

FAKE NEWS: É NECESSÁRIO NOVO TIPO PENAL?

FAKE NEWS: IS IT NEEDED A NEW PENAL NORM?

Marco Antonio Marques da Silva¹

Mariana Stuart Nogueira Braga²

RESUMO

O artigo visa abordar as *fake news* na perspectiva penal, investigando se haveria necessidade de criação de um tipo penal com o fim preventivo e repressivo dessa prática. O presente estudo parte do seguinte questionamento: essa suposta nova modalidade de notícia falsa – *fake news* – deve ser tipificada no âmbito penal, uma vez que informações falsas acabam causando impacto social em diversas esferas, podendo influenciar eleições, criar fatos não verdadeiros, falaciosos e mentirosos? Existe fundamento teórico para a criação de uma norma penal que criminalize as *fake news*? Para investigar essas questões, adota-se a metodologia qualitativa, voltada à análise de casos concretos, comparando-os com as bases principiológicas do direito penal, por meio da pesquisa bibliográfica. O enfoque é verificar se o sistema penal teria (ou permitiria) espaço para mais uma inovação diante dos mandados de criminalização já conferidos pela Constituição Federal. Além disso, o direito penal cederia espaço para os anseios populares punitivistas? O tema aborda os aspectos basilares da discussão, como o conceito das *fake news* ou o que se entende acerca desse instituto, qual o bem jurídico penalmente tutelado na proteção das notícias falsas, e se se coaduna com os princípios fundamentais do direito penal. Posteriormente, o estudo analisa se a criminalização das *fake news* penalizaria a liberdade de expressão, direito fundamental protegido pela Constituição. Nessa dialética entre criminalizar as notícias falsas em contraposição ao direito à liberdade de expressão, e o sopesamento de valores, observa-se a dificuldade em criminalizar as *fake news*, além de não constituir bem jurídico penalmente tutelável.

Palavras-chave: *Fake news*; Direito penal mínimo; Bem jurídico; Princípio da proporcionalidade.

¹ Professor Titular em Direito Processual Penal da PUC-SP. Conselheiro do Conselho Nacional de Educação. Presidente da Cátedra Sérgio Vieira de Mello (PUC-SP /ACNUR). Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Europeia- Portugal. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (aposentado). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2445025628101321> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2447-6700>. Email: marcoantoniomarques@gmail.com

² Doutoranda em Direito Processual Penal na PUC- SP. Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela PUC-SP. Professora no Curso de Proteção de Dados e Direito Digital- COGEAE/PUC-SP. Advogada em São Paulo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5521490252962844> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4610-3182>. Email: marianastuartnogueira@gmail.com

ABSTRACT

This paper aims to consider the fake news matters in the criminal perspective, if there is the necessity of a new crime to prevent and repress. The hypothesis of this study is made through the following question: if fake news should be typified in the criminal sphere, because some of false information ended up causing social impact in different spheres, and may influence elections, create untrue facts, fallacious, and lies? Is there a theoretical basis for the creation of a criminal law that criminalizes fake news? Regarding the methodology adopted, we start analyzing specific cases in comparison with principle bases of Criminal Law, using bibliographical research, in order to verify if the penal system would have (or would allow) place for one more innovation in light of the criminalization warrants already granted by the Federal Constitution and if would Criminal Law give space to popular punitivist desires? To deal with the topic, we addressed the basic aspects such as a concept of fake news, a legal property under criminal protection, and fundamental principles of Criminal Law. Subsequently, the article analyzes if the criminalization of fake news would penalize freedom of speech, a fundamental constitutionally protected right. In this dialectic between criminalize fake news in opposition to the freedom of speech, and in this balancing of values, we observed the difficulty of criminalize fake news in addition to not constituting a criminally tutelable legal asset.

Keywords: Fake News. Minimum Criminal Law. Legal Asset. Principle of Proportionality.

Sumário: Introdução; 1. *Fake news*: conceito, características e bem jurídico tutelado; 2. Análise dos princípios do direito penal e a possibilidade de atuação dos demais ramos do direito; 3. Tutela penal da notícia mentirosa ou criminalização da liberdade de expressão? 4. Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

É necessário criar mais um tipo penal com o fim repressor ou com a ideia de um direito penal preventivo contrário ao que se denominam notícias mentirosas ou falsas, extraída do estrangeirismo *fake news*? Por que as questões que ganham relevo no noticiário, consideradas por alguns importantes em determinado momento na vida republicana brasileira, devem utilizar do direito penal como remédio a todos os problemas? Não seria um excesso a utilização frequente das normas penais incriminadoras para frear todos os problemas sociais? Não estaríamos criando um Estado policialesco, em detrimento do

fortalecimento do Estado Democrático de Direito?

Para refletir sobre essas questões, necessário partirmos do fato de que atualmente há eventos que preocupam e trazem resultados impactantes envolvendo o inesgotável universo da comunicação. São mentiras e boatos que, se não existissem, talvez não houvesse consequências delas decorrentes. Apenas para citar algumas, lembremos o “grupo antivacina”, cujo nome revela seu comportamento social: são pessoas que não usam vacina por compreenderem que fariam algum mal maior à saúde das pessoas; para além disso, divulgam impropriedades a respeito, verdadeiras *fake news*. É sabido que este posicionamento não está embasado em cientificismo, mas tão só na convicção pessoal de certo grupo de pessoas que difunde suas crenças com maior amplitude pela internet.

No entanto, a vacina envolve saúde pública, é tema relevantíssimo a merecer atenção, em especial, quando se trata da vacinação de menores de idade, que são impedidos de se imunizarem em razão da convicção anticientífica de seus responsáveis.

Soma-se a esse grupo o dos “terraplanistas”, pessoas para quem a Terra é plana e não geoide – por não ser uma esfera perfeita. Esse grupo se propõe a demonstrar para o maior número de pessoas que a terra é plana utilizando teorias equivocadas, contrárias ao cientificismo e ao raciocínio lógico. É na realidade uma aleivosia contada a certo grupo que se identifica e, por quaisquer questões psicológicas, sente-se pertencente mesmo que a um coletivo de mentiras.

