



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

FAKE NEWS: O COMBATE À DESINFORMAÇÃO EM LARGA ESCALA X A HIPER
CRIMINALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL

Rafaella François Nunes

Rio de Janeiro
2021

RAFAELLA FRANÇOIS NUNES

FAKE NEWS: O COMBATE À DESINFORMAÇÃO EM LARGA ESCALA X A HIPER
CRIMINALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

FAKE NEWS: O COMBATE À DESINFORMAÇÃO EM LARGA ESCALA X A HIPER CRIMINALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL

Rafaella François Nunes

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - não há dúvida de que a disseminação de *fake news* é um problema da sociedade informacional atual, na medida em que essas notícias influenciam e manipulam a opinião pública em assuntos como economia, política e saúde. A conduta inviabiliza o pleno exercício da cidadania e ofende o bem jurídico do direito à informação. Pretende-se analisar no presente trabalho a compatibilidade entre o direito à liberdade de expressão e a criminalização das *fake news*, passando pelo exame de projetos de lei sobre o assunto e pelos princípios do direito penal. A essência do trabalho é verificar se a criação de um tipo penal específico é o meio adequado, necessário e proporcional para coibir a prática, de acordo com as balizas impostas ao *jus puniendi* estatal.

Palavras-chave - Direito Penal. Liberdade de expressão. *Fake News*. Criminalização.

Sumário – Introdução. 1. A relevância jurídica das *fake news* e sua conceituação adequada conforme os parâmetros da limitação do bem jurídico penalmente relevante. 2. A compatibilidade entre as iniciativas de criminalizar as *fake news* e os princípios e as garantias constitucionais. 3. A eficácia da criminalização das *fake news* para a prevenção e repressão da conduta. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é expor o impacto das *fake news* na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto refletir se a criminalização da conduta deve ser considerada meio adequado e necessário para sua prevenção e repressão, considerando o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal.

A disseminação de *fake news* na sociedade em rede cria um cenário de incerteza sobre a idoneidade do que se vê e lê, e a absorção desse conteúdo traz consequências políticas, econômicas e sociais, o que faz surgir no âmbito jurídico a discussão sobre formas de coibir a prática, sobretudo na esfera penal.

Para que se dê o tratamento jurídico adequado ao fenômeno, as *fake news* foram conceituadas como documentos que veiculam informação falsa por qualquer meio capaz de dar aparência verdadeira ao conteúdo de cuja falsidade seu produtor ou aquele que compartilha têm ciência, logo, o fenômeno depende da intenção de enganar os destinatários. Nesse cerne, se reconhece que a conduta de criar e divulgar *fake news* ofende diretamente o bem jurídico do

acesso à informação, que é um direito fundamental ao exercício pleno da cidadania.

Em seguida, é abordado o aparente conflito entre a regulamentação das *fake news* e a liberdade de expressão no contexto do Estado Democrático de Direito. Isso pois, ainda que goze de *status* de direito fundamental, a liberdade de expressão está sujeita a certos tipos de controle quanto a seu exercício e pode, em alguns casos, sofrer limitações perante outros direitos fundamentais como o a informação, a vida privada, a honra e a imagem. Nesse sentido, são apresentadas algumas iniciativas legislativas atuais que buscam tratar do assunto, mas ainda não foram aprovadas.

Por fim, tendo em vista que a criminalização é frequentemente apontada como meio de prevenir e combater a manipulação de informações, será feita uma análise da aplicabilidade do direito penal ao fenômeno. Recorrer a essa área do direito revela o maior nível de reprovabilidade social da conduta, e a intolerância do ordenamento em relação a seus efeitos. No entanto, o direito penal é orientado pelo princípio da intervenção mínima, considerado a *ultima ratio* jurídica, chamado a atuar somente quando as outras áreas forem incapazes de coibir a prática. Assim, optar pela criação de tipos penais pode significar o reconhecimento precipitado do fracasso dos outros ramos do direito em solucionar o problema.

Como se trata de um fenômeno recente, há ainda o risco de o legislador procurar atender ao clamor social criando novos tipos penais e usando o direito como um instrumento de pacificação social. O desvirtuamento dos fins do direito penal somente reforçará a impunidade e o desrespeito à legislação. Portanto, o que se pretende defender é a desnecessidade e inadequação da criação de tipos penais autônomos como mecanismo de prevenção e repressão às *fake news*.

