



UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

ALEXANDRE JENS TEIXEIRA

OS LIMITES DA CRIMINALIZAÇÃO DAS FAKE NEWS: DA CENSURA AO
COMBATE EFETIVO DA DISSEMINAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS

SÃO PAULO

2021

ALEXANDRE JENS TEIXEIRA

OS LIMITES DA CRIMINALIZAÇÃO DAS FAKE NEWS: DA CENSURA AO
COMBATE EFETIVO DA DISSEMINAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à coordenação do Programa de
graduação em Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como parte dos
requisitos para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Rodrigo Camargo Aranha

SÃO PAULO

2021

ALEXANDRE JENS TEIXEIRA

OS LIMITES DA CRIMINALIZAÇÃO DAS FAKE NEWS: DA CENSURA AO
COMBATE EFETIVO DA DISSEMINAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS

Trabalho de conclusão de curso de
graduação apresentado à Universidade
Presbiteriana Mackenzie para a obtenção do
título de Bacharel em Direito. Orientador:
Prof. Rodrigo Camargo Aranha.

Trabalho de Conclusão de Curso defendido e aprovado em ___/___/___, pela
comissão julgadora:

Nota (_____)

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rodrigo Camargo Aranha
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Aos meus pais, Christiane e Roberto, e meu irmão, Leonardo, que me apoiam incondicionalmente. Aos meus amigos, que estão sempre comigo na caminhada da vida.

AGRADECIMENTOS

Ninguém caminha sozinho. É com essa frase que gostaria de começar a agradecer a todos que caminharam comigo até aqui e são parte do resultado deste trabalho.

John Locke, filósofo inglês, acreditava que o ser humano era uma folha em branco e todas as experiências que adquirisse durante a vida serviam para “preencher” essa folha e, assim, produzir um texto que resumisse a própria persona.

Assim como este TCC, que foi preenchido durante o tempo em que trabalhei nele, a minha vida é constantemente preenchida por letras e linhas de pessoas que por ela passam e deixam a sua marca. Aquelas presentes nessa lauda de agradecimentos possuem grande influência na produção deste trabalho e/ou marcaram - e continuam marcando - o meu tempo nesse nosso mundo.

Individualmente, queria reforçar o agradecimento à minha família, em especial meus pais e meu irmão, que me apoiam sempre que preciso, mesmo em momentos que eu mesmo não acredito em mim. São verdadeiros “fãs número zero”.

Queria agradecer aos meus amigos, desde os mais antigos até os mais novos, que me acompanham nessa caminhada finita. Posso me considerar uma pessoa com poucos amigos, mas com amizades ricas, dignas e fiéis.

Profissionalmente, queria agradecer à Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, ao Mateus de Oliveira Rossetti e à Giovanna Campanella Zampieri, pelo início na prática jurídica.

Em especial, gostaria de agradecer ao Marco Johann Guerra Ferreira, por todos os conhecimentos compartilhados, dentre os quais o apreço pela pesquisa jurídica, aqui compreendida a dogmática e a jurisprudencial, bem como os demais traquejos da vida prática na advocacia criminal. Sem eles, este trabalho não seria inteiro.

Ademais, cumpre a mim agradecer ao Rafael Covre, meu professor de filosofia no ensino médio, por ter despertado em mim o raciocínio crítico e o gosto pela leitura, fonte inesgotável de conhecimento.

Por fim, queria agradecer ao acaso, aquele que ruma a nossa vida por caminhos e pensamentos desconhecidos, que um dia me deu a ideia de cursar direito, em outro de escolher este tema e em outro me uniu ao meu orientador, Professor Rodrigo Aranha, também indispensável ao deslinde deste trabalho.

Que as caminhadas pela estrada da vida continuem sendo prazerosas.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso busca analisar a possível criminalização das então chamadas *Fake News*. Ele começa com a definição do que é realmente *Fake News* e depois mostra como é difícil definir o que é verdade e o que é falso. Ademais, este trabalho de conclusão de curso coloca o tema em uma perspectiva constitucional, a fim de verificar se a criminalização é mesmo possível, em razão dos direitos constitucionais e a própria limitação do poder de punir do Estado para evitar-se a censura. Depois, analisa-se as atuais iniciativas legislativas que propõem a criminalização das *Fake News*, mostra os seus problemas e reflete sobre os possíveis resultados dessas ações, em especial no debate público, que pode ser enfraquecido em razão do “efeito silenciador” (*chilling effect*). Após, este trabalho de conclusão de curso mostra como a sociedade tem se organizado para detectar e combater o problema da disseminação em massa das *Fake News* por meio de novas tecnologias, algoritmos e métodos.

Palavras-chave: *Fake News* – Criminalização – Censura - Limites da criminalização.

ABSTRACT

This thesis aims to analyse the possible criminalization of the so called Fake News. It starts with the definition of what is really Fake News and then show how hard it is to define what is true and what is false. Also, this thesis put the topic into a constitutional perspective, to verify if the criminalization is even possible, due to the constitutional rights and the own limitation of the State punishing power to avoid censorship. Then, it analyses the current legislative initiatives that proposes the criminalization of the Fake News, shows its problems and consider the possible outcomes of those actions, especially in the public debate, that can be weakened due to the “chilling effect”. Afterwards, this thesis shows how the society is organizing itself to detect and combat the Fake News mass dissemination problem with new technologies, algorithms and methods.

Keywords: Fake News - Criminalization - Censorship - Limits of criminalization

ABREVIATURAS E SIGLAS

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. DEFINIÇÕES DE FAKE NEWS.....	11
3. DA DIFICULDADE DE SE DEFINIR A VERDADE.....	14
3.1 MEIOS DE COMUNICAÇÃO COMPLEXOS E COMO A LINGUAGEM DEFINE A NOSSA REALIDADE.....	14
3.2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE FACT-CHECKING E SUA APLICABILIDADE	15
4. MATRIZ CONSTITUCIONAL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS QUE CIRCUNDAM O TERMO FAKE NEWS	18
4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO.....	19
4.1.1 Noções gerais sobre a liberdade de expressão	19
4.1.2 Noções gerais sobre a liberdade de informação	21
4.3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A VEICULAÇÃO DE EVENTUAIS FAKE NEWS	23
5. MATRIZ PENAL: DO COMBATE ÀS NOTÍCIAS FALSAS	28
5.1. LEI DE IMPRENSA (LEI FEDERAL Nº 5.250/67).....	28
5.1.1 Da incompatibilidade da Lei de Imprensa com a Constituição Federal de 1988	31
5.1.2 Do sigilo de fonte e suas implicações.....	33
5.2 PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL.....	36
5.2.1 Comentários ao Projeto de Lei nº 6812/2017.....	36
5.2.2 Comentários aos Projetos de Lei nº 473/2017 e 471/2018	37
5.2.3 Comentários aos Projeto de Lei nº 2108/2021	39
5.2.4 .Críticas.....	41
5.2.4.1. Da tipificação imprecisa	41
5.4.2.2. Questões relativas aos jornalistas e sigilo de fonte	44

5.4.2.3. Das penas cominadas.....	46
5.2.4.4. A exceção do Projeto de Lei nº 2108/2021.....	52
5.2.4.5. Dos efeitos nocivos à opinião pública	54
6. DO COMBATE ÀS FAKE NEWS PELA SOCIEDADE CIVIL	57
6.1. CRIAÇÃO DE TECNOLOGIAS DE DETECÇÃO DE DESINFORMAÇÃO ONLINE.....	57
6.1.1. Mineração de Dados.....	58
7. CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

1. INTRODUÇÃO

As *Fake News* estão entre nós - até mais presentes do que gostaríamos. Esse fenômeno não é genuinamente novo, porém tem alcançado proporções cada vez mais surpreendentes em razão da rapidez que a desinformação circula hoje, em especial por meio da interconectividade das mídias sociais, o que desafia a estabilidade democrática dos países.

O termo *Fake News* foi popularizado pelo ex-presidente norte americano, Donald Trump, nas eleições de 2016 e, desde então, é objeto de múltiplas discussões e reflexões no sentido de definir os limites da liberdade de expressão e de informação no ambiente virtual. Não por acaso, *Fake News* foi eleita a palavra do ano de 2017 pelo dicionário da editora britânica Collins¹.

Este trabalho, também preocupado com a proporção que a disseminação de notícias falsas tem tomado, procura estabelecer uma análise e reflexão do direito incidente, desde os direitos fundamentais previstos na Constituição até a criminalização das *Fake News*, os seus eventuais limites, a fim de que esta não esbarre em situações que configurem censura, bem como seus possíveis efeitos no debate público realizado principalmente na *ágora virtual*.

Ademais, analisa-se, sob uma perspectiva tecnológica e algorítmica, quais outras armas a sociedade dispõe para o enfrentamento desse fenômeno e como podemos combatê-lo efetivamente.

¹ BBC NEWS BRASIL. 'Fake News' é eleita palavra do ano e ganhará menção em dicionário britânico. Disponível em: [<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41843695>]. Acesso em 28 de outubro de 2021.

2. DEFINIÇÕES DE FAKE NEWS

As *Fake News*, talvez por serem um termo estrangeiro que foi popularizado nos últimos anos, ainda não encontram uma definição científica na língua portuguesa. Em decorrência disso devemos nos socorrer às definições de dicionários estrangeiros mais familiarizados com o termo, bem como as de doutrinadores estrangeiros e brasileiros que se aventuram a desbravar esse tema tão complexo, porém de extrema relevância na atualidade.

Sob essa ótica, alguns dicionários estrangeiros trazem uma definição daquilo que pode ser entendido como *Fake News*. É o caso do dicionário *Lexico* (publicação da casa editorial da Universidade de Oxford); *Cambridge Dictionary*; *Collins Dictionary* e *Meriam-Webster Dictionary*.

O dicionário *Lexico* conceitua as *Fake News* como *False information that is broadcast or published as news for fraudulent or politically motivated purposes* (informações falsas que são transmitidas ou publicadas como notícias motivadas por propósitos fraudulentos ou políticos)².

O *Cambridge Dictionary* as define como *false stories that appear to be news, spread on the internet or using other media, usually created to influence political views or as a joke* (histórias falsas que aparentam ser notícias, espalhadas na internet ou em outra mídia, usualmente criadas para influenciar visões políticas ou como piadas)³.

Para o *Collins Dictionary*, as *Fake News* são *false, often sensacional, information disseminated under the guise of news reporting* (informações falsas, muitas vezes sensacionalistas, disseminadas sob o disfarce de uma notícia jornalística)⁴.

Por fim, o *Merriam-Webster Dictionary*, por outro lado, não entende que *Fake News* tenha um significado próprio, senão a própria junção das já existentes palavras *Fake* e *News*. No texto *The Real Story of 'Fake News'*, o dicionário norte-americano explica que o conceito deriva das palavras *News* (conteúdo relatado em um jornal, periódico ou noticiário) e *Fake* (falso, falsificado)⁵. Portanto, temos que esse dicionário em específico traz a definição mais

² DEFINIÇÃO DE *FAKE NEWS*. Dicionário *Lexico*. Disponível em: [\[https://www.lexico.com/definition/fake_news\]](https://www.lexico.com/definition/fake_news). Acesso em 08/05/2021.

³ DEFINIÇÃO DE *FAKE NEWS*. *Cambridge Dictionary*. Disponível em: [\[https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news\]](https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news). Acesso em: 08/05/2021.

⁴ DEFINIÇÃO DE *FAKE NEWS*. *Collins Dictionary*. Disponível em: [\[https://www.collinsdictionary.com/pt/dictionary/english/fake-news\]](https://www.collinsdictionary.com/pt/dictionary/english/fake-news). Acesso em: 08/05/2021.

⁵ CONCEITO DE *FAKE NEWS*. *Merriam-Webster Dictionary*. Disponível em: [\[https://www.merriam-webster.com/words-at-play/the-real-story-of-fake-news\]](https://www.merriam-webster.com/words-at-play/the-real-story-of-fake-news). Acesso em: 08/05/2021.

generalista acerca do termo analisado, enquanto os outros, por terem definições específicas, acabam por se aprofundar na definição do conceito.

Entre todas as definições apresentadas, desde as mais generalistas até as mais específicas, é possível extrair alguns elementos comuns à todas elas. De plano, pode-se concluir que toda *Fake News* é uma notícia falsa.

Isso porque, conforme definido pelos dicionários internacionais citados, a falsidade é verificada na própria informação veiculada, que visa imitar uma notícia jornalística.

Ao analisar a polêmica eleição presidencial dos Estados Unidos da América em 2016, em especial o fenômeno das *Fake News*, Hunt Alcott e Matthew Gentzkou (2017) procuram delimitar aquilo que as caracteriza, de forma a possibilitar uma conclusão razoável daquilo que pode ser denominado *Fake News*.

Para os autores, trata-se das notícias que são intencionalmente e verificavelmente falsas, e que poderiam enganar os leitores⁶. Essa definição enfatiza duas características centrais das *Fake News*: *autenticidade* (é possível validá-las e verificá-las quanto à sua idoneidade e quanto ao seu conteúdo) e *intencionalidade* (possuem o intuito de enganar). Portanto, a simples *mentira* não serve por si só para caracterizar uma *Fake News*.

