papel para o direito penal? : breves notas para uma reflexão

<http://hdl.handle.net/11067/7548>

<https://doi.org/10.34628/J3G5-ZD04>

Metadados

Data de Publicação

2024

Resumo

O escopo do presente estudo é, ainda que de forma necessariamente breve, a tão atual temática da criminalização das denominadas fake news, designadamente as que sejam difundidas/disseminadas em contexto eleitoral (temática que tem vindo a ser amplamente debatida, dando actualmente origem, a alguns trabalhos académicos sobre a mesma). Bem sabendo, por um lado, que a legislação penal portuguesa não prevê directa e expressamente tal tipo de crime, mas que, por outro, as condutas (pelo menos potenci...

The scope of the present study is, albeit necessarily briefly, the very current theme of the criminalization of so-called fake news, namely those that are disseminated in an electoral context (theme that has been widely debated, currently giving rise to the academic work on it). Knowing, on the one hand, that Portuguese criminal legislation does not directly and expressly provide for this type of crime, but that, on the other hand, the conduct – at least potentially – that falls under the defini...

Editor

Universidade Lusíada Editora

Palavras Chave

Eleições, Direito penal, Notícias falsas

Tipo

article

Revisão de Pares

yes

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 31 (2024)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T01:25:28Z com informação proveniente do Repositório

FAKE NEWS EM AMBIENTE ELEITORAL. QUE PAPEL PARA O DIREITO PENAL? BREVES NOTAS PARA UMA REFLEXÃO

FAKE NEWS IN THE ELECTION CAMPAIGN.
WHAT ROLE FOR CRIMINAL LAW?
BRIEF NOTES FOR REFLECTION.

Miguel Pereira Coutinho ¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/J3G5-ZD04>

Resumo: O escopo do presente estudo é, ainda que de forma necessariamente breve, a tão atual temática da criminalização das denominadas *fake news*, designadamente as que sejam difundidas/disseminadas em contexto eleitoral (temática que tem vindo a ser amplamente debatida, dando actualmente origem, a alguns trabalhos académicos sobre a mesma). Bem sabendo, por um lado, que a legislação penal portuguesa não prevê directa e expressamente tal tipo de crime, mas que, por outro, as condutas (pelo menos potencialmente) enquadráveis na definição conceptual de *fake news* – e a extrema gravidade de que as mesmas se revestem – são cada vez mais, e de maior relevo, optámos por nos debruçar, embora sucintamente, sobre o tema. Tal opção, assim o cremos, encontra clara justificação nos diversos casos, globalmente e tão grandemente noticiados, de comportamentos qualificados como *fake news*, *maxime* aqueles que se verificam, como já afirmado, em ambiente eleitoral (sendo certo que, doravante, os mesmos se irão multiplicar). Assim, por forma a prosseguir o desígnio proposto, torna-se forçosamente necessário, numa primeira parte do presente estudo, dissecar (de forma geral, embora sucinta) o conceito de *fake news*, bem como fazer a sua contextualização histórica. Já numa segunda parte, abordando inicialmente alguns conceitos base de Direito Penal, trataremos de

¹ Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

nos pronunciar sobre a eventual necessidade de proceder, *de jure condendo*, à criminalização dos comportamentos enquadráveis no conceito de *fake news* em ambiente eleitoral. Por fim, numa fase derradeira do presente, será imperativo, retirar e expor as conclusões a que foi possível chegar, coisa que trataremos de fazer.

Palavras-chave: Notícias falsas; Desinformação; Liberdade de expressão; Manipulação; Direito Penal; Pena; Crime; Criminalização.

Abstract: The scope of the present study is, albeit necessarily briefly, the very current theme of the criminalization of so-called *fake news*, namely those that are disseminated in an electoral context (theme that has been widely debated, currently giving rise to the academic work on it). Knowing, on the one hand, that Portuguese criminal legislation does not directly and expressly provide for this type of crime, but that, on the other hand, the conduct – at least potentially – that falls under the definition of the concept of *fake news*, and the extreme gravity that the same are covered, are more and more, we chose to dwell, albeit succinctly, on the subject. Such an option, we believe, finds clear justification in the various cases, globally and so widely reported, of behavior qualified as *fake news*, especially those that occur, as already stated, in the electoral environment (being certain that they will multiply from now on). Thus, in order to pursue the proposed design, it is imperative, in the first part of this study, to dissect (generally, albeit succinctly) the concept of *fake news*, as well as to make its historical context. In a second part, initially addressing some basic concepts of Criminal Law, we will try to pronounce on the possible need to proceed, *de jure condendo*, with the criminalization of behaviors that fall within the concept of *fake news* in an electoral environment. Finally, in a final phase of the present, it will be imperative to draw and expose the conclusions that it was possible to reach, something that we will try to do.

Keywords: *Fake news*; Freedom of expression; Desinformation; Manipulation; Criminal Law; Crime penalty; Crime; Criminalization.

Sumário: Introdução. Parte I – O conceito de *fake news*. 1. Enquadramento geral. 1.1. *Fake news* em ambiente eleitoral, concretização dos danos. Parte II – *Fake news* e Direito Penal. 2. Do Direito Penal, noções gerais. 2.1. Da liberdade de expressão e informação. 2.2. Dos crimes contra a honra. 2.3. A veracidade dos resultados eleitorais como bem jurídico. 2.3.1. Do Direito a constituir. Conclusões.

PARTE I – O CONCEITO DE *FAKE NEWS*

1. Enquadramento geral

Em primeiro lugar cumpre, desde já, salientar uma evidência, que servirá como ponto de partida para o presente estudo; a expressão *fake news* é um anglicismo que, traduzido livremente, quer significar, singelamente, notícias falsas.

Como bem sabemos, e tal é assinalado em diversas obras, o fenómeno da existência de notícias falsas, em si mesmo, nada tem de inovador. Veja-se a propósito:

“(...) as *Fake News* não são um fenómeno moderno, de modo que, segundo o historiador Robert Darnton, em entrevista concedida ao jornal folha de São Paulo, existem ao menos desde o século VI.^{2 3}” .

Por outro lado, no mesmo viés e sobre a mesmíssima temática, é importante ainda que se tenha em conta o que bem ensina José Alberto Rodríguez Lorenzo González. Vejamos infra:

“O fenómeno das *fake* não é novo. Deve ser certamente 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). (...)”⁴.

Efetivamente assim é, e, ao longo dos séculos, sempre houve a necessidade de - por um motivo, ou outro - difundir certas “notícias” (falsas) visando, em regra, persuadir os indivíduos deste ou aquele “facto”, coisa que, como aliás bem sabemos, se mantém aos dias de hoje.

Mas, feita a nota introdutória, cumpre que nos questionemos; afinal o que são, ao certo, *fake news*?

Serão infundados “mexericos”, simples boatos ou rumores⁵ que se difundem sobre algo ou alguém, porque se ouviu dizer qualquer coisa (ou porque, pura e simplesmente, se entendeu mal aquilo que se ouviu)? É que na essência, é *fake* (falso) tudo aquilo que não é verdade, não obstante, apesar desta evidência, a resposta às perguntas formuladas terá que ser negativa, nenhuma das situações elencadas se pode enquadrar propriamente no conceito de *fake news*.

Tendo em conta o que se afirmou, por *fake news* podemos entender as notícias total ou parcialmente falsas que, não obstante, são propositada e amplamen-

² Guimarães, Glayder Daywerth Pereira; Silva, Michael César (2021), Revista Jurídica Luso-Brasileira, RJLB, Ano 7, nº 3, pp. 873-906, pp. 880.