Tratando dos procedimentos metodológicos, é necessário estabelecer um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade à pesquisa desenvolvida, a fim de garantir que ela traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que a pesquisadora identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado. A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, já que a pesquisadora mapeia a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação e doutrina – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com sua linha argumentativa.

1. A RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS *FAKE NEWS* E SUA CONCEITUAÇÃO ADEQUADA CONFORME OS PARÂMETROS DA LIMITAÇÃO DO BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE

O acesso à informação é um aspecto basilar do Estado democrático de Direito, pois viabiliza o exercício pleno da cidadania e permite a formação da opinião pública sobre diversos assuntos, sobretudo os de ordem social, econômica e política. Na medida em que um conteúdo é absorvido, os indivíduos moldam seus pensamentos e formam convicções que definirão suas atitudes no contexto social, suas crenças políticas, preferências partidárias, entre outros traços.

Através do que é divulgado as notícias têm a capacidade de condicionar a opinião popular sobre variados temas, por isso é comum que exaltem apenas um ponto de vista¹. No contexto da sociedade em rede, a expansão dos meios de comunicação trouxe uma tendência à manipulação da informação como ferramenta de persecução de interesses, construindo visões deturpadas de questões fundamentais à sociedade, o que confere identidade e legitimidade para muitas ações na vida pública, com sérios riscos à democracia.

Todo esse processo produz uma degradação do debate público e prejudica o uso da razão, na medida em que o apontamento de evidências e fatos para se chegar à verdade por via de método crítico perde lugar para a desinformação².

Atualmente, o formato mais frequente e relevante de manipulação da informação é a criação e disseminação de notícias falsas, fenômeno que se popularizou mundialmente mediante o uso da expressão *fake news*. As *fake news* são um tema controverso, uma vez que na prática esse termo é volátil, ou seja, é utilizado para se referir a diferentes situações, e essa falta de clareza dificulta a identificação dos danos causados e das soluções jurídicas adequadas. Não obstante os obstáculos, é fundamental realizar um recorte do termo para, então, se discutir e desenvolver ferramentas para combater o fenômeno.

De acordo com o Dicionário de Cambridge, *fake news* são histórias falsas que têm aparência de notícias, espalhadas pela internet ou por outras mídias, e normalmente criadas para influenciar opiniões políticas ou na forma de piadas³. Contudo, para fins de abordar a

¹ ROCHA, Marília; ROSENZWEIG, Patrícia. *A mídia e a formação da opinião pública*. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Centro-Oeste, 18, 2016, Goiânia. Disponível em: <<https://www.portalintercom.org.br/anais/centrooeste2016/resumos/R51-0102-1.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

² ROCHA, Igor Tadeu Camilo. Fake news e fundamentalismo como formas de ver o mundo. *Carta Capital*, Brasil, 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/03/12/fake-news-e-fundamentalismo-como-formas-de-ver-o-mundo/>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

³ FAKE NEWS. In: *Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

necessidade, adequação e viabilidade de regulamentação jurídico-penal para combater as *fake news* é preciso conceituá-las sob uma ótica menos ampla.

Por essa razão, destarte, os sites humorísticos devem ser colocados dentro da categoria da ficção e da arte, e excluídos da área informativa em que as *fake news* pretensamente se inserem. Considerar brincadeiras e notícias de cunho sensacionalistas como parte do conceito jurídico de *fake news* significaria minimizar o fato de que essas são um risco à democracia. Assim, seria deslegitimado qualquer tratamento jurídico que objetivasse combatê-las, e o que se pretende é justamente reconhecer a legitimidade da regulamentação.

Em segundo lugar, o termo *fake news* é comumente usado estrategicamente no meio político com o objetivo de descredibilizar uma informação que se sabe ser verídica, o que banaliza o termo. Por fim, é importante estreitar o uso técnico do termo pois, caso fossem admitidas as acepções amplas, haveria o risco de promover indevidas limitações à liberdade de expressão, cedendo espaço ao autoritarismo, à arbitrariedade e à censura.

Nesse sentido, Torres et al⁴. enuncia “a definição popular de *fake news* passou recentemente por uma transformação. O termo *fake news* é agora comumente aplicado a notícias enganosas, maliciosamente espalhadas por meios que imitam fonte de notícias legítima”.