A partir dessa definição é possível extrair que tal conceito exclui: *(i)* erros jornalísticos não intencionais; *(ii)* rumores, ou seja, informações que não são verificadas no momento da postagem; *(iii)* teorias da conspiração, entendidas como explicações sobre eventos históricos a partir de um paradigma diferente do cientificamente utilizado, veiculadas por um grupo pequeno de pessoas que visam influenciar o resto da sociedade; *(iv)* sátiras, que são facilmente identificáveis pela característica de entretenimento; *(v)* fofocas, que são afirmações não validadas e não consentidas sobre pessoas ou fatos, e *(vi)* declarações falsas.⁷

Clarissa Piterman Gross também alimenta o debate sobre uma possível definição do termo que converge com a interpretação dos outros autores citados, porém vai além.

Para a autora, as *Fake News* não são qualquer informação falsa, mas sim aquelas intencionalmente produzidas para ludibriar alguém, cuja motivação é a obtenção de vantagem política ou econômica. Vejamos:

⁶ ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. 2017. *Social Media and Fake News in the 2016 Election*. Journal of Economic Perspectives, 31 (2), pp. 211-236.

⁷ CASTRO, Leonardo Nunes de. *Computação e Desinformação: tecnologias de detecção de desinformação online*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 206.

“Trata-se do conteúdo mentiroso, ou seja, intencionalmente falso, fabricado com o objetivo de explorar as circunstâncias do universo *online* (o anonimato, a rapidez de disseminação da informação, a fragmentação das fontes de informação e da atenção dos usuários da Internet, e o apelo às emoções e ao sensacionalismo) para fins de obtenção de vantagens econômicas ou políticas. Ainda, além de intencionalmente falso, esse conteúdo seria fraudulento por ser disponibilizado de tal maneira a imitar o formato da mídia tradicional”⁸

Entre todas as definições apresentadas, desde as mais generalistas até as mais específicas, é possível extrair alguns elementos comuns a todas elas.

De plano, pode-se concluir que toda *Fake News* é uma notícia falsa. Isso porque, conforme definido pelos dicionários internacionais e doutrinadores citados, a falsidade é verificada na própria informação veiculada, que visa imitar uma notícia jornalística, tanto quanto à forma, como em relação ao conteúdo.

Ademais, pode-se afirmar que, ao tratar-se de *Fake News*, estar-se-á diante da desinformação (*desinformation*), sendo que esta é definida como a informação falsa deliberadamente propagada⁹. Conforme já analisado, não há que se falar em *misinformation*, que trata-se das informações falsas ou imprecisas espalhadas de forma não intencional¹⁰.

Nesse sentido, o conceito que será utilizado nesse trabalho condiz com os elementos analisados. *Fake News* aqui será definida como a informação que visa imitar uma notícia (formal e materialmente) e cujo conteúdo é fraudulento, ou seja, aquele que é falso e intencionalmente fabricado para enganar outrem.

⁸ GROSS, Clarissa Piterman. *Fake News e Democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 95.

⁹ WU, Liang; MORSTATTER, Fred; HU, Xia; LIU, Huan. *Mining Misinformation in Social Media*. Big Data in Complex and Social Networks, Taylor & Francis Group, Chapter 5, p. 28.

¹⁰ *Ibidem*.

3. DA DIFICULDADE DE SE DEFINIR A VERDADE

Superado o problema de definição do conceito de *Fake News*, outro problema é latente quando analisa-se o tema: a dificuldade de se definir aquilo que é verdade e diferenciar daquilo que é falsidade.

Trata-se de tarefa primordial na identificação e no combate às *Fake News*, pois, conforme já analisado, estas são informações falsas que podem ser verificadas, logo, há de se ter certeza quanto àquilo que é verdade para ser possível combater uma falsidade. Já o problema reside nesse mesmo ponto: definir a verdade.

3.1 MEIOS DE COMUNICAÇÃO COMPLEXOS E COMO A LINGUAGEM DEFINE A NOSSA REALIDADE

Destarte, cumpre mencionar a relação entre a realidade e a comunicação. A humanidade tende a ver a realidade mediada pela linguagem, a qual também é influenciada pelos nossos meios de comunicação¹¹. Assim, eles criam e determinam nossa cultura, de forma que o sistema tecnológico que criamos acaba por ser uma ferramenta de molde da realidade que tentamos enxergar.

Com o avanço galopante dos métodos de comunicação virtual (redes sociais e afins), cada vez passamos mais tempo conectados, e, como consequência, reiteradamente buscamos informação também nesses canais.

Como seres individualmente considerados temos um *realismo ingênuo* (do inglês, *naive realism*), por meio do qual acreditamos que nossa percepção da realidade é o único ponto de vista correto, enquanto quem discorda de nós é visto como desinformado, irracional ou enviesado¹². Somado a isso, temos um viés de confirmação (do inglês, *confirmation bias*), pelo qual preferimos informações que corroboram com nossa visão atual¹³.

Nesse sentido, nosso conceito subjetivo de verdade estaria interligado àquilo que nos atrai em determinado assunto, e, por ingenuidade, excluímos do nosso escopo de visão as informações que diferem dos nossos conceitos pessoais de verdade.

¹¹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede* (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v.1). 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. pp. 413-415.

¹² ROSS, Lee; WARD, Andrew. *Naive realism in everyday life: Implications for social conflict and misunderstanding*. The Jean Piaget symposium series. Values and Knowledge. Hillsdale, NJ, US: Lawrence Erlbaum Associates, Inc., 1996, pp. 103-135.

¹³ McCRIGHT, Aaron M.; DUNLAP; Riley E. *Combating misinformation requires recognizing its types and factors that facilitate its spread and resonance*. Journal of Applied Research in Memory and Cognition, Elsevier, 6 (2017). pp. 389-396.

Com efeito, como seres humanos, ao naturalmente nos isolarmos daquilo que não nos atrai, formamos as chamadas *câmaras de eco* (do inglês, *echo chambers*) junto com aqueles que pensam da mesma forma e se interessam pelos mesmos temas, nos isolando de perspectivas contrárias ou alternativas às nossas próprias ideias¹⁴.

Tendo em vista essa perspectiva, ao nos excluirmos do acesso à outras informações que afrontam nossos interesses pessoais, a manipulação ganha força e tentar desvendar a verdade torna-se tarefa necessária, porém árdua.

Para tal, todos nós devemos passar por um intenso processo de checagem dos fatos acerca das informações que recebemos.

3.2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE FACT-CHECKING E SUA APLICABILIDADE

Quando adotamos sistemas complexos de comunicação como redes sociais (múltiplos emissores de informações e interlocutores) e nos afastamos cada vez mais das mídias tradicionais (único emissor de informação e múltiplos interlocutores), atestar a veracidade das informações veiculadas torna-se tarefa hercúlea e demanda uma checagem de fatos ainda mais complexa. Se antes o interlocutor deveria apurar as informações emitidas por um único grande emissor (mídia tradicional), agora passa a ter de verificar múltiplas informações emitidas por múltiplos emissores sobre um mesmo assunto.

O *fact-checking* (checagem de fatos) pode ser entendido como a tarefa de confirmar e comprovar fatos e dados usados em discursos nos meios de comunicação e outras publicações. Trata-se do confronto das informações recebidas com dados, pesquisas e registros¹⁵, cujo propósito é detectar erros, imprecisões e mentiras.

Muito embora essa prática seja mais comum a jornalistas, quando da criação de novos conteúdos, artigos, *posts* etc.¹⁶, não há prejuízo em estendê-la a todos os usuários da internet que estejam preocupados com a veracidade do conteúdo constantemente bombardeado em suas direções.

¹⁴ ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. *Social Media and Fake News in the 2016 Election*. Journal of Economic Perspectives, 2017, 31 (2), pp. 211-236.

¹⁵ FONSECA, Bruno. “*O que é fact-checking?*”. Agência de Jornalismo Investigativo, 2017. Disponível em: <https://apublica.org/2017/06/truco-o-que-e-fact-checking/>. Acesso em 12/05/2021.

¹⁶ VLACHOS, Andreas; RIEDEL, Sebastian. *Fact Checking: Task definition and dataset construction*. ACL Anthology, Proceedings of the ACL 2014 Workshop on Language Technologies and Computational Social Science, Baltimore, USA, 2014. pp.18-22.

No Brasil, temos algumas agências de *fact-checking* em operação que são, inclusive, filiadas à International Fact-Checking Network. São elas: Agência Pública ([\[https://apublica.org/\]](https://apublica.org/)); Agência Lupa ([\[http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/\]](http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/)); e Aos Fatos ([\[https://aosfatos.org/\]](https://aosfatos.org/)).

Essas agências, segundo Diogo Rais, “têm como objetivo checar as informações que circulam na rede, fazendo uma espécie de investigação da informação e comprovando sua análise indicando a falsidade ou não daquele conteúdo”¹⁷.

Não obstante, em razão dos usuários também serem fonte de informação pelo uso de suas redes sociais como Twitter e Facebook, nas quais desempenham papel de *citizen journalism*¹⁸ (espécie de jornalismo exercido por cidadãos não vinculados à mídia tradicional), a tarefa da checagem dos fatos é extremamente relevante no caso desses produtores de conteúdo.

Isso porque, em tese, seus textos não são editados nem revisados por superiores, ponto diametralmente oposto à realidade dos jornalistas que trabalham em mídias tradicionais. Sem revisão ou edição por superiores, que normalmente se preocupam com o conteúdo publicado em seus jornais, a probabilidade de se veicular informações falsas, mesmo sem intenção, é maior.

Por fim, outro problema surge exatamente da conjugação do nosso realismo ingênuo e câmaras de eco com o próprio *fact-checking*. Quantos usuários estão realmente dispostos a checar todas as informações que recebem dos mais diferentes emissores dentro das redes sociais e da internet em si? A esse questionamento não há uma resposta categórica, porém não é nenhum absurdo assumir que pouquíssimos estejam dispostos a travar essa luta diária contra a desinformação. Quanto mais nos fechamos em nossas bolhas dentro do mundo virtual, mais estamos suscetíveis a consumir informações falsas e menos suscetíveis a investigarmos suas fontes, pois, conforme analisado em tópico anterior, nosso realismo ingênuo nos traz segurança e, ao mesmo tempo, torna nossos conceitos de verdade cada vez mais enviesados.

Para resolvermos o problema da dificuldade de acesso às informações verdadeiras (a verdade objetiva), precisamos que os usuários passem por um processo de esclarecimento

¹⁷ RAIS, Diogo. *Fake News, Deepfakes e Eleições*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 45.

¹⁸ *Ibidem*.

substanciado pelo *fact-checking*, o que, analisando a problemática presente inerente às redes, parece pouco provável que aconteça em um futuro próximo.

4. MATRIZ CONSTITUCIONAL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS QUE CIRCUNDAM O TERMO FAKE NEWS

Antes de analisar o termo *fake news* sob a ótica do direito penal, mister salientar a sua relação com a Constituição Federal da República Brasileira de 1988, em especial com os direitos fundamentais referentes às liberdades de manifestação do pensamento, aqui compreendidas como a liberdade de expressão e a liberdade de informação.

A liberdade de expressão, por óbvio, encontra respaldo na Constituição Federal, expressamente prevista no art. 5º, inciso IV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

A liberdade de informação, por sua vez, tem fulcro no art. 5º, inciso XIV, também da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

O art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal complementa os conceitos de liberdade de expressão e informação, porquanto afirma ser livre a atividade de comunicação independentemente de censura:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Em contexto semelhante, o artigo 220, *caput*, e os seus §§ 2º e 3º, todos da Constituição Federal, tutelam a liberdade de expressão e de informação para além dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º. Com isso, reforçam aqueles direitos

fundamentais, quando conferem proteção à censura, desde que observados os limites constitucionais:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Feita essa introdução normativa aos artigos constitucionais que tutelam a liberdade de manifestação do pensamento, faz-se necessário análise mais aprofundada sobre as liberdades de expressão e informação.

Conforme verificar-se-á nos próximos itens, para além das características desses direitos fundamentais, as liberdades de manifestação do pensamento são, ao mesmo tempo, o que substanciam parte do fenômeno das *Fake News*, bem como o seu próprio limite, a partir da colisão entre direitos fundamentais e a necessária ponderação de valores, a ser realizada pelo juiz competente.

4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

4.1.1 Noções gerais sobre a liberdade de expressão

Como cediço, a liberdade de expressão faz parte dos direitos fundamentais consagrados pelo artigo 5º, da Constituição Federal da República Brasileira. Não só isso, como é também uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos.

Ao comentar o tratamento constitucional da liberdade de expressão, Paulo Gustavo Gonet Branco salienta que:

“A Constituição cogita da liberdade de expressão de modo direto no art. 5º, IV, ao dizer ‘livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato’, bem como no inciso XIV do mesmo artigo, em que ‘é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional’, e também no art. 220, quando dispõe que ‘a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição’. Acrescenta, nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, que ‘nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º,

IV, V, X, XIII e XIV’, e que ‘é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística’¹⁹

Nesse sentido, pode-se afirmar que encontram guarida constitucional as diversas formas pelas quais a liberdade de expressão se apresenta, como a comunicação de pensamentos, de ideias, de informações, de críticas, possuindo característica verbal ou não verbal, por meio da palavra ou até mesmo da escrita.