³ Mais afirmando, a propósito, Guimarães, Glayder Daywerth Pereira; Silva, Michael César, op. cit., pp. 880-881: “As notícias falsas sempre existiram. Procipto foi um imperador bizantino famoso por escrever histórias do império de Justiniano. Mas ele também escreveu um texto secreto, chamado “Anekdotka”, e ali ele espalhou “*fake news*”, arruinando completamente a reputação do imperador Justiniano e de outros (...)”.

⁴ González, José Alberto Rodríguez Lorenzo, Revista de Direito Comercial (2020-10-12), pp. 1764 disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5f84802e5775ab6525d000af/1602519088069/2020-35+-+1763-1808+-+LA-PV.pdf>

⁵ No mesmo sentido González, José Alberto Rodríguez Lorenzo, op. cit., pp. 1763.

te difundidas como se fossem notícias integralmente verdadeiras, tendo por fim - prejudicando o visado - obter certo ganho, certa vantagem, com a divulgação das mesmas.

O fim da difusão de tais notícias será, é bom de ver, a coberto da capa da divulgação de uma informação pretensamente verdadeira, persuadir/influenciar/"manobrar" os destinatários das mesmas num sentido que, caso não fosse a difusão da notícia falsa, não se verificaria. Assim, a vontade real dos destinatários das *fake news* será, por assim dizer, "adulterada", sempre em benefício (seja lá ele qual for) de quem cria e/ou difunde a dita notícia.

De referir ainda que, como bem se calcula ou sabe, para que atinjam os nefastos fins para que são criadas, as *fake news* são - obviamente - difundidas por meios tais que permitam a sua esmagadora massificação, designadamente, mas sem limitar, por via das diferentes redes sociais existentes⁶.

Neste viés, e em reforço do que se afirma, veja-se que:

"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 obter influência política e/ou social"⁷.

Se assim é, temos que, no fundo, as *fake news* são: (a) campanhas noticiosas de desinformação massificada, na qual propositadamente se difundem notícias falsas (e facto falsos), porém, levadas a cabo trajadas com o (também falso) manto de informação noticiosa credível, (b) assim induzindo em erro os destinatários das mesmas, (c) e que visam proporcionar um ganho ilegítimo a quem as planeou. Corolário do afirmado, temos outra característica fundamental das *fake news*: o (d) carácter intencional com que as mesmas são criadas e difundidas (pelo menos originalmente difundidas).

Acrescendo, é de notar que: "*Fake news* podem primariamente definir-se como "deliberately constructed lies", sob a forma de notícias, destinadas a enganar o público. Neste sentido, elas serão "a species of disinformation"⁸.

Aqui chegados, e a propósito da desinformação em que consistem as *fake news*, tenhamos em conta o que afirma a Comissão Europeia:

⁶ "As *Fake News* se apresentam como uma releitura do antigo fenómeno social da "mentira", remodelado, a fim de se amoldar às mudanças sociotecnológicas do séc. XXI. (...) hoje se disseminam por meio da internet, em especial, por meio das redes sociais, meios de comunicação com polos de informação descentralizados." (Guimarães, Glayder Daywerth Pereira; Silva, Michael César, op. cit., pp. 881).

⁷ González, José Alberto Rodríguez Lorenzo, op. cit. pp. 1766.

⁸ González, José Alberto Rodríguez Lourenzo, op. cit. pp. 1767.

“Disinformation is false or misleading content that is spread with an intention to deceive or secure economic or political gain, and may cause public harm”⁹.

Por fim, é de sinalizar que decorrência das *fake news*, definidas nos termos *supra*, surge, chamemos-lhe assim, uma outra “realidade”, um outro conceito; referimo-nos à “pós verdade”.

Quanto a esta, tenhamos em especial atenção que “(...) a pós-verdade relaciona-se à circunstância na qual os fatos objetivos têm menor influência em moldar a opinião pública do que aqueles que apelam a emoções e crenças pessoais¹⁰”.

Nesta senda, e face ao que se foi expondo, a consequência da verificação das *fake news* e do conceito pós verdade (que daquelas decorre) será a seguinte: a desinformação causada pela difusão massificada das notícias falsas, acaba por ter mais importância na opinião pública, do que os próprios factos objetivos e reais - até mesmo quando estes sejam conhecidos -.

Em suma, no fundo, o “facto” forjado¹¹ que é difundido e noticiado de forma massificada como se fosse real, acaba por ter muito mais influência - logo influência decisiva - na formação da convicção social do que os factos reais.

1.1. *Fake news* em ambiente eleitoral, concretização dos danos

Aqui chegados, cumpre, desde logo, que tenhamos presente, e em boa conta, a orientação da Comissão Europeia, acima transcrita (e que aqui de novo convocamos) acerca do conceito de desinformação - logo de *fake news* -. De acordo com a mesma, temos que (para além de vários perigos¹²) um dos danos que na mesma surge identificado como possível, é um “dano público”.

⁹ Disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/online-disinformation>

¹⁰ Guimaraes, Glayder Daywerth Pereira; Silva, Michael César, op. cit., pp. 883.

¹¹ E, em bom rigor, tal como a propósito ensina José Alberto Rodriguez Lourenzo González, se é forjado nem tampouco é facto.

¹² Sobre os perigos das *fake news*, afirma Serrano, Diogo Oliveira Rego Águedo (2021), O Direito Penal no Combate às *Fake-News*: Um caminho viável?, pp.19-20: “O perigo e a eficácia das *fake news* chegaram mesmo a ser abordados pelo Papa Francisco em 2018, em mensagem para assinalar o Dia Mundial das Comunicações Sociais: “A eficácia das *fake news* fica-se a dever, em primeiro lugar, à sua natureza mimética, ou seja à capacidade de se apresentar como plausíveis. Falsas, mas verosímeis, tais noticiais são capciosas, no sentido que se mostram hábeis a capturar a atenção dos destinatários, apoiando-se sobre estereótipos e preconceitos generalizados no seio de um certo tecido social, explorando emoções imediatas e fáceis de suscitar como a ansiedade, o desprezo, a ira e frustração. A sua difusão pode contar com um uso manipulador das redes sociais e das lógicas que subjazem ao seu funcionamento: assim os conteúdos, embora desprovidos de fundamento, ganham tal visibilidade que os próprios desmentidos categóricos dificilmente conseguem circunscrever os seus danos”. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/39363/1/203089111.pdf>

Ora, assim o cremos, é exatamente o (um) dano público que – eventualmente, entre outros – poderá estar bem presente num contexto de *fake news* em ambiente eleitoral. Isto quando, por exemplo, estas (ou a “pós verdade” a estas associada) conduzam a uma “emissão” de votos (atribuídos em certo sentido, e não noutra) que sejam induzidos por campanhas “noticiosas” massificadas de desinformação^{13 14}.

Estes votos, que sempre são a expressão eleitoral do povo de certo Estado, são conferidos a alguém/alguma organização ou partido político, tendo por base campanhas “noticiosas” de *fake news*, de desinformação, que, como é bom de ver, alteram o normal desenrolar do ato eleitoral (pois que os votos são atribuídos, a final, pelos eleitores com base em notícias falsas, constituídas por um conjunto de “factos”, também falsos, difundidos e noticiados massivamente como verdadeiros).

Tal circunstância, assim o cremos verdadeiramente, é – realmente – bem ilustrativa de um “dano público”, pois que, em última análise, sempre constituirá uma manipulação, uma forma de viciar e alterar a vontade popular – que se pretende exercida de forma livre, esclarecida e ponderada – expressa no voto final conferido aos seus representantes (por exemplo em eleições para Órgãos

¹³ A este propósito, Serrano, Diogo Oliveira Rego Águedo, op. cit., pp. 21-22: “Nos Estados Unidos da América, nos últimos 3 meses de campanha para as eleições presidenciais de 2016, as 20 *fake news* mais “bem sucedidas” no Facebook geraram um total de 8.711.000 partilhas, comentários e reações, contra 7.367.000 gerados pelas 20 notícias com mais impacto na mesma rede social publicadas pelos principais órgãos de comunicação do país. A liderar a lista de *fake news* no Facebook está a “notícia” que afirmava que o Papa Francisco tinha anunciado o seu apoio a Donald Trump, que gerou um total de 960.000 partilhas, comentários e reações naquela rede social”. (...) (...) e em 75% dos casos em que afirmaram recordar-se da manchete em questão declararam acreditar que se tratava de uma manchete “muito ou algo exata”.