Outros casos famosos envolvendo *fake news* e que mudaram resultados de eleições e referendos também são lembrados quando se aborda o tema. Diante desse panorama de vulnerabilidade das informações oriundas de redes sociais e outras mídias, alguns pensaram em soluções rápidas, como a criminalização das notícias falsas, principalmente quando se trata de *fake news* com o condão de influenciar eleições, compreendendo que o fenômeno poderia até mesmo ameaçar a democracia.

Todavia, afirmar que notícias falsas ameaçam a democracia parece exagerado, pois desconsidera a capacidade crítica das pessoas ao receberem informações da possibilidade de discutirem, pensarem e sopesarem as questões ali envolvidas. Por isso, é possível que as *fake news* contribuam para o desgaste, mas não é possível atribuir-lhes a exclusividade do rumo de alguma eleição, pois a complexidade do mundo contemporâneo na era da informação seria completamente desconsiderada.

Para considerarmos a mentira como crime, devemos compreender a natureza das *fake news* e qual bem jurídico elas salvaguardariam se criminalizadas. Nesse aspecto, analisaremos alguns pontos basilares: 1) o que se considera como *fake news* para compreendermos algumas de suas consequências; 2) se eventual resultado de sua criminalização não estaria cerceando o direito fundamental à liberdade de expressão. Em complemento, será importante ponderarmos as características do direito penal, se ele deve ser utilizado como a primeira razão para frear condutas não admitidas em sociedade, ou se deve ser mantido o seu caráter fragmentário da *ultima ratio*.

Ademais, questiona-se ainda se seria proporcional utilizar o direito penal para limitar as notícias falsas, se essa medida de criminalização teria caráter preventivo, indagando ainda, se a própria capacidade de discernimento dos cidadãos não seria suficiente para desacreditar essas mentiras, fortalecendo agências de checagem de informações.

1. FAKE NEWS: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E BEM JURÍDICO TUTELADO

Visando contextualizar o fenômeno das *fake news*, traremos alguns casos emblemáticos que recentemente ganharam os noticiários. Alguns deles tiveram o seu desenrolar marcado por violência, já outros, pelo forte impacto social.

Um dos casos de *fake news* que ganhou o noticiário em razão das consequências e da magnitude pela qual repercutiu na sociedade ficou conhecido como *Pizzagate*³, nos EUA. Por meio da rede de computadores, espalhou-se a informação falsa de que uma pizzaria abrigaria em seu interior uma rede de pedofilia; além disso, os crimes lá cometidos seriam sustentados pelo Partido Democrata norte-americano e liderado pela candidata à Presidência da República Hillary Clinton – à época rival do candidato à Presidência Donald Trump. A mentira convenceu diversas pessoas, dentre elas, certo cidadão norte-americano que se dirigiu à pizzaria municiado de arma de fogo para dismantelar a suposta fachada de pedofilia, surpreendendo a todos que estavam no recinto fazendo suas refeições sem qualquer existência de crime. Logo em seguida, o indivíduo foi preso, pois nenhum dos fatos foi confirmado.

³ CANOSSA, Carolina. *Pizzagate: o escândalo de fake news que abalou a campanha de Hillary*. **Revista Super**. Publicado em 13-04-2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/pizzagate-o-escandalo-de-fake-news-que-abalou-a-campanha-de-hillary/>. Acesso em: 14 dez. 2020.

Nos últimos anos, o caso da *Cambridge Analytica*⁴ impactou pela magnitude da repercussão, pela influência em eleições americanas e em razão da votação britânica relacionada ao *Brexit*. Em síntese, ex-funcionários da empresa *Cambridge Analytica* – empresa de consultoria – utilizaram dados compartilhados pelo *Facebook* de seus usuários para influenciar a eleição presidencial americana, assim como o *Brexit*, ambos no ano de 2016.

Uma breve análise sobre o caso revela que a rede social *Facebook*, à época, forneceu dados dos usuários da rede para acadêmicos realizarem pesquisas a partir dessas informações⁵. Não obstante, certo pesquisador contemplado para analisar os dados – professor russo-americano de Psicologia – teria municiado a empresa *Cambridge Analytica*, segundo informações apuradas pela *BBC News*⁶, permitindo que, por meio de computadores, fosse pesquisado quais usuários estariam indecisos sobre a eleição norte-americana. Com a filtragem da *Cambridge Analytica*, os usuários irresolutos eram massivamente expostos a notícias falsas, por meio da rede social, no caso, reportagens contrárias à candidata Hillary Clinton. Devemos lembrar de que a *Cambridge Analytica* foi contratada para impulsionar a eleição de Donald Trump, conforme relatou a ex-funcionária Brittany Kaiser⁷.

A delatora informou ainda que a mesma situação ocorrera com a consulta popular britânica relacionada ao *Brexit*, sobre se os cidadãos britânicos queriam ou não permanecer na União Europeia⁸. A empresa *Cambridge Analytica* negou qualquer participação na campanha a favor do *Brexit*.

A despeito do impacto, ambos são casos simbólicos que nos permitem melhor compreender as *fake news* que foram as propulsoras dessa manipulação. Assim, inicialmente, é necessário conceituar *fake News*, o que passa distante de ser tarefa simples. A despeito da

⁴ BBC NEWS. **Cambridge Analytica planted fake news**. Publicado em 20-03-2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/av/world-43472347>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁵ De acordo com a reportagem, os usuários do *Facebook* quando criam a conta consentem o acesso. GRANVILLE, Kevin. Como a *Cambridge Analytica* recolheu dados do *Facebook*.

Folha de S. Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/como-a-cambridge-analytica-recolheu-dados-do-facebook.shtml>. Acesso em: 23 dez. 2020.

⁶ BBC NEWS. **Cambridge Analytica planted fake news**. Publicado em 20-03-2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/av/world-43472347>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁷ KAISER, Brittany. **Manipulados**. Como a *Cambridge Analytica* e o *Facebook* invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2020. p. 161; 168; 170; 201.

⁸ KAISER, Brittany. **Manipulados**. Como a *Cambridge Analytica* e o *Facebook* invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2020. p.194/196.

dificuldade na sua definição, Eric de Carvalho observa:

fake news são notícias falsas compartilhadas entre pessoas; diferentemente de um boato ou uma fofoca, são informações apresentadas como notícias (ou seja, com o intuito de informar sobre um fato ou dado) e podem ser facilmente compartilhadas em redes por meio de ambientes digitais⁹.

