

DEVE O DIREITO PENAL PROIBIR A DIFUSÃO DAS FAKE NEWS?

SHOULD CRIMINAL LAW PROHIBIT FAKE NEWS DIFFUSION?

Ana Beatriz de Souza Reis

Bacharel em Direito pela PUC-SP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4513397521026280>

ORCID: 0000-0001-7286-9029

anabeatrizreis@gmail.com

Tiago Caruso

Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pela PUC-SP. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0058782737252453>

ORCID: 0000-0002-5902-6817

carusotorres@gmail.com

RESUMO: O presente artigo pretende conferir se o Direito Penal pode ser utilizado como instrumento idôneo de tutela contra a difusão de *fake news* no Brasil. A análise se desenvolveu a partir do conceito de *fake news*, dos danos causados pela sua disseminação e da constatação de que há uma aparente lacuna normativa no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, foi possível concluir que, embora o Direito Penal possa ser uma ferramenta para a contenção dos referidos danos, eventual criminalização das *fake news* depende, necessariamente, da observância da função do Direito Penal, dos seus princípios informadores e dos direitos e garantias constitucionais.

Palavras-chave: Direito Penal, *Fake News*, Bem Jurídico.

ABSTRACT: This study intends to verify if the Brazilian Criminal Law can be used as a suitable instrument of protection against the spread of fake news in Brazil. This analysis is developed from the concept of fake news, the damage caused by its dissemination and the finding that there is an apparent gap in the Brazilian Law system. Thereafter, it was possible to conclude that, although Criminal Law could be a tool able to contain the damages mentioned, the criminalization of fake news necessarily depends on the observance of the function of Criminal Law, its informing principles and the constitutional rights and guarantees.

Keywords: Criminal Law, Fake News, Protected Legal Interest.

1. Introdução

De acordo com estudos do Instituto Ipsos (2018), mais de 120 milhões de brasileiros acreditam em *Fake News*.¹ É notório o alto nível de propagação e o impacto das *Fake News* no Brasil. Embora a divulgação de notícias falsas não seja um fenômeno novo,² seu reflexo ainda demanda análise jurídica mais detida, principalmente no âmbito do Direito Penal.

O presente artigo pretende verificar se o Direito Penal é ferramenta idônea para a contenção dos danos causados pela difusão de *fake news*, cuja prática ainda não tem regulação no país. Para tanto, oferece-se um conceito jurídico possível de *fake news*. Dele é que se compreenderá se o Direito Penal, com base nos princípios que o fundamentam, funciona para proteger a ameaça ou a lesão daquilo que pode, por ora, ser considerado como um dos bens jurídicos que se visa a proteger: as instituições democráticas.³

2. Pós-verdade e o conceito de *fake news*

"Pós-verdade" é um adjetivo que exprime ou denota circunstâncias nas quais as emoções e as crenças pessoais são mais influentes na opinião pública do que os fatos objetivos.⁴ Eleita a palavra do

ano pelo Dicionário Oxford em 2016,⁵ ano da eleição presidencial de Donald Trump, o termo "pós-verdade" pode ser sintetizado como menosprezo à verdade factual em prol da defesa de opiniões e ideologias a todo custo.

Essa definição pode explicar o motivo pelo qual as *fake news* têm causado vultosos danos à sociedade informacional (da era da informação). Ainda que não se trate de um fenômeno propriamente novo – dado que a disseminação de informações falsas tem registros históricos –, a rede mundial de computadores foi o combustível para a difusão de notícias falsas em escala industrial.

Via de regra, essa difusão ocorre pelas redes sociais ou aplicativos de mensagens instantâneas e apresenta grande potencial viral, sendo, por vezes, financiada por terceiros interessados e propagada por meio de perfis *fakes*, *bots*, supostos veículos jornalísticos, ou, ainda, figuras políticas⁶ (vide Inq 4781/STF).

Mas, afinal, o que se entende por *fake news*? Segundo o Dicionário Collins, "if you describe information as fake news, you mean that it is false even though it is being reported as news, for example by the media"⁷. Uma tradução adequada poderia ser notícia fabricada, denotando não se tratar apenas de uma mentira e conectando o

termo à veiculação da informação pela mídia ou imprensa.⁸ Ainda que apresentadas como factualmente corretas, as *fake news* não são notícias meramente falsas, mas intencionalmente falsas e fraudulentas. Correspondem a informações, histórias ou dados inverídicos, criados à sombra de propósitos escusos, voltados a maquiagem, ocultar ou fraudar a realidade fática, para, assim, influenciar posicionamentos e tomadas de decisões individuais, atendendo aos interesses de quem as criou ou de terceiros.

