

O problema das fake news e a salvaguarda do Estado de Direito: a necessidade de intervenção penal

André da Silva Paulos¹

Resumo: As fake news não são uma realidade nova: desde sempre existiram e para sempre vão continuar a existir. Desde cedo na história é possível identificar eventos que são subsumíveis ao conceito de fake news ou que foram em grande medida influenciados pelas mesmas. No entanto, a primeira aparição do conceito, numa aceção próxima da atual, data apenas do final do século XIX, sendo que as mesmas influenciaram decisivamente os eventos que deram origem à guerra Hispano-Americana. Cerca de vinte anos mais tarde, durante as primeiras fases da Primeira Guerra Mundial, a sua presença era já notória nos meios de comunicação social, então, naturalmente, apenas escritos. Contudo, na última década aumentou o potencial danoso das mesmas, associado a dois fatores: i) a democratização da internet, que potencia o acesso à mesma à generalidade das massas, pelo que nunca foi tão fácil a uma pessoa exprimir e propagar a sua opinião e; ii) avanços no campo da Inteligência Artificial, que originaram, inclusive, um novo tipo de fake news, as denominadas deep fakes. A todos estes desenvolvimentos soma-se o facto de que a elaboração e a difusão de fake news não são realidades inócuas para o Estado de Direito Democrático, pois podem enviesar o processo democrático, através da viciação da vontade dos eleitores. E, a verdade é que nos últimos anos as fake news tiveram influência em eventos chave para a política e para a economia mundiais, como o referendo ao Brexit de 2016, as eleições brasileiras de 2018 e de 2022 e as eleições norte-americanas de 2016, 2020 e 2024. Para piorar a situação, os efeitos das fake news são usualmente a favor das forças posicionadas nos extremos dos espectros políticos, com efeitos para a economia e para os direitos fundamentais dos cidadãos. Contudo, existe também o lado reverso: tudo o que é desfavorável para um político é, imediatamente, apelidado de fake news, mesmo que muitas vezes a factualidade em causa seja verdadeira, servindo a acusação de falsidade apenas para deslegitimar e atacar o prestígio do órgão de comunicação social que a publicou.

Como base para o presente trabalho será necessário começar por alcançar uma definição de fake news. Para tal, entende-se como apropriado começar por explicar quais são as características tradicionais apontadas às mesmas, seguindo-se, naturalmente, a exposição dos conceitos mais vezes confundidos com as fake news; a saber: i) desinformação; ii) misinformação; iii) malinformação. Terminado este trabalho prévio será, então, tempo de avançar com a proposta de definição pela qual se irá reger o presente estudo.

O grande problema das fake news é que as mesmas afetam, em última medida, uma grande conquista histórica da nossa civilização, e uma das bases da “democracia ocidental liberal”, o Estado de Direito Democrático, princípio esse que é inclusivamente reconhecido pela União Europeia como sendo um valor fundamental da mesma. Ora, as fake news lesam o Estado de Direito Democrático porque afetam um dos seus corolários: o direito a eleições livres. Devido à influência das mesmas sobre a vontade dos eleitores, corrompendo a mesma, podemos correr o risco de o sufrágio deixar de funcionar; isto porque o eleitor, quando vota para escolher os seus representantes políticos, fá-lo com a vontade viciada, existindo um erro entre a vontade real e a vontade declarada no voto ou, dito de outro modo, o eleitor vota num sentido em que não votaria caso não tivesse sido exposto às fake news. É este o grande problema colocado pelas fake news; no âmbito do direito civil existem meios para anular um negócio quando a vontade declarada não

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade Lusíada de Lisboa. Doutorando em Direito na Universidade Lusíada de Lisboa. Investigador do CEJEIA.

corresponde à vontade real mas, no contexto eleitoral, é pura e simplesmente impossível anular um voto “viciado”. Consequentemente, e como o sufrágio é uma condição de legitimidade dos governantes, os governantes eleitos serão ilegítimos, bem como, por extensão, todas as suas decisões.

