



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TIPIFICAÇÃO PENAL DA CONDUTA DE
DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS NA INTERNET

Gabriel Ferreira Ribeiro Gomes

Rio de Janeiro
2018

GABRIEL FERREIRA RIBEIRO GOMES

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TIPIFICAÇÃO PENAL DA CONDUTA DE
DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS NA INTERNET

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

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2018

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TIPIFICAÇÃO PENAL DA CONDUTA DE DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS NA INTERNET

Gabriel Ferreira Ribeiro Gomes

Graduado pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.
Advogado.

Resumo – o fenômeno da divulgação de notícias falsas, as chamadas *fake news*, ganhou corpo com o advento das redes sociais e aplicativos de comunicação. A conduta apresenta evidente perigo, contribuindo para a desinformação, e sendo capaz, até mesmo, de influenciar a opinião pública em eleições governamentais. Diante da discussão de combate a tal fenômeno, emergiu no Congresso Nacional alternativas pela via penal. A essência desse trabalho é abordar os projetos de lei que tipificam a conduta de divulgação de notícias falsas, analisando-os em face da Constituição Federal, princípios do direito penal e da criminologia; abordando ainda soluções alternativas de prevenção ao problema.

Palavras – chave – Direito Penal. Direito constitucional. Tipificação penal. Inconstitucionalidade. Liberdade de expressão. Direito à informação. Soluções alternativas.

Sumário – Introdução. 1. A incompatibilidade em face dos direitos constitucionais à liberdade de expressão e à informação. 2. Compatibilidade da tipificação da conduta com os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, e preceitos de política criminal. 3. Alternativas de combate e desincentivo à propagação de notícias falsas na internet. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo concluir sobre a inconstitucionalidade da potencial tipificação penal da conduta de divulgação de notícias falsas na internet. Considera-se as peculiaridades e fundamentos dos projetos de lei que tratam do tema, bem como a velocidade e dinamização da realização de tal conduta, exponencialmente potencializada pelo advento das redes sociais.

Procura-se comprovar que a criminalização, como forma de prevenção de tal tipo de conduta, colide frontalmente com princípios norteadores do Direito Penal e da Constituição da República Federal.

A análise de constitucionalidade, proposta por este trabalho, vai além da mera observação de congruência ou não com a Carta Maior, mas percorre os limites de aplicação do Direito Penal, observando a sua eficiência como mecanismo de prevenção de condutas indesejáveis, e os perigos de seu uso de forma populista.

Sem discordar da lesividade da conduta que se quer criminalizar, nem dos perigos inerentes à sua prática, busca-se, ainda, observar mecanismos alternativos, menos danosos e mais eficazes, no que tange tal prevenção, estejam eles dentro ou fora do âmbito jurídico.

Assim, inicialmente, no primeiro capítulo deste artigo, analisa-se a conformidade da criminalização de tal conduta com os preceitos positivados na Constituição Federal de 1988. Comtempla-se, especialmente, os princípios da liberdade de expressão e o direito constitucional à informação, demonstrando como os projetos de lei, que encontram na criminalização a solução para o problema, agridem o núcleo de tais princípios.

No segundo capítulo, averigua-se a compatibilidade da tipificação da conduta com os princípios norteadores do Direito Penal, principalmente quanto à intervenção mínima (subsidiariedade) e fragmentariedade. Aborda-se, ainda, os limites de alcance de tal área do Direito, observando a sua eficiência como mecanismo de proteção da incolumidade dos bens jurídicos essenciais, e os problemas de se fazer uso do chamado populismo penal.

Por fim, no terceiro capítulo, identifica-se alternativas aos projetos de lei que buscam tipificar a conduta de divulgação de notícias falsas, observando as soluções que já existem no arcabouço jurídico brasileiro. Neste sentido, examina-se alternativas no âmbito de políticas públicas.

Como metodologia, por meio de raciocínio indutivo, com a análise detida da doutrina, precedentes dos Tribunais superiores e projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, será possível alcançar uma conclusão sobre o tema. Com isso, tem-se que se trata de uma pesquisa qualitativa.

1. A INCOMPATIBILIDADE EM FACE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À INFORMAÇÃO

O primeiro capítulo deste artigo tem como objetivo demonstrar a incongruência da criminalização da conduta de criação e divulgação de notícias falsas em face dos direitos constitucionais à liberdade de expressão e à informação.