Assim, o conceito que aqui se propõe abarca como *fake news* aquelas notícias que resultam de uma ação deliberada de produzir e compartilhar conteúdo falso, e não de fatores como a incompetência ou a irresponsabilidade dos jornalistas na forma como trabalham as informações fornecidas pelas fontes⁵, ou na falha de conferência da veracidade dessas. Estariam excluídas do termo *fake news*, portanto, aquelas situações em que o produtor do conteúdo ou quem o compartilhou não soubesse ou não tivesse como saber da falsidade da informação, e, nesse sentido, não agiu com má-fé e dolo de produzir e espalhar informações falsas por publicações na internet.

No que se refere à delimitação adequada, se importa a lição de Meneses⁶, assim, *fake news* consistem em documentos que veiculam informação falsa, e podem ser produzidas em forma de texto, foto, vídeo, documento ou qualquer outro meio capaz de dar aparência verdadeira ao conteúdo de cuja falsidade seu produtor ou aquele que compartilha têm ciência.

⁴ TORRES, Russel; GERHART, Natalie; NEGAHBAN, Arash. Epistemology in the Era of Fake News: An Exploration of Information Verification Behaviors among Social Networking Site Users. *ACM Digital Library*, V. 49, n° 3. 2018. “The popular definition of fake news has recently undergone a transformation. The term fake news is now commonly applied to deceptive news stories, maliciously spread by outlets that mimic legitimate news source”. Disponível em: <<https://dl.acm.org/citation.cfm?id=3242734.3242740>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁵ MENESES, João Paulo. Sobre a necessidade de conceptualizar o fenómeno das fake news. *Observatório Special Issue*, 2018. Disponível em: <<http://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/1376/pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁶ Ibidem.

Para se caracterizar esse fenômeno seria necessária a intenção de enganar os destinatários⁷, ou seja, aquele que elabora ou compartilha a notícia usa de artifícios para dar aparência de verdadeiro a um conteúdo que sabe que, pelo menos parcialmente, trata-se uma mentira e deliberadamente o corrobora por meios de comunicação, ou pela internet, ou pelas redes sociais. A impressão de credibilidade da fonte é fator crucial para a eficácia das *fake news*, determinando a influência das pessoas em várias dimensões.

Uma vez conceituadas as *fake news*, a análise da viabilidade da criminalização da conduta depende de pressupostos materiais mínimos que atraiam a tutela penal, sendo inicialmente necessário definir qual seria o bem jurídico lesionado ou sob ameaça de lesão por essa prática. Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal refletem os valores e interesses fundamentais para a vida em sociedade, de acordo com os princípios e normas constitucionais de um Estado. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁸ afirmaram que bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam. Os direitos fundamentais balizam as prestações positivas e negativas no contexto do Estado Democrático de Direito, impondo, em alguns casos, a atuação no sentido de proteger bens penalmente relevantes, e, em outros casos, determinando a abstenção de agir.

Para fins de definir o bem jurídico a ser tutelado por normas incriminadoras de *fake news* é basilar considerar o impacto social negativo da conduta, o que significa dizer que a proteção penal somente será legitimamente atraída quando necessária e adequada à prevenção e repressão da conduta. A criação de tipos penais também está condicionada à aferição da ofensividade da conduta, pois a mera imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se os pressupostos para uma convivência pacífica não forem lesionados⁹.

A seleção e definição dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal são orientadas pela necessidade de proteger certas relações e valores da sociedade. A evolução dos meios de comunicação e a expansão das *fake news* faz surgir uma nova demanda socialmente relevante, o que pode justificar a intervenção do Estado através do *ius puniendi*. Nessas circunstâncias, o bem jurídico violado é o direito à informação, que está amparado pela Constituição Federal que dispôs em seu artigo 5º, XIV, no sentido de que é assegurado a todos o acesso à informação e

⁷ Ibidem.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 397.

⁹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53.

resguardado o sigilo das fontes, quando necessário ao exercício profissional.

O direito à informação deve ser observado em seus dois aspectos, quais sejam, a liberdade de informar e a de ser informado¹⁰. Nesse sentido, a coletividade tem o direito de ser informada de forma integral, clara e verídica, para o consciente exercício das liberdades públicas e da cidadania participativa.