Segundo o autor, o fenômeno das *fake news* seria mais recente, pois é um efeito da “cultura do compartilhamento”¹⁰. Sabemos que as notícias falsas são potencializadas pela facilidade de divulgação pela internet e pelos aplicativos de celular ou até *e-mails*, mas não podemos afirmar que essa seria sua origem ou nascimento, uma vez que a mentira, a falsa narrativa compartilhada, sempre esteve presente na sociedade.

Sobre o conceito de *fake news*, Carlos Affonso Souza e Vinícius Padrão definem:

fake news são notícias falsas, inventadas e manipuladas com o intuito de viralizar na rede mundial de computadores, atraindo com um pretense verniz jornalístico, a intenção do público e o resultado financeiro derivado dos cliques e visitas na página¹¹.

Vinícius Carrilho Martinez e Vanderlei de Freitas Nascimento Junior tratam da influência das *fake news* nas eleições. Para eles, são informações falsas, que

têm por objetivo desvirtuar a veracidade das informações repassadas e em grande maioria, sem que se saiba a origem do financiamento de tais notícias. Há apontamentos de ocorrência de *fake news* na política nacional a partir de 2010; bem como é de conhecimento público, a possibilidade de manipulação das eleições de Donald Trump, nos EUA [...] Trata-se de uma forma de estratégia política, pois as *fake news* se tornaram uma das principais fontes de difamação e manipulação dos debates políticos, fato este que acabou por gerar uma nova preocupação em relação à origem, disseminação e armazenamento de tais informações, ou seja, se são dotadas, ou não, de veracidade. Trata-se, portanto, de uma nova forma de estratégia política, de caráter tecnológico altamente especializado, visando difundir ideais e opiniões político-partidárias. Assim, resolver problemas relacionados às *fake news*, ou ao menos preveni-los, tornou-se preocupante ao Poder Judiciário, pois não basta haver sanções eleitorais para punição dos responsáveis pela propagação de notícias falsas, mas, sim, reunir os mais diversos órgãos de segurança e as empresas responsáveis por tais divulgações das notícias para agir em parceria com a Justiça Eleitoral¹².

⁹ CARVALHO, Eric. O processo de circulação das *fake news*. In: RAIS, Diogo (coord.). *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 (versão digital).

¹⁰ CARVALHO, Eric. O processo de circulação das *fake news*. In: RAIS, Diogo (coord.). *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 (versão digital).

¹¹ SOUZA, Carlos Affonso; PADRÃO, Vinícius. **Quem lê tanta notícia (falsa)?** Entendendo o combate contra as *fakes news*. 2019. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/06/quem-le-tanta-noticia.pdf>. Acesso em: 26 maio 2021.

¹² MARTINEZ, Vinício Carrilho; NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas. Participação popular, redes

Fake news, a depender do contexto, pode ser desde um fato distorcido, um boato, uma mentira até uma falsidade ou fraude, a depender da finalidade da situação. Uma notícia distorcida, mentirosa, pode incentivar pessoas a ingressarem em determinado investimento, uma espécie das conhecidas “pirâmides financeiras”, formas atuais do “ganhar dinheiro fácil pela internet”, ou ainda, o clássico estelionato.

Nesse aspecto polissêmico das *fake news*, Diogo Rais e Stela Rocha Sales¹³ anotam que pode ser compreendida como mentira no sentido antiético, notícia falsa, notícia fraudulenta, reportagem incompleta, desinformação com o fim de causar prejuízo ou de apenas obter lucro para certa pessoa. São esses múltiplos sentidos que dificultam atribuir maior precisão ao significado.

Sobre essa preocupação das consequências das falsas notícias e seus sentidos, a União Europeia criou o Grupo de Peritos de Alto Nível sobre Notícias Falsas e Desinformação em Linha¹⁴. O grupo realizou algumas recomendações formuladas por meio de um Código de Princípios com as quais as plataformas e redes sociais devem se comprometer. Inicialmente, entendem inadequado tratar o termo “notícias falsas”, pois ele não teria o condão de traduzir os problemas complexos da desinformação, que são de muito maior amplitude.

Essa dificuldade conceitual do termo *fake news* também é vislumbrada nos projetos de lei que visam criminalizar a conduta, no entanto, resultam em uma redação aberta, com termos amplos. Fato que também traz dúvidas sobre a real necessidade da intervenção penal nesse âmbito e se não resvalaria no direito à liberdade de expressão, por exemplo, trazendo insegurança jurídica e censurando os cidadãos.

O Projeto de Lei n. 471/2018, de autoria do Senador Humberto Costa (PT/PE)¹⁵,

sociais e *fake news*: uma abordagem constitucional antes das Eleições 2018. **Revista dos Tribunais**, v. 993, p. 179-199, São Paulo: RT, jul. 2018.

¹³ RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha. *Fake news*, eleições e democracia. In: RAIS, Diogo (coord.). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 (versão digital).

¹⁴ HIGH LEVEL GROUP – HLEG (Grupo Independente de Alto Nível sobre as notícias falsas e a desinformação *online*) da União Europeia. **Uma abordagem multidimensional para a desinformação**. Publicado em: 12-03-2018. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1746_pt.pdf. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹⁵ BRASIL. Senado. Projeto de Lei do Senado n. 471/2018, de autoria do Senador Humberto Costa. Altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, e a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, para dispor sobre a definição das infrações penal, eleitoral e civil de criar ou divulgar notícia falsa, e cominar as respectivas penas. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7892542&ts=1581077948299&disposition=inline> Acesso em: 01 jun. 2021.

visa alterar o Código Penal para definir o crime de “criar ou divulgar notícia falsa”:

Criação ou divulgação de notícia falsa Art. 288-B.

Criar ou divulgar notícia que sabe ser falsa e para distorcer, alterar ou corromper gravemente a verdade sobre tema relacionado à saúde, à segurança pública, à economia nacional ou a outro interesse público relevante.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º A pena é aumentada de um a dois terços, se o agente cria ou divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

§ 2º É considerada notícia falsa, para os efeitos desta Lei, o texto não ficcional que, de forma intencional e deliberada, considerada a forma e as características da sua veiculação, tenha o potencial de ludibriar o receptor quanto à veracidade do fato.

§ 3º Não é considerada notícia falsa a manifestação de opinião, de expressão artística ou literária, ou o texto de conteúdo humorístico.