Para isso, primeiramente, os direitos serão dissecados, de modo a demonstrar sua importância para o regime constitucional de 1988. Posteriormente, usando como objeto o Projeto

de Lei nº 6812/2017¹, que tramita na Câmara dos Deputados; e o Projeto de Lei do Senado nº 473/2017², será feita uma análise objetiva quanto à compatibilidade de tais projetos com os direitos supracitados.

O direito à liberdade de expressão e o direito à informação, foram positivados como cláusulas pétreas na Constituição da República de 1988, mais especificamente nos incisos IV, V, IX, XII e XIV do artigo 5º combinados com os artigos 220 e 224.

O tratamento protetivo dado a tais direitos, marca a superação da sistemática do período ditatorial civil-militar, que, fazendo uso da censura, inibia toda sorte de mensagem contrária ao regime vigente.

Além de diversos métodos informais, a escalada da censura no governo civil-militar se deu, primeiramente com a instituição de Lei de imprensa³, em 1967; que sob justificativa de regulação da liberdade de expressão, impunha restrições a tal direito. Posteriormente, a Lei de Segurança Nacional⁴, em 1969; sob justificativa de proteção da ordem do Estado de Direito, agravou, ainda mais, as restrições à liberdade de manifestação. O auge da contenção a tal direito, contudo, se deu com o Decreto-Lei nº 1.077, de 26 de janeiro de 1970⁵, que instituiu a censura prévia.

Dentro do contexto da promulgação da Carta Constitucional de 1988, que marca o processo de redemocratização, a doutrina e jurisprudência brasileira passou a dar maior valor as liberdades individuais, mostrando menos tolerância a eventuais restrições a que possam ser submetidas. Isso porque os direitos humanos fundamentais têm como garantidor geral da sua efetivação o regime democrático. Este, por sua vez, quanto mais é desenvolvido e ampliado, mais potencializa o crescimento, também, da liberdade⁶.

¹BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.812, de 2017*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²Idem. *Projeto de Lei do Senado nº 473, de 2017*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

³Idem. *Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁴Idem. *Decreto-Lei nº 314, de 13 de março 1967*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-314-13-marco-1967-366980-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁵Idem. *Decreto-Lei nº 1.077, de 26 de janeiro 1970*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1077.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁶AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 234

Conforme ensina José Afonso da Silva⁷ em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, ao tratar, especificamente, sobre a liberdade de comunicação, existem princípios básicos que a regem:

[...] (a) [...] não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo por que se exprimam; (b) nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; (e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de autorização, concessão ou permissão do Poder Executivo federal, sob controle sucessivo do Congresso Nacional [...] (f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente ser objeto de monopólio [...]

Nessa toada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem demonstrando dar maior importância à proteção do direito à liberdade de expressão.

Em regra, a Corte adota jurisprudência defensiva no que tange reclamação calcada em violação de fundamentos de sua decisão. É a chamada intranscendência dos motivos determinantes. Tal regra, contudo, é excepcionada justamente quando se depara com violação à liberdade de comunicação, visando, frear o ativismo antiliberal que, por muitas vezes, resiste nas varas e tribunais brasileiros.⁸

A despeito da expansão da proteção à tal preceito fundamental, de fato, não se trata de um direito absoluto. É evidente o conflito diário de seu exercício com preceitos também positivados constitucionalmente, principalmente no que tange os inerentes à personalidade, como o direito à intimidade, à privacidade e à honra.

Por tal motivo, o próprio legislador constitucional estipulou no texto original da Constituição da República de 1988 restrições a tal princípio, quais sejam, o direito de resposta (art. 5º, V); vedação ao anonimato (art. 5º, IV); restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, §4º); classificação indicativa (art. 21, XVI); dever de respeitar a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X).

Na seara infraconstitucional, muitos são as tentativas, também, de sanear as externalidades advindas de potenciais abusos no exercício deste direito.

⁷Ibid., p. 243-244

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl* nº 22328. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo822.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

Com a recente proliferação de criação e divulgação de notícias falsas, potencializadas pelas redes sociais, ligou-se o alerta para os prejuízos sociais que podem ser gerados, principalmente em processos decisórios de grande relevância, como é o caso das eleições de 2018.