Com efeito, sobre as formas de manifestação do pensamento, destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“A manifestação mais comum do pensamento é a palavra falada, pela qual alguém se dirige a pessoa ou pessoas presentes para expor o que pensa. Essa liberdade é consagrada pelo art. 5º, IV e V. Na verdade, é ela uma das principais de todas as liberdades humanas, por ser a palavra uma das características fundamentais do homem, o meio por que este transmite e recebe as lições da civilização. (...) Outra forma de manifestação do pensamento é a pela palavra escrita, destinada a pessoas indeterminadas, divulgada por meio de livros, jornais e revistas. (...) A Constituição brasileira (art. 5º, IX) veda a censura da palavra escrita. Declara independente de censura ou licença do poder público a ‘expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação’. Proíbe, todavia, o anonimato (não o pseudônimo)”²⁰

Ainda mais, as palavras e a escrita constituem características fundamentais da humanidade, além de serem as formas mais comuns de comunicação e informação, pelas quais a liberdade de expressão se traduz no plano material.

Insta salientar que a liberdade de expressão é instrumento, também, para o funcionamento e preservação do sistema democrático. Apenas com a pluralidade de opiniões é possível construir um sistema verdadeiramente democrático, no qual todos os cidadãos possuem direito de se expressarem livremente. Inclusive, a liberdade de criticar governantes é meio indispensável para controle da própria atividade política.

Não há valor intrínseco à liberdade de expressão, sendo válida qualquer forma de manifestação, quando não vedada pelo ordenamento jurídico. Sobre a relação histórica dessa liberdade com o papel do Estado, destaca Ulrich Karpen: “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista”²¹.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 234

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 261.

²¹ KARPEN, Ulrich. *Freedom of expression*, in U. Karpen (ed.), *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Baden -Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 93.

Portanto, pode-se concluir essa primeira análise de modo a ressaltar que a liberdade de expressão é direito que não tem finalidade específica. Como garantia individual constitucionalmente estabelecida, trata-se de direito fundamental de todos e incensurável até mesmo pelo Estado, salvo pelos limites estabelecidos na própria Constituição Federal, como por exemplo o choque entre direitos fundamentais, que será analisado em tópico próprio.

4.1.2 Noções gerais sobre a liberdade de informação

Ao tratar sobre liberdade de informação, devemos ter em mente que trata-se tanto *(i)* do direito de informar pessoas pela veiculação de notícias, artigos ou qualquer outra espécie de conteúdo informativo, quanto *(ii)* do direito dos indivíduos procurarem informações sobre determinado conteúdo.

André Zonaro Giacchetta conceitua o direito de informar como “a faculdade de difundir pelos meios de comunicação social a notícia, relato sobre fato ou situação, e o exame valorativo do que se noticia”²².

Em relação ao direito de se informar, salienta Giacchetta:

“O direito de se informar consiste na faculdade de buscar e conhecer a informação (inclusive jornalística), vale dizer, um direito de não ser impossibilitado ou entravado de acessar a notícia e o exame valorativo do que se noticia nos meios de comunicação social”²³

No mesmo sentido Tatiana Stroppa ressalta que “O direito de se informar é o que faculta à pessoa a busca por informações sem qualquer espécie de empecilho ou limitações”²⁴

Não obstante o direito de informação ser classificado como direito fundamental, cujos titulares são os indivíduos individualmente considerados, há de se fazer menção à sua expressão coletiva, vez que tal direito costuma se concretizar pelos meios de comunicação social ou de massa. Nesse sentido José Afonso da Silva ressalta:

“O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de

²² GIACCHETTA, André Zonaro. *Atuação e responsabilidade dos provedores diante das fake news e da desinformação*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 282.

²³ *Ibidem*.

²⁴ STROPPIA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 92

comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva”²⁵

Assim como preconiza o art. 5º, inciso IX, em estreita relação com o art. 220, *caput* e seu respectivo §2º, todos da Constituição Federal, já citados em momento anterior, é vedada qualquer espécie de censura a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Isso importa dizer que a constituição federal veda qualquer controle prévio do conteúdo a ser veiculado pela imprensa ou qualquer cidadão que esteja exercendo seu direito de liberdade de expressão e informação.

Sobre a censura prévia, importante destacar as lições do Ministro Alexandre de Moraes:

“A censura prévia significa o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral. O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento sua finalidade antidemocrática”²⁶

Contudo, a despeito da vedação constitucional à censura prévia, imperioso destacar que a liberdade de informação, assim como a liberdade de expressão, não é um direito absoluto e, portanto, encontra limitações quando seu exercício importar em abuso de direito.

Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes assevera:

“O texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que a liberdade de imprensa é absoluta, não encontrando restrições nos demais direitos fundamentais, pois a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas sempre será cabível, em relação a eventuais danos materiais e morais”²⁷

Conclui-se, portanto, a uma primeira análise, que a liberdade de informação não deve ser previamente censurada, haja vista seu caráter de direito fundamental, porém há de se ressaltar que seu uso abusivo pode acarretar uma responsabilização posterior pelo conteúdo veiculado.

Eventual uso abusivo das liberdades de expressão e informação deve ser verificado pelo magistrado competente, quando este estiver diante de uma situação de colisão de direitos fundamentais, tema que será abordado com maior profundidade no tópico seguinte.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 112

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53.

²⁷ *Ibidem*.

4.3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A VEICULAÇÃO DE EVENTUAIS FAKE NEWS

Como cediço, nenhum direito no ordenamento brasileiro é, em sua completude, absoluto. Nem mesmo os direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal da República são exceção à essa máxima. Quando direitos fundamentais entram em confronto direto ocorre o que é denominado pela grande parte da doutrina como colisão de direitos fundamentais.

Destarte, cumpre ressaltar os ensinamentos de Robert Alexy a respeito da proporcionalidade e ponderação, que devem ser observados quando da colisão entre direitos fundamentais.

Alexy subdivide a proporcionalidade em três subprincípios, a saber: *(i)* adequação, *(ii)* necessidade e *(iii)* proporcionalidade em sentido estrito. Tais regras se relacionam exatamente nessa ordem. Não obstante, imperioso destacar que a análise de determinada medida através de todos os subprincípios não é sempre obrigatória, ou seja, a relação entre eles é subsidiária, só se passando para o exame através do outro subprincípio caso o ato analisado seja considerado proporcional.

O subprincípio da *adequação* consiste em realizar um exame absoluto em relação ao meio escolhido por determinado ato para alcançar seu objetivo. O ato deve ser considerado adequado se o meio escolhido por ele alcançar ou promover o objetivo pretendido, ou seja, tal medida só é inadequada se não contribuir em nada para o objetivo alcançado.

Já a *necessidade* exige que, entre dois meios igualmente adequados, seja escolhido aquele menos gravoso.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito*, entendida como um mandamento do sopesamento propriamente dito, preocupa-se, verdadeiramente, com a ponderação. Trata-se aqui de hipótese de maior importância para análise da colisão entre direitos fundamentais.

Esse princípio pode ser representado como um exame que deve levar em conta a intensidade da restrição do direito atingido e a importância do direito fundamental colidente. Trata-se de apontar, no caso concreto, qual direito deve ser protegido.

Com efeito, Alexy comenta que a proporcionalidade em sentido estrito estabelece que: “quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro”²⁸.

A aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser dividida em três fases. Primeiro deve ser determinada **(i)** a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de restrição ou de não-satisfação do direito atingido. Depois, deve-se averiguar **(ii)** a importância das razões que justificam tal intervenção, ou seja, a importância de se satisfazer o direito concorrente. Por fim, deve-se fazer **(iii)** a ponderação entre as respostas das duas fases anteriores, concluindo se a importância de se satisfazer ou não o direito concorrente justifica a restrição do direito atingido²⁹. Logo, uma medida não passa nesse raciocínio hipotético se os motivos que fundamentarem a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição do direito fundamental atingido.

O conceito de proporcionalidade desenvolvido por Alexy é de suma importância, tanto que outros autores contemporâneos adotam ao menos em parte esse raciocínio de ponderação para tentar trazer alguma luz ao problema da colisão de direitos fundamentais.

Nesse sentido, quando direitos de mesma magnitude colidem, cumpre ao magistrado ponderar, com base na razoabilidade e na proporcionalidade, de forma a tentar harmonizar o aparente conflito. Sobre a hipótese de colisão aparente, Ana Flávia Messa salienta:

“Ocorre quando um direito fundamental entra em choque com outro direito fundamental. Para resolver o conflito deve ser adotado o critério da ponderação de valores (...) a ponderação deve ser feita com base na razoabilidade, visando sempre a máxima proteção e concretização dos direitos fundamentais”³⁰

Sobre os limites da liberdade de expressão, Paulo Gustavo Gonet Branco salienta:

“Nem a garantia da privacidade nem a da liberdade de comunicação podem ser tomadas como direitos absolutos; sujeitam-se à ponderação no caso concreto, efetuada pelo juiz, para resolver uma causa submetida ao seu descortino. Dada a relevância e a preeminência dos valores em entrecchoque, é claro que se exige máxima cautela na apreciação das circunstâncias relevantes para solver o conflito”³¹

Nessa mesma linha de pensamento destaca Ingo Sarlet:

²⁸ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 136.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 594

³⁰ MESSA, Ana Flávia. *Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 380.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 244.

“doutrina e jurisprudência, notadamente o STF, embora adotem a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, admitem não se tratar de direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente como limite e limite aos limites de direitos fundamentais) e de direitos e bens jurídicos-constitucionais individuais e coletivos fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito”³²

Visando uma melhor interpretação da liberdade de expressão e de informação, levando-se em conta a ponderação de valores e os critérios estabelecidos por Alexy, muitas vezes estes direitos têm sido recepcionados com certa preferência aos demais direitos fundamentais, por servirem de fundamento ao exercício de outras liberdades. Contudo, reforça-se: isso não significa o seu exercício absoluto, uma vez que o mal uso desses direitos pode gerar sanções judiciais, desde que cause prejuízo a direito de outrem. Nessa lógica, a sanção prévia da liberdade de expressão só pode ocorrer nos casos em que o eventual dano a ser causado posteriormente seja irreparável.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso assevera:

“... as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência — *preferred position* — em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação”³³

No mesmo contexto, ao analisar a liberdade de informação e suas limitações ante a aparente transgressão de direitos da personalidade, Antonio Cecílio Moreira Pires e Lilian Regina Gabriel Moreira Pires ressaltam:

“Claro está, portanto, que será mediante a ponderação de princípios que a questão deverá ser corretamente solvida, tendo como limites principiológicos interpretativos a razoabilidade e a proporcionalidade, pelo que informações desprovidas de

³² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2013, p. 470.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. In: [http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm##LS], acesso em 06.04.2021.

sustentáculo técnico, capazes de provocar lesões ao direito de terceiros ou lesivas à comunidade não podem ser albergadas pelos direitos e garantias relativas à informação”³⁴

Nesse diapasão, uma das conclusões possíveis é de que a liberdade de expressão, *a priori*, pode ser preservada nos casos em que não há censura prévia ao sujeito que veicula um *post* ou uma notícia em algum site, que sabe ser falsa, configurando flagrante *Fake News*. Contudo, utilizando-se da ponderação de valores, não há que se falar em exercício absoluto da liberdade de expressão, vez que aquele que veicula o conteúdo evidentemente falso seja responsabilizado e os danos causados sejam ressarcidos a quem de direito.

Do exercício da ponderação de valores por parte dos magistrados, podemos destacar exemplo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, ao analisar o choque entre liberdade de informação e direitos da personalidade, optou por preservar estes em detrimento daquela, uma vez que, no entendimento do Ministro Relator Luiz Felipe Salomão, houve abuso da liberdade de informação pela veiculação de crítica difamatória que comprometeu os direitos da personalidade de outrem. Senão, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE INFORMAÇÃO, EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITOS NÃO ABSOLUTOS. COMPROMISSO COM A ÉTICA E A VERDADE. VEDAÇÃO À CRÍTICA DIFAMATÓRIA E QUE COMPROMETA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO. (...) 3. As liberdades de informação, de expressão e de imprensa, por não serem absolutas, encontram limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, tais como o compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade; e a vedação de veiculação de crítica com fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*). 4. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia, devendo ser considerado abusivo o exercício daquelas liberdades sempre que identificada, em determinado caso concreto, a agressão aos direitos da personalidade, legitimando-se a intervenção do Estado-juiz para por termo à desnecessária violência capaz de comprometer a dignidade. (...) 7. Recurso especial provido.³⁵

³⁴ PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. *Desinformação: atuação do Estado, da sociedade civil organizada e dos usuários da internet*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 247.