Portanto, a difusão de *fake news* pressupõe, necessariamente, *dolo*. O sujeito visa a enganar e induzir alguém em erro, mediante a propagação da notícia fraudulenta, fazendo com que seu receptor suponha, de forma equivocada, tratar-se de uma realidade, quando, na verdade, está diante de outra.

Essas notícias fabricadas frequentemente propagam conteúdo de ódio e violência, incentivam a quebra da normalidade institucional e democrática, geram desinformação em massa, manipulam a opinião pública e, assim, atentam contra direitos e garantias fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que ameaçam a capacidade de autodeterminação e de participação consciente do cidadão na vida política. Afinal, um indivíduo mal informado não consegue escolher livremente seus posicionamentos, nem fiscalizar o poder público.

Em razão desses fatores, ocorre verdadeiro abuso do direito fundamental à liberdade de expressão, o qual deixa de ser exercido dentro dos limites constitucionais (art. 5º, inc. IV e IX, CF).

3. O Direito Penal como instrumento de tutela contra as *fake news*

A partir do conceito delineado acima, fácil é concluir que as notícias falsas demandam resposta estatal que coíba sua difusão. Para tentar regular essa prática, o Projeto de Lei 2630/2020, de autoria do Senador Alessandro Vieira (Cidadania/SE), foi o que mais avançou ao dispor sobre aspectos cíveis atinentes aos deveres das redes sociais nesse contexto. Havia, nesse projeto, proposta de tipificação do financiamento das *fake news*, a qual, no entanto, foi retirada.

Além do Legislativo, o Judiciário também reagiu e o Supremo Tribunal Federal instaurou o Inq 4781/STF para investigar suposto esquema de propagação de *fake news*, apelidado como "gabinete do ódio", no qual possível associação criminosa teria sido criada para disparar notícias falsas, formular denúncias caluniosas, realizar falsas comunicações de crimes, fazer ameaças e praticar, dentre outros delitos, crimes de calúnia, injúria ou difamação.⁹

Contudo, não há, até o momento, tipos penais capazes de capturar, com completude, a complexidade do fenômeno das *fake news*. Crimes contra honra (calúnia, injúria e difamação), incitação ou apologia ao crime, ou aqueles previstos nos arts. 22 e 26 da Lei de Segurança Nacional, não abrangem o grau de ilicitude e a transcendência desse fenômeno. Daí a aparente lacuna no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁰

A ausência de tipo penal vigente que, dentro de um Estado Democrático de Direito, proteja as instituições democráticas da alargada disseminação de notícias fabricadas, que rompem os limites da liberdade de expressão e carregam desvalor de conduta e

desvalor de resultado próprios (os quais já vão muito além da mácula à imagem de terceiros), consiste, então, no verdadeiro fundamento para a criminalização da difusão de *fake news*.

Exemplos reais e concretos demonstram os perigos e os danos causados pelas *fake news* no Brasil e no mundo e servem como argumento de política criminal a justificar a tutela penal.

Nos Estados Unidos da América, há notícias de que a última eleição presidencial foi bastante influenciada pela propagação de notícias falsas favoráveis a um candidato em detrimento da outra candidata.¹¹ Aliás, teria sido nessa eleição que se originou o termo *fake news*.¹²

A eleição presidencial de 2018, no Brasil, também parece ter sido influenciada pela divulgação de notícias falsas. De acordo com um estudo da Organização Avaaz, 98,21% dos eleitores foram expostos

a uma ou mais notícias falsas durante a eleição e 89,77% acreditaram que eram verídicas.¹³

Antes disso, ainda em 2014, um caso ocorrido na cidade de Guarujá (SP) também denota a potencialidade do dano decorrente da disseminação de *fake news*. Segundo as notícias, Fabiane Maria de Jesus morreu em razão do linchamento que sofreu em virtude de falsa acusação de que praticara magia negra. Ela foi confundida com a pessoa que, supostamente, raptava crianças para os rituais. A acusação foi postada em página da *internet* e recebeu 56 mil curtidas. Todavia, após a devida investigação, a polícia concluiu que, na época, não havia quaisquer registros de

sequestro de crianças na cidade e que a morte de Fabiane decorreu da divulgação de informação falsa.¹⁴

Os exemplos não se esgotam por aqui e casos como esses continuam ocorrendo, o que reforça a importância da criminalização, na qual, aliás, só há espaço para punição na modalidade dolosa, pois as *fake news* pressupõem dolo específico destinado a enganar o seu receptor.