Nesse contexto, surgiram o Projeto de Lei nº 6812/2017 e o Projeto de Lei do Senado nº 473/2017. Tais projetos, de maneira muito semelhante, impõem pena de detenção e multa para aquele que divulgar ou compartilhar notícias falsas, buscando pela seara penal resolver os exponenciais problemas gerados pelas *Fake News*.

Ressalta-se que a solução trazida pelo legislador ordinário não se sustenta diante de uma análise de constitucionalidade. A velocidade da disseminação de informações e a grande dificuldade de identificação dos autores não só colocam em cheque a efetividade da medida, como expõe o direito à liberdade de expressão às tentativas equivocadas de torna-la efetiva.

É bem verdade que a incapacidade do Estado de identificar, processar e julgar todos os delitos praticados na sociedade, resulta em uma seletividade no sistema criminal, que expõe os grupos sociais mais vulneráveis.

Tal seletividade seria intensificada diante das dificuldades de efetivação de leis que criminalizam a conduta em tela, visto que eventual esforço em seu cumprimento, recairia principalmente em tais grupos, ameaçando o manto de proteção de suas liberdades fundamentais.

Ademais, outro problema, seria o de clarear a zona cinzenta da definição do que é, de fato, “notícia falsa”. Tal indeterminação, obviamente, resultaria em insegurança jurídica, cujo efeito pode se materializar na inibição da exteriorização do livre pensamento.

Nas palavras de Marco Antônio da Costa Sabino⁹ em artigo publicado pelo JOTA:

[...] quando um anteprojeto de lei como o que hoje será discutido no Conselho de Comunicação Social surge, a censura sorri. Ela, censura, que é sempre dissimulada, nunca se apresenta como tal, queda escondida. Fica sempre à espreita, aguardando por uma oportunidade de disfarçar-se e capturar um pretexto tema para, então, agir [...]

Portanto, eventual imposição de sanções criminais no que tange as *fake news* resultará em risco real de violações aos direitos de liberdade de expressão e informação, abrindo perigosas

⁹SABINO, Marco Antônio da Costa. *Fake news: a censura sorri no canto da sala* Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fake-news-censura-sorri-no-canto-da-sala-05032018>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

fissuras para que a censura volte a tomar espaço, embaraçando, ainda mais, o Estado Democrático de Direito.

2. COMPATIBILIDADE DA TIPIFICAÇÃO DA CONDOTA COM OS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, FRAGMENTARIEDADE, E PRECEITOS MODERNOS DE POLITICA CRIMINAL

Em um primeiro momento, neste capítulo, será explicitado o que se entende, na melhor doutrina, sobre o princípio da intervenção mínima, princípio da fragmentariedade e sobre política criminal. Posteriormente, os projetos de lei aqui expostos serão analisados em face aos conceitos apresentados, de maneira a concluir sobre sua compatibilidade com eles ou não.

O princípio da legalidade, importante corolário do direito penal, não é suficiente, por si só, para frear o avanço do arbítrio estatal, visto que, teoricamente, não impediria a positivação de penas atentatórias a integridade humana. Neste sentido, o princípio da última ratio, também chamado de intervenção mínima, aparece como orientador da legalidade no sentido de apenas permitir a criminalização de determinada conduta quando se tem como único meio necessário para a preservação do bem jurídico tutelado.¹⁰

Portanto, havendo maneiras menos gravosas, em outros ramos do direito, de se restabelecer ou coibir o atentado ao bem jurídico protegido, como, por exemplo, na seara civil ou administrativa; a via penal deve ser preterida.¹¹

Como leciona Reinhart Maurach¹², em sua obra *Tratado de Derecho Penal*: “(...) na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a última ratio legis, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para manutenção da ordem jurídica.”

A racionalidade de tal princípio se dá, principalmente, no evidente dano social e marginalização causada pelo castigo penal, que coloca em perigo a própria existência social do afetado.¹³

¹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 72.

¹¹Ibid, p. 72 - 73

¹²MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 31

¹³ROXIN, Claus et al. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 23.