Sendo certo que o sentido de voto dos inquiridos se mostrou relevante na perceção de exatidão que atribuíram às *fake news*, a verdade é que algumas das *fake news* enganaram inclusivamente aquele que à partida não estariam “predispostos” a acreditar nelas – no caso do artigo sobre o apoio do Papa a Donald Trump, 46% dos eleitores de Hillary Clinton que declararam recordar-se da manchete e disseram ter acreditado nela”.

¹⁴ Na mesma linha, Cheles, Tamára, op. cit., pp. 14, “Tal é demonstrativo do quão perigoso é o fenómeno da desinformação sendo que este pode, verdadeiramente, influenciar o curso de decisões democráticas ou causar ainda outros danos. Por fim, indicamos, ainda o caso da *Cambridge Analytica* que teve influência, através da criação e partilha online de conteúdos prejudiciais ou favoráveis, nas eleições presidenciais estadunidenses e, potencialmente, no referendo do Brexit. O quadro político português também foi e é alvo da publicação e disseminação de *fake news* no contexto eleitoral. (...) (...) Como exemplo, indica-se a notícia do alegado incitamento, por parte da deputada Catarina Martins, ao vandalismo de estátuas e demolição do padrão dos descobrimentos ou ainda a notícia que alegava que o primeiro Ministro António Costa, se encontrava de férias aquando do fatídico incêndio em Pedrógão Grande em 2017. Tal notícia voltou a ser destaque em várias redes sociais durante a campanha eleitoral para as eleições legislativas portuguesas de 2019. (...) Ambas consideradas falsas pelo Polígrafo, instituição de *fact-checking* portuguesa”.

de Soberania^{15 16}).

Em suma, reitere-se; o “facto” forjado e noticiado falsamente como verdadeiro (núcleo da “notícia”) acabará por ter maior influência na formação da convicção social do que os factos reais (estes sim factos, dado que aqueles, sendo forjados, não serão, em verdade, factos, mas sim “ficções”/falsidades).

Se assim é, claramente temos um dano, dano esse grave, muito dificilmente reparável e, evidentemente, público, ou social, que se poderá traduzir no seguinte: para efeitos eleitorais, a valorização decisiva que a comunidade faz de uma falsidade (falsidade essa apresentada/noticiada propositada e massivamente, como sendo a realidade) resulta – ou, com forte probabilidade, pode resultar – na alteração da veracidade do resultado eleitoral em causa, tudo por via da alteração manipulada do real do sentido de voto dos eleitores, cuja liberdade e esclarecimento da decisão eleitoral são assim, definitivamente, violados¹⁷.

¹⁵ Neste sentido, Guimarães, Glayder Daywerth Pereira; Silva, Michael César, op. cit., pp. 884-885: “Em âmbito eleitoral, os autores verificaram que as pessoas possuem alta probabilidade de acreditar em notícias que favorecem seu candidato, ou ideologia, especialmente se suas mídias sociais forem ideologicamente segregadas (...).

(...) analisaram o impacto das ideologias na forma pela qual os sujeitos assimilam as notícias verdadeira e falsas, concluindo que os indivíduos tendem a acreditar em *Fake News* que corroboram com suas ideologias e negar as que contradizem suas crenças”.

¹⁶ No mesmo sentido, Cheles, Tamará, *Fake News: Os Desafios para o Direito Penal. A desinformação no contexto eleitoral* (202), pp. 11: “O fenómeno de desinformação - comumente conhecido como *fake news* - sempre foi um obstáculo na sociedade. Contudo, com aprimoramento das tecnologias e pelo facto de as mesmas serem consideradas, hoje em dia, parte da cultura moderna e de nos encontrarmos na relatada Era da Pós-Verdade (onde os factos objetivos valem menos que os subjetivos, como o apelo às emoções e crenças pessoais de cada um), a desinformação tomou de assalto a sociedade moderna informada e consciente.”, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/35982/1/202786480.pdf>

¹⁷ Em sentido semelhante, Guimarães, Glayder Daywerth Pereira; Silva, Michael César, op. cit., pp. 895: “Sob a ótica da Post Truth, a compreensão da disseminação de *Fake News* como um dano social torna-se incontestável, na medida em que ocorre a manipulação da opinião pública e a violação dos princípios norteadores do princípio da boa-fé objetiva em nível social. Neste sentido, provocam um fenómeno de ruptura social e descrença nos meios jornalísticos, que fomentam um ciclo vicioso de disseminação de *Fake News* por veículos alternativos de notícias que terminam por diminuir a qualidade de vida social como um todo, em especial, quando as *Fake News* tratam de assuntos políticos.

Como exemplo da profunda repercussão na vida das pessoas ocasionada pelas *Fake News*, pode-se citar a suspeita de que a disseminação de *Fake News* nos EUA possa ter alterado o resultado das eleições para a presidência no ano de 2016.

(...)

Suspeita-se que ambos os candidatos na corrida eleitoral tenham utilizado *Fake News* para moldar a opinião pública sobre a sua pessoa e, deste modo, angariar votos nos Estados indecisos. O jornal *The New York Times* (2016), aponta que no mesmo período, se verificaram, também, diversos sites falsos, perfis pessoais falsos em redes sociais, e, até mesmo, publicações nos grandes veículos de mídia que disseminavam *Fake News* a favor ou desfavor dos candidatos.”.

Aqui chegados, uma vez feita a caracterização geral dos conceitos de *fake news* e de pós verdade, identificado ainda o(s) grave(s), e dificilmente reparáveis, dano(s) que, no essencial, se verificam pela difusão de *fake news* em ambiente eleitoral, é, pois, chegada a hora de nos debruçarmos concretamente sobre a eventual necessidade de criminalização das *fake news*, pelo menos aquelas que forem difundidas naquele mesmo ambiente.

PARTE II - FAKE NEWS E DIREITO PENAL

2. Do Direito Penal, noções gerais

Iniciada a presente parte, e tendo em vista propósitos de enquadramento, que, assim o cremos, são sempre necessários por forma a melhor apreender a questão tratada, abordemos aquilo que é, evidentemente, inicial. Referimo-nos, como é bom de ver, ao conceito basilar de direito penal.

Assim vejamos:

Como bem ensina Teresa Beleza (1984, pp. 19)¹⁸, o direito penal poderá ser definido, como “(...) conjunto de normas que têm um certo tipo e estrutura. Normalmente fazem corresponder a uma certa situação de facto, a que se chama crime, uma certa sanção a que se chama pena (...)”.

No mesmo sentido, Jorge Figueiredo Dias (2011, pp. 3)¹⁹, define Direito Penal como “(...) conjunto de normas jurídicas que ligam certos comportamentos humanos, os crimes, a determinadas consequências jurídicas punitivas deste ramo de direito”. Isto, sendo que ainda mais afirma o mesmo autor, na mesma obra e página anteriormente citada: “A mais importante destas consequências (...) é a pena, a qual só pode ser aplicada ao agente do crime que tenha actuado com culpa.”.