³⁵ STJ. Recurso Especial 1627863/DF, 4ª Turma, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, DJe 12/12/2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271627863%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271627863%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271627863%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271627863%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 10 de maio de 2021.

Por outro lado, adotando posição mais cautelosa quanto à eventual restrição da liberdade de expressão, porém destacando que o exercício desse direito não é absoluto, o Supremo Tribunal Federal tem consolidado posição no sentido de que o uso abusivo desse direito em detrimento de outros direitos fundamentais pode gerar, entre outras sanções, o dever de indenizar aquele que teve seu direito lesado. Contudo, segundo posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso, não cabe ao judiciário retirar a matéria jornalística do ar, mas sim eventualmente ponderar se cabe ou não dever de indenização, caso haja flagrante afronta a outro direito fundamental. Senão vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A RETIRADA DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DE SÍTIO ELETRÔNICO. AFRONTA AO JULGADO NA ADPF 130. PROCEDÊNCIA. (...) 3. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. 4. Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação, a decisão reclamada violou essa orientação. 5. Reclamação julgada procedente.³⁶

Pela análise dos posicionamentos dos Tribunais Superiores pode-se chegar à conclusão de que a proporcionalidade em sentido estrito e a ponderação de valores, estabelecida por Robert Alexy e com reflexos na contemporaneidade, faz-se presente nas decisões quanto ao exercício da liberdade de expressão e eventuais choques com outros direitos fundamentais. Ora as Cortes Superiores pendem a favor da liberdade de manifestação do pensamento, ora pendem para a sua limitação, dependendo do direito fundamental atingido no caso concreto e da intensidade da lesão. Dessa forma, cumpre ao magistrado competente ponderar se a importância de se satisfazer ou não o direito concorrente justifica a restrição do direito atingido.

Nesse sentido, ao olhar sob a ótica constitucional, as *Fake News* e seus impactos devem ser observados no caso concreto e, quando necessário, aquele responsável pela sua criação e divulgação deve ser responsabilizado com as medidas constantes no ordenamento jurídico brasileiro, em caso de transgressão de direito fundamental alheio, vez que o exercício das liberdades de expressão e informação não é acobertado pelo manto do exercício amplo, irrestrito e absoluto e, por consequência, encontra limitações.

³⁶ STF. Reclamação 22328/RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, DJe 10/05/2018. Disponível em: [<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur384883/false>]. Acesso em 10 de maio de 2021.

5. MATRIZ PENAL: DO COMBATE ÀS NOTÍCIAS FALSAS

Após traçar o panorama constitucional das *Fake News*, os direitos fundamentais a elas inerentes e eventuais colisões daqueles sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, cumpre a este trabalho delinear o aspecto penal que circunda o tema.

Muito tem se falado recentemente sobre a eventual necessidade de punição da disseminação de notícias falsas. Neste capítulo, pretende-se abordar alguns dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, bem como o histórico punitivo do Brasil moderno e contemporâneo, que atravessou desde limitações ao exercício da liberdade de expressão e informação até a declaração da inconstitucionalidade da Lei Federal nº 5.250/67 (Lei de Imprensa).

A análise desse contexto, que será desenvolvida em tópico seguinte, é de suma importância à compreensão do tema deste trabalho, bem como à compreensão do espírito legislativo punitivo que vem tomando força nos últimos tempos dentro das paredes do Congresso Nacional.

5.1. LEI DE IMPRENSA (LEI FEDERAL Nº 5.250/67)

A Lei Federal nº 5.250/67, popularmente conhecida como Lei de Imprensa, foi editada durante o regime militar (1964-1985) e assinada pelo ex-presidente Castelo Branco poucos meses depois da outorga da Constituição de 1967, com a conseqüente marcha do endurecimento do regime militar e cujo propósito era regular a liberdade de expressão e comunicação³⁷.

O diploma legal subsidiava os atos de censura, visto que previa a restrição da liberdade com base em fundamentos gerais e abstratos, manipulados de acordo com os interesses do regime, tais como a ordem e a moral, além de tipificar a ofensa à moral e aos bons costumes.

Com o objetivo de ter controle sobre a difusão de informações, de acordo com as previsões do quanto disposto em lei, jornalistas e veículos de comunicação poderiam ser detidos ou multados caso publicassem algo que ofendesse a "moral e os bons costumes", conforme redação conjugada dos artigos 2º e 17, da lei:

³⁷ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 187.

Art . 2º É livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e de jornais e outros periódicos, salvo se clandestinos (art. 11) ou quando atentem contra a moral e os bons costumes.

(...)

Art . 17. Ofender a moral pública e os bons costumes:

Pena: Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

Ademais, além desse tipo penal bastante abrangente, estavam presentes na lei aquilo que hoje conhecemos como crimes contra a honra (artigos 20 a 22, da Lei 5.250/67), cuja pena poderia ser aumentada em um terço se o conteúdo veiculado caluniasse, difamasse ou injuriasse alguma autoridade, como o presidente da República, ou até funcionários públicos no exercício de suas funções (artigo 23, da referida lei):

Art . 20. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena: Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

(...)

Art . 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena: Detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

(...)

Art . 22. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decôro:

Pena: Detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

(...)

Art . 23. As penas cominadas dos arts. 20 a 22 aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I - contra o Presidente da República, Presidente do Senado, Presidente da Câmara dos Deputados, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Chefe de Estado ou Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos;

II - contra funcionário público, em razão de suas funções;

III - contra órgão ou autoridade que exerça função de autoridade pública.

Pois bem, em que pese tais delitos, aquele que mais chama a atenção para fins de disseminação de notícias falsas, escopo deste trabalho, é o crime previsto no artigo 16 da Lei de Imprensa, que pode ser entendido como “a primeira tipificação penal para combater a veiculação e disseminação de notícias falsas”³⁸, porquanto:

“o art. 16 criminalizava a conduta de publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados com o objetivo de provocar a perturbação da ordem pública ou alarma social; a desconfiância no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica; o prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município; e a sensível perturbação na cotação de mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro”³⁹.

A essas condutas a lei estabelecia uma reprimenda de 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região⁴⁰.

Percebe-se que, da análise detida do tipo penal, há a presença de alguns elementos normativos do tipo bastante polêmicos quanto à redação escolhida. Ao determinar ser proibido publicar ou divulgar “notícias falsas”, por óbvio a lei assume que existe um conceito objetivo verificável daquilo que é verdade, este muitas vezes representado por aquilo que era conveniente ao regime militar brasileiro à época.

Não obstante, tal tipo penal também proíbe a publicação ou divulgação de “fatos verdadeiros truncados ou deturpados”. Tal proibição resta bastante prejudicial a um regime democrático inerente a um Estado Democrático de Direito, vez que “fatos verdadeiros truncados” em tese não podem ser interpretados como sequer informações falsas, eis que a falsidade é elemento claro quando definido o conceito de verdade.

³⁸ ABRUSIO, Juliana; MEDEIROS, Thamara. *Fake News - Os Limites da Criminalização da Desinformação*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 247.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Art . 16. Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem:
I - perturbação da ordem pública ou alarma social;
II - desconfiância no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica;
III - prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município;
IV - sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro.
Pena: De 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

No presente caso, um “fato verdadeiro truncado” poderia ser interpretado como um fato controverso, mas não necessariamente a divulgação de uma informação falsa ou mentirosa. Punir esse tipo de conduta é extremamente prejudicial a um regime democrático, vez que fere frontalmente o princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988) e abre portas à manipulação do conceito de verdade, visto que punir alguém por fato controvertido, que não se tem certeza absoluta sobre a natureza de seu conteúdo, caracterizaria, à ótica da Constituição da República de 1988, frontal agressão ao princípio do *in dubio pro reo*, aqui aplicado como decorrente do princípio da presunção da inocência.

Nesse sentido, se há dúvida razoável quanto à natureza do fato divulgado, o certo, conforme a Constituição da República promulgada após o fim do regime ditatorial, seria não punir o acusado.

Em razão do espírito inquisitorial que a Lei de Imprensa possui, além de dispor de extensas limitações ao exercício da liberdade de expressão e informação conforme demonstrado nos tipos penais analisados anteriormente, esta não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme decisão da ADPF 130, que será analisada no item subsequente.

5.1.1 Da incompatibilidade da Lei de Imprensa com a Constituição Federal de 1988

O Partido Democrático Trabalhista propôs, em 2008, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 130) endereçada ao Supremo Tribunal Federal, sustentando a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a nova ordem constitucional instaurada pela Carta Magna de 1988.

Já no ano subsequente, em 2009, os ministros reuniram-se para deliberação. O Relator, Ministro Carlos Ayres Britto votou pela procedência da demanda, declarando a inconstitucionalidade completa da legislação, no que foi acompanhado pelos ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, César Peluso, Eros Grau e Celso de Mello. Em síntese, entenderam os julgadores que a liberdade de expressão, de opinião e de crítica constitui um dos pilares fundantes do Estado Democrático de Direito, e que a Lei nº 5.250/67 estava em desacordo com essa estrutura⁴¹.

⁴¹ ANDRADE, Ana Carolina de Oliveira de. *Repercussões jurídicas do fim da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Privado, v. 11, n. 44, p. 273–282, out./dez., 2010. p. 277.

Os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, todavia, votaram pela procedência parcial da ação, com a preservação de alguns dispositivos, tais como os artigos 20, 21 e 22.

Do grupo dos Ministros que votaram pela procedência parcial da demanda, alguns argumentos merecem destaque, tais como: *(i)* a posição do Ministro Joaquim Barbosa, que, por sua vez, salientou a importância da penalização superior a do Código Penal para os crimes contra a honra praticados com abuso da liberdade de expressão, e *(ii)* o Ministro Gilmar Mendes que consignou a importância da manutenção dos dispositivos referentes ao direito de resposta.

O voto dissidente e vencido, pela rejeição da ação, foi proferido pelo Ministro Marco Aurélio Melo, para quem caberia ao Poder Legislativo substituir a legislação em vigor e, até quando isso não ocorresse, deveria permanecer válida a Lei de Imprensa, para evitar a desordem e a incerteza relativas à matéria.

Vale ponderar que dos seis ministros que votaram pela incompatibilidade total da lei, quatro disseram expressamente que esta levava à declaração de não recepção total da lei (Min. Carlos Britto, Carmen Lúcia, Eros Grau e Ricardo Lewandowski). Os outros dois membros desse grupo não especificaram em que termos julgavam a ação procedente (Ministros Celso de Mello e Menezes Direito), mas apontaram a incompatibilidade da lei com a nova Constituição Federal, logo, presume-se que tenham seguido a conclusão proposta pelo relator, qual seja, a de declarar a não recepção total da lei, mas isso não consta expressamente de seus votos⁴².

Já o Ministro Cezar Peluso votou pela não recepção total da lei, mas, ao mesmo tempo, admitiu que alguns artigos da lei seriam “absolutamente compatíveis com o ordenamento constitucional vigente”⁴³. Ao chegar a mesma conclusão que o relator, não foi por entender que o conteúdo da Lei n. 5.250 seria totalmente incompatível com a Constituição de 1988, mas sim por uma questão prática: “talvez não fosse prático manter vigentes alguns dispositivos de um sistema que se tornou mutilado. A sobrevivência de algumas normas, sem organicidade, realmente poderia levar, na prática, a dificuldades”⁴⁴. Portanto, o Ministro Peluso valeu-se, no final do seu voto, de um argumento relacionado

⁴² COSTA. Thales Morais da. *Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a Lei de Imprensa*. Revista Direito GV. São Paulo. 10 (1), jan-jun 2014. pp. 119-134.

⁴³ STF - ADPF 130/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, DJe 06/11/2009.

⁴⁴ *Ibidem*.

com à organicidade da lei para atingir a mesma conclusão da maioria, qual seja, julgar a ação integralmente procedente⁴⁵.

Em síntese final, pode-se dizer que tal julgado consagrou a atividade jornalística e impôs sérios limites a eventuais legislações que visem limitar tal profissão.

Em outro plano, mas no mesmo sentido, reforçou as liberdades de expressão e informação constantes do texto constitucional, bem como elevou a crítica jornalista a um patamar mínimo de intervenção, tanto na esfera legislativa quanto na judicial. A relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre é latente. É isso que se extrai do voto do Ministro Ayres Britto, que serve como norte desse raciocínio final:

"O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada"⁴⁶

5.1.2 Do sigilo de fonte e suas implicações

A ADPF 130, ao consagrar a liberdade de imprensa e a crítica jornalística, acabou, na mesma toada, trazendo maior proteção ao sigilo de fonte (artigo 5º, inciso XIV, da CF), inerente às atividades jornalísticas.

Trata-se de proteção ao exercício do jornalismo frente a eventuais arbítrios. Ademais, ao consagrar o sigilo de fonte, o julgamento da ADPF 130 não se limitou a este plano e declarou que os jornalistas são revestidos de imunidade ante sanções eventualmente impostas após estes declinarem eventual requerimento ou ordem de quebra de sigilo profissional. Isso é o que se extrai do voto do Ministro Celso de Mello:

“nenhum jornalista poderá ser constrangido a revelar o nome de seu informante ou indicar a fonte de suas informações, **sendo certo**, ainda, que **não poderá sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, quando se recusar** a quebrar esse sigilo profissional”⁴⁷ (g.n.)