O princípio da fragmentariedade, por sua vez, deriva dos princípios da legalidade e da intervenção mínima. O direito penal deve se limitar a tutelar os bens jurídicos mais importantes, contra as ações mais graves, se ocupando, por isso, de apenas parte dos bens protegidos pelo ordenamento jurídico.¹⁴

Deste ponto decorre seu caráter fragmentário, visto que faz uma tutela seletiva do bem jurídico a ser protegido, abrangendo o que se mostra efetivamente relevante, buscando repelir o que é indiscutivelmente grave.¹⁵

Como ensina Eduardo Medeiros Cavalcanti¹⁶, em sua obra *Crime e sociedade complexa*:

[...] o significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E neste âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal [...]

Ademais, não é demais explicitar que o caráter fragmentário do Direito Penal se evidencia em três vertentes: primeiramente na defesa do bem jurídico contra ataques de gravidade extraordinária, com a exigência de tendências e intenções, bem como excluindo punibilidade em alguns casos de prática imprudentes; em segundo, positivando apenas condutas que outras searas do Direito reconheçam como antijurídica; por fim, excluindo da punição condutas consideradas tão somente imorais, pela sociedade.¹⁷

Portanto, impõe-se o princípio da fragmentariedade como freio do arbítrio punitivo do Estado, no sentido de excluir da tipificação penal as condutas que não são tão graves e perigosas, em face de bens jurídicos de relevância questionável.¹⁸

No que tange à política criminal, trata-se do conjunto de recomendações e princípios para mudança do sistema criminal, em reação às mudanças sociais e demonstrações empíricas que advém da atuação dos atores envolvidos na feitura e aplicação do direito penal.¹⁹

As discussões sobre política criminal classificam-se em três categorias, quais sejam, eventos indesejáveis que, supostamente, poderiam ser controlados pela criminalização; problemas criados

¹⁴BITENCOURT, op.cit., p. 75

¹⁵PRADO, Régis. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 52

¹⁶CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e sociedade complexa*. Campinas: LZN, 2005, p. 302

¹⁷CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p.72

¹⁸BITENCOURT, op. cit., p. 76

¹⁹BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 34

na sociedade pelo sistema penal; e problemas internos das organizações pertencentes ao sistema penal.²⁰

Difícilmente as três categorias são levadas em consideração quando da discussão sobre criminalização. Principalmente por influência do sensacionalismo de cobertura dos meios de comunicação, as distorções problemáticas causadas pelo sistema penal são muitas vezes subvalorizadas e os custos sociais da criminalização, subestimados.²¹

Segundo Heleno Fragoso²², em sua obra *Lições de direito penal*:

[...] uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais [...]

Uma política criminal congruente com os princípios do direito penal e da Constituição da República Federal de 1988 busca, primordialmente, frear o poder punitivo do Estado, acoplando o máximo possível fora do direito penal as condutas antissociais que podem ser repelidas menos drasticamente por outras áreas do direito.

Deve-se ainda observar racionalmente os custos sociais criados pela criminalização, bem como as limitações das organizações pertencentes ao sistema penal.

Ademais, não se pode deixar de lado o fato de que em uma sociedade caracterizada pela estratificação social, o bem jurídico pautado pelo direito penal tem caráter de classe.²³ Neste sentido, não só se protege valores sociais escolhidos pela classe dominante, como sua aplicação pratica contribui para reprodução de tais relações sociais, contribuindo para tal dominação.

Portanto, haja vista o arcabouço teórico acima explicitado, a tipificação penal da conduta de disseminação de notícias falsas na internet não se coaduna com os princípios da última ratio, da fragmentariedade, muito menos com a o entendimento moderno de política criminal.

O bem jurídico tutelado, como advém da justificativa do Projeto de Lei nº 6812/2017²⁴, da Câmara dos Deputados; e do Projeto de Lei nº 473/2017²⁵, do Senado Federal, é a honra e o direito

²⁰HULSMAN, Louk y otros. *Criminologia critica y control social el poder punitivo del estado*. Rosario: Juris, 1993, p. 82-83

²¹Ibid, p. 83

²²FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17

²³FREYRE, Alonso R. Peña Cabrera. *Bien jurídico y relaciones sociales de producción*, In Debate penal, nº2, Lima: Idemsa, 1987, p. 139.

²⁴BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁵Idem. op. cit., nota 2.

difuso a informação. Apesar da inegável relevância de tais bens, é certo que sua proteção não se coaduna com a fragmentariedade penal. Tanto a gravidade de tal conduta quanto a relevância do bem jurídico estão em posição distante de condutas atentatórias a bens jurídicos como vida, integridade física e patrimônio, por exemplo, cuja importância justifica a proteção da lei penal.