Neste viés, temos que determinadas condutas humanas (levadas a cabo por acção ou, em certos casos, por omissão) pelo grau de ofensa a certo bem jurídico e pela gravidade das suas consequências, são qualificadas como crime, sendo, portanto, objecto da tutela jurídica do mais grave dos ramos de Direito; o direito penal.

Saliente-se ainda que, para que as acima mencionadas condutas sejam qualificadas como crime é mandatário que, de forma prévia às mesmas, se verifique a sua criminalização.

¹⁸ Beleza, Teresa Pizarro (1984) - Direito penal. Lisboa: AAFDL V. 1.

¹⁹ Dias, Jorge Figueiredo (2011) - Direito penal: Parte geral: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime. 2ª ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora T. 1.

Tal criminalização, necessariamente prévia à conduta, é, pois, condição *sine qua non* para que a esta possa ser alvo da tutela jurídico penal e deriva, como se sabe, do princípio da legalidade, constitucionalmente previsto no artigo 29º, número 1²⁰, da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), sob a epígrafe “aplicação da lei criminal, e ainda do artigo 1º, número 1²¹, do Código Penal (doravante CP), sob a epígrafe “princípio da legalidade, que, no fundo, concretiza o acima mencionado artigo da CRP. Refira-se que, um e outros dos citados artigos, traduz o velho brocardo *nullum crimen, nulla poene sine lege*, isto é, em tradução livre: não pode haver crime nem pena, sem que haja uma lei penal (prévia e escrita) que os preveja.

Acrescente-se, que, como se sabe, a tutela penal na protecção de um dado bem jurídico^{22 23} é de natureza essencialmente subsidiária, devendo apenas verificar-se; “(...) no caso de todas as outras formas de tutela jurídica sobre esse mesmo bem jurídico não serem adequadas para lhe conferir o nível de protecção pretendido. Ou seja, em “falhando” todas as formas de que o Direito dispõe para proteger um dado bem jurídico, atribui-se essa protecção ao direito penal, sendo este, podemos bem dizê-lo, pela sua própria gravidade, subsidiário a todos os ramos de direito ou, por outras palavras, o direito penal é a “última ratio” do Direito”²⁴.

No seguimento do exposto anteriormente, cumpre assinalar uma evidência por demais conhecida, que, cremos, terá inteira pertinência no presente

²⁰ Que, textualmente afirma: “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”.

²¹ Que, textualmente, afirma: “Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática”.

²² Recorde-se que, nos termos do artigo 40º, número 1 da CRP, “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos (...)”.

²³ A este propósito afirma Albuquerque, Paulo Pinto de (2010), Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2ª ed. Actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 46: “9. O princípio da tutela dos bens jurídicos constitucionais respeita ao *input* do sistema: só podem ser qualificados como crimes as condutas ou omissões que afectem bens jurídicos tutelados pela Constituição da República (artigo 40º). Os bens jurídicos da Constituição dos direitos, liberdades e garantias são protegidos pelo direito penal de justiça ou primário. (...)”

Portanto, o conceito de bem jurídico constitui o verdadeiro crivo material de delimitação do âmbito do punível.

Sendo o sistema penal uma parte da política criminal, ele serve uma política criminal de protecção de bens jurídicos definida pelos órgãos de soberania com competência legislativa. Os princípios e os conceitos que enformam o sistema penal ganham, pois, o seu sentido no quadro dessa política criminal”.

²⁴ Coutinho, Miguel Pereira (2015), Da Responsabilidade Civil Ambiental: Sua Adesão ao Processo Penal Português. Coleção Estudos Instituto Conhecimento AB, nº 3. Lisboa: Almedina. pp. 86.

estudo: quando qualquer outro ramo de Direito for plenamente eficaz para proteger certo bem jurídico, em princípio, não deverá haver lugar à intervenção da tutela jurídico penal para a protecção desse mesmo bem jurídico, isto, pois que a intervenção deste ramo de direito é, como se afirmou, de “*ultima ratio*”.

2.1. Da liberdade de expressão e informação

Tendo conta que, conforme já se disse e aqui se reitera, por *fake news* devem entender-se todas as campanhas noticiosas, de planeada desinformação, por recurso à divulgação massificada de notícias falsas, como se de verdadeiras se tratasse, assim induzindo em erro os destinatários das mesmas, tendo em vista proporcionar um ganho ilegítimo (no caso político/eleitoral) a quem as planeou, é comum que nos deparemos com uma “justificativa” pretensamente válida, e amplamente utilizada para justificar a divulgação das mencionadas “campanhas noticiosas”. Esta justificativa passa, como bem se sabe, pela afirmação que as ditas campanhas noticiosas (na realidade de desinformação) resultam do exercício do direito constitucionalmente consagrado de liberdade de expressão e informação.

A liberdade de expressão e informação, constitucionalmente considerada como um dos “direitos, liberdades e garantias pessoais”, surge consagrada no artigo 37º da CRP, que textualmente dispõe, no seu número 1:

“Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”.

Tal direito fundamental, surge inclusivamente “reforçado” no número 2, do mencionado artigo da CRP, desta feita, à falta de melhor expressão, por “via negativa”. Vejamos, pois o que neste número é afirmado:

“O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer forma de censura”.

Se assim é, conclui-se, a liberdade de expressão e divulgação do pensamento (por via noticiosa, informativa, ou outra) enquanto direito fundamental que é, não pode ser - e muito bem - objeto de censura, censura essa que sempre significaria uma efetiva compressão e um intolerável impedimento, fundados em motivações subjetivas (portanto absolutamente inatendíveis), daquele direito, que a cada um assiste.

Contudo, apesar de constitucionalmente consagrado como direito fundamental, inserido, como vimos, na categoria dos direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal, este mesmo direito não é um direito absoluto e/ou ilimitado.

Portanto, se este direito não é absoluto, nem ilimitado, será, evidentemente, limitado e/ou limitável.

Na senda do acima afirmado, veja-se que é a própria CRP que, no mesmíssimo artigo ora analisado, desta feita no seu número 3, afirma o seguinte:

“As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de Direito Criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente competência dos tribunais judiciais (...)”.

No viés do afirmado, podemos, obviamente, constatar que a CRP, que consagra inequivocamente o presente direito, também se encarrega de o limitar, porque - expressamente - reconhece a existência (pelo menos potencial) de infracções cometidas no exercício do(s) mesmo(s).

Ao que se afirma acresce que, na realidade, também é a própria CRP que a par dos direitos fundamentais aqui analisados - consagra outros direitos, de igual natureza, e que, por assim ser, gozam de iguais garantias de tutela.

Assim sendo e em face ao exposto, é bom de ver que:

“(...) como também tem sido salientado, a liberdade de expressão e de crítica não são infinitos, nem absolutos e sofrem os limites imanentes ao seu próprio conteúdo, bem como os decorrentes da protecção constitucional e legal dispensada a outros bens jurídicos.

Na realidade, a nossa Constituição também proclama a inviolabilidade da integridade moral e física dos cidadãos e reconhece os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à reserva da intimidade da vida privada e familiar (...)”²⁵.

Do que antecedentemente se foi expondo resulta, com evidente clareza, que há limites à liberdade de expressão e informação. Um desses limites será, evidentemente, a verdade daquilo que é objeto da expressão e informação (logo da divulgação informativa).

Ora, a verdade - desde logo dos factos noticiados -, como sabemos, não depende de qualquer “construção”, é uma e apenas uma, a interpretação dada aos ditos factos é que pode ser diferente consoante aquele que os interpreta.

Todavia, o núcleo de factos constantes da informação deve ater-se, evidentemente, à estrita verdade dos mesmos e não a qualquer (des)construção propostada que deles se faça, a fim de os divulgar de forma massificada, como uma

²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (doravante TRL), processo 4161/16.9T9LSB.LI-3, de 09-10-2019, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eecd59359fa9de519948025849c002c2771>

“verdade informativa” credível (em troca de qualquer vantagem - no caso em apreço, política - ilegítima).