Persiste, contudo, a questão que o tratamento penal das *fake news* teria como o foco a falsidade dos conteúdos, o que traz à baila outros problemas, como os mecanismos de averiguação da própria falsidade, a dificuldade de comprovar o dolo do agente e a individualização das condutas. Na prática, diante do escasso detalhamento das propostas legislativas, seria necessário que a doutrina sugerisse parâmetros para viabilizar a aplicação da norma, sob pena de ter um tipo penal vazio, o que pode levar a arbitrariedades e prejudicar a segurança jurídica.

A partir daí é possível iniciar o debate sobre a consonância entre a vedação dessa prática e a liberdade de expressão, ambas no contexto do Estado Democrático de Direito e de um Direito Penal que obedeça a princípios limitadores de uma tendência autoritária.

2. A COMPATIBILIDADE ENTRE AS INICIATIVAS DE CRIMINALIZAR *FAKE NEWS* E OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal reservou um capítulo específico para tratar da comunicação social, nos artigos 220 a 224¹¹, que disciplinam a liberdade de expressão, imprensa e a censura. Nesse cenário, se estabeleceu uma relação de reciprocidade entre a democracia e a liberdade de imprensa, uma vez que essa ganhou proteção constitucional e passou a gozar da garantia de não ser embaraçada por qualquer dispositivo legal.

Todo direito fundamental reflete uma opção do Estado, no sentido de ultrapassar a

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 245-246.

¹¹ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Artigo 220. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...) § 3º Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 5.250*, de 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

esfera ética-moral valorativa para o campo jurídico, materializando princípios que norteiam todo o ordenamento. A liberdade de expressão é um direito fundamental positivado na Constituição, necessária à existência digna do ser humano, e que, em regra, impõe ao Estado um dever de abstenção; contudo, isso não a coloca em um patamar hierarquicamente superior aos demais direitos e princípios constitucionais.

A liberdade de informação e expressão do pensamento eleva a notícia ao status de bem coletivo, cuja fruição pode ser múltipla¹², ou seja, por toda a sociedade. Nesse sentido, Alexandre de Moraes¹³ explanou que o direito de receber informações verdadeiras se dirige a todos os cidadãos, com o fim de fornecer subsídio para formação de convicções relativas a assuntos públicos. Assim, a informação no ambiente virtual é um dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, e deve ser segura, séria e imparcial, assegurando que destinatários absorvam conteúdo verídico e estejam inteirados de todas as circunstâncias.

Essa argumentação pode conduzir à falsa conclusão de que a liberdade de expressão e o direito à informação estejam em conflito direto, devendo-se escolher um ou outro. Contudo, nenhum direito fundamental se sobrepõe absolutamente aos demais, devendo ser realizada ponderação conforme o caso. Em alguns cenários a liberdade de expressão estará sujeita a certos tipos de controle quanto a seu exercício, e poderá sofrer limitações perante outros direitos fundamentais como a vida privada, a honra e a imagem, além de ser regulada por leis específicas e pela própria Constituição. O direito à informação, por via transversa, não pode ser usado como ferramenta de inviabilização da liberdade de informação e expressão.

A primeira vez que a legislação brasileira abordou o assunto da publicação e divulgação de notícias falsas foi na Lei nº 5.250/1967¹⁴, conhecida como Lei de Imprensa. Em seu artigo 16, a lei criminalizava a conduta de:

Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem: I – perturbação da ordem pública ou alarma social; II – desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica; III – prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município; IV – sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro. Pena: De 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região. (...)”.

A referida lei foi criada no contexto ditatorial, refletindo a lógica da censura, e após a

¹² COELHO, Denian Couto. A Informação-notícia como bem jurídico. *Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba, ago. 2014, p. 24.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 162.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 5.250*, de 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

promulgação da Constituição Federal atual passou a ser criticada por se mostrar uma ameaça à liberdade que ela própria objetivava proteger. Contra ela foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF¹⁵ para discutir a constitucionalidade da Lei, cujo relator foi o Ministro Carlos Ayres Britto. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal considerou que a referida lei não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 ante sua incompatibilidade com os ideais democráticos.

No acórdão, os ministros destacaram que a lei contrariava o vigente regime alargado de liberdade da imprensa, no qual esse direito está sujeito apenas às restrições de exercício que figuram no próprio texto constitucional. Ainda segundo o Tribunal, é preciso assegurar primeiramente o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a livre e plena manifestação do pensamento, da criação e da informação para, somente depois, cobrar do ofensor eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.