Não há, ainda, compatibilidade com o princípio da última ratio penal, haja vista que a tutela penal não se mostra como único meio possível para repelir a conduta, havendo mecanismos menos gravosos e mais eficientes em outras searas do direito, como a do direito civil. Ressalta-se que tais hipóteses e soluções serão explicitadas no capítulo posterior desta obra.

Por fim, é notório que os projetos de lei supracitados não enquadram na definição moderna de política criminal aqui explicitada.

Primeiramente, não há qualquer pesquisa empírica anexada a tais projetos que os justifiquem como políticas públicas eficientes para prevenir o crime que se propõe. Ora, mostra-se temerário alargar o poder punitivo do Estado, na contramão dos objetivos da Constituição da República, sem que se desobrigue do ônus de provar a sua real efetividade e necessidade.

Ademais, mostra-se completamente temerário e desproporcional que se arrisque uma gravosa medida, de efetividade duvidosa, deixando a sociedade a mercê dos negativos efeitos sociais causados pela criminalização.

Por fim, tem-se que o efeito de tal medida, dentro de um sistema seletivo como é o sistema penal, e dos problemas inerentes às instituições integrantes do sistema criminal, importaria no fortalecimento e reprodução das relações sociais de uma sociedade estratificada, como a brasileira, contribuindo para dominação das classes preponderantes em desfavor dos setores sociais mais vulneráveis.

3. SOLUÇÕES ALTERNATIVAS AO COMBATE ÀS FAKE NEWS

Neste capítulo serão apresentadas soluções de combate ao fenômeno de proliferação de notícias falsas, buscando-se alternativas menos drásticas e mais eficientes do que a dos projetos de lei aqui apresentados.

Para isso, em um primeiro momento, será feita uma breve digressão acerca da origem do problema e de suas implicações. Posteriormente, serão apresentadas possíveis soluções já veiculadas por especialistas no tema.

Primeiramente, é de suma importância explicitar que segundo pesquisa do Observatório da Imprensa, 70% dos brasileiros se informam pela rede social *Facebook*.²⁶ Tal dado mostra que é imperioso para o debate, sobre o tema aqui discutido, destrinchar o funcionamento desta e de outras redes sociais.

Os conteúdos compartilhados pelos usuários das mais diversas redes sociais são filtrados por um algoritmo, que, guardadas diferenças pontuais, funcionam de maneira semelhante. O critério basicamente leva em conta a afinidade, peso de cada tipo de conteúdo e tempo²⁷.

Tal modo de funcionamento dos algoritmos acaba gerando o chamado filtros-bolhas, cuja definição Eduardo Magrani²⁸ apresenta em sua obra *Democracia Conectada*:

[...]conjunto de dados gerados por todos os mecanismos algoritmos utilizados para se fazer uma edição invisível voltada à customização da navegação on-line. Em outras palavras, é uma espécie de personificação dos conteúdos da rede, feita por determinadas empresas como o Google, através de seus mecanismos de busca, e redes sociais como o *Facebook*, entre diversas outras plataformas e provedores de conteúdo[...]

É evidente que a bolha limita a diversidade da proliferação de conteúdo, visto que restringe o usuário a um universo de notícias postadas por pessoas as quais já tinha afinidade ideológica.²⁹

Outro importante dado, apurado pelo Datafolha, expõe que 44% dos eleitores no Brasil utilizam o aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp* para ler informação de cunho político e eleitoral³⁰.

É inegável que a democratização dos meios de comunicação trouxe amplitude para o debate e liberdade de expressão, não devendo ser, neste ponto, passível de críticas.

Ainda, a quebra da lógica de escolha das grandes mídias tradicionais acerca do conteúdo a ser publicado, foi um grande avanço para a liberdade de informação.

²⁶ROBERTO JUNIOR, Paulo. *Cerca de 70% dos brasileiros ativos no Facebook se informam pela rede social*. Disponível em <<http://observatoriodaimpresa.com.br/enoticias/cerca-de-70-dos-brasileiros-se-informam-pelofacebook/>>. Acesso em: 07 out. 2018.