A este propósito vejamos:

“O direito de informar, por outro lado, integra, segundo os citados autores, três níveis: o direito “de informar”, o direito “de se informar”, e o direito “de ser informado”. O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos (...). O direito de se informar consiste, designadamente, na liberdade de recolha de informação, de procura de fontes, isto é, no direito de não ser impedido de se informar (...). Finalmente, o direito a ser informado é a versão positiva do direitos de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado (...)”²⁶ .

Em reforço do que se afirma, tenha-se ainda quem conta que:

“(...) pelo contrário, “não pode caber a divulgação de notícias falsas, isto é, o pensamento que resulte subjectivamente falso (a mentira, o dolo, ou a fraude) (...). Confrontando este entendimento com a definição de *fake news* (...) percebemos que algumas *fake news* não serão consideradas exercícios de liberdade de expressão, desde logo quando se tratem de conteúdos falsos (...)”²⁷ .

Em suma, a eventual alegação que as *fake news* (ou algumas delas) resultam da simples interpretação dos factos, feita ao abrigo da constitucionalmente consagrada liberdade de expressão e de informação, não colhe.

Aliás, não só não colhe como não poderia colher, isto pois que, desde logo, não só o conteúdo fáctico difundido nas *fake news* não é verdadeiro, como aliás é propositadamente falseado, isto, apesar de ser intencionalmente noticiado como verdadeiro e credível (por forma a que, quem o cria e difunde obtenha benefício políticos ilegítimos).

Aqui chegados, é de reiterar a conclusão já anteriormente manifestada: tendo em conta aquilo que se deve entender por *fake news* - notícias sobre factos falsos, logo notícias falsas, propositadamente difundidas, de forma massiva, como se fossem verdadeiras e credíveis, por forma a, denegrindo os visados e influenciando os destinatários das mesmas, obter vantagens/benefícios, no caso eleito-

²⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (doravante STJ), processo 16687/16.0T8PRT.L1.S1, de 10-12-2019, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d742a52c1a11b57d802584cd003a36e5?OpenDocument>

²⁷ Serrano, Diogo Oliveira Rego Águedo, op. cit, pp. 37.

rais, ilegítimos -, a existência de qualquer limite legal (por exemplo de natureza criminal) que impeça a sua criação e disseminação, não constitui, pelo menos do nosso ponto de vista, nenhuma violação do direito fundamental à liberdade de expressão e informação²⁸.

2.2. Dos crimes contra a honra

Tendo em conta que, em resumo, as *fake news*, conforme previamente se afirmou, sempre serão notícias que, note-se, propositadamente, incidem sobre factos falsos, massificadamente difundidas como se de verdadeiros se tratassem, temos que, na medida em que estas sejam lesivas da honra dos visados, as mesmas já se encontram previstas em capítulo próprio do Código Penal (doravante CP), mais concretamente, como veremos, nos crimes contra a honra.

No essencial, não sendo os únicos, são três os crimes base²⁹ contra a honra, previstos no Capítulo VI, do CP, a saber:

a) Difamação³⁰:

O crime de difamação encontra-se previsto no artigo 180º do CP.

O bem jurídico protegido neste crime é a honra.

O tipo objectivo do presente crime, prevê, sucintamente, a imputação que agente faz a alguém, por si visado, de certo facto; sobre este último formular um juízo, lesivo(s) ou ofensivo(s) da sua honra ou consideração, ou faça a “reprodução de uma tal imputação de facto ou do juízo desonrosos³¹”. Isto, sendo de notar que a mencionada imputação é dirigida a um terceiro, não directamente ao lesado.

De notar ainda que, nos termos do mesmo artigo, a conduta lesiva não será punível quando:

(i) a imputação seja feita para realizar interesses legítimos;

(ii) quando, comprovadamente, a imputação feita seja verdadeira (a denominada *exceptio veritatis*), ou seja feita em circunstâncias tais que - de boa-fé - o agente a pudesse, fundamentadamente, reputar de verdadeira.

²⁸ É que se bem virmos, na pureza dos conceitos, nem notícias serão.

²⁹ Os crimes base de “difamação” e de “injúria” podem, nos termos do artigo 183º do CP, sob a epígrafe “Publicidade e calúnia”, ser agravados na medida da pena caso: “a ofensa seja praticada através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação” (número 1, do mencionado artigo); “Tratando-se da imputação de factos, se averiguar que o agente conhecia a falsidade da imputação” (número 2 do mencionado artigo); “Se o crime for cometido através de meio de comunicação social (...)”.

³⁰ Pode ser agravada nos termos expostos da nota anterior.

³¹ Assim o indicam, Garcia, Miguez M., e Rio, J. M. Castela (2018) – Código Penal Parte geral e especial, com notas e comentários, 3ª Edição atualizada: Coimbra. Editora Almedina, pp. 850.

Já o tipo subjectivo, admitirá qualquer tipo de dolo^{32 33}.

b) Injúria³⁴:

Por sua vez, o crime de injúria encontra-se previsto no artigo 181º do CP. O bem jurídico protegido no presente crime, tal como no anterior, é a honra.

O tipo objectivo do crime de injúria, prevê, de novo muito sucintamente, a imputação que o agente faz alguém, por si visado, “mesmo sob a forma de suspeita”, de certo(s) facto(s), ou lhe dirija palavras, ofensivas da sua honra ou consideração. Cumpre salientar uma particularidade; é que, ao invés do crime de difamação, a imputação referida deve ser feita, de forma directa, ao próprio lesado e não a terceiros.

Tal como se assinalou acima, quanto ao crime de difamação, também no crime de injúria (e quanto à imputação de factos) a conduta lesiva não será punível quando:

(i) a imputação seja feita para realizar interesses legítimos;

(ii) quando, comprovadamente, a imputação feita seja verdadeira (a denominada *exceptio veritatis*), ou seja feita em circunstâncias tais que - de boa-fé - o agente a pudesse, fundamentadamente, reputar de verdadeira. Tal como no crime anterior, é de referir que o tipo subjectivo admitirá qualquer modalidade de dolo^{35 36}.

c) Ofensa a organismo, serviço ou pessoa colectiva³⁷:

O crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa colectiva, encontra-se previsto no artigo 187º do CP.

O bem jurídico protegido aqui protegido é o bom nome, credibilidade, prestígio e confiança devida ao organismo ou serviço que exerçam autoridade pública, pessoa colectiva, instituição ou corporação.

O tipo objectivo do presente crime prevê e pune, *grosso modo*, a difusão (afirmação ou propalação) de factos inverídicos (logo falsos/falseados), “suceptíveis de ofender a credibilidade, o prestígio ou a confiança que sejam devidos a organismo ou serviço que exerçam autoridade pública, pessoa colectiva, instituição ou corporação”. Tudo isto, note-se, sem que,

³² A propósito do afirmado, e em geral, Albuquerque, Paulo Pinto de, op. cit, pp. 567 - 575.

³³ Neste sentido, e em geral, Garcia, Míguez M. e Rio, J. M. Castela, op. cit. 849 - 864.

³⁴ Pode ser agravada nos termos expostos na nota número 29.

³⁵ A propósito do afirmado, e em geral, Albuquerque, Paulo Pinto de, op. cit, pp. 575 - 576.

³⁶ Neste sentido, e em geral, Garcia, Míguez M. e Rio, J. M. Castela, op. cit. 864 - 868.

³⁷ Nos termos do número 2, alínea a), do artigo 187º, o presente crime poderá ser agravado na medida da pena, nos termos do artigo 183º, para o qual remete (“correspondentemente aplicável”). Ver a propósito nota 29.

quem difunde os ditos factos, tenha fundamentos para, de boa fé, os poder reputar como verdadeiros.

