



Direito Penal I

3.º Ano – TB Dia / 2022-2023

Regência: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

Colaboração: Mestre João Matos Viana, Mestre David Silva Ramalho e Lic.ª Inês Vieira Santos

Exame de Coincidências – Época Normal – 25 de janeiro de 2023 – 16h30

90 minutos

“Teorias da conspiração”

1. Por recear o impacto que a disseminação de desinformação na Internet possa ter na vida geral em sociedade e, em particular, no processo eleitoral, a Assembleia da República aprovou, através da Lei n.º Y/2022, de 4 de novembro, a “Lei de Combate à Desinformação na Internet”. No artigo 28.º daquele diploma, incluído no Capítulo dedicado às “Disposições sancionatórias”, prevê-se e pune-se o seguinte:

Artigo 28.º

“Disseminação de teorias da conspiração”

“Quem, durante período eleitoral, por meio de tecnologias de informação, divulgar, disseminar, fomentar, publicamente apoiar ou atestar a veracidade de teorias da conspiração, é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

Aprecie a conformidade constitucional desta incriminação (5 valores).

2. Após a entrada em vigor da lei, Fernando, jornalista do semanário *A Folha de Vila Velha*, publicou uma reportagem com o título “*QAnon, Lizard People e Terra plana: teorias da conspiração ou vislumbre de verdade?*”, onde explicava em que consistia cada um destes fenómenos e entrevistava adeptos e opositores dos mesmos. Orgulhoso da sua reportagem, Fernando digitalizou-a e enviou-a por *WhatsApp* para Amélia, sua mãe.

Sem prejuízo da resposta à questão anterior, poderia Fernando responder pelo crime p. e p. no artigo 28.º da “Lei de Combate à Desinformação na Internet”? (4 valores).

3. Imagine que, no dia 2 de dezembro, o Governo aprovava uma alteração à referida disposição, que a modificava nos seguintes termos:

Artigo 28.º

“Disseminação de teorias da conspiração”

“Quem, durante período eleitoral, ~~por meio de tecnologias de informação~~, divulgar, disseminar, fomentar, publicamente apoiar ou atestar a veracidade de teorias da conspiração, *em publicação diretamente acessível a 5 ou mais pessoas*, é punido com pena de prisão até ~~1 ano~~ 2 anos ou pena de multa até ~~120~~ 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

Sem prejuízo da resposta dada à questão anterior, imagine agora que Fernando fora entretanto acusado pelo Ministério Público pelo crime previsto na versão anterior desta disposição, por ter enviado cópia da reportagem para o grupo de *WhatsApp* que tinha com três amigos seus.

No dia 15 de dezembro, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da nova disposição.

Pode Fernando ser punido pela prática do referido crime? (5 valores)

4. Sem prejuízo do que respondeu anteriormente, imagine agora que Fernando acabaria por ser julgado e condenado a 1 ano de prisão pela prática do crime p. e p. pelo artigo 28.º da “Lei de Combate à Desinformação na Internet”, por força da publicação e envio à sua mãe da reportagem referida na questão 2.

Na sentença, o juiz decidira não suspender a execução da pena por entender que “*em regra a pena é para ser cumprida na prisão, só assim não sucedendo quando o agente demonstre ter interiorizado o mal da sua conduta, o que aqui não sucedeu, com o Arguido sempre a invocar a sua inocência*”. Acrescentou à sua fundamentação que a não suspensão da execução da pena se deve à “*necessidade de dar o exemplo, para que as pessoas comecem a pensar duas vezes antes de aderirem a tudo o que é teoria da conspiração*”.

Comente este segmento decisório (4 valores).

Ponderação global: 2 valores.

Critérios de correção

1. A apreciação de constitucionalidade da incriminação exige que se considerem os critérios de legitimação da intervenção penal, no âmbito problemático do conceito material de crime.

O primeiro momento desse controlo será apurar se a incriminação tutela um bem jurídico ou valor digno de tutela penal (a resposta é valorizada se for mencionada doutrina relevante a propósito da legitimidade da tutela penal).

Ao punir a difusão de “*teorias da conspiração*” durante “*período eleitoral*”, o legislador parece querer tutelar o direito à liberdade de informação do cidadão, enquanto eleitor, previsto no artigo 37.º, n.º 1, da CRP, na medida em que o direito a ser informado poderá implicar proteção contra a desinformação, assim como a integridade e liberdade do processo eleitoral, enquanto corolário do princípio do Estado de Direito democrático, uma vez que a propagação de desinformação poderá influenciar ilegitimamente o resultado eleitoral.

Contudo, não só não se afigura evidente, considerando a definição típica da conduta, qual o bem jurídico ou valor a tutelar com a incriminação, como, mesmo que se entenda que será um dos que acima se referiu, tal não bastaria para legitimar constitucionalmente a incriminação.