²⁷BRANCO, Sergio. *Fake News e os caminhos para Folha da Bolha*. Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/08/sergio-fakenews>. Acesso em: 12 out. 2018

²⁸MAGRANI, Eduardo. *Democracia Conectada: a Internet como Ferramenta de Engajamento Político-Democrático*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 118

²⁹BRANCO, op. cit., nota 27

³⁰MARÉS, Chico e BECKER, Clara. *O (in)acreditável mundo do WhatsApp*. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/10/17/whatsapp-lupa-usp-ufmg-imagens/>>. Acesso em: 22 out. 2018

De outro lado, o que se viu foi o aumento da proliferação de informações inverossímeis, propiciada pela própria arquitetura das redes sociais. O excesso de informação a que se está sujeito nas redes sociais impede o usuário de ler propriamente todas as notícias, verificar a veracidade das informações e emitir opiniões razoáveis sobre o tema.

Por tal fato, é estimado que mais de metade dos usuários de redes sociais compartilham notícias sem sequer ler o conteúdo.³¹ É nesse contexto que se proliferam as chamadas *fake news*.

A proliferação de notícias falsas de modo intencional se opera de forma sofisticada na rede, utilizando a lógica dos algoritmos a seu favor. Basicamente, diversos robôs (*bots*) controlando perfis falsos são programados para rastrear *hashtags* de usuários sobre determinado tema, como, por exemplo, a rejeição a um partido político. Após a identificação de tais usuários, os *bots* passam a enviar para eles notícias falsas acerca do tema, que vem a ser compartilhadas na bolha ideológica de sua rede social.³²

Existe ainda um grande mercado por trás de tais condutas, haja vista que é possível arrecadar com anúncios que se hospedam no site, que remuneram com base na quantidade de compartilhamentos e cliques, quantias que variam de R\$ 100 mil a R\$ 150 mil por mês, dos quais até 50% ficariam com o intermediário e o restante com o criador do site.³³

O efeito de tal conduta pode ter dimensões de magnitude gigantesca. Muito se discutiu, nas últimas eleições americanas, acerca de sua influência para a eleição de Donald Trump, que vinha figurando em segundo nas pesquisas até as vésperas das eleições.³⁴ Tal fato ajudou a colocar a questão no centro do debate público, tornando ainda mais imperioso para o Brasil, pelo fato de 2018 ser ano de eleições presidenciais.

É evidente, portanto, que sejam pensados mecanismos para combater as mazelas do compartilhamento de notícias falsas, atentando-se à importância da democratização do acesso a informação e da liberdade de expressão.

³¹DIARIO DE PERNAMBUCO. *59% das pessoas compartilham links sem ler o conteúdo antes*. Disponível em http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/tecnologia/2016/06/17/interna_tecnologia,651049/59-das-pessoas-compartilhamlinks-sem-ler-o-conteudo-antes.shtml. Acesso em: 07. Out. 2018

³²ITAGIBA, Gabriel. *Fake News e Internet: esquema, Bots e Disputa pela Atenção*. Disponível em <https://itsrio.org/pt/publicacoes/fake-news-internet-esquemasbots-disputa-atencao/>. Acesso em: 07. Out. 2018

³³VICTOR, Fabio. *Como funciona a engrenagem das notícias falsas no Brasil*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859808-como-funciona-aengrenagem-das-noticias-falsas-no-brasil.shtml>. Acesso em: 07 out 2018

³⁴PARKINSON, Hannah Jane. *Click and elect: how fake news helped Donald Trump win a real election*. Disponível em <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/nov/14/fake-news-donald-trumpelection-alt-right-social-media-tech-companies>. Acesso em: 07 out 2018.

O direito não parece ser o caminho adequado para efetiva prevenção de tal fenômeno, seja pela criminalização ou imposição de regulações e indenizações em outras searas. A democratização do acesso à internet gerou um enorme e crescente contingente de usuários nas redes sociais, o que torna quase impossível o exercício de controle sobre o conteúdo postado.

O caminho mais seguro, por mais dificultoso que possa aparecer, é o da alfabetização digital (*media literacy*). Como leciona Sergio Branco³⁵ em artigo publicado pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro:

[...]é quase sempre por meio da educação e do uso responsável da tecnologia que logamos sair de um lugar para chegar a outro, melhor. Trata-se de um caminho longo, demorado e que demanda esclarecimento incessante e esforço coletivo em repudiar notícias falsas e estimular a busca por fontes alternativas e seguras de informação [...]