Por sua vez, o tipo subjectivo admitirá qualquer modalidade de dolo^{38 39}.

Face ao exposto, é de concluir que, no geral, companhias de *fake news*⁴⁰ (mesmo as que sejam levadas a cabo em ambiente eleitoral) que incidam sobre pessoas (desde logo as singulares, mas do nosso ponto de vista, e seguindo por exemplo a opinião do Professor Figueiredo Dias, expressa na actas das sessões da comissão revisora do Código Penal, e no que toca ao bem jurídico honra, também as colectivas), imputando-lhes factos lesivos da sua honra ou consideração ou formulando juízos, também lesivos, da sua honra ou consideração, podem, à data, ser alvo de processo crime⁴¹ por difamação ou injúria.

Por sua vez, campanhas de *fake news*, mesmo as que sejam levadas a cabo em ambiente eleitoral (que, como *fake news* que são, por natureza, sempre serão “notícias” desprovidas de qualquer boa fé), que, visando organismo ou serviço que exerçam autoridade pública, pessoa colectiva, instituição ou corporação, propalem (divulguem) factos inverídicos, susceptíveis de lhes ofender a credibilidade, o prestígio ou a confiança, também podem, à data, ser alvo de processo crime, desta feita por ofensa a organismo, serviço ou pessoa colectiva.

Então, se - de forma geral - a honra dos particulares ou pessoas colectivas, bem como a credibilidade o prestígio ou confiança de organismo, ou serviço que exerçam autoridade pública, pessoa colectiva, instituição ou corporação, já se encontram protegidas, como vimos, pelo direito penal, duas questões essenciais sobressaem.

Haverá, ou não, uma real necessidade de, eventualmente, se criminalizar as *fake news* em ambiente eleitoral? Será que tal criminalização já se encontra feita? Trataremos de nos pronunciar em seguida.

2.3. A veracidade dos resultados eleitorais como bem jurídico

Voltando um pouco atrás, é de assinalar, desde já, o seguinte.

O fenómeno das *fake news*, apesar de, na sua essência, não ser, como se afirmou em páginas antecedentes e aqui se reitera, propriamente novo (no sentido da planeada elaboração e propagação de uma “mentira” sobre algo ou alguém, por forma a retirar da mesma um benefício), tem, na actualidade, certas características que fazem dele, por assim dizer, diferente e “inovador”.

³⁸ A propósito do afirmado, e em geral, Albuquerque, Paulo Pinto de, op. cit, pp. 583 - 586.

³⁹ Neste sentido, e em geral, Garcia, Miguez M. e Rio, J. M. Castela, op. cit. 876 - 879.

⁴⁰ Ou melhor os autores das mesmas.

⁴¹ Processo esse cuja prova não será, certamente, fácil. Todavia, independentemente, da maior ou menor dificuldade na produção de prova, o crime está tipificado e a possibilidade de intentar queixa crime correspondente existe.

Referimo-nos, como é bom de ver, ao(s) meio(s), ao(s) processo(s) técnicos(s)/tecnológico(s), pelo qual, massivamente, se disseminam, de forma propositada e planeada, os “factos” falsos que fazem parte das (falsas) “notícias”, e que confere(m) um potencial quase infinito à propagação das mesmas. Evidentemente, quando falamos em meios, em processos, inovadores de difusão de *fake news*, referimo-nos aos meios informáticos, designadamente a internet⁴² e “dentro desta” as redes sociais, hoje em dia amplamente utilizada(s) em todo o mundo, de forma quase ilimitada.

Neste viés, se é verdade que a informação “voa” e fica acessível, até globalmente, no espaço de minutos, o mesmo não deixa de ser verdade - como é evidente - para a desinformação. Os perigos que tal representa são, como se sabe, muitos e potencialmente muito graves (desde sistemas de saúde, a sistemas económicos e financeiros, passando por sistemas políticos, tudo, absolutamente tudo, pode, potencialmente, ser alvo de campanhas planeadas e massificadas de *fake news*, com consequências imprevisíveis, mas seguramente muito nocivas e difícil reparação).

Na sequência do exposto, e no que tange ao plano eleitoral, temos que, reitere-se, a planeada/deliberada (pelo agente) e massificada divulgação “noticiosa” de “factos” que este sabe serem falsos, por forma a obter certos benefícios, no caso, essencialmente, eleitorais, pode efectivamente ter (terá) como dano principal a adulteração do sentido de voto, ou seja, no fundo, é (ou pode ser) a própria veracidade dos resultados eleitorais que é colocada em crise (e com isso também será o próprio Estado “ofendido”).

Ora, se, como vimos, no essencial, é a veracidade dos resultados eleitorais que é, ou pode ser, gravemente colocada em crise com as *fake news*, vejamos se há algum tipo de crime que a proteja enquanto bem jurídico (uma vez que a mesma não é protegida pelos crimes anteriormente mencionados, crimes esses que, como vimos, podem estar em causa na divulgação de *fake news*).

Na linha acima, é possível constatar que o CP prevê, no seu Título V (dos crimes contra o Estado), uma Secção, a Secção III denominada “dos crimes eleitorais”, que prevê, entre os artigos 336º a 343º diversos crimes. A saber: (i) artigo 336º “Falsificação de recenseamento eleitoral”; (ii) artigo 337º “Obstrução à inscrição de eleitor”; (iii) artigo 338º “Perturbação de assembleia eleitoral”; (iv) artigo 339º “Fraude em eleição”; (v) artigo 340º “Coacção de eleitor”; artigo 341º “Fraude e corrupção de eleitor”; (vi) artigo 342º “Violação do segredo de escrutínio”; sendo que o artigo 343º prevê a “Agravação” das penas correspondentes aos crimes anteriores.

Destes, é de assinalar que os artigos 336º, 337º, 338º, 339º, 340º e 341º do CP protegem, única ou concomitantemente com outro bem jurídico (designada-

⁴² Por sua vez, como bem sabemos, também em constante mudança evolutiva.

mente com a liberdade de decisão dos eleitores), o bem jurídico “veracidade dos resultados eleitorais⁴³”.

Temos, pois, é bom de ver, que o bem jurídico que, no essencial, é colocado em causa com a divulgação de *fake news* em ambiente eleitoral, já está consagrado penalmente e, portanto, esse mesmo bem jurídico, já é merecedor tutela jurídico-penal.

Assim, face ao exposto, uma evidente questão se coloca: Directa e especificamente a divulgação de *fake news* em ambiente eleitoral já está, afinal, criminalmente prevista?

A pergunta tem, naturalmente do nosso ponto de vista e como veremos *infra*, resposta negativa.

É que, analisando os tipos criminais acima mencionados, que protegem o bem jurídico que - no essencial - está aqui em causa, constata-se que não há qualquer menção directa à alteração de resultados eleitorais em consequência de campanhas propositadamente planeadas e executadas de disseminação de notícias falsas (no fundo, simplesmente, campanhas de desinformação).

Face à resposta dada, outra questão se colocará: Apesar de não haver qualquer normativa penal específica para punir a divulgação de em ambiente eleitoral, esta poderá ser enquadrável (“apenas” enquadrável) nalgum dos tipos de crimes eleitorais existentes?

Nesta situação a resposta tenderá a ser positiva. Cremos que a divulgação de *fake news* em ambiente eleitoral, poderá - embora com assinaláveis dificuldades - ser, eventualmente, enquadrável no crime previsto no artigo 341º do CP, sob a epígrafe “fraude e corrupção de eleitor”, que, como afirmado *supra*, tutela penalmente o bem jurídico veracidade dos resultados eleitorais (e, concomitantemente, a liberdade de decisão do eleitor⁴⁴).