Mais recentemente já houve outras tentativas de criminalização da distribuição de *fake news*, por meio de projetos de lei, sendo o primeiro deles o Projeto de Lei nº 6.812/2017¹⁶, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly, que visa a tipificação criminal nos seguintes moldes:

Art. 1º Constitui crime divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica. Penal- detenção de 2 a 8 meses e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa. Art. 2º Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o artigo primeiro serão creditados à conta do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – CFDD.

Além dele, foi apresentado o Projeto de Lei nº 8.592/2017¹⁷, que propõe a inclusão no Código Penal do artigo 287-A, prevendo o crime de divulgação de informação falsa, com pena de detenção de 01 a 02 anos. Segundo o autor do projeto, ainda que o boato não tenha como alvo uma pessoa em específico, ele pode atentar contra a paz pública caso tenha gerado pânico na população por alertar para um perigo inexistente. O referido projeto foi apensado àquele de número 6.812/2017 e atualmente aguarda decisão do Relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130/DF*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <[tp://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411)>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.812/2017*, de 02 de fevereiro de 2017. Recentemente apensado ao Projeto de Lei nº 2630/2020, que Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1522471&filename=PL+6812/2017>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹⁷ BRASIL. *Projeto de Lei nº 8.592/2017*, de 13 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1597578&filename=PL+8592/2017>. Acesso em: 10 jun. 2021.

Há ainda o Projeto de Lei do Senado nº 473/2017¹⁸, de autoria do senador Ciro Nogueira, que pretende acrescentar ao Código Penal o artigo 287-A, tipificando a conduta de divulgação de notícia falsa, *in verbis*:

Art. 287-A - Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante. Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

Dois questões que se colocam em frente à análise dessas propostas de criminalização são: como será feita análise do dolo do autor e quais os critérios para verificar a corrupção da verdade. A ingerência estatal com a criação desse tipo penal pode representar um risco à saúde da democracia caso esses parâmetros não sejam bem delimitados. No que se refere à liberdade de expressão, enuncia Celso Ribeiro de Bastos¹⁹:

Trata-se da liberdade de que desfruta o indivíduo, amparada pela Constituição, de se expressar livremente, sem perturbar, porém, os direitos legítimos dos demais. São direitos decorrentes desta faculdade a liberdade à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, garantida pela proibição de censura e da licença... é na área da liberdade de expressão de pensamento que ao longo da história vem-se travando uma batalha entre o autoritarismo estatal e a liberdade individual. A censura tem sido a negação deste direito.

A partir desse trecho, retira-se que a regulamentação legal das *fake news* não pode, per se, ser vista como uma forma de censura, porque nenhum dos projetos de lei mencionados prevê a completa negação do direito à livre expressão, tampouco impõe a análise da veracidade do conteúdo antes do compartilhamento. Considerando que a conduta de manipulação deliberada da verdade é praticada contra o direito à informação, à cidadania a coletividade, não merece se beneficiar da proteção constitucional dada à liberdade de expressão. De fato, o que se propõe não é controlar previamente o que pode ou não ser criado e compartilhado, mas sim estabelecer uma baliza ao exercício da liberdade quando ele se dirigir à disseminação de notícias sabidamente falsas, cujo objetivo é enganar os destinatários.

O exercício imoderado do direito à liberdade de expressão pode levar ao abuso lesivo, atingindo tanto pessoas individualmente consideradas quanto a sociedade em geral. As *fake*

¹⁸ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 473/2017*, de 29 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7313311&ts=1613699114269&disposition=inline>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 338.

news podem tanto espalhar mentiras sobre um assunto ou grupo, em que os sujeitos são indeterminados, quanto sobre um indivíduo específico. Quando a vítima da notícia pode ser identificada, a divulgação de *fake news* pode configurar crime contra a honra (calúnia, injúria ou difamação, a depender do caso concreto). Nesses casos, as informações distorcidas têm o objetivo de destruir a reputação de um indivíduo, assim, tem-se a honra como direito violado, cuja proteção está prevista no art. 5º, inciso X da CRFB²⁰, o qual estabelece a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Os crimes contra a honra dependem da determinação do sujeito passivo, porque a ação penal respectiva é, em regra, privada, ou seja, depende de queixa da vítima. Isso significa que não são a opção mais adequada para coibir e criminalizar a prática das *fake news*, afinal, há situações em que o dano não pode ser individualizado, aquelas nas quais as *fake news* pretendem ludibriar toda a coletividade, atingindo o interesse público e a sociedade. Nesse cenário, o direito difuso da população de receber informações verdadeiras é lesado pela desinformação em assuntos como saúde, segurança pública, economia nacional e política.