Observamos que o termo “divulgar notícia falsa” demonstra amplitude no sentido das palavras, o que criaria dificuldade para sua aplicação, pois nele cabe qualquer imprecisão que não condiz com a exata ocorrência dos fatos, implicando apenas outra interpretação, e não necessariamente *fake news*.

Ainda sobre o pretenso tipo previsto no projeto de lei, vale anotar o núcleo do tipo “distorcer” relacionado às elementares “gravemente a verdade sobre tema [...] outro interesse público relevante”. Para existir a distorção, é imprescindível ter absoluta compreensão do que seria a verdade. Como se avaliaria o que seria uma distorção grave ou média da verdade ou compreensão do mundo? Há diversos pontos de vista para cada um em determinadas circunstâncias, por isso, o tipo penal não pode ser demasiadamente amplo como o que foi proposto.

Igualmente, sem precisar a terminologia, o Projeto de Lei n. 6.812/2017, do Deputado Luiz Carlos Hauly, dispõe sobre a tipificação do crime de

divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica. Pena – detenção de 2 a 8 meses e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa¹⁶.

O Projeto do Senado não delimita os termos para a aplicação da lei penal. Além do uso de definições abertas, inadequadas na descrição de tipo penal, também deve ser indagado se o bem jurídico deve ser criminalizado e se outros ramos do direito já não seriam

¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL n. 6.812/2017, de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1522471&filename=PL+6812/2017. Acesso em: 01 jun. 2021.

suficientes para sancionar eventual lesão à direito.

Necessário observar que a mera mentira, por si só, não gera qualquer implicação jurídica, desde que não seja uma mentira contada em um julgamento por uma testemunha. A mentira pode gerar um boato, mas que, por vezes, não causa qualquer lesão à honra alheia, constituindo, portanto, um fato atípico.

O fato contado de modo distorcido ou mentiroso deve ser analisado em relação à sua consequência. Devido à publicação massiva da mentira, é possível alterar o rumo de uma eleição presidencial. Se o fato for calunioso ou difamatório, é até possível. Se for mera aleivosia sem qualquer impacto na honra ou na dignidade do envolvido, não parece haver necessidade de instar qualquer resposta a ser dada pelo direito penal.

Não se pode negar a preocupação da sociedade como um todo acerca das consequências das *fake news*, o que reflete nos parlamentares a ânsia legiferante. Todavia, sabemos que o direito penal não tem como finalidade tranquilizar anseios sociais, por isso, é necessário ter cautela na utilização desse ramo do direito para cessar toda e qualquer preocupação. É imprescindível verificar o fundamento de uma nova norma penal incriminadora e, sobretudo, o motivo real da necessidade de sua eventual criação.

É fato que o mundo tem sido minado pelas *fake news*, principalmente pelas novas tecnologias que as impulsionam, extraindo desse fato a aparente necessidade de se tipificar criminalmente as notícias falsas. Assim, se a busca tem o fim de construir o referido tipo penal, é importante compreender o porquê da criminalização no sentido do que se estaria a proteger. Sobre esse primeiro aspecto, indagamos se seria a incolumidade da verdade, mas, o que é a verdade? Qualquer mentira ou boato deve ser punido?

Por outro lado, numa escolha de bens jurídicos tutelados constitucionalmente e penalmente eleitos, temos a vida, a saúde, a propriedade material, a intelectual, a honra, a dignidade sexual, a justiça, a paz pública e a fé pública, dentre outros. As *fake news* estariam englobadas em algum desses bens ou seria um novo bem jurídico? Trata-se de uma nova relação ou de algo que sempre existiu?

Evidentemente que se a notícia falsa de algum modo atingir algum dos bens jurídicos existentes, a norma penal já se encontra sob tutela do Estado e se utilizaria do tipo penal já previsto. Caso uma notícia falsa traga afirmações errôneas que lesionem a honra de determinada pessoa ou grupo de pessoas, para isso existem os crimes contra a honra (artigo

138 e seguintes do Código Penal) e até mesmo lei penal que visa punir crimes de preconceito (Lei n. 7.716/1989).

Ademais, para fatos que gerem prejuízo econômico envolvendo informação falsa como meio de fraude, existe o crime de estelionato (artigo 171 do Código Penal).

Quando há finalidade eleitoral, não se pode deixar de considerar o artigo 323, do Código Eleitoral que visa criminalizar a divulgação de fatos inverídicos em ambiente eleitoral.

Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado: Pena – detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa. Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

Para tratarmos de norma penal, preliminarmente, observemos o bem jurídico eleito pela Constituição no Estado Democrático de Direito para que se tenha coerência e hierarquia de valores durante a elaboração da lei penal incriminadora. A coerência da eleição dos bens jurídicos reside na Constituição Federal, democraticamente votada em Assembleia Constituinte, e não em políticas de ocasião. Nas palavras de Juarez Tavares,

a questão da criminalização de condutas não pode ser confundida com as finalidades políticas de segurança pública, porque se insere como uma condição do Estado Democrático, baseada no respeito aos direitos fundamentais e na proteção da pessoa humana [...] o bem jurídico deve constituir um limite ao exercício da política de segurança pública, reforçado pela atuação do judiciário, como órgão fiscalizador e controlador e não como agência seletiva de agentes mercedores de pena¹⁷.

A Constituição Federal visa estabilidade e coerência ao que deve ser penalmente eleito para a construção de tipo penal, respeitando o princípio do direito penal como a *ultima ratio*. Não é qualquer fato que pode ser criminalizado, conforme o “gosto” do legislador e inflacionando o poder coercitivo estatal, mas deve ser o último ramo do direito a atuar, sob pena de se criar um Estado policialesco.

Sobre a importância da Carta Maior ser fonte do bem jurídico, Geraldo Prado argumenta que a Constituição fixa “com clareza as regras do jogo político e de circulação do poder e assinala, indelevelmente, o pacto que é a representação da soberania popular, e portanto de cada um dos cidadãos”¹⁸.

¹⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 200.

¹⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16.