As fake news são, não poucas vezes, publicadas sob o escudo da liberdade de expressão. Levantam-se, assim, duas questões: i) se a liberdade de expressão protege a elaboração de fake news e; ii) se a liberdade de expressão pode, de algum modo, ser restringida para salvaguardar o Estado de Direito e o direito a eleições livres. Deste modo, impõe-se a análise do âmbito da liberdade de expressão e os limites da mesma. Da jurisprudência do TEDH é desde logo possível retirar que: i) embora a liberdade de expressão seja central para uma sociedade democrática a mesma pode ser restringida de forma a assegurar esse mesmo carácter democrático da sociedade; ii) as restrições à liberdade de expressão devem ser interpretadas de forma restritiva, visto que uma restrição exagerada à liberdade de expressão seria um perigo para uma sociedade democrática e; iii) o dano que a liberdade de expressão pode provocar quando exercida online é superior ao dano provocado offline.

Passando para o direito interno português, são três os ramos de direito que, de algum modo, erguem limites à liberdade de expressão: o direito constitucional, o direito civil e o direito penal. Começando pelo direito constitucional, a liberdade de expressão aparece consagrada no n.º 1 do artigo 37.º da CRP, sendo que o n.º 3 desse mesmo artigo já coloca alguns limites à mesma, remetendo para o direito penal e contraordenacional. A doutrina e a jurisprudência salientam que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, podendo ser impostas restrições à mesma de forma a evitar abusos, sendo necessário obter a concordância prática dos bens em colisão. Como os valores que se visam salvaguardar são alguns dos mais fundamentais para o ordenamento jurídico (o direito a eleições livres e, de forma reflexa, o Estado de Direito Democrático), a sua salvaguarda justificará, de acordo com o princípio da proporcionalidade, maiores restrições à liberdade de expressão. Para além disto, fica excluído do âmbito de proteção concedido pela liberdade de expressão qualquer direito a elaborar e a disseminar fake news. Passando agora ao direito civil, também não existe qualquer direito a elaborar e disseminar fake news, sendo essas ações suscetíveis de originar, nos termos do artigo 484.º do CC, responsabilidade civil. Já no atinente ao direito penal, os bens jurídicos que, à partida, justificam restrições à liberdade de expressão são a honra, a privacidade, a paz pública e o Estado de Direito. Salvo melhor entendimento, nenhum dos crimes existentes para proteger estes bens jurídicos consegue efetuar uma tutela adequada contra as fake news. Embora muita doutrina se dedique à possibilidade de subsumir as fake news aos crimes contra a honra, nomeadamente à difamação, entendemos que esta abordagem não é a mais correta, visto que o objetivo de quem elabora ou dissemina a fake news não é atingir a honra de um qualquer político, mas sim a viciação da vontade do eleitorado, surgindo a lesão do referido bem jurídico apenas como um meio para atingir esse fim. Entendemos ser ainda apropriado analisar outro crime, o de fraude e corrupção de eleitor, nomeadamente a modalidade prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 341.º do CP, visto ser este o tipo que entendemos como estando mais próximo de providenciar uma tutela adequada contra as fake news, sendo assim ser uma boa base para um qualquer tipo legal de crime a construir no futuro. Uma chamada de atenção merecem ainda as deep fakes, realidade muito mais recente do que as fake news, mas para as quais entendemos existir uma tutela penal adequada, isto por meio do crime de falsidade informática, previsto e punido no n.º 3 do artigo 3.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

Entrando na parte do estudo dedicada às reflexões, entendemos que face aos perigos que as fake news suscitam para o ordenamento jurídico, mediante a colocação em crise de

alguns dos seus bens jurídicos fundamentais, é legítimo o recurso ao direito penal, e que uma qualquer pena aplicada como punição pela elaboração ou difusão de fake news cumprirá com todas as exigências de prevenção que deve cumprir a sanção penal, sendo especialmente relevantes as finalidades de prevenção geral. Por fim, impõe-se ainda a conclusão de que, neste momento, não existe no ordenamento jurídico português qualquer norma penal a que sejam subsumíveis as fake news sendo necessário como tal, uma inovação legislativa para prever este fenómeno.