Uma vez delimitado o conceito de *fake news* e reconhecido o direito à informação verídica como o bem jurídico que eventual norma incriminadora tutelaria, é preciso reconhecer que o Estado fica diante de um dilema. Deve optar entre o risco democrático decorrente da criação de tipos penais criminalizando as *fake news*, e aquele que deriva do silêncio legislativo e que permite a reiteração da prática. É inegável que o compartilhamento de notícias falsas é uma realidade que tende a aumentar exponencialmente, o que pode justificar a necessidade da intervenção penal.

3. A EFICÁCIA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS *FAKE NEWS* PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA CONDUTA

Considerando que a conduta de *fake news* ofende o bem jurídico do direito à informação, no viés de direito da coletividade a receber informação integral, clara e verídica, observa-se o dano social causado pela prática. O exercício do *jus puniendi* estatal deve ser exercido nos limites do interesse da manutenção da paz social e da preservação do bem jurídico, e tem como ponto de partida os valores emanados da Constituição Federal.

²⁰ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Artigo 5º, inciso X. “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

Assim, o reconhecimento do impacto social causado pela manipulação deliberada de informações não é o bastante para justificar a atuação do direito penal para coibir a prática, sendo mister realizar uma análise mais profunda. Para tanto, destaca-se que a criação de tipos penais incriminadores está condicionada a princípios que norteiam o direito penal, como a legalidade, a ofensividade da conduta, a intervenção mínima, a fragmentariedade e a subsidiariedade. No mais, o conteúdo da norma penal se orienta pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Destarte, o princípio da legalidade confere limites à aplicação arbitrária do direito penal e é dotado de essência expansiva, inaugurando outros princípios de maciça relevância. Logo, ainda que uma conduta seja socialmente reprovável, somente há que se falar em punição amparada pelo Estado caso exista previsão legal²¹, assim, esse corolário limita o poder punitivo do Estado, na medida em que veda o uso das normas como manifestação da vontade de agentes políticos, asseverando um cunho de abstração e imparcialidade.

Além disso, no que se refere aos princípios, é fundamental importar o conceito de ofensividade, que tem respaldo no artigo 13 do Código Penal²², o qual enuncia não existir crime sem resultado. O resultado exigido nesse cenário não é o naturalístico, e sim o jurídico, ou seja, a ofensa ao bem jurídico tutelado, que se deve expressar numa lesão ou perigo concreto de lesão. Isso posto, de acordo com o princípio da ofensividade, a mera subsunção da conduta à letra da lei não é suficiente para esgotar o juízo de tipicidade, pois é imprescindível que se observe a afetação do bem jurídico.

Portanto, esse princípio preconiza que não haverá crime quando a conduta não tiver pelo menos oferecido um perigo real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico²³, uma vez que nesse caso estaria excluída a tipicidade em sentido material. No contexto da criminalização das *fake news* surgiria a necessidade de o aplicador do direito verificar a ocorrência de um perigo comprovado ou uma lesão efetiva ao bem jurídico do direito coletivo à informação. Logo, na prática, caberia ao judiciário a análise do atingimento do bem jurídico conforme o caso concreto, na ocasião do julgamento de acusados de crime relacionado a *fake news*.

Outro princípio orientador da inovação legislativa penal é o da intervenção mínima,

²¹ Ibidem. Artigo 5º, XXXIV. “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

²² BRASIL. *Código Penal*. Artigo 13. “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

²³ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Conceito de delito à luz da Constituição Federal de 1988. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 11, fev. 2013, p. 15-28. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/140>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

que atua como limitador do poder do Estado, no sentido de que o Direito Penal somente intervirá para garantir a proteção de um bem jurídico quando nenhum outro ramo do direito puder fazê-lo. Assim, caso outras ferramentas de controle social e jurídico se mostrem incapazes de prevenir e reprimir a conduta, a resposta penal seria admitida. Enuncia Massom²⁴:

A intervenção mínima tem como destinatários principais o legislador e o intérprete do Direito. Àquele, recomenda moderação no momento de eleger as condutas dignas de proteção penal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Somente deverão ser castigados aqueles que não puderem ser contidos por outros ramos do Direito.