Dessa forma, a Constituição Federal impõe o ritmo a ser seguido pela legalidade. E esse é o reflexo no direito processual penal, ou seja, o devido processo legal será cumprido pelo seguimento da legalidade, mas desde que a legalidade cumpra com os ditames constitucionais, inclusive tipificando fatos constitucionalmente eleitos como bens jurídicos. Segundo Aury Lopes Junior,

não basta qualquer processo, ou a mera legalidade, senão que somente um processo penal que esteja conforme as regras constitucionais do jogo (devido processo) na dimensão formal, mas, principalmente, substancial, resiste à filtragem constitucional imposta¹⁹.

Assim, o tipo penal não fundamentado nos bens jurídicos eleitos pela Constituição como valores a serem protegidos podem gerar a inobservância do princípio do devido processo legal. Importante salientar que o bem jurídico tem como função fundamentar e delimitar os “contornos do princípio da lesividade. Uma vez que o bem jurídico constitui um pressuposto de qualquer incriminação, pode-se dizer que o princípio da lesividade se transmudou em verdadeira regra de atendimento obrigatório”²⁰.

Acerca do conceito de bem jurídico, de acordo com Hans Welzel,

o bem jurídico é um bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido. Pode ele apresentar-se, de acordo com o substrato, de diferentes formas, a saber: objeto psicofísico ou objeto espiritual-ideal (exemplo daquele, a vida; deste, a honra), ou uma situação real (respeito pela inviolabilidade de domicílio), ou uma ligação vital (casamento ou parentesco), ou relação jurídica (propriedade, direito de caça), ou ainda um comportamento de terceiro (lealdade dos funcionários públicos, protegida contra a corrupção). Bem jurídico é, pois, toda situação social desejada que o direito quer garantir contra lesões²¹.

Nessa linha, a elaboração de tipo penal deve ter o “mínimo de substrato empírico”²², sob pena de ser considerada atípica, pois não há lesão a qualquer bem jurídico. Se o bem jurídico estiver previsto no preceito incriminador, Luiz Regis Prado afirma:

o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito [...] De qualquer modo, resta patente que a noção de bem jurídico decorre das necessidades do homem surgidas na experiência concreta da vida que, enquanto dados sociais e historicamente vinculados à experiência humana, têm uma objetividade em uma universalidade que possibilitam sua generalização, através da discussão racional e o

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução Crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 35.

²⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 83-84.

²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

²² TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 84.

consenso, e sua concepção em postulados axiológicos materiais²³.

Todavia, ainda pode remanescer a dúvida de como o legislador deveria eleger os bens a serem penalmente tutelados. Luiz Regis Prado responde: o “legislador ordinário deve necessariamente levar em conta princípios penais que são as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo ordenamento penal”²⁴.

Por isso, uma função do bem jurídico é a de garantir ou “limitar o direito de punir do Estado: o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal”²⁵.

Nesse contexto de ideais e valores, lembramos de que a escolha das normas penais não deve ser aleatória, conforme os anseios sociais momentâneos, mas guardar coerência com valores constitucionais. Portanto, respeitando opiniões contrárias, tudo indica que não há bem jurídico constitucionalmente tutelável para inserir a modalidade das *fake news* como norma penal. A mentira, apesar de imoral, não é um bem jurídico constitucional apto a tutela penal.

Evidentemente, não estamos tratando de falsificação de conteúdo de documento, pois este bem jurídico, quer seja a fé pública, já é tutelado pelo Código Penal (art. 299)²⁶. Não podemos esquecer de que a lei que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional também visa proteger a higidez das informações sobre as instituições financeiras²⁷. Nas palavras de Manoel Pedro Pimentel,

o objeto jurídico desta figura típica é duplo. Em primeiro lugar, a proteção é conferida à boa execução da política econômica do Governo, que pode ser prejudicada pela divulgação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre a instituição financeira. Em segundo lugar, a proteção é dada, também, ao investidor e ao mercado de títulos e valores mobiliários, incluindo-se aí a proteção ao patrimônio de pessoa jurídica ou de pessoa natural, qualificada como instituição financeira²⁸.

²³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 21; 49.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 66.

²⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 60.

²⁶ BRASIL. Código Penal (1940). “Art. 299. Falsidade ideológica. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular”

²⁷ BRASIL. Lei Federal n. 7.496 de 1986. “Art. 3º. Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”.

²⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: RT, 1987, p. 44.

Assim, constatamos que essas tutelas penais já tipificadas tratam de salvaguardar outros bens jurídicos que não a notícia falsa por si só ou a mentira, portanto, parece não haver bem jurídico constitucionalmente eleito para dar fundamento à tutela penal das *fake news*.

2. ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DOS DEMAIS RAMOS DO DIREITO

Em complemento ao bem jurídico, é imprescindível examinarmos alguns dos princípios basilares do direito penal como a lesividade, o direito penal mínimo e a *ultima ratio*. O princípio da lesividade exige que a utilização do direito penal valha para coibir lesões a bens jurídicos relevantes, tendo por

objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão ao bem jurídico [...] o princípio da lesividade exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes de bens jurídicos²⁹.

Como vimos, não haveria bem jurídico eleito constitucionalmente apto a fundamentar a criação de um novo tipo penal para as *fake news*. E, sob o aspecto do princípio da lesividade, ponderamos que não há lesão a bem jurídico que já não tenha sido tutelado.

A intervenção mínima, por sua vez, traz para o direito penal a necessidade de utilização do Estado repressor somente em última análise, demonstrando a característica de *ultima ratio*, pois enquanto for possível solucionar o conflito em outro ramo do direito, dessa forma deve ser feita, do modo menos gravoso.

De acordo com Juarez Cirino Tavares, a intervenção mínima tem a função de “orientar o legislador com o fim de que não se criminalize condutas de perigo abstrato, nas quais não se pode, concretamente, dimensionar a alteração da realidade empírica”³⁰.

Sobre a necessidade de direito penal mínimo, José de Faria Costa alerta que em uma sociedade globalizada onde a criminalidade cresce, “atira-se, como coisa passageira, a necessidade de, agora, se defender um Estado punitivo. Só que a história tem mostrado que

²⁹ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 49.

³⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 87.

todos os autoritarismos começam com esse canto da sereia”³¹.