Vejamos, textualmente, o que o mesmo prevê:

1 - *Quem em eleição referida no nº 1 do artigo 338*⁴⁵:

- a) *Mediante artifício fraudulento, levar o eleitor a votar, o impedir de votar, ou o levar a votar em certo sentido; ou*
- b) *Comprar ou vender voto; é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.*

2 - *A tentativa é punível.*

⁴³ Em geral e a propósito do que se afirma, Albuquerque, Paulo Pinto de, op. cit., pp. 898-906.

⁴⁴ Sendo estes os bens jurídicos protegidos pelo tipo criminal aqui em causa, tal como sinalizam, por exemplo, Garcia, M. Miguez e Rio, J. M. Castela, op. cit, pp. 1339.

⁴⁵ Que, designadamente, prevê eleições para os órgãos de soberania, de deputados ao Parlamento Europeu, órgão de Região Autónoma ou de autarquia local.

Ora, sendo que, como bem ensina Paulo Pinto de Albuquerque, “o tipo objectivo inclui as seguintes acções: (1) levar o eleitor a votar ou a votar em certo sentido ou impedi-lo de votar, mediante artifício fraudulento (...)”⁴⁶, a hipótese que, eventualmente, há de conseguir enquadrar as *fake news* como crime capaz de ofender a veracidade dos resultados eleitorais, encontra-se em enquadrar as mesmas como artifício fraudulento que leve o eleitor a votar em certo sentido (e não noutra).

Pois bem, desde logo, temos que a expressão “artifício” remete-nos para algo que é/constitui um “meio artificial através do qual se possui algo”; um “meio ou processo engenhoso de resolver ou obter algo = artil, artimanha, esquema, expediente, subterfúgio, truque”; ainda “uma capacidade de enganar = astúcia, fingimento, manha”; ou, por fim, “aquilo que é artificial, fingido”⁴⁷.

Quanto à fraude, para efeitos penais, esta existe:

“ (...)

- quando se verifica dano social e não puramente individual, com violação do mínimo ético e um perigo social, mediato ou indirecto;
- quando se verifica uma violação da ordem jurídica que, por sua intensidade ou gravidade, exige como única sanção adequada a pena
- quando há fraude capaz de iludir o diligente pai de família, evidente perversidade e impostura, má fé, mise-en-scène para iludir⁴⁸;
- quando há uma impossibilidade de se reparar o dano⁴⁹;
- quando há intuito de um lucro⁵⁰ ilícito (...)”⁵¹.

Mais, por “meio artificioso” poderemos indicar todo o processo engenhosamente criado por alguém (o agente), tendente a levar outrem a praticar certos actos que, como é óbvio, de outra forma não praticaria. Estes mesmos actos da “vítima”, saliente-se, são unicamente determinados por via do erro de percepção (ou falsa representação da realidade) em si propositada e engenhosamente (“ar-

⁴⁶ Albuquerque, Paulo Pinto de, op. cit., pp. 904.

⁴⁷ In dicionário Priberam da Língua Portuguesa (on line), disponível em <https://dicionario.priberam.org/artif%C3%ADcios>

⁴⁸ O que, do nosso ponto de vista, se verifica pois que, todo o processo de divulgação de *fake news* (no presente caso em ambiente eleitoral) é ilusório, susceptível de iludir e enganar o diligente pai de família, por via da encenação maliciosa e da mise-en-scène com que são propositadamente criadas e difundidas as falsas notícias.

⁴⁹ O que, como é evidente, se verificará, a menos que as eleições em causa sejam repetidas (o que se afigura tendencialmente impossível).

⁵⁰ Lucro esse que, no caso, seria a própria eleição, o resultado falseado da mesma, que, sem isso seria inferior.

⁵¹ Acórdão do STJ, processo 03P241, de 20-03-2003, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/4FF50B3E300F838E80256D030046AAC3>

tificiosamente”) criado pelo agente⁵².

Face ao exposto, temos que, no nosso ponto de vista, poderá, desde já, ser possível enquadrar as *fake news* em ambiente eleitoral no crime de “fraude e corrupção de eleitor”, previsto e punido no artigo 341º do CP. Todavia, cumpre assinalar a extrema dificuldade de que tal se reveste, é que o dito enquadramento penal não é, por assim dizer, directo e inequívoco, o que não tornando tal enquadramento impossível, dificulta-o sobremaneira.

Ora, tal dificuldade de enquadramento, reitera-se extrema, terá como (inde-sejável) consequência “normal” a não apresentação de queixas crime, o arquivamento das queixas crime eventualmente apresentadas, bem como a não pronúncia de acusações ou absolvição das mesma em sede de audiência e julgamento (estas últimas, naturalmente, se as queixas crime forem feitas e derem lugar a despacho de acusação proferido pelo Ministério Público). Assim, uma acção socialmente tão desvaliosa, e - face aos danos e perigo de dano(s) que representa - com uma tão evidentemente necessária tutela penal, arrisca-se seriamente a, pura e simplesmente, apesar de eventualmente praticada, passar impune (o que, como sucede em relação a qualquer outro crime, não se deseja).

2.3.1. Do direito a constituir

Na senda do exposto, é chegada a altura de propor uma solução, que, cremos, se impõe como lógica, justificada, adequada e penalmente necessária.

É certo que, como afirmámos, as *fake news* em ambiente eleitoral já serão passíveis (pese embora através de um esforço de enquadramento jurídico coberto de “escolhos”) de “tutela criminal”, por via do previsto, como se afirmou, no artigo 341º do CP. É que, cremos, também é certo que o bem jurídico protegido pela incriminação do mencionado artigo é, exactamente, aquele que é violado pela difusão das *fake news* em ambiente eleitoral: a veracidade dos resultados eleitorais.

Todavia, face à imensa gravidade (pelo menos potencial) do dano por si provocado, face à muito difícil ou impossível reparação desse mesmo dano (de cariz público e social⁵³), face à evolução dos meios tecnológicos que suportam a sua di-

⁵² A este propósito, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE), processo 315/15.3GCSLV.EL, de 17-12-2020, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/a089f285880f9e4b8025865b00535022?OpenDocument&Highlight=0>, Burla que afirma: “(...) saber se se serviu de algum meio artificioso para induzir o seu interlocutor, sendo que só nessa hipótese (...) a falsa representação formada pelo ofendido poderia relevar para a integração de um crime de brula (...)”.

⁵³ Quando a este mesmo dano, de uma perspectiva civil, acreditamos que se justifica plenamente ponderar a reparação do dano moral colectivo - dano esse que em obras anteriores já tivemos a oportunidade de defender e enquadrar - e que, quanto a nós, existe no caso aqui abordado. Todavia, por não ser escopo do presente estudo, o dano moral colectivo, que cremos existir em caso de *fake news* em ambiente eleitoral, será tratado em posterior estudo.

fusão massificada, face ainda à previsível multiplicação do fenómeno das *fake news* em ambiente eleitoral, e, por fim, face à extrema dificuldade de enquadramento jurídico-penal no actual artigo 341º do CP, é, assim o cremos, necessário que, em termos de Direito a constituir, seja adoptada uma de duas soluções: (i) seja inserida uma nova alínea no artigo 341º do CP, alínea essa que preveja, especificamente, a “fraude e corrupção de eleitor” por difusão massificada de notícias falsas, ou, em alternativa a esta solução, (ii) seja criado um novo artigo no CP.

Vejam, pois, o que propomos.