Em primeiro lugar, porque a incriminação em causa viola o princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP), na modalidade de lei certa, por falta de precisão e determinabilidade. Ao não definir em que consistem as ditas “*teorias da conspiração*”, nem oferecer quaisquer critérios para que o intérprete o faça, a lei penal deixa de ser imediatamente compreensível e, como tal, torna-se inapta a

prossequir a função de garantia do Direito Penal, *i.e.*, de orientar comportamentos. Ao cidadão deixa de ser possível, com base no enunciado normativo, apreender o comportamento proibido e motivar-se pela norma (a resposta é valorizada se for mencionada doutrina ou jurisprudência relevante a propósito da lei certa). Uma incriminação desta natureza ofende o princípio da tipicidade por a norma não assegurar as exigências de clareza, previsão e determinabilidade constitucionalmente exigidas, mas também o princípio da culpa, por não orientar suficientemente o agente para as condutas efetivamente proibidas, além de fazer perigar, na sua aplicação concreta, o princípio da separação de poderes, uma vez que atribui ao julgador margem de definição do âmbito de incriminação da norma, o que constitui função da Assembleia da República.

Em segundo lugar, e ainda relacionado com o primeiro, uma restrição não suficientemente determinada, e, claro, desproporcional, do direito à liberdade de opinião e de expressão, representa uma violação do próprio artigo 37.º da CRP, em particular do seu n.º 2, que proíbe qualquer forma de censura, em conjugação com o disposto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP. De resto, como o próprio Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já afirmou que *“o artigo 10.º da Convenção por si não proíbe a discussão ou disseminação de informação recebida mesmo se se suspeitar fortemente que essa informação possa não ser verdadeira. Sugerir o contrário privaria as pessoas do seu direito a expressar os seus pontos de vista e opiniões sobre afirmações feitas na comunicação social e colocaria uma restrição desrazoável à liberdade de expressão, prevista no Artigo 10.º da Convenção”* (Salov c. Ucrânia).

Em terceiro lugar, é possível encontrar alternativas à criminalização daquelas condutas, que, sendo menos gravosas, serão mais eficazes na proteção da liberdade de informação em processo eleitoral. É o caso, por exemplo, do desenvolvimento de políticas de consciencialização e ensino à triagem de informação por parte do cidadão. Daqui resulta que a incriminação viola também a exigência de carência de pena, corolário da natureza fragmentária, subsidiária e de *ultima ratio* do Direito Penal, nos termos do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

2. A questão a que cabe responder prende-se com a análise da subsunção da conduta de Fernando na nova incriminação, o que convoca os critérios e limites da interpretação da lei penal e da fronteira com a integração analógica proibida, nos termos do disposto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP, e 1.º, n.º 3, do CP.

Concretamente no que respeita à publicação da reportagem, Fernando não poderia responder pela prática da nova incriminação, uma vez que a mesma prevê expressamente que o facto seja praticado “*por meio de tecnologias de informação*”. A circunstância de o legislador ter previsto a incriminação no contexto específico da Internet, e de ter vinculado a sua execução àquele meio, significa que o seu objeto se limita àquele âmbito, pelo que qualquer aplicação do crime à imprensa em papel entraria no domínio da integração analógica proibida.

Já no que respeita ao envio da reportagem digitalizada a Amélia, sua mãe, a questão poderá ser diferente. De facto, sendo o *WhatsApp* uma aplicação que funciona através da Internet, parece que a conduta de Fernando cabe no texto da lei, uma vez que efetivamente *divulgou* o seu conteúdo a terceiro. Assim sendo, na análise da subsunção do facto no tipo, o intérprete encontrar-se-á já dentro do limite permitido pela interpretação: o da letra da lei.

No entanto, a interpretação da norma não se limita ao texto da lei, mas antes deverá ser teleologicamente comandada, ou seja, determinada à luz do fim almejado pela norma. Deve também ser funcionalmente justificada, e, portanto, adequada à função que os conceitos assumem no sistema.

Ora, da norma em causa parece que resultar que o seu propósito é evitar a disseminação de “*teorias da conspiração*” perante os eleitores, para proteger a integridade do processo eleitoral, no sentido de evitar que os eleitores formem o seu sentido de voto com base em *factos* falsos. Não só a reportagem de Fernando não é suscetível de produzir o resultado que a norma quer evitar, na medida em que se limita a divulgar em que consistem as ditas da teoria da conspiração e a expor diferentes pontos de vista sobre as mesmas, no exercício da liberdade de informação, como o envio à sua mãe é inapto a produzir aquele resultado, sendo, por isso, o facto desprovido de qualquer tipo de ofensividade para os interesses que em tese se pretendiam tutelar por via da norma em causa.