Isso porque, de acordo com o Ministro, essa prerrogativa profissional é razoável haja vista que um dos fundamentos da atividade jornalística é “viabilizar, em favor da própria

⁴⁵ COSTA. Thales Morais da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a Lei de Imprensa. Revista Direito GV. São Paulo. 10 (1), jan-jun 2014. pp. 119-134.

⁴⁶ STF - ADPF 130/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, DJe 06/11/2009.

⁴⁷ *Ibidem*.

coletividade, a ampla pesquisa de fatos ou eventos cuja revelação se impõe como consequência ditada por razões de estrito interesse público”⁴⁸.

Nesse sentido, ao garantir o sigilo de fonte, garante-se a proteção ao exercício da atividade profissional, bem como a higidez da informação veiculada, pois a possibilita “mesmo contra o interesse dos poderosos do dia, pois que o informante não pode ficar a mercê da pressão ou da coação dos que se julgam atingidos pela notícia”⁴⁹.

Não à toa, a própria Lei de Imprensa, em seu artigo 71, prescrevia que nenhum jornalista poderia ser compelido a indicar o nome do seu informante ou a fonte de suas informações⁵⁰, bem como não poderiam sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, em caso de silêncio ou legítima recusa em responder às indagações que lhe sejam eventualmente dirigidas com o intuito de romper o sigilo de fonte.

No mesmo sentido é o magistério de Darcy Arruda Miranda, que reforça a tutela do sigilo de fonte como pilar do exercício da atividade jornalística:

“O jornalista ou radialista que publicou ou transmitiu a informação sigilosa, ainda que interpelado, não fica obrigado a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações. Este silêncio é direito seu, não podendo ser interpretado neste ou naquele sentido e não fica sujeito a sanção de qualquer natureza, nem a qualquer espécie de penalidade”⁵¹

Contudo, o referido autor impõe cautela quanto à extensão dessa proteção, ao ressaltar que “**o que não sofre sanção civil, administrativa ou penal, é o silêncio do divulgador, não a publicação incriminada**”⁵² (g.n.).

Ora, ao tratarmos sobre eventuais *Fake News* espalhadas no âmbito jornalístico, podemos assumir que o eventual propagador da notícia fraudulenta e enganosa poderia responder pelo conteúdo de sua mensagem, porém, ao olhar com maior cuidado, percebe-se que o sigilo de fonte pode ser usado como artifício para escapar de eventual sanção.

Isso porque, ao utilizar-se de sua proteção constitucional, o autor ou propagador da *Fake News* traz à luz uma dúvida quanto a um elemento essencial das notícias falsas: sua própria falsidade e aquilo que a torna fraudulenta.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ NOBRE, José Freitas. *Lei da informação: lei de imprensa, rádio, televisão e agências de notícias*. São Paulo: Saraiva, 1968. pp. 251-252.

⁵⁰ Art. 71. Nenhum jornalista ou radialista, ou, em geral, as pessoas referidas no art. 25, poderão ser compelidos ou coagidos a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo seu silêncio, a respeito, sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, nem qualquer espécie de penalidade.

⁵¹ MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa: Lei 5.250, de 1967 sobre a liberdade de manifestação do pensamento e da informação*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 774, item n. 781.

⁵² *Ibidem*.

Quando eventualmente acusado ou interpelado quanto ao conteúdo veiculado, o jornalista pode argumentar que aquilo que veicula não é falso e fraudulento vez que substanciado em eventual relato de sua fonte. Quando indagado a respeito da mesma, o sujeito pode invocar sua proteção constitucional e as autoridades estariam desautorizadas a sancioná-lo pelo não fornecimento de sua fonte, sendo certo que, de acordo com essa narrativa, tratar-se-ia de uma verdade oculta da sociedade.

Apesar disso, conforme referenciado acima, a mensagem/o conteúdo da informação veiculada ainda pode ser objeto de sanção civil, administrativa ou penal, porém trata-se de caminho árduo em direção a eventual punição e/ou responsabilização do acusado.

Isso porque, aquele que estiver no polo acusatório terá de provar a falsidade e o aspecto fraudulento da informação, enquanto aquele que estiver no polo passivo pode se defender alegando que a informação é verdadeira, o que descaracterizaria o fenômeno de eventual disseminação de *Fake News* com base em sua fonte, esta protegida sob o sigilo de envergadura constitucional.

Ademais, ainda sob à ótica probatória, eventuais buscas e apreensões (artigo 240 a 250, do Código de Processo Penal), bem como, em último caso, interceptações telefônicas (Lei 9.296/1996), que visassem provar a falsidade da informação veiculada por meio do material apreendido e/ou das conversas telefônicas do investigado/acusado com sua suposta fonte, enfrentariam dificuldade em prosperar face à impossibilidade da quebra de sigilo profissional por meio de medidas coercitivas. Nesse sentido é o voto do Ministro Celso de Mello:

“a **proteção constitucional** que confere ao jornalista o direito de não proceder à “disclosure” da fonte de informação ou de não revelar a pessoa de seu informante **desautoriza qualquer medida tendente a pressionar ou a constranger o profissional de imprensa a indicar a origem das informações a que teve acesso**”⁵³ (g.n.).

Sobre o papel intimidador do Estado e seu poder de indagação, finaliza o Ministro:

“**os jornalistas, em tema de sigilo de fonte, não se expõem ao poder de indagação do Estado ou de seus agentes** e não podem sofrer, por isso mesmo, em função do exercício dessa legítima prerrogativa constitucional, a imposição de qualquer sanção penal, civil ou administrativa”⁵⁴ (g.n.).

Essas são situações que aparentam ser ainda uma incógnita após a consagração do sigilo profissional dos jornalistas. Ao declará-lo impenetrável e inflexível, o Pretório Excelso

⁵³ STF - ADPF 130/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, DJe 06/11/2009.

⁵⁴ *Ibidem* e STF - Inq 870/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJu 15/04/1996.

abriu portas ao legítimo exercício do jornalismo, em contrapartida, aparentemente, impôs dificuldade a eventual responsabilização criminal daqueles que se utilizam da fraudulenta e pretensa atividade jornalística, mas compromissados apenas com a desinformação.

5.2 PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL

A problemática da disseminação de *Fake News*, conforme visto, é uma questão latente que aparenta ensejar uma resposta legislativa.

Nesse sentido, o Congresso Nacional, imbuído de um sentimento punitivista, vem formulando respostas ao fenômeno da divulgação de notícias falsas. Dentre todas as propostas legislativas, destacam-se aquelas que buscam criminalizar tais condutas.

De forma geral, os argumentos que atualmente corroboram a tipificação das *Fake News* manifestam preocupação com os prejuízos econômicos, políticos e reputacionais que a propagação de informações falsas pode promover.

Este trabalho prezarà pela análise dos Projetos de Lei *(i)* nº 6812/2017, em trâmite na Câmara dos Deputados; *(ii)* nº 473/2017, que tramita no Senado Federal; *(iii)* nº 471/2018, em tramitação no Senado Federal; e *(iv)* nº 2.108/2021, aprovado pelo Senado Federal, mas parcialmente vetado pelo Presidente da República (Veto nº 46/2021).

5.2.1 Comentários ao Projeto de Lei nº 6812/2017

Trata-se de proposta legislativa de autoria do então Deputado Federal Luiz Carlos Haully⁵⁵, que visa criminalizar a divulgação e/ou compartilhamento de notícias falsas, na rede mundial de computadores:

“Art. 1º Constitui crime divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica.

⁵⁵ Atualmente encontra-se apensado a diversos outros Projetos de Lei que possuem finalidades semelhantes. Desses, destaca-se o Projeto de Lei nº 2196/2020, de autoria do Deputado Alexandre Frota, que também visa criminalizar a disseminação de *Fake News*:

“Art. 1º Divulgar notícia falsa ou ofensiva contra pessoa física ou jurídica, por meio eletrônico seja privado ou público.

Pena: 1 a 3 anos de detenção e multa

§1º Se o crime é cometido por funcionário público, aumenta-se a pena em sua metade”.

Sobre o tema e mais informações a respeito do Projeto de Lei apensado, verificar: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1886822&filename=PL+2196/20]. Acesso em 20 de setembro de 2021.

Pena - detenção de 2 a 8 meses e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.”⁵⁶

A justificativa apresentada no presente projeto considera que:

“A rápida disseminação de informações pela Internet tem sido um campo fértil para a proliferação de notícias falsas ou incompletas. Atos desta natureza causam sérios prejuízos, muitas vezes irreparáveis, tanto para pessoas físicas ou jurídicas, as quais não têm garantido o direito de defesa sobre os fatos falsamente divulgados. **A presente medida tipifica penalmente o ato de divulgar ou compartilhar notícia falsa na rede mundial de computadores**, de modo a combater esta prática nefasta”⁵⁷ (g.n.)

Nesse sentido, *a priori*, verifica-se que tal iniciativa legislativa apresenta certa nebulosidade quanto aos elementos do tipo penal e a justificativa do legislador. Isso porque, ao delimitar os elementos normativos do tipo, o legislador escolheu “informação falsa” para a constituição do delito em comento, porém, quando de sua justificativa, aponta “notícia falsa” como a razão da criação do novo crime.

Dado esse fato, imperioso ressaltar que o legislador aparenta equiparar “informação falsa” a “notícia falsa”. Quando analisado sob essa ótica, tal tipo penal indica que pretende punir a informação que visa imitar uma notícia (formal e materialmente) e não qualquer informação falsa genérica (exemplo: rumores; teorias da conspiração; sátiras; fofocas, etc.).

Pela justificativa do Projeto de Lei, é possível concluir que o legislador (*i*) deseja punir aqueles que divulgam informações falsas que visam imitar notícias e com isso perpetrar a fraude mediante a credibilidade que estas têm perante a sociedade, muito pelo *fact-checking* esperado dos jornalistas; ou (*ii*) desejava punir a informação falsa genérica e divergiu em sua justificativa, o que enseja confusão preocupante para a determinação do feixe de punição do tipo penal e a consequente limitação do poder de punir do Estado.

5.2.2 Comentários aos Projetos de Lei nº 473/2017 e 471/2018

A respeito do Projeto de Lei nº 473/2017, cujo autor é o Senador Ciro Nogueira, em trâmite perante o Senado Federal, cumpre destacar que tal iniciativa legislativa visa alterar o Código Penal (Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa:

“Divulgação de notícia falsa

⁵⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 6812/2017. Site da Câmara dos Deputados. Disponível em: [\[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0jrr7fa9zxup4180y291gztqy42421722.node0?codteor=1522471&filename=PL+6812/2017\]](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0jrr7fa9zxup4180y291gztqy42421722.node0?codteor=1522471&filename=PL+6812/2017). Acesso em 20 de setembro de 2021.

⁵⁷ *Ibidem*.

Art. 287-A - Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

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

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.”⁵⁸

Como justificativa do projeto de lei, o Senador autor da iniciativa legislativa destaca, além da preocupação com a alta disseminação de *Fake News*, o fato do ordenamento jurídico nacional não prever crime quando a vítima das notícias falsas não puder ser identificada, o direito difuso da população receber notícias verdadeiras restaria atingido. Senão, vejamos:

“A divulgação das chamadas *fake news* (notícias falsas), sobretudo na internet, é conduta cada vez mais comum em nosso país. Esse quadro é preocupante, uma vez que tais notícias deseducam e desinformam a sociedade em assuntos como saúde, segurança pública, economia nacional e política, servindo, frequentemente, como instrumento de manipulação da opinião popular. Quando a vítima pode ser identificada, a divulgação de fake news, via de regra, configura crime contra a honra (calúnia, injúria ou difamação). Há situações, no entanto, em que embora o dano não possa ser individualizado, o direito difuso de a população receber notícias verdadeiras e não corrompidas é atingido. Ocorre que para estes casos a lei penal não prevê qualquer tipo de punição. Dessa forma, o presente projeto de lei busca criminalizar a divulgação de notícia falsa em que a vítima é a sociedade como um todo”⁵⁹

No momento, o projeto aguarda nova distribuição, com a consequente nomeação de um novo relator, após Rodrigo Pacheco devolvê-lo em razão de não mais pertencer à CCJ (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania).

Na mesma linha propositiva segue o Projeto de Lei nº 471/2018, também em trâmite perante o Senado Federal, cujo autor é o Senador Humberto Martins. Trata-se de iniciativa legislativa que propõe criminalizar a citação e divulgação de notícia falsa e a criação e divulgação de notícia falsa para afetar indevidamente o processo eleitoral⁶⁰, além de prever

⁵⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 473/2017. Site do Senado Federal. Disponível em: [\[https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7312821&ts=1630427254990&disposition=inline\]](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7312821&ts=1630427254990&disposition=inline). Acesso em 22 de setembro de 2021.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 471/2018. Site do Senado Federal. Disponível em: [\[https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7892488&ts=1630434479092&disposition=inline\]](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7892488&ts=1630434479092&disposition=inline). Acesso em 22 de setembro de 2021.

alterações não só no Código Penal, bem como no Marco Civil da Internet e no Código Eleitoral.