Ressaltamos que o princípio da intervenção mínima, apesar de não estar expresso na Constituição Federal de 1988, deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, na construção de que em sua análise trata-se de um processo penal de partes, deixando de objetificar o investigado ou o réu, respeitando seus direitos que são limites ao Estado³². Como se observa da história,

Todas as ditaduras, enfim, dependem do Direito Penal para sufocar o pluralismo e as formas de oposição ao exercício do poder. A criminalização da política é uma necessidade. Na democracia, no entanto, tais considerações não são cabíveis³³.

Sobre os limites do Estado, impõe-se rememorar que a “dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera da intervenção do Estado na vida do cidadão”³⁴. Inclusive, o princípio da subsidiariedade no direito penal constitui aspecto da intervenção mínima e preceitua: “o Direito Penal não é a única forma de controle social. [...] deve ser acionado somente na hipótese em que os outros meios de coerção se mostrem ineficazes”³⁵.

Diante desse delineamento, o direito penal deve ser observado como última medida a ser aplicada, compreendendo os limites de seu poder coercitivo que devem estar balizados pela Constituição. Conforme observa Marco Antonio Marques da Silva, o direito penal “deve estar voltado para os bens mais essenciais à vida humana em comunidade, que não possam ser tutelados por outros meios menos drásticos”³⁶.

Assim, o caráter subsidiário do direito penal impõe que seja “o último recurso a ser utilizado diante da desorganização social, e somente será válido quando fracassarem ou estiverem disponíveis outras medidas de controle social”³⁷.

³¹ COSTA, José de Faria. **Direito penal e globalização**. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 58.

³² SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado Democrático de Direito**: anotado com alterações da Lei n. 13.964/19. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020 (versão digital), p. 107.

³³ SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado Democrático de Direito**: anotado com alterações da Lei n. 13.964/19. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020 (versão digital), p. 108.

³⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 5.

³⁵ SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado Democrático de Direito**: anotado com alterações da Lei n. 13.964/19. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020 (versão digital), p. 106.

³⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 9.

³⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 9.

A despeito dos princípios do direito penal, o que se observa hoje é uma massificação da informação e da opinião pública, principalmente sobre fatos criminosos, que sem qualquer atenção doutrinária, impõem a busca de excessivas leis penais, fator de crítica doutrinária relacionada à hipertrofia da legislação penal, em que se perde o caráter de prevenção diante do excesso de novos delitos³⁸.

A inflação da legislação penal está relacionada aos fatos os quais a mídia pauta como urgentes. Por sua vez, os meios de comunicação pressionam os parlamentares que, em tom populista, reagem com a elaboração exagerada da legislação penal.

No entanto, diante da urgência pautada por fatos impostos pela mídia, as autoridades públicas não utilizam os demais ramos do direito que contam com capacidade e maior eficácia, por vezes, para frear condutas socialmente inadequadas, que não deveriam ser penalmente tuteladas.

Frente a essa ordem de ramos do direito para enfrentar as questões em sociedade, tem-se o direito civil, o direito administrativo sancionador e até mesmo o direito eleitoral como anteparos para demandas que podem ser reprovadas, mas não integram o rol dos bens juridicamente eleitos para a recepção da tutela penal.

Essa necessidade de solução de conflitos por meio de outras vias pode ser extraída da ideia de que o direito é sistêmico, calcado na escola de Frankfurt, segundo a qual não há “sentido a ingerência penal quando possível a resolução administrativo-econômica”³⁹, e mais,

denominada por Hassemer como Direito de Intervenção, a relevante teoria consiste em uma fórmula de garantir eficiência sancionatória às condutas atentatórias às questões que podem ser resolvidas por meio da via administrativa, a denotar dever do Direito Penal intervir apenas em situações extremas⁴⁰.

Com efeito, segundo a análise sistêmica, se há outro ramo apto a trazer uma coerção proporcional a determinado fato, não será necessário inchar o direito penal com mais normas incriminadoras, nem maior atuação dessa parte do direito. Quando possível a aplicação de norma administrativa regulamentadora em determinados fatos, sem dúvida será

³⁸ DIETER, Maurício. O excesso punitivo e mais um erro legislativo. **Gazeta do Povo**, 15 jan. 2016.

³⁹ FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional. *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 611.

⁴⁰ FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional. *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 611.

melhor para a democracia no lugar do excessivo uso do direito penal.

A saber, em uma situação em que notícia falsa é publicada no âmbito eleitoral, poderia o direito eleitoral prever sanções das mais variadas, chegando a eventual inelegibilidade se proporcional for ao ato vislumbrado. Outras situações que podem afetar direitos da personalidade podem ser passíveis de avaliação sob a ótica do direito civil, com reparação de danos, obrigações de fazer, deixar de fazer, e especificando alguma retratação se necessário.

Evidentemente, não é só o direito penal essencial para salvaguardar fatos socialmente relevantes. Outros ramos do direito, como o direito civil ou o administrativo são, por vezes, mais eficazes e proporcionais às condutas que se visa tutelar.

Marco Antonio Marques da Silva alerta para o atual contexto dos riscos da “sociedade globalizada, com sua característica de sociedade da comunicação, traz no seu bojo as transformações sociais até então não conhecidas ou levadas em conta pelo Direito”⁴¹. Assim, a época atual, agravada pela sociedade global de risco com a comunicação em massa, mostra-se peculiar quanto às respostas necessárias.

Todavia, não é a massificação do direito penal que resolverá essa questão. A solução deve ser adequada ao que se busca tutelar, devendo inclusive ser mais perspicaz do que o observado ao longo da história, conforme afirma Marco Antonio Marques da Silva:

O momento atual afigura-se como oportuno, uma vez que todos os segmentos da sociedade não podem se posicionar como meros espectadores; urge que tomemos uma posição mais avançada, em defesa do cidadão, da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito⁴².

Diversamente do que o suposto clamor social determina, a posição a ser tomada é em favor e para o ser humano, cumprindo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

E mais, por vezes, os meios de comunicação tentam demonstrar que o problema da sociedade seria a crise da justiça penal, e para resolver a questão propõem a resposta rápida de um Estado punitivo, conseqüentemente diminuindo garantias processuais além de

⁴¹ SILVA, Marco Antonio Marques da. Dignidade humana e globalização. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 100.

⁴² SILVA, Marco Antonio Marques da. Dignidade humana e globalização. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 100.

exaltar a tolerância zero e o direito penal do inimigo⁴³.