3. Em primeiro lugar, não havendo informação no enunciado sobre se o Governo legislou ao abrigo de uma autorização parlamentar, importa começar por assinalar que a norma em causa violava a reserva de lei prevista no artigo 165.º, al. c), da CRP que determina que a “[d]efinição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos” é da exclusiva competência da Assembleia da República

ou do Governo, mediante autorização daquele órgão. Embora se desconheça se foi essa a razão da declaração de inconstitucionalidade, é de admitir que possa ter sido.

Em segundo lugar, havendo uma sucessão de leis penais, parece que a L2, apesar de agravar a pena, será concretamente mais favorável a Fernando, uma vez que cria um requisito adicional – a divulgação perante 5 ou mais pessoas – que exclui a sua conduta do âmbito da incriminação, devendo por isso ser aplicável a Fernando, nos termos do disposto no artigo 29.º, n.º 4, CRP.

Contudo, sendo a L2 inconstitucional, coloca-se o problema da relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável. A doutrina não é unânime no tratamento a dar a estes casos.

Uma primeira orientação sustenta que a lei penal inconstitucional, precisamente por padecer desse vício, não terá produzido quaisquer efeitos e, como tal, juridicamente nunca teria revogado a L1. Assim, a L2 nunca poderia ser aplicada pelos tribunais, uma vez que a determinação da lei válida precederia a análise do problema da sucessão temporal de leis penais.

Uma outra orientação sustenta a aplicação da lei penal mais favorável inconstitucional, ainda que posterior. Numa linha argumentativa, a L1 não seria aplicável ao caso, na medida em que a sua repristinação equivaleria materialmente à aplicação retroativa de lei penal incriminadora. A seguir-se este entendimento, Fernando não poderia ser punido. Numa outra linha argumentativa, tal solução seria aplicada por exigência do princípio do Estado de Direito nas suas vertentes de segurança jurídica, de confiança da comunidade no Direito dimanado dos órgãos legítimos do Estado e, principalmente, por respeito ao princípio da igualdade em matéria de ressalva do caso julgado (comparação entre casos julgados formados depois da entrada em vigor de L2 mas antes da declaração de inconstitucionalidade e casos julgados formados depois da entrada em vigor de L2 e depois da declaração de inconstitucionalidade). Em linha com este entendimento, seria aplicável ao caso a L2, de que resultaria a não punição de Fernando.

Na medida em que a L2, que vem a ser declarada inconstitucional, não vigorava no momento da prática do facto, não há possibilidade de reconduzir o caso em apreço a uma situação de erro não censurável sobre a ilicitude (artigo 17.º, n.º 1, CP), como defende Rui Pereira para as hipóteses em que há necessidade de tutela das expectativas legítimas dos agentes quanto à aplicação da lei mais favorável que vem

a ser declarada inconstitucional (o que só sucederá precisamente quando tal lei – na aparência – vigora no momento da prática do facto).

4. A decisão merece censura, quer pela medida da pena, quer, acima de tudo, pela decisão de não suspensão da sua execução.

Do artigo 70.º CP resulta que a suspensão da execução da pena é a regra e não a exceção, já que o legislador optou expressamente pela aplicação de penas substitutivas da prisão (como sucede com a suspensão da pena de prisão, nos termos do artigo 50.º CP), desde que verificados os pressupostos formais e, claro, que a pena realize de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. Perante a verificação do pressuposto formal de a pena aplicada não ser superior a 5 anos, haveria apenas que verificar se, atendendo às circunstâncias do caso, é possível formular um juízo de prognose favorável quanto ao comportamento futuro de Fernando, o que pressupõe que sejam consideradas razões de prevenção especial positiva, que atribuem prevalência à ressocialização em liberdade (artigo 40.º).

Das circunstâncias de facto do presente caso não parecem resultar especiais exigências de prevenção geral – se é que cabe ao julgador, no momento da fixação do *quantum* e da espécie da pena, atender a considerações de prevenção geral, uma vez que estas cabem essencialmente ao legislador –, desde logo por força do teor aparentemente neutro do artigo de Fernando, do reduzido grau de perigosidade da conduta e do seu modo de execução, traduzido no seu envio a apenas um destinatário.

A fundamentação do tribunal, em particular no segundo segmento citado, parece assentar em razões de prevenção geral negativa (de intimação geral), que não encontra sustento nas finalidades da pena reconhecidas pelo nosso sistema jurídico-penal (artigos 40.º, 50.º e 70.º CP).

Do mesmo modo, o facto de Fernando reiterar a sua inocência não permite formular um prognóstico desfavorável quanto à eventual reincidência de Fernando, para os efeitos do artigo 50.º CP. O que esta norma exige não é que haja uma mudança interior do agente, o que sempre atentaria contra a sua dignidade, mas sim que, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, seja de concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

A pena a aplicar deveria, por isso, ser uma pena não privativa de liberdade, concretamente uma pena de multa (prevista como pena alternativa no crime em causa, beneficiando ainda da preferência afirmada no artigo 70.º CP), em medida próxima do respetivo mínimo legal (artigo 47.º CP).