Dentre as inovações que a proposta traz, destaca-se o conceito de notícia falsa que o texto legislativo pretende adicionar ao Marco Civil da Internet como sendo “texto não ficcional que, consideradas as características de sua veiculação, possua o potencial de ludibriar o receptor em relação à veracidade do fato”⁶¹.

Ademais, tal projeto visa proteger a liberdade de expressão, ao prever, em seu §3º, que “não é considerada notícia falsa a manifestação de opinião, de expressão artística ou literária, ou o texto de conteúdo humorístico”⁶².

Ao fazer essa ressalva, o tipo penal seria direcionado à responsabilização criminal dos abusos de eventual atividade jornalística, aqui compreendidos o mau uso da liberdade de imprensa e do direito de informação, quando aptos a ferir direito alheio.

Como justificativa do projeto, destaca o autor do projeto o potencial nefasto de eventual disseminação das notícias falsas, que pode afetar tanto os indivíduos, quanto a higidez de um processo eleitoral:

“A notícia falsa, ou seja, aquela que o elaborador sabe ser falsa e lhe faz a divulgação com propósitos malsãos, tem o nefasto potencial de desmoralizar publicamente uma pessoa inocente, afetar de forma indevida processos eleitorais, em prejuízo dos princípios democráticos e da verdade eleitoral, ou seja, da expressão autêntica da vontade do eleitor e, no limite, até mesmo provocar danos à saúde e à segurança pública”⁶³.

No momento, o projeto aguarda designação de relator para seguir o trâmite de aprovação ou rejeição junto ao Senado Federal.

5.2.3 Comentários aos Projeto de Lei nº 2108/2021

Como cediço, o PL 2108/2021 trata-se de projeto de lei que acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito, bem como revoga a Lei nº 7.170,

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

⁶³ *Ibidem.*

de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais)⁶⁴.

Nesse sentido, além da criação de novo Título na parte especial do Código Penal, tal projeto revoga integralmente a Lei de Segurança Nacional e revoga a contravenção penal de “associação secreta”, da Lei de Contravenções Penais.

Dentre os novos delitos inseridos na proposta legislativa, aquele previsto no novel art. 359-O se assemelha às outras propostas legislativas previamente analisadas nos tópicos anteriores, eis que tipifica **a promoção ou financiamento de campanha ou iniciativa para disseminar fatos inverídicos capazes de comprometer a higidez de um processo eleitoral**⁶⁵. Logo, pode-se afirmar que encontra-se no âmbito de análise das propostas que visam, em sua gênese, criminalizar a disseminação de informações falsas.

A iniciativa legislativa teve origem no PL 2462/1991, de autoria do então Deputado Federal Hélio Bicudo, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados e remetido ao Senado para apreciação. Pelo procedimento bicameral, recebeu nova numeração e passou a ser denominado PL 2108/2021.

Aprovado por ambas as casas do Congresso, a proposta foi remetida ao Presidente da República, que a aprovou parcialmente, cuja sanção foi acompanhada de veto parcial⁶⁶.

O Senado tinha até o dia 01 de outubro de 2021 para analisar os vetos do Presidente da República e verificar se iria mantê-los ou derrubá-los. Contudo, a matéria está sobrestada desde 02 de outubro de 2021 e aguarda nova inclusão na Ordem do Dia.

Os vetos presidenciais, quanto ao conteúdo do art. 359-O, consistiam em: *(i)* a proposta contrariar o interesse público por não precisar qual conduta seria objeto de criminalização (geração da notícia falsa ou a sua disseminação, mesmo que sem intenção); *(ii)* dúvida quanto à consumação do crime, se este seria permanente ou continuado; *(iii)* possível existência de um “tribunal da verdade” para discernir aquilo que é inverídico e, portanto, delimitar a conduta punível, o que geraria insegurança jurídica; e *(iv)* a

⁶⁴ BRASIL. Projeto de Lei nº 2108/2021. Site do Senado Federal. Disponível em: [\[https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148741\]](https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148741). Acesso em 22 de setembro de 2021.

⁶⁵ Art. 359-O. Promover ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privado, campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos capazes de comprometer o processo eleitoral: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

A íntegra da proposta e seu conteúdo está disponível em: [\[https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8965742&ts=1631106651727&disposition=inline\]](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8965742&ts=1631106651727&disposition=inline). Acesso em: 23 de setembro de 2021.

⁶⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 2108/2021. Site do Senado Federal. Disponível em: [\[https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148741\]](https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148741). Acesso em 22 de setembro de 2021.

problemática do verbo “promover”, que tenderia a dar discricionariedade para o intérprete da lei na avaliação da natureza dolosa da conduta criminosa em razão da amplitude do termo⁶⁷.

5.2.4 .Críticas

5.2.4.1. Da tipificação imprecisa

Quanto aos projetos de lei **(i)** nº 6187/2017, da Câmara dos Deputados; **(ii)** nº 473/2017; e **(iii)** nº 471/2018, ambos do Senado Federal, percebe-se que há clara preocupação legislativa com a punição de eventual divulgação de *Fake News*. Apesar das nobres iniciativas, tais projetos apresentam imprecisões críticas que dificultam que estes prosperem, especialmente ao se verificar a tipificação escolhida.

Como cediço, a tipicidade consiste na “conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”⁶⁸, que pode ser explicada como:

“a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei. Como o tipo penal é composto não só de elementos objetivos, mas também de elementos normativos e subjetivos, é indispensável para a existência da tipicidade que não só o fato, objetivamente considerado, mas também sua antijuridicidade e os elementos subjetivos se subsumam a ele”⁶⁹

Em relação a tais projetos, ao se estabelecer os elementos que configuram o fato típico, utiliza-se com frequência os verbos “divulgar, compartilhar, modificar e desvirtuar a verdade”, que são amplos e vagos, portanto, comprometem a tipicidade, eis que as ações de divulgação e compartilhamento são de difícil verificação e mensuração, haja vista a velocidade de propagação e a extensão da rede de pessoas que a divulgam⁷⁰.

Disso decorre a dificuldade objetiva em se individualizar as condutas, ao passo que o elemento normativo “**verdade**” gera outro desafio: definir exatamente seu significado.

Conforme mencionado neste trabalho, somos fortemente influenciados pelos meios de comunicação de nossa época e os meios virtuais, cada vez mais presentes na nossa rotina, ditam um novo ritmo a como recebemos e processamos a informação adquirida.

⁶⁷ BRASIL. Veto nº 46/2021 (Lei de Segurança Nacional e Crimes contra o Estado Democrático de Direito). Site do Senado Federal. Disponível em: [<https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/14565>]. Acesso em 23 de setembro de 2021.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Parte geral - Coleção Tratado de direito penal volume 1*. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 364.

⁶⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP*. Volume 1, 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021. p. 116.

⁷⁰ ABRUSIO, Juliana; MEDEIROS, Thamara. *Fake News - Os Limites da Criminalização da Desinformação*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 250.

No mesmo sentido de tópico anterior em que se discutiu a dificuldade de se definir a verdade, o nosso *realismo ingênuo*, por meio do qual acreditamos que nossa percepção da realidade é o único ponto de vista correto, enquanto quem discorda de nós é visto como desinformado, irracional ou enviesado, somado a um *viés de confirmação*, pelo qual preferimos informações que corroboram com nossa visão atual, impõem dificuldades subjetivas para discernirmos a veracidade das informações que estamos sendo constantemente submetidos.

Ao excluirmos do nosso escopo de visão as informações que diferem dos nossos conceitos pessoais de verdade, formamos um conceito subjetivo de verdade que estaria interligado àquilo que nos atrai em determinado assunto.

Como consequência, ao naturalmente nos isolarmos daquilo que não nos atrai, formamos as *câmaras de eco* junto com aqueles que pensam da mesma forma e se interessam pelos mesmos temas, nos isolando de perspectivas contrárias ou alternativas às nossas próprias ideias.

Com efeito, a valoração do dolo da conduta e dos elementos normativos do tipo relacionados à apreciação da falsidade da notícia podem constituir óbice à apuração persecutória. Isso porque, tais projetos de lei utilizam-se de elementos como “**sabe ser falsa**”, o que denota um dolo específico do agente em compartilhar algo que sabe não corresponder à realidade factual.

Contudo, conforme analisado, muitas vezes nos encontramos em situações que acreditamos estar diante da verdade, porém essa sensação não passa de uma aparência, vez que estamos diante de um conceito de verdade subjetiva, que se afasta da suposta verdade objetiva do fato controverso. Ou seja, é possível uma pessoa divulgar uma informação falsa acreditando que está divulgando algo objetivamente verdadeiro. Isso se dá, entre outros fatores, pela ausência de *fact-checking* necessário para se dirimir se tal informação é ou não verdadeira.

Ademais, observa Guilherme Mello Graça:

“(…) existe uma dificuldade enorme na apuração persecutória do que seria necessariamente uma informação verdadeira/falsa, bem como existem dificuldades em punir o sujeito ativo do crime que, por ignorância ou erro, compartilha determinado tipo de informação. Ademais, não é

juridicamente aconselhável elaborar um tipo penal amplo, que trabalhe com conceitos indeterminados”⁷¹

Os reflexos dessa questão na seara penal são claros: se adotada a redação com elementos subjetivos como “**sabe ser falsa**”, tornar-se-á uma tarefa árdua ao intérprete da lei verificar o tipo subjetivo (dolo) do agente no caso concreto, vez que em inúmeros casos poder-se-á estar diante de um erro ou um fato manifestamente atípico (ausência de dolo específico de divulgar uma informação que **sabe ser falsa**).

Ademais, a utilização dos elementos (i) “**possa distorcer**” e (ii) “**alterar ou corromper a verdade**” traz, de início, um juízo de probabilidade que deve ser feito pelo intérprete da norma ao analisar o caso concreto.

Nesse sentido, cabe ao julgador verificar se eventual *Fake News* possui o condão, ou não, de alterar ou corromper um suposto conceito de verdade por trás do fato narrado. Supondo que o magistrado chegue em um conceito objetivo de verdade, já que o tipo penal subentende que trata-se de um pressuposto absoluto aquele saber diferenciar a verdade da falsidade e esteja alheio aos conceitos de *realismo ingênuo*; *viés de confirmação* e *câmaras de eco*, bem como demais obstáculos inerentes a uma sociedade conectada, por mais árduo que isso possa parecer ao se projetar em determinados casos concretos, valorar se tal notícia pode distorcê-lo, alterá-lo, ou corrompe-lo deve passar, imprescindivelmente, pela análise desse impacto nas supostas vítimas de tal crime.

Como tais delitos, muitas vezes, trazem vítimas indeterminadas ou mesmo a própria sociedade, tal *Fake News* divulgada deve impactar a coletividade gravemente, ou seja, as *Fake News* sem impacto suficiente para “distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante” de forma significativa, restariam atípicas, em aplicação do princípio da ofensividade, eis que é indispensável que “haja, pelo menos, um perigo concreto real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido”⁷².

Portanto, tal tipo penal pressupõe que (i) o julgador possa deduzir uma suposta verdade objetiva a respeito do fato narrado e, conseqüentemente, se distanciar dos vieses

⁷¹ GRAÇA, Guilherme Mello. *Desvelando o Grande Irmão. Fake News e Democracia: novos desafios do direito constitucional contemporâneo*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas, v. 5, n. 1, p. 407. Disponível em: [https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/13987. Acesso em 27 de outubro de 2021.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Parte geral - Coleção Tratado de direito penal volume 1*. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 70.

tendenciosos inerentes à sociedade conectada; **(ii)** tenha realizado um extenso e exaustivo processo de *fact-checking*; e **(iii)** seja capaz de valorar a potencialidade lesiva de determinada *Fake News* para assim atribuir tipicidade à conduta que lhe foi apresentada. Tal reunião de fatores é, no mínimo, bastante desafiador.

Na hipótese de todo magistrado cumprir esses requisitos, ainda haveria a questão do elemento subjetivo do injusto anteriormente apontada, que impõe mais dificuldades quanto à identificação do ímpeto do suposto agente do fato criminoso, vez que o mesmo também há de saber, sem sombra de dúvidas, a respeito da falsidade da notícia veiculada e, conseqüentemente, não estar submetido aos conceitos de *realismo ingênuo*; *viés de confirmação* e *câmaras de eco*, vez que estes neblinam tanto o conhecimento quanto a vontade do agente ao realizar o fato criminoso.

Nesse sentido, determinar o elemento subjetivo específico do agente em um contexto fático-probatório torna-se tarefa árdua, vez que este necessariamente precisa estar lastreado nas demais provas do caso concreto para ser caracterizado. O agente deve, deliberadamente, demonstrar que reconhecia a falsidade das informações veiculadas e, somado a isso, que tinha o dolo específico de prejudicar a sociedade.