A intervenção mínima dialoga diretamente com o princípio da fragmentariedade, segundo o qual o Direito Penal não encerra um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por este meio indispensável de tutela jurídica²⁵. É correto aduzir que todo ilícito penal atinge também outros ramos do direito, contudo, o raciocínio inverso não é verdadeiro, pois há condutas ilícitas em sentido amplo que não são consideradas ilícitos penais. Nesse sentido, a tutela penal somente seria atraída como último recurso para proteção do bem jurídico, caso os demais ramos do direito não tenham encontrado mecanismos capazes de atingir esse objetivo.

A intervenção mínima e a fragmentariedade ainda se relacionam com o princípio da subsidiariedade, que se caracteriza pela projeção no plano concreto. Isso é, em sua atuação prática, o direito penal somente se legitima quando os demais meios disponíveis já tiverem sido empregados, sem sucesso, para a proteção do bem jurídico²⁶. Considerado a *ultima ratio*, o direito penal somente será convocado como um soldado reserva, quando houver efetiva necessidade, uma vez que as condutas delituosas não puderem ser dirimidas por outras áreas do direito.

As *fake news* são um fenômeno recente e que evolui exponencialmente em termos de replicação graças ao uso da tecnologia, e o processo legislativo brasileiro é lento e incapaz de acompanhar essa mudança, logo, não é possível decretar de plano o fracasso dos outros ramos do direito no combate ao problema. Nesse cerne, inicialmente seria preciso criar mecanismos de prevenção e combate às *fake news* por meio da educação tecnológica e do direito civil-constitucional. Somente diante da inaptidão desses recursos seria atraída a tutela penal, graças ao caráter subsidiário que esse ramo do direito possui.

Mais um princípio a ser considerado na análise da possível criminalização das *fake*

²⁴ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: Parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010, p. 34.

²⁵ *Ibidem*, p. 36.

²⁶ *Ibidem*, p. 37.

news é a proporcionalidade, cujo papel é efetuar ponderação abstrata de princípios em conflito, destinada a regular a generalidade das pessoas e dos casos. A adequação, um dos elementos que compõem a proporcionalidade, segundo Alexy²⁷, orienta o conteúdo do postulado com o objetivo de dizer se uma medida representa o meio certo para se atingir um fim. Aliada a esse aspecto, analisa-se a necessidade da medida, ou seja, para ser legítima, a restrição de direitos deve ser imprescindível, e limitá-los de modo menos gravoso possível.

Finalmente, cumpre abordar a proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual se a finalidade pode ser atingida de outras formas, menos incisivas, deve sê-lo. Por isso, ainda que o meio seja adequado para atingir um fim desejado, e mesmo que não exista outro modo de atingi-lo, é preciso analisar se o benefício obtido é mais importante que o sacrifício do bem.

As iniciativas precipitadas de criminalização refletem o que a doutrina chama de direito penal simbólico, que consiste numa utilização inadequada do direito penal, na qual o legislador procura atender ao clamor da sociedade criando novos tipos penais, agravando as penas ou enrijecendo regimes de cumprimento. O direito penal simbólico age como instrumento de pacificação social, tornando a lei uma ferramenta política, o que colabora com a exacerbada criação de leis e deixa a desejar no que se refere a real função da instrumentalidade penal.

Por fim, ainda que se reconheça a importância de tutelar do bem jurídico do direito à informação, é precipitado e equivocado concluir que a solução para o problema das *fake news* é a criação de um tipo penal incriminador. Isso porque os princípios que norteiam o direito penal, quando aplicados às condutas de criar e disseminar de *fake news*, revelam que é preciso limitar o alcance do *jus puniendi*, de maneira a impor ao Estado um dever de abstenção na criação do tipo penal.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa objetivou abordar o fenômeno da disseminação de *fake news* como decorrência da sociedade em rede e a influência que exercem na formação da opinião pública. Constatou-se como problemática inicial a necessidade conceituar *fake news*, para, superada a volatilidade do termo, dotá-lo de viés normativo.