Por isso, José de Faria Costa alerta para que não se escolha a via fácil do Estado policalesco, mas a via possível de respeito às garantias historicamente conquistadas:

as utopias são sempre processos difíceis, não de realizar, mas de ir concretizando e, quase sempre, o que se mostra menos sujeito a escolhas, é a vereda fácil e larga mas é também precisamente essa a que mais nos afasta dos objetivos que queremos prosseguir. Aqui, como em tantas outras coisas, a finalidade não compensa. Por isso escolhemos a via difícil de tentar cumprir a justiça penal no mundo contemporâneo com os instrumentos de uma razão modelada, por certo, pela excitação da contemporaneidade, mas também já muito mais sóbria e ciente das suas inescapáveis limitações. Via difícil, dizíamos, mas, de qualquer maneira a única em nosso entender que nos torna legitimamente orgulhosos do património espiritual de que somos herdeiros. Não é por vivermos em um mundo globalizado que devemos esquecer os princípios, as regras e os axiomas axiológicos que têm feito a grandeza – e simultaneamente a sua fragilidade – dos modelos de vivência comunitária que, com sangue, suor e lágrimas, temos paulatinamente construído desde os tempos da mais remota das antiguidades⁴⁴.

Ademais, no contexto da sociedade da comunicação, diante da hipervalorização da legislação penal como solução dos males, necessário questionar a importância dos direitos fundamentais frente à soberania do Estado em que a

Lei não pode ser concebida como produto do arbítrio, mas de uma vontade geral encaminhada diretamente a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. Foi essa a ideia que serviu de guia ao Estado de Direito, em que os direitos fundamentais aparecem não como concessão, porém como corolário da soberania popular, através da premissa que a lei não implica somente em um dever, senão um direito para o indivíduo⁴⁵.

Nesse sentido, mesmo que a mídia faça propaganda da necessidade de legislação penal, mostrando por vezes que as mazelas sociais estão na falta de segurança pública, o primado dos direitos fundamentais deve ser respeitado, servindo como limite ao Estado Democrático de Direito, não podendo tornar o Estado em um ente arbitrário e policalesco.

Ao se delimitar a atuação do direito penal, é imprescindível observar o princípio da proporcionalidade, que visa estabelecer limites ao agir do Estado, frente aos direitos fundamentais e garantias prévias, em uma medida de exata sanção ao desvalor sofrido pelo

⁴³ COSTA, José de Faria. **Direito penal e globalização**. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 58.

⁴⁴ COSTA, José de Faria. **Direito penal e globalização**. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 68.

⁴⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da. Dignidade humana e globalização. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 105.

bem jurídico protegido. A análise do limite do direito penal em sua atuação para salvaguardar lesão ou ameaça de direito deve contar com resposta proporcional, prevista nas normas promulgadas pelo Estado Democrático de Direito.

Após analisarmos o bem jurídico penal eleito pela Constituição, observamos que é necessário haver coerência com a eleição da Carta Maior a salvaguardar em âmbito penal. Nesse ponto, não se responde à indagação de qual bem jurídico se deseja salvaguardar do evento das *fake news*. Não é necessário. Ponderamos que as notícias falsas demonstram uma mentira em uma apreciação *prima facie*.

Assim, para se criminalizar a mentira, independentemente de sua consequência, o Estado deverá ser estruturado para perseguir toda mentira, principalmente as propagadas pela rede mundial de computadores. Não é proporcional a medida, tampouco razoável ou de interesse social. Além disso, seria necessário aparelhar um Estado que não teria características de democrático.

3. TUTELA PENAL DA NOTÍCIA MENTIROSA OU CRIMINALIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

Como sabemos, a liberdade de expressão configura direito fundamental insculpido no artigo 5º, IV, da Constituição da República, pela nomenclatura da liberdade de manifestação do pensamento, e conforme rege o inciso IX, que preceitua ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

Tendo em vista esse rol de direitos, a Constituição Federal de 1988, no capítulo relacionado à comunicação social, reiterou em seu art. 220 a importância da liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação para não ser alvo de qualquer restrição, mas ponderar valores constitucionalmente elencados. Nessa ordem de ideias, “ficou nítida a opção do legislador em ponderar valores constitucionais. A liberdade não será absoluta a ponto de lesar outro direito fundamental, devendo existir um equilíbrio”⁴⁶. A despeito de a expressão ser livre, não é irrestrita e absoluta, podendo, inclusive, existir colisões entre princípios, e o sopesamento, na valoração do necessário.

⁴⁶ NOGUEIRA, Mariana Stuart. **Cooperação jurídica internacional: limites para a utilização da prova no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2013.

Sobre a possibilidade de se limitar a liberdade de expressão e o direito à informação, existem freios que devam ser vistos sob a ótica, inclusive, do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Claudio José Langroiva Pereira e Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, a Constituição Federal origina

verdadeiro sistema de defesa contra episódios sociais que venham a tumultuar a paz e violar a dignidade humana, como explorações de caráter sensacionalista [...] impedir a utilização do ser humano como instrumento de publicidade e propaganda não desejada⁴⁷.

O desenvolvimento da liberdade de expressão, inclusive, propugna a necessidade da tolerância para pensamentos divergentes, lembrando de que opiniões distintas estão abarcadas pelo direito fundamental em questão. Nessa linha, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, acrescenta:

O Estado é democrático quando aceita e tolera, no próprio território, as mais diferentes expressões do pensamento, especialmente aquelas opiniões que criticam sua estrutura, seu funcionamento e o pensamento majoritário. A tolerância política mostra-se imprescindível para regular as relações entre ideologias e grupos políticos divergentes [...] Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto [...]. Para o bem-estar intelectual da humanidade, é preciso proteger a liberdade de expressar todas as opiniões, ainda que delas discordemos ou que estejam redondamente erradas⁴⁸.

Em última análise, se houver tutela penal das *fake news*, em que mentir publicamente geraria novo crime, qualquer opinião de maior veemência ou desfavorável, causaria cerceamento à liberdade de expressão em favor dessa suposta nova tutela.

Portanto, seria um modelo de sociedade estruturada pela Constituição Federal, em que qualquer mentira ou notícia que não fosse fiel aos fatos, eventualmente, carregada com viés político, seria cerceada pela norma penal incriminadora. Não parece determinado pela Constituição Federal incriminar mentiras e falsas notícias e nem o fim da liberdade de expressão em detrimento de uma suposta verdade, que por vezes é analisada com certa subjetividade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴⁷ PEREIRA, Claudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação social e a tutela jurídica da dignidade humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 49.