5.4.2.2. Questões relativas aos jornalistas e sigilo de fonte

Ademais, outro fator que pode prejudicar eventual responsabilização penal é a garantia constitucional do sigilo de fonte. Isso porque, conforme visto em tópico anterior, a ADPF 130 reconheceu que os jornalistas são revestidos de imunidade ante sanções eventualmente impostas após estes declinarem eventual requerimento ou ordem de quebra de sigilo profissional.

Nesse sentido, quando tais projetos visam criminalizar a divulgação de notícias falsas, imprescindivelmente estão tratando da atividade jornalística e suas implicações. Pela interpretação sistemática da ADPF 130, o sigilo de fonte restaria protegido ante qualquer investida do Estado que vise a punição de tais profissionais.

Ao invocarem tal instituto, jornalistas podem se resguardar quanto ao conteúdo veiculado quando demonstrarem terem o adquirido através de outra pessoa, sendo que não serão obrigados a revelar sua fonte.

Com efeito, a responsabilização criminal pelos delitos de divulgação de notícia falsa restaria prejudicada, porém demais punições por outros delitos, tais como os crimes contra a honra ou outros que venham a ofender direito personalíssimo, ainda são possíveis vez que

a liberdade de imprensa e o direito de informação, como cediço, não são ilimitados. Se constatada atividade criminosa do jornalista diante do caso concreto, eventual responsabilização penal é possível.

De outra banda, a mera crítica ríspida sem a intenção de ofender não deve receber tutela do direito penal. Como forma de ilustrar tal raciocínio jurídico, salutar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. CONTROVÉRSIA ENTRE JORNALISTAS. ARTIGOS CRÍTICOS À ATUAÇÃO PROFISSIONAL. COMPROMISSO ÉTICO COM A INFORMAÇÃO VEROSSÍMIL ("VERDADE SUBJETIVA"). RELEVÂNCIA SOCIAL (INTERESSE PÚBLICO). NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI NO CASO CONCRETO. (...) 3. Conquanto seja livre a divulgação de informações, conhecimento ou ideias - mormente quando se está a tratar de imprensa -, tal direito não é absoluto nem ilimitado, revelando-se cabida a responsabilização pelo abuso constatado quando, a pretexto de se expressar o pensamento, invadem-se os direitos da personalidade, com lesão à dignidade de outrem. Assim, configurada a desconformidade, o ordenamento jurídico prevê a responsabilização cível e criminal pelo conteúdo difundido, além do direito de resposta. (...) 5. Ademais, sempre que identificada, no caso concreto, a agressão injusta à dignidade da pessoa - vale dizer: conduta causadora de angústia, dor, humilhação ou sofrimento que extrapolem a normalidade da vida cotidiana, interferindo intensamente no equilíbrio psicológico do indivíduo -, o exercício do direito à informação ou à expressão deverá ser considerado abusivo, sendo permitida a intervenção do Estado-Juiz a fim de estabelecer medida reparatória da lesão a direito personalíssimo. 6. Na espécie, não se constata o alegado animus injuriandi vel diffamandi dos réus, mas sim animus narrandi e animus criticandi, tendo em vista o caráter informativo e opinativo dos artigos, que, malgrado extremamente ácidos e irônicos, não desbordaram os limites do exercício regular da liberdade de expressão - em sentido lato - compreendida na informação, na opinião e na crítica jornalística. (...) 10. Recurso especial provido a fim de julgar improcedente a pretensão indenizatória deduzida na inicial."⁷³

Em suma, os jornalistas, no exercício da liberdade de imprensa, quando veiculam notícias baseadas em relatos de eventuais fontes protegidas sob a garantia constitucional do sigilo, estas restariam impossibilitadas de serem valoradas, inicialmente, a título de falsidade. Nada impede, porém, que o próprio jornalista seja responsabilizado pelo conteúdo veiculado quando este ofenda algum direito personalíssimo.

Outro argumento jurídico que sustenta a condição previamente apresentada expressa-se pelo voto-vista do então Ministro Menezes Direito quando do julgamento da ADPF 130:

⁷³ STJ - RESP 1729550/SP, 4ª Turma, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJe 04/06/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702629437&dt_publicacao=04/06/2021. Acesso em 20 de outubro de 2021.

“Na verdade, com isso **sinalizo que não é possível legislar com conteúdo punitivo, impeditivo do exercício da liberdade de imprensa, isto é, que criem condições de intimidação. Com isso, veda-se qualquer tipo de censura à veiculação de notícias ou coerção à liberdade de informação jornalística.** Por outro lado, a preservação da dignidade da pessoa humana deve ser assegurada como limite possível para o exercício dessa liberdade de imprensa”⁷⁴ (g.n.)

5.4.2.3. Das penas cominadas

Superadas as questões anteriormente apontadas, as penas cominadas aos delitos também retratam incompatibilidade com a gravidade aparente dos crimes, substanciada pelas justificativas apresentadas aos projetos de lei.

Isso porque, as tipificações previstas nos projetos de lei **(i)** nº 6187/2017; **(ii)** nº 473/2017; e **(iii)** nº 471/2018 todas determinam prisão por detenção, além de serem infrações penais de menor potencial ofensivo punidas com pena máxima de 2 anos⁷⁵.

A respeito das espécies de penas privativas de liberdade, sabe-se que “somente os chamados crimes mais graves são puníveis com pena de reclusão, reservando-se a detenção para os delitos de menor gravidade”⁷⁶. Ainda sobre o assunto, reforça Bitencourt:

“(…) a pena de reclusão pode iniciar seu cumprimento em regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, algo que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Somente o cumprimento insatisfatório da pena de detenção poderá levá-la ao regime fechado, através da regressão”⁷⁷.

Isto posto, cumpre salientar que todos os crimes previstos em tais artigos dos projetos de lei são de competência do Juizado Especial Criminal (JECRIM), onde processa-se as infrações de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes com pena máxima de até 2 anos), mediante o procedimento sumaríssimo (artigo 394, §1º, inciso III, do Código de Processo Penal⁷⁸ e artigo 98, inciso I, da Constituição Federal⁷⁹).

⁷⁴ STF - ADPF 130/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, DJe 06/11/2009.

⁷⁵ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Parte geral - Coleção Tratado de direito penal volume 1*. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 636.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

(...)

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

⁷⁹ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

Com efeito, em relação ao procedimento adotado no JECRIM e ditado pela Lei 9.099/95, cumpre ressaltar que o termo circunstanciado, lavrado em regra pela autoridade policial, substitui o inquérito policial e a prisão em flagrante não pode subsistir se o agente dirigir-se imediatamente ao juizado ou comprometer-se a fazê-lo oportunamente⁸⁰.

Ademais, superada essa fase, caberá audiência preliminar de composição dos danos civis entre o autor do fato, a vítima e o representante do Ministério Público, onde o magistrado esclarecerá sobre a possibilidade da composição e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade⁸¹, sendo que aquela será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente⁸².

Não obstante, no JECRIM, em relação às infrações de menor potencial ofensivo, aplica-se a transação penal, outro instituto despenalizador, cabível nas hipóteses em que o agente seja primário, não ter se beneficiado de proposta anterior de transação penal nos últimos 5 (cinco) anos e seus antecedentes, conduta social e personalidade indicarem ser a medida necessária e suficiente⁸³.

Trata-se de acordo firmado entre o autor dos fatos e o Ministério Público para o cumprimento imediato de penas restritivas de direitos ou multa, em troca do não

I - juzizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

⁸⁰ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

⁸¹ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

⁸² Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

⁸³ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

(...)

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

oferecimento de denúncia, cujo conteúdo deve ser expresso e especificado⁸⁴. Ao acolher a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz deverá aplicar a pena restritiva de direitos ou multa, que não resultará em reincidência, sendo registrada com o único propósito de impedir novamente a concessão do mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos⁸⁵.

Contudo, importante alertar a incidência da Súmula vinculante 35:

“A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”⁸⁶

De outro lado, ainda na hipótese do Ministério Público prosseguir com o oferecimento da denúncia e restarem frustradas as demais medidas citadas, o *Parquet* poderá oferecer proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89, da Lei 9.099/95⁸⁷. Trata-se de outro instituto despenalizador que, cumprido os requisitos no respectivo tempo de prova, tem como efeito a extinção da punibilidade do autor do fato.

Ainda assim, na hipótese em que se proceda com a respectiva ação penal e haja condenação pela pena máxima prevista nos tipos penais analisados, qual seja, de 2 anos de detenção, caberá a aplicação da suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77, do Código Penal, desde que o agente não seja reincidente e as circunstâncias judiciais

⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁸⁵ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

(...)

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 35, aprovada na Sessão Plenária de 24/10/2014, DJe nº 210 de 24/10/2014, p. 1. Disponível em: [<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula786/false>]. Acesso em 20/10/2021.

⁸⁷ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

autorizarem a concessão do benefício⁸⁸. Novamente, caso o autor do fato criminoso cumpra o período de prova estipulado, fará jus ao benefício de ter sua punibilidade extinta⁸⁹.

Não obstante, poderia o autor do fato pleitear a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, do Código Penal⁹⁰. O autor do fato, para fazer jus à substituição, tem de ter sido condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos; crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; não ser reincidente e as circunstâncias judiciais do agente indicarem essa substituição ser suficiente.

Ademais, se considerarmos hipótese em que o fictício autor do fato criminoso não faça jus a quaisquer dos institutos citados neste tópico e, porventura, venha a ser condenado, o regime prisional inicial a ser fixado, na maioria dos casos, será o regime semiaberto, em razão da reincidência, nos termos do artigo 33, §2º, alínea “b”, do Código Penal⁹¹ e Súmula nº 269, do Superior Tribunal de Justiça⁹², vez que se fosse primário, faria jus à transação penal, caso preenchesse os requisitos ora citados, ou à suspensão condicional do processo, ou, em caso de condenação, à suspensão da pena restritiva de liberdade ou sua substituição por uma pena restritiva de direitos.

Mesmo na hipótese de reincidência, o agente que eventualmente alcançasse a pena máxima de 2 anos de detenção prevista para os delitos cominados, teria seu regime inicial

⁸⁸ Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

⁸⁹ Art. 82 - Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

⁹⁰ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

⁹¹ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

(...)

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 269, Terceira Seção, aprovada em 22/05/2002, DJ 29/05/2002, p. 135. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula269.pdf]. Acesso em 20/10/2021.

de cumprimento de pena fixado na modalidade semiaberto e, teria de cumprir 20% desta (4 meses e 24 dias) para progredir para o regime aberto, nos termos do artigo 112, inciso II, da Lei nº 7.2010/1984⁹³.

Ademais, importa ressaltar que tais delitos, por possuírem pena máxima de 2 (dois) anos, enquadram-se na segunda faixa mais branda de prescrição do nosso ordenamento jurídico, qual seja, a de 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal⁹⁴, sendo que nesse raciocínio utiliza-se apenas a prescrição da pretensão punitiva em abstrato.

Quando analisado eventual prescrição da pretensão punitiva em concreto, a eficiência estatal, a fim de evitar a extinção da punibilidade pela perda do *jus puniendi*, deverá ser latente. Isso porque, nas hipóteses em que o autor do fato seja condenado a uma pena inferior a 1 (um) ano, a pena concreta se submeterá a faixa mais branda de prescrição do Código Penal, qual seja, a de 3 (três) anos, nos termos do artigo 109, inciso VI⁹⁵, do referido diploma legal. Logo, o Estado deve ser eficiente e célere na persecução penal e julgamento do agente, a fim de evitar eventual prescrição da pretensão punitiva em concreto, seja ela retroativa ou superveniente.

Não obstante, circunstâncias pessoais do autor do fato podem influenciar no cálculo da prescrição. Nesse contexto, aquele que possuir menos de 21 (vinte e um) anos na data do fato ou mais de 70 (setenta) anos na data da sentença, terá seu prazo prescricional reduzido pela metade, conforme redação do artigo 115, do Código Penal⁹⁶.

Aqueles que gozarem de tal benefício terão seu prazo prescricional em abstrato fixado em 2 (dois) anos e, em casos de condenação por pena inferior a 1 (um) ano, prazo prescricional em concreto de 1 (um) ano e 6 (seis) meses, seja retroativo ou superveniente.

⁹³ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

(...)

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

⁹⁴ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

⁹⁵ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

⁹⁶ Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos

Dessa análise dos tipos penais depreende-se que subsiste clara desproporcionalidade entre as justificativas dos projetos de lei, que tratam o crime de divulgação de notícias falsas com extrema gravidade e potencial nefasto à sociedade em geral e as penas cominadas aos respectivos tipos penais, que são relativamente baixas.

Tais justificativas buscam revelar a gravidade da disseminação de *Fake News* ao se utilizam de frases como “atos desta natureza causam sérios prejuízos, muitas vezes irreparáveis, tanto para pessoas físicas ou jurídicas, as quais não têm garantido o direito de defesa sobre os fatos falsamente divulgados”⁹⁷ ou “tais notícias deseducam e desinformam a sociedade em assuntos como saúde, segurança pública, economia nacional e política, servindo, frequentemente, como instrumento de manipulação da opinião popular”⁹⁸. Em último caso, advoga-se que a notícia falsa tem o nefasto potencial de “afetar de forma indevida processos eleitorais, em prejuízo dos princípios democráticos e da verdade eleitoral (...) e, no limite, até mesmo provocar danos à saúde e à segurança pública”⁹⁹.