Todavia, ainda que a tipificação da propagação deste tipo de conteúdo seja demanda premente, sua tipificação não poderá ocorrer às pressas, pois dependerá da estrita observância aos limites da intervenção estatal e às técnicas legislativas previstas no nosso ordenamento.¹⁵ Afinal, o Direito Penal possui função muito limitada, que é a proteção fragmentária e subsidiária de bens jurídicos.¹⁶

4. Um obstáculo à criminalização: a definição do bem jurídico ameaçado pelas *fake news* que mereça proteção penal

O Direito Penal tem por função proteger, de forma subsidiária e fragmentária, concretizações dos valores constitucionais relacionados aos direitos fundamentais.¹⁷ Por isso, a ideia de bem jurídico limita a proibição penal para as condutas que lesionem tais bens ou os ameacem de lesão.¹⁸ Trata-se de se oferecer um critério racional para as incriminações.¹⁹ Isso quer dizer que a criminalização das *fake news* será possível se, e somente se, houver clara definição do bem jurídico digno de proteção penal que está ameaçado pela propagação de notícias falsas.

Há quem entenda tratar-se da proteção das instituições democráticas, posição aqui compartilhada, justamente porque constitui princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, CF). Outros, entendem que se trata de proteger a liberdade de informação, a verdade ou, ainda, aspectos eleitorais,²⁰ como a liberdade para a

EXEMPLOS REAIS E CONCRETOS DEMONSTRAM OS PERIGOS E OS DANOS CAUSADOS PELAS FAKE NEWS NO BRASIL E NO MUNDO E SERVEM COMO ARGUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL A JUSTIFICAR A TUTELA PENAL.

formação do voto.²¹

Partindo da ideia de que as *fake news* violam as instituições democráticas – ou ainda, a liberdade de informação ou de formação do voto –, parece haver determinação de ofensa a bem jurídico com dignidade penal, atendimento ao princípio da subsidiariedade, pois tais bens jurídicos ainda não possuem tutela penal adequada, e da fragmentariedade, uma vez que apenas a difusão dolosa de notícias falsas, com finalidade de desinformar para proveito próprio ou alheio, seria objeto de criminalização.

Contudo, esses são apenas os primeiros obstáculos para a criminalização das *fake news*. Ultrapassados, outros surgem e se referem à observância aos princípios que norteiam o Direito Penal, como a taxatividade, a pessoalidade, a culpabilidade e a proporcionalidade.²²

A tarefa não é fácil, nem deve ser, pois o Direito Penal sempre lida com um dos valores mais caros da vida em sociedade, que é a liberdade do indivíduo.

5. Outros aspectos que devem balizar a criminalização das *fake news*: a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa

Eventual proposta de lei que pretenda punir penalmente a divulgação de *fake news* não pode se furtar a determinar os limites dessa criminalização, de modo a não colocar em risco a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Para tanto, parece que, em um primeiro momento, seria útil uma boa definição do termo *fake news* e a delimitação da incidência do tipo penal, a partir da análise das principais formas de propagação de notícias fabricadas no Brasil.

Ou seja, o conceito de *fake news* não pode abarcar as opiniões, sátiras, paródias, críticas ou informações culposamente equivocadas veiculadas pela mídia, sob pena de se punir a liberdade de expressão humorística, decorrente de estratégias retóricas que usam ironias e sarcasmos, e a liberdade de imprensa, exercida sem qualquer propósito de enganar o ouvinte.

O ônus decorrente dessas liberdades é que seu abuso já prevê punição no âmbito civil, com direito à indenização e de resposta por parte daquele que foi prejudicado pela crítica, sátira ou notícia

equivocada a seu respeito.

O cuidado na elaboração desse tipo penal também perpassa o fato de que muitas notícias falsas são difundidas por terceiros sem que sequer saibam que se trata de notícia fabricada. Por isso, parece recomendável que a proibição penal recaia somente sobre os precursores da difusão daquela *fake news*.

Essa é uma prova difícil de ser feita no caso concreto, mas será capaz de afastar a incidência do crime que, como visto, somente poderá admitir a punição na modalidade dolosa. Do contrário, impor-se-ia dever de informação desproporcional ao sujeito que recebe a notícia (de sempre ter de checar, suficientemente, se é verdadeira ou falsa antes de transmiti-la a terceiros) e se equipararia, de forma indevida, a quebra desse dever de cuidado ao dolo.