⁴⁸ MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão, dignidade humana e Estado Democrático de Direito. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 241-242.

O direito penal não tem o papel de suplantar todos os anseios sociais, por meio de norma penal incriminadora. Apesar do caráter polissêmico das *fake news*, anotamos que não há bem jurídico eleito pela Constituição apto a fundamentar a criação de norma penal relacionada às *fake news*. Também não observamos necessidade para tanto, uma vez que os demais ramos do direito podem auxiliar com sanções distintas das penais, inclusive mais proporcionais à natureza dos fatos.

Impõe-se o respeito aos princípios informadores do direito penal, em especial o direito penal mínimo a exigir a tutela penal dos bens jurídicos constitucionalmente eleitos a esse fim. Além disso, se para tudo se cria norma penal, institui-se o Estado policaresco em detrimento da construção do Estado Democrático de Direito.

Fake news, quando afeta bem jurídico penalmente eleito, já possui a tutela das normas penais. Trazer novo tipo penal não soluciona ou impede a produção de notícias falsas. Dependendo do que as notícias falsas afetem, há mecanismos suficientes para sua persecução, iniciando-a por meio de sanções administrativas ou cíveis.

A tutela penal das notícias falsas poderia tornar inviável a vida em sociedade, pois a todo momento se estará a criminalizar a liberdade de expressão. Por mais brutal que possa ser a liberdade de expressão como direito fundamental de todo cidadão, ela deve ser preservada. Seu excesso, evidentemente, quando se sobrepuser à honra ou outro valor tutelado pelo direito penal deve ser analisado pelo Poder Judiciário.

De todo modo, não se pode negar que as *fake news* tragam relativo impacto na sociedade e possam causar alguns males. No entanto, é sempre possível verificar a fonte, checar e discutir, pois o momento atual é o da sociedade da informação, dinâmica e, naturalmente, cheia de problemas, uma vez que todos têm a possibilidade de publicar seus textos ou vídeos em qualquer *site*. Por isso, a ótica do leitor a acompanhar as tecnologias também deve ser outra.

O fato de a pessoa propalar falácias e mentiras pode ser contido e ter como resposta inicial o direito administrativo sancionador quando possível, e o direito civil, exercendo uma medida proporcional da utilização do direito penal, que é a *ultima ratio*. Os demais ramos do direito são aptos e proporcionais para frear a propagação das notícias falsas, sob pena de se criminalizar tudo e todos.

Por fim, ressaltamos que o direito penal, por meio de sua coerção legítima, consiste em ação de maior força que o Estado pode ter, contendo as medidas mais gravosas. É o único autorizado a realizar o cerceamento de liberdade. Por isso, a atenção à ciência do direito penal é de suma valia para a construção de um Estado Democrático de Direito, que valorize o ser humano e sua objetificação, sobretudo, utilizando o direito penal de maneira equilibrada e justa.

REFERÊNCIAS

BBC NEWS. **Cambridge Analytica planted fake news**. Publicado em 20-03-2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/av/world-43472347>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL n. 6.812/2017**, de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1522471&filename=PL+6812/2017. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado n. 471/2018**, de autoria do Senador Humberto Costa. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7892542&ts=1581077948299&disposition=inline> Acesso em: 01 jun. 2021.

CANOSSA, Carolina. *Pizzagate: o escândalo de fake news que abalou a campanha de Hillary*. **Revista Super**. Publicado em 13-04-2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/pizzagate-o-escandalo-de-fake-news-que-abalou-a-campanha-de-hillary/>. Acesso em: 14 dez. 2020.

CARVALHO, Eric. O processo de circulação das *fake news*. In: RAIS, Diogo (coord.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 (versão digital).

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *et al.* (org.). **Internet, informação e criação – a quarta revolução: a revolução tecnológica da comunicação**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020 (versão digital).

COSTA, José de Faria. **Direito penal e globalização**. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra, 2010.

DIETER, Maurício. O excesso punitivo e mais um erro legislativo. **Gazeta do Povo**, 15 jan. 2016.

FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua

acepção constitucional. *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GRANVILLE, Kevin. Como a *Cambridge Analytica* recolheu dados do *Facebook*. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/como-a-cambridge-analytica-recolheu-dados-do-facebook.shtml>. Acesso em: 23 dez. 2020.

HIGH LEVEL GROUP – HLEG (Grupo Independente de Alto Nível sobre as notícias falsas e a desinformação *online*) da União Europeia. **Uma abordagem multidimensional para a desinformação**. Publicado em: 12-03-2018. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1746_pt.pdf. Acesso em: 20 mar. 2018.

KAISER, Brittany. **Manipulados**. Como a *Cambridge Analytica* e o *Facebook* invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINEZ, Vinício Carrilho; NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas. Participação popular, redes sociais e *fake news*: uma abordagem constitucional antes das eleições 2018. **Revista dos Tribunais**, v. 993, p. 179-199, São Paulo: RT, jul. 2018.

MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão, dignidade humana e Estado Democrático de Direito. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NOGUEIRA, Mariana Stuart. **Cooperação jurídica internacional**: limites para a utilização da prova no processo penal. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2013.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação social e a tutela jurídica da dignidade humana. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: RT, 1987.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha. *Fake news*, eleições e democracia. *In*: RAIS, Diogo

(coord.). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 (versão digital).

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado Democrático de Direito**: anotado com alterações da Lei n. 13.964/19. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020 (versão digital).

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Dignidade humana e globalização. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

SOUZA, Carlos Affonso; PADRÃO, Vinícius. **Quem lê tanta notícia (falsa)?** Entendendo o combate contra as *fakes news*. 2019. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/06/quem-le-tanta-noticia.pdf>. Acesso em: 26 maio 2021.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRUZZI, Gisele. O impacto das *fake news* na reputação de pessoas e instituições: como mitigar riscos e reduzir danos. *In*: LIMA, Ana Paula M. Canto de *et al.* (coord.). **Direito digital**: debates contemporâneos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Submetido em 30.04.2021

Aceito em 26.07.2021