As justificativas mostram-se adequadas à gravidade do problema, porém, como visto anteriormente, a gravidade abstrata do delito é incompatível com a gravidade concreta do mesmo.

Ora, se a disseminação de notícias falsas constitui crime capaz de questionar a higidez de um processo eleitoral, provocar danos à saúde e à segurança pública, além de ser capaz de ofender individualmente determinada pessoa, as penas cominadas a tal delito deveriam ser compatíveis com seu nível de reprovação e ofensa aos bens jurídicos por ele tutelados, logo, o potencial nefasto de dano da propagação de uma notícia falsa deveria ser compatível com a pena cominada a esse hipotético delito. Estabelecer penas máximas de detenção por 2 (dois) anos não parece corresponder a essa necessária correlação entre potencial lesivo e reprovação do direito.

Para concluir este tópico, ainda que dispensássemos (i) os problemas quanto às tipificações e (ii) a problemática do exercício da atividade jornalística e o sigilo de fonte consagrados pela ADPF 130, restaria ainda a incompatibilidade entre a gravidade da conduta

⁹⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº 6812/2017. Site da Câmara dos Deputados. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0jir7fa9zxup4180y291gztqv42421722.node0?codteor=1522471&filename=PL+6812/2017]. Acesso em 26 de outubro de 2021.

⁹⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 473/2017. Site do Senado Federal. Disponível em: [<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7312821&ts=1630427254990&disposition=inline>]. Acesso em 26 de outubro de 2021.

⁹⁹ *Ibidem*.

de divulgar uma notícia falsa e a resposta reprobatória do ordenamento jurídico, esta refletida pela pena cominada aos delitos em comento.

Mesmo na hipótese de reincidência, o agente que eventualmente alcançasse a pena máxima de 2 anos de detenção prevista para os delitos cominados, teria seu regime inicial de cumprimento de pena fixado na modalidade semiaberto e, teria de cumprir 20% desta (4 meses e 24 dias) para progredir para o regime aberto, nos termos do artigo 112, inciso II, da Lei nº 7.2010/1984¹⁰⁰.

5.2.4.4. A exceção do Projeto de Lei nº 2108/2021

Em contrapartida ao analisado até então, o Projeto de Lei nº 2108/2021 busca criminalizar a promoção ou financiamento de campanha ou iniciativa cujo objetivo seja disseminar fatos que sabe ser inverídicos capazes de comprometer o processo eleitoral¹⁰¹.

A proposta aparenta ter o objetivo de responsabilizar criminalmente aquele que financia a propagação de desinformação e não necessariamente aquele que a efetivamente propaga. Pressupõe-se que aquele que financia é o responsável por incutir a desinformação nos seus subordinados e incentivar a sua propagação ao torna-la um negócio, o que torna razoável concluir pela sua maior culpabilidade ante os efeitos nefastos da sua divulgação em massa.

Quanto à tipificação escolhida, esta limita o tipo penal às informações falsas que são capazes de comprometer eventual processo eleitoral. Nesse sentido, restam atípicas as demais informações falsas sobre outros assuntos que eventualmente sejam disseminadas.

Em relação ao autor do fato, depreende-se que ainda resultam algumas questões quanto a sua eventual responsabilização criminal, vez que a elementar “fatos que sabe inverídicos” remonta, novamente, aos problemas quanto aos conceitos de *realismo ingênuo*; *viés de confirmação* e *câmaras de eco*, sendo certo que estes neblinam tanto o conhecimento quanto a vontade do agente ao realizar o fato criminoso. Nesse contexto, restaria atípica a

¹⁰⁰ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

(...)

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

¹⁰¹ Art. 359-O. Promover ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privado, campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos capazes de comprometer o processo eleitoral:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Disponível

em:

[<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8965742&ts=1631106651727&disposition=inline>]. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

conduta de promover ou financiar a disseminação de informações falsas que acredita serem verdadeiras, mas são falsas.

Talvez em relação a esse tipo penal específico, podemos extrair a vontade do autor do fato por meio do caso concreto. Se for possível extrair que aquele detinha conhecimento suficiente do risco que estava criando, ao financiar potencial disseminação de informações falsas, sua conduta poderia ser enquadrada em uma modalidade dolosa. Deve-se verificar se o agente possuía domínio da ação e do fato, condições suficientes de conhecer o risco que criaria ao financiar esse tipo de atividade e se possuía ciência do conteúdo fraudulento.

Isso porque, aquele que tem conhecimento do risco que se produz e tem plenas condições de conduzir a atividade delitiva (domínio da ação e do fato), segundo Greco:

“possui *ceteris paribus* uma muito *maior responsabilidade* pela prática dessa ação e pelas conseqüências que venham a produzir-se do que aquele que atua sem esse domínio. Ações praticadas com conhecimento e, portanto, com domínio são ações que ‘pertencem’ àquele que as pratica de uma maneira muito mais íntima do que ações praticadas sem esse conhecimento”¹⁰²

Já em relação à atividade jornalística, problemática recorrente dos demais tipos penais analisados, o Projeto de Lei nº 2108/2021 prevê sua exclusão da figura típica, porquanto não constitui crime a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística¹⁰³, logo, o livre exercício da liberdade de expressão e informação (artigo 220, da CF), bem como o próprio sigilo de fonte (artigo 5º, inciso XIV, da CF) restariam protegidos.

A pena cominada ao delito também aparenta ser mais proporcional à gravidade do crime do que aquelas cominadas aos delitos previamente analisados. Isso porque, conforme depende-se do tipo penal, a reprimenda varia de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão.

¹⁰² GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: SILVA DIAS, A. (Coord.). *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-903.

¹⁰³ Art. 359-T. Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais.

A íntegra do projeto de lei está disponível em: [<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8965742&ts=1631106651727&disposition=inline>]. Acesso em 27 de outubro de 2021.

Com isso, o delito em comento não é uma infração de menor potencial ofensivo, de procedimento célere na competência dos Juizados Especiais Criminais, mas sim um crime tutelado pelo procedimento comum ordinário (artigo 394, §1º, inciso I, do CPP¹⁰⁴).

Ademais, a prescrição da pretensão punitiva em abstrato ganha reforço, já que a pena máxima é de 5 (cinco) anos e não 2 (dois) como nos demais crimes analisados. O crime, nesse caso, possui prazo prescricional de 12 (doze) anos, conforme redação do artigo 109, inciso II, do CP¹⁰⁵.

Alguns institutos despenalizadores também são cabíveis ao réu primário, tais como a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, caso haja confissão formal do investigado¹⁰⁶. Na hipótese de condenação, a depender da sentença definitiva e da reprimenda imposta, caberá substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena.

5.2.4.5. Dos efeitos nocivos à opinião pública

Para além da simples análise dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, imperioso analisarmos os possíveis efeitos que a criminalização das condutas de disseminar notícia falsa previamente destrinchadas podem gerar.

¹⁰⁴ Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

¹⁰⁵ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

¹⁰⁶ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Ao escolhermos tipificações imprecisas ou amplas, como as dos projetos de lei analisados, sem que tenhamos certeza da conduta punível e do feixe do *jus puniendi* estatal, abrimos espaço a outros efeitos nocivos que se apresentam no debate público, em sua maioria travado nas redes sociais.

O primeiro problema refere-se ao “efeito silenciador” (do inglês *chilling effect*), que se manifesta “quando, tendo em vista incertezas acerca do que poderá ser considerado verdadeiro ou falso, as pessoas e agentes de imprensa começam a se autocensurar por medo de que aquilo que expressam possa ser considerado falso e passível de punição”¹⁰⁷.

Nesse sentido, a conclusão que se chega é a de que a imprecisão de critérios acerca do que é ou não verdadeiro ou acerca de como distinguir entre um juízo de valor, ou uma opinião, de uma proposição de fato, levaria muitas pessoas a se calar. Considerando todas as variáveis, levaria a mais prejuízos do que vantagens para o debate público de qualidade.

Outro problema de delegarmos unicamente ao Estado o poder de atribuir aquilo que é verdadeiro e falso - e o que pode ser ou não avaliado a partir de critérios de verdade e falsidade - reflete nos riscos de que autoridades públicas “abusem do poder de determinar aquilo que pode ou não pode ser dito publicamente para manipular o debate público em direção à promoção de seus próprios interesses e pela sua manutenção no poder”¹⁰⁸.

Nos debates estadunidenses, há um argumento consequencialista para esse movimento de permitir que agentes públicos ou políticos determinem aquilo que é falso e aquilo que é verdadeiro, denominado argumento da “encosta escorregadia” (do inglês *slippery slope*). Segundo Gross:

“esse argumento foca nos riscos que a proibição e punição da expressão de conteúdos ‘não valiosos’ pode colocar para a circulação de conteúdos ‘valiosos’. Isso porque, ainda que seja possível, em determinados casos, distinguir com precisão o discurso falso do discurso verdadeiro, em outros casos a determinação daquilo que é falso ou verdadeiro parece mais difícil”¹⁰⁹

Ou seja, tal argumento remete a uma encosta escorregadia, vez que, ao delimitarmos aquilo que pode ou não ser compartilhado; aquilo que é verdadeiro ou falso, por meio de uma normatização típica imprecisa, podemos levar o debate público à beira do penhasco e à sensação de caminhar por uma encosta escorregadia, na qual os debatedores não se sintam mais confortáveis em expressar suas opiniões por medo de uma punição estatal, que se ao

¹⁰⁷ GROSS, Clarissa Piterman. *Fake News e Democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 101-102.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 102.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 101.

menos fosse precisa quanto aos critérios limitadores da conduta punível, traria maior segurança àqueles que visam difundir seus ideais e suas opiniões, tanto na *ágora virtual*, quanto em qualquer outro ambiente que propicie o debate público.

A utilização do Direito Penal deve ser certa e utilizada como *ultima ratio*, isto é, a última alternativa capaz de solucionar o problema. Nas palavras de Bitencourt:

“a *criminalização* de uma conduta somente se justifica como *ultima ratio*, isto é, quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade (...) o Direito Penal não pode servir de mero *instrumento de realização política* e que deve manter sempre a dignidade humana como limite de qualquer forma de criminalização”¹¹⁰

A questão que resta é saber se a utilização do Direito Penal na forma que os projetos de lei analisados propõe é suficiente; se seria melhor tentar resolver a problemática da disseminação das notícias falsas por meio de outros ramos do Direito a fim de se evitar o efeito silenciador descrito; ou ainda, como será mostrado a seguir, se a saída para minimizar esse fenômeno reside na criação de novas tecnologias e maior implementação de outras já existentes.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Parte geral - Coleção Tratado de direito penal volume 1*. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 635.

6. DO COMBATE ÀS FAKE NEWS PELA SOCIEDADE CIVIL

Para além do prisma constitucional que contorna o tema abordado, bem como os projetos de lei que visam criminalizar a conduta de disseminar notícias falsas, importante deslocar a discussão para o âmbito do combate às Fake News pela sociedade civil. Este tópico preza pela abordagem das medidas que as empresas e sociedade em geral têm adotado, a fim de minimizar esse problema latente.

O *fact-checking*, definido em tópico anterior, é um excelente método para evitarmos a disseminação da desinformação, porém existem outras iniciativas que a própria sociedade civil têm tomado a fim de combater às notícias falsas.

No item subsequente busca-se aprofundamento quanto às tecnologias desenvolvidas que configuram meios alternativos à detecção e propriamente ao combate à disseminação de *Fake News*.

6.1. CRIAÇÃO DE TECNOLOGIAS DE DETECÇÃO DE DESINFORMAÇÃO ONLINE

A detecção de *Fake News* trata-se do processo de prever a probabilidade de que uma determinada notícia seja intencionalmente falsa (do inglês, *deceptive*)¹¹¹.

Nesse sentido, o desenvolvimento de métodos automáticos de detecção de *Fake News* ocupam lugar de destaque para minimizar os aspectos nefastos de sua propagação¹¹². Contudo, sua implementação enfrenta desafios, dentre os quais destacam-se¹¹³: **(i)** como as *Fake News* são intencionalmente escritas para enganar os leitores, sua identificação a partir do conteúdo é não trivial; **(ii)** o conteúdo das *Fake News* é bastante diverso em relação aos tópicos, ao estilo de escrita e à plataforma de distribuição; **(iii)** o uso de informações auxiliares às *Fake News*, como informações sociais, também está sujeito à baixa qualidade dos dados; **(iv)** As *Fake News* normalmente estão associadas a eventos recentes, cujo tempo de divulgação é crítico; **(v)** o engajamento das pessoas com a *Fake News* gera dados em grande escala (*Big Data*), incompletos, não estruturados e ruidosos.

¹¹¹ CONROY, Niall J.; RUBIN, Victoria L.; CHEN, Yimin. *Automatic deception detection: Methods for finding Fake News*. The Proceedings of the Association