É imperioso que o Estado invista, no âmbito da educação pública, no ensino da distinção com mais clareza de informações falsas e verdadeiras, bem como na distinção do que é de fato uma publicação de notícia e um artigo de opinião. A educação digital deve ser o ponto central, onde todos os esforços devem ser envidados para o combate à divulgação de notícias falsas.

No âmbito das Escolas e Universidades devem ser discutidos de forma preponderante o tema, atentando, inclusive, para o ensino de análise metodológica de artigos científicos. É essencial, ainda, a criação de ambiente favorável e de incentivo às iniciativas de criação de entidades de checagem de fatos (*fact checking*), bem como sites especializados em elucidar boatos³⁶. Sites como o boatos.org, Aos Fatos (aosfatos.org), Agência Lupa (piaui.folha.uol.com.br/lupa/), Truco (<https://apublica.org/checagem/>), etc., cumprem papel essencial de verificação de informações e quebra de grandes ciclos de proliferação de *fake news*.

Por fim, uma medida que pode se mostrar eficiente é o envolvimento direto das plataformas, compondo junto com o Estado e a sociedade civil formas de revisão de seus termos de uso e políticas de privacidade a fim de coibir a utilização de robôs (*bots*) divulgadores de notícias falsas. Encontrando uma maneira eficiente de coibir tal prática, atacar-se-ia um ponto nodal em que a inteligência artificial opera em prol da desinformação.³⁷

³⁵BRANCO, op.cit., nota 27.

³⁶BRANCO, op.cit., nota 27

³⁷ITAGIBA, op. cit., nota 32.

Na Índia, por exemplo, após episódios de linchamentos motivados pela disseminação de notícias falsas, o WhatsApp adotou medidas de restrições do número de envio de mensagens. Neste sentido, a Agência Lupa propôs à plataforma que adote no Brasil, tendo em vista a problemática das eleições, medidas semelhantes, ainda que de forma temporária, estabelecendo limites para encaminhamento de mensagens, restrição de transmissões quanto ao número de contatos, além de limitação do tamanho de novos grupos³⁸.

CONCLUSÃO

Conforme analisado neste artigo, a disseminação de *fake news* é, de fato, um problema real na sociedade contemporânea. Tal problema ganhou corpo com a potencialização da comunicação pelo surgimento das redes sociais e aplicativos de celular.

O problema ganha novo significado no atual momento brasileiro de eleições presidenciais, visto que já se tem notícia de grupos organizados tendentes a disseminar notícias falsas e induzir o eleitor a erro, em movimento semelhante ao ocorrido nos Estados Unidos, com a eleição de Donald Trump.

Diante de tal cenário, foram analisados os projetos de lei que visam combater tal problema pela via da criminalização, quais sejam, Projeto de Lei nº 6812/2017, que tramita na Câmara dos Deputados; e o Projeto de Lei do Senado nº 473/2017.

Aferiu-se, primeiramente, que a criminalização da conduta não se sustenta diante de uma análise de constitucionalidade. Restam evidentes os potenciais danos à liberdade de expressão e os riscos de censura prévia.

A indeterminação da definição do que é *fake news*, resultaria em uma cláusula aberta e consequentemente perigosa insegurança jurídica, cujo efeito poderia se materializar na mácula ao livre pensamento.

Diante da escalada do discurso autoritário no Brasil, torna-se perigoso para as liberdades individuais dar carta branca ao Estado para repreender penalmente o indivíduo interpretando um conceito vago, em um tipo penal aberto.

Do ponto de vista do direito penal, demonstrou-se evidente violação aos princípios da intervenção mínima, bem como da fragmentariedade.

³⁸MARÉS e BECKER, op. cit., nota 30.

Criminalizar a disseminação de notícias falsas, como demonstrado, ignora a existência de maneiras menos gravosas de lidar com o problema, além de que não se mostrar medida proporcional frente à importância do bem jurídico tutelado.

Ademais, restou demonstrada a pouca efetividade da medida a luz da concepção moderna de política criminal, visto que não há qualquer base empírica que demonstre o seu sucesso na prevenção de crimes. Por tal motivo, não há justificativa para a ampliação do poder punitivo do Estado que, diante da seletividade de seu aparelho repressivo, culmina em efeitos sociais negativos.