No que toca ao acrescento de um nova alínea ao artigo 341º do CP (“Fraude e corrupção de eleitor”), este mesmo artigo passaria, por hipótese, a ter a seguinte redação (com a nova alínea a carregado):

“1 - Quem em eleição referida no nº 1 do artigo 338º

- a) Mediante artifício fraudulento, levar eleitor a votar, o impedir de votar, ou o levar a votar em certo sentido; ou
- b) Criar notícia falsa, com o intuito que a mesma venha a ser massivamente difundida, ou, difundindo-a com consciência da sua falsidade, levar o eleitor a votar em certo sentido, ou abster-se de votar; ou
- c) Comprar ou vender voto; é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias⁵⁴.

2 - A tentativa é punível.”

Como vemos, por se nos afigurar ser a forma sistemicamente mais correcta, a alínea a inserir passaria a ser a b), passando a anterior b) a ser a c). A nova alínea teria, acreditamos, a virtualidade de abarcar, de forma inequívoca as *fake news* neste tipo de crime.

Alternativamente à solução anteriormente proposta, e ainda em termos de Direito a constituir, também poderia ser viável, como afirmámos anteriormente, criar um novo artigo no CP, que passaria a ser o artigo 341º-A. Assim:

“Artigo 341º-A

Fraude e corrupção de eleitor mediante recurso a disseminação de notícias falsas.

1 - Quem, em eleição referida no nº 1 do artigo 388º., mediante criação de notícia falsa com o intuito que a mesma venha a ser massivamente difundida, ou mediante a sua divulgação com consciência da sua falsidade, levar o leitor a votar, o impedir de votar, o levar a votar em certo sentido, ou o levar abster-se de votar, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

⁵⁴ Manifestamos desde já que, no nosso entendimento, e no que toca às *fake news*, quer a pena, quer a multa previstas, se nos afiguram quase “irrelevantes”. Por assim ser, cremos que as mesmas deverão ser elevadas para, respectivamente, 3 anos de prisão e até 360 dias de multa.

2 - A tentativa é punível.”.

Na senda do exposto, por recurso a uma das duas soluções que, em termos de Direito a constituir, foram propostas, cremos que o bem jurídico - já penalmente consagrado, reitere-se -, ficará mais bem protegido. Isto porque, como acima afirmámos, o fenómeno da divulgação massificada de *fake news* em ambiente eleitoral existe, e, entre nós, actualmente, só com enorme esforço de enquadramento jurídico pode ter a tutela penal efectiva, que - face à gravidade do(s) dano(s) que provoca (ou pode provocar), e à quase impossibilidade de reparação dos mesmos - ponderadamente, necessita.

Todavia, note-se, é o próprio título do presente que se encarrega desde logo de o afirmar: este é um estudo que, mais ainda que propor soluções finais, se propõe levantar tópicos para reflexão futura sobre a temática que abarca, pelo que, outras soluções, serão sempre bem vindas.

Conclusões

Face a tudo quanto se foi elencando até ao momento, é chegada a altura de retirar as possíveis e necessárias conclusões, sendo certo, reitere-se, que o escopo do presente é, essencialmente, de levantar tópicos para reflexão.

Assim:

- A) O fenómeno das *fake news* ocorre, *grosso modo*, quando, propositadamente e sob aparência legítima e credível, é massificadamente difundida uma notícia (falsa), contendo factos falsos, sobre algo ou alguém. Tendo esta difusão o objectivo de, influenciando os destinatários da mesma, proporcionar um benefício real e “ilegítimo” a outrem. Ou seja, no fundo, *fake news* são campanhas massificadas e intencionais de desinformação (no caso aqui em apreço de pendor eleitoral) que prejudicando quem por si é visado directamente, beneficiam quem o não é.
- B) Nos tempos que correm o fenómeno das *fake news* é, perigosa e lamentavelmente, cada vez mais utilizado, sendo ainda (por via dos meios tecnológicos preferenciais através dos quais as “notícias” se difundem - essencialmente, mas não só, redes sociais -), cada vez mais massificado e de mais rápida propagação, tudo isto ocorrendo, potencialmente, a nível global.
- C) As campanhas de *fake news* em nada se confundem com liberdade de expressão e informação, pois que, desde logo, não têm qualquer preocupação ou compromisso com a verdade, aliás antes pelo contrário, são, como se sabe, *fake*. Portanto, tentar afirmar que tais notícias, por serem difundidas - pretensamente - no âmbito e ao abrigo do exercício Direitos Fundamentais consagrados na CRP, logo susceptíveis de poder “compri-

mir” Direitos de natureza semelhante, é, cremos, “abusiva” e carece de fundamento jurídico.

- D) A produção e disseminação massificada de *fake news* é lesiva de Direitos Fundamentais, como por exemplo a honra de quem é por elas visado. Ora, a tutela da honra é (também) feita por via do Direito Penal (crimes de difamação, injúria), por assim ser, quando é lesado o bem jurídico aqui em causa, é - ou pode ser - chamado a intervir este último ramo de Direito.
- E) Entre nós, as *fake news* (*maxime* as difundidas em ambiente eleitoral) não têm previsão penal directa e autónoma. Logo, pode dar-se o caso de, apesar de difundidas e do grave dano ser, realmente, provocado, não terem qualquer pena associada.
- F) Ainda assim, não obstante a conclusão anterior, cremos que a disseminação de *fake news* em ambiente eleitoral, pode ser eventualmente enquadrável no crime previsto no artigo 341º do CP, “fraude e corrupção de eleitor”, que a par do bem jurídico “liberdade de decisão de cada eleitor”, defende ainda, concomitantemente, um outro: a “veracidade dos resultados eleitorais”, sendo essencialmente este o bem jurídico lesado pelas *fake news* difundidas em ambiente eleitoral.
- G) Apesar do que anteriormente foi exposto, e uma vez que o crime apenas será enquadrável no tipo mencionado, as dificuldades em obter condenações pela sua prática por recurso à disseminação de *fake news* serão, evidentemente, de monta (isto, sendo que um “qualquer” crime de *fake news*, não será, normalmente, de prova simples, bem pelo contrário).
- H) Neste viés, e face à extrema gravidade de que se reveste a disseminação de *fake news* em ambiente eleitoral, face à gravidade (e muito difícil reparação) do(s) dano(s) que a dita disseminação provoca, propomos duas “soluções”, em termos de Direito a constituir: ou a inclusão de uma nova cláusula que especialmente as preveja, no artigo 341º do CP, ou, alternativamente, a criação de um novo artigo no CP, o artigo 341º-A, que especialmente as preveja e puna.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2010) – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª ed. Actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

BELEZA, Teresa Pizarro (1984) - *Direito Penal*. Lisboa: AAFDL V. 1.

CHELES, Tamará (2021) – *Fake News: os desafios para o Direito Penal. A desin- formação do contexto eleitoral*. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/35982/1/202786480.pdf>

COUTINHO, Miguel Pereira (2015), *Da responsabilidade civil ambiental: Sua Ade- são ao Processo Penal Português*. Coleção Estudos Instituto Conhecimento AB, nº 3. Lisboa: Almedina.

DIAS, Jorge Figueiredo (2011) – *Direito penal: Parte geral: questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. 2ª ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora T. 1.

GARCIA, M. Miguez; RIO, J. M. Castela (2018) – *Código Penal. Parte geral e especial, com notas e comentários*. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina.

GONZÁLEZ, José Alberto Rodriguez Lorenzo (2020) – *Responsabilidade civil e fake news*. Revista de Direito Comercial, disponível em <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5f84802e5775ab6525d000af/1602519088069/2020-35+-+1763-1808+-+LA-PV.pdf>

GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César (2021) – *Fake news, pós verdade e dano social: o surgimento de um novo dano na sociedade contemporânea*. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/3/2021_03_0873_0906.pdf

SERRANO, Diogo Oliveira Rego Águedo (2121) – *O Direito Penal no combate às fake-news: um caminho viável?* Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/39363/1/203089111.pdf>