Partiu-se da definição do termo como notícias que resultam de uma ação deliberada de produzir e compartilhar conteúdo falso, excluídas as situações em que o produtor ou compartilhador do conteúdo não soubesse ou tivesse como saber da falsidade da informação.

²⁷ ALEXY, Robert. *The Construction of Constitutional Rights*. Law & Ethics of Human Rights, v. 4, 2010, p. 21-32.

Foram expostos em seguida os pressupostos materiais mínimos da tutela penal, de forma a definir qual seria o bem jurídico afetado ou sob ameaça de lesão decorrente da conduta. Considerando o direito à informação, consignou-se que a coletividade tem direito ser informada de maneira integral, clara e verídica, de modo a viabilizar o exercício da cidadania.

Em seguida, diante da análise de projetos de lei que visam tratar da matéria, foi abordada a compatibilidade entre a liberdade de expressão e a vedação às *fake news*, sob a perspectiva da ponderação dos direitos envolvidos. Nesse sentido, rejeitou-se a visão da regulamentação legal da questão como uma forma de censura, e reconheceu-se que a manipulação deliberada de informação não merece gozar da proteção constitucional conferida à liberdade de expressão.

Por fim, foi exposto que o direito penal é orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que revela seu caráter de *ultima ratio*. Isso é, recorrer à criação de um tipo penal para criminalizar *fake news* significa reconhecer precipitadamente a impossibilidade de solucionar a questão por outros ramos do ordenamento jurídico. Além disso, o direito penal tem caráter subsidiário e a sucessiva criação de novos tipos penais nem sempre traz a resposta adequada no sentido de reprimir a conduta, o que pode esvaziar a lei penal.

No mais, constatou-se que as iniciativas de criminalização são reflexo do chamado direito penal simbólico, que se materializa na utilização inadequada do direito penal ao passo que transforma a lei em uma ferramenta política com o objetivo de atender ao clamor social. Dessa forma, a criminalização das *fake news* é precipitada e extrapola os limites do *jus puniendi* estatal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Roberto. *The Construction of Constitutional Rights*. Law & Ethics of Human Rights, v. 4, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BEZERRA, Clayton da Silva Bezerra; AGNOLETO, Giovani Celso. *Combate às Fake News. Doutrina e prática (A visão do Delegado de Polícia)*. São Paulo: Posteridade, 2019.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. *Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130/DF*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <[tp://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411)>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 6.812/2017*, de 02 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1522471&filenome=PL+6812/2017>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 8.592/2017*, de 13 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1597578&filenome=PL+8592/2017>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 473/2017*, de 29 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7313311&ts=1613699114269&disposition=inline>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de; KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. *O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (fake news)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

COELHO, Denian Couto. A Informação-notícia como bem jurídico. *Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba, ago. 2014.

DEROSA, Cristian. *A Transformação Social – como a mídia de massa se tornou uma máquina de propaganda*. 2. ed. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.

DEROSA, Cristian. *Fake News – quando os jornais fingem fazer jornalismo*. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *Fake News agora dá cadeia no Brasil – TV LFG*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0CMxF36R2Vs&t=1s>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

FAKE NEWS. In: *Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Conceito de delito à luz da Constituição Federal de 1988. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 11, p. 15-28, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/140>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: Parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

MENESES, João Paulo. Sobre a necessidade de conceptualizar o fenómeno das fake news. *Observatório Special Issue*, 2018. Disponível em: <<http://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/1376/pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ROCHA, Igor Tadeu Camilo. Fake news e fundamentalismo como formas de ver o mundo. *Carta Capital*, Brasil, 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/03/12/fake-news-e-fundamentalismo-como-formas-de-ver-o-mundo/>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ROCHA, Marília; ROSENZWEIG, Patrícia. *A mídia e a formação da opinião pública*. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Centro-Oeste, 18, 2016, Goiânia. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/centrooeste_2016/resumos/R51-0102-1.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Russel; GERHART, Natalie; NEGAHBAN, Arash. *Epistemology in the Era of Fake News: An Exploration of Information Verification Behaviors among Social Networking Site Users*. *ACM Digital Library*, V. 49, nº 3. 2018. Disponível em: <<https://dl.acm.org/citation.cfm?id=3242734.3242740>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Genrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.