Quanto às soluções alternativas ao problema, foram apresentadas maneiras menos drásticas do que eventual criminalização, esvaziando o discurso, calcado em populismo penal, de necessidade de tipificação.

Demonstrou-se que a via de atuação do Estado deve se dar por meio de políticas públicas voltadas, principalmente, à educação digital, visando desenvolver nas pessoas a habilidade de checagem de informações verdadeiras e falsas, distinguir notícias de artigos de opinião; bem como entender a metodologia de pesquisas empíricas.

As agências de checagem e sites especializados para elucidar boatos têm também a sua importância no tema, merecendo incentivo à sua expansão, e criação de ambiente favorável para a disseminação de novas iniciativas.

A atuação conjunta do Estado, sociedade civil e plataformas de redes sociais para eliminar atuação de robôs (*bots*) divulgadores de notícias falsas, se mostram, também, como etapa essencial para mitigação do problema.

Portanto, restou demonstrado que não só os projetos de lei em tramitação no Congresso, como qualquer nova tentativa de criminalização da conduta de divulgação de notícias falsas se mostra inócua frente ao objetivo que se propõe. Não só isso, viola princípios, normas infraconstitucionais e constitucionais.

São flagrantes ainda os riscos sociais e os erros no sentido de definição de política pública de Estado.

Diante da patente inconstitucionalidade da medida, há de se focar nas alternativas propostas, evitando o populismo penal que por vezes ronda o Congresso Nacional, à revelia da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 11 ed., Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

BITENCOURT, Cesar. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

BRANCO, Sergio. *Fake News e os caminhos para Folha da Bolha*. Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/08/sergio-fakenews>. Acesso em 07 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Rcl 22328/RJ*. Relator. Ministro Roberto Barroso, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo822.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 314*, de 13 de março 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-314-13-marco-1967-366980-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 1.077*, de 26 de janeiro 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De11077.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Lei nº 5.250*, de 09 de fevereiro 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 6.812*, de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 473*, de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e sociedade complexa*. Campinas: LZN, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

DA COSTA SABINO, Marco Antônio. *Fake news: a censura sorri no canto da sala* Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fake-news-censura-sorri-no-canto-da-sala-05032018>>. Acesso em: 18 mar. 2018

DIARIO DE PERNAMBUCO. 59% das pessoas compartilham links sem ler o conteúdo antes. Disponível em http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/tecnologia/2016/06/17/interna_tecnologia,651049/59-das-pessoas-compartilhamlinks-sem-ler-o-conteudo-antes.shtml. Acesso em: 07. Out. 2018

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREYRE, Alonso R. Peña Cabrera. *Bien jurídico y relaciones sociales de producción*, In Debate penal, nº2. Lima: Idemsa, 1987.

HULSMAN, Louk y otros. *Criminologia critica y control social el poder punitivo del estado*. Rosario: Juris, 1993.

ITAGIBA, Gabriel. *Fake News e Internet: esquema, Bots e Disputa pela Atenção*. Disponível em <<https://itsrio.org/pt/publicacoes/fake-news-internet-esquemabots-disputa-atencao/>> Acesso em: 07. Out. 2018

ROBERTO JUNIOR, Paulo. *Cerca de 70% dos brasileiros ativos no Facebook se informam pela rede social*. Disponível em <<http://observatoriodaimprensa.com.br/enoticias/cerca-de-70-dos-brasileiros-se-informam-pelofacebook/>> Acesso em: 07 out. 2018

MAGRANI, Eduardo. *Democracia Conectada : A Internet como Ferramenta de Engajamento Político-Democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARÉS, Chico e BECKER, Clara. *O (in)acreditável mundo do WhatsApp*. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/10/17/whatsapp-lupa-usp-ufmg-imagens/>>. Acesso em: 22 out. 2018

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962.

PARKINSON, Hannah Jane. Click and elect: how fake news helped Donald Trump win a real election. Disponível em <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/nov/14/fake-news-donald-trumpelection-alt-right-social-media-tech-companies>> Acesso em: 07 out 2018.

PRADO, Régis. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ROXIN, Claus et al. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Barcelona: Ariel Derecho, 1989.