Não se deve cercear, sem fundadas razões, a liberdade de expressão ou a liberdade de imprensa, elementos imprescindíveis para a existência da democracia, até porque o enfretamento do abuso dessas liberdades demanda mais liberdade, não menos: maior acesso a fontes de informação, maior fortalecimento da atividade jornalística séria e de qualidade, maior conscientização da imprensa e maior capacidade de reflexão crítica dos receptores das notícias.²³

6. Considerações finais

Com o que foi exposto ao longo do presente artigo, é possível concluir que (i) a disseminação propositada de notícias fabricadas tem reflexos penais, porque nela há desvalores da conduta e do resultado próprios; (ii) existe uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro e razões de política criminal que justificam e demandam a criação de um tipo penal para criminalizar o fenômeno das *fake news*; (iii) para criar um tipo penal, é necessária a clara identificação de um bem jurídico digno de proteção penal, que esteja ameaçado pela divulgação das *fake news*, provavelmente as instituições democráticas; (iv) a criminalização dessa conduta depende da boa definição do conceito de *fake news*; e (v) além da observância à fragmentariedade, subsidiariedade e aos princípios informadores do Direito Penal, a criação desse tipo penal deve ter o cuidado de não tolher, de forma indevida, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, mas, sim, o abuso desses direitos em uma sociedade estabelecida sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

NOTAS

- 1 BRASIL é o país que mais acredita em *fake news* no mundo. *Terra*, 05 out. 2018.
- 2 Nesse sentido, GENESINI, Sílvio. A pós-verdade é uma notícia falsa. *Revista USP*, São Paulo, n. 116, p. 47-48, jan./mar. 2018.
- 3 O outro estaria relacionado ao aspecto eleitoral. Sobre o tema, v. LEITE, Alaor; BORGES, Ademar; TEIXEIRA, Adriano. Fake News: mentiras criminosas? *Estadão*, São Paulo, 10 jun. 2020.
- 4 FÁBIO, André Cabette. O que é pós-verdade, a palavra do ano segundo a Universidade de Oxford. *Nexo Jornal*, 16 nov. 2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expreso/2016/11/16/O-que-e-pos-verdade-a-palavra-do-ano-segundo-a-Universidade-de-Oxford>. Acesso em: 22 fev. 2021.
- 5 'Pós-verdade' é eleita a palavra do ano pelo Dicionário Oxford. *Portal G1*, 16 nov. 2016.
- 6 Ainda em andamento no STF, Inq 4781, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma.
- 7 Tradução livre: "Se você descreve uma informação como *fake news*, significa dizer que é uma informação falsa, ainda que reportada como uma notícia, por exemplo, pela mídia". Conceito de *fake news*. *Collins_Dictionary*. FAKE News. In: COLLINS Dictionary. New York: Collins, 2017.
- 8 Nesse sentido, SILVA, Virgílio Afonso. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021, p. 633.
- 9 Polícia Federal aponta Carlos Bolsonaro como articulador do gabinete do ódio. *CONJUR*, [s. l.], 25 abr. 2020. LEITE, Alaor; BORGES, Ademar; TEIXEIRA, Adriano. Fake News: mentiras criminosas?
- 10 *Estadão*, São Paulo, 10 jun. 2020.
- 11 MARS, Amanda. Como a desinformação influenciou nas eleições presidenciais?. *El País*, Nova York, 25 fev. 2018.

- 12 GENESINI, Sílvio. A pós-verdade é uma notícia falsa. *Revista USP*, São Paulo, n. 116, p. 45-58, jan./mar. 2018, p. 47.
- 13 PASQUINI, Patrícia. 90% dos eleitores de Bolsonaro acreditaram em *fake news*, diz estudo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 02 nov. 2018.
- 14 CARPANEZ, Juliana. Veja o passo a passo da notícia falsa que acabou em tragédia em Guarujá. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 set. 2018.
- 15 O Decreto Lei 9191/2017 estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado, prevendo, também, os requisitos necessários para a criação de norma penal.
- 16 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2008. p. 65-66.
- 17 Esse é um dos conceitos possíveis de bem jurídico penal. Nesse sentido, v. BECHARA, Ana Elisa Libatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico penal no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009.
- 18 ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 65.
- 19 PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 28.
- 20 Sobre liberdade de informação e verdade, v. BRASIL. *Projeto de lei o senado n. 473, de 2017*. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. LEITE, Alaor; BORGES, Ademar; TEIXEIRA, Adriano. *Fake News: mentiras criminosas? Estadão*, São Paulo, 10 jun. 2020.
- 21 NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e mentira na política*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 161.
- 22 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 126.
- 23 SILVA, Virgílio Afonso. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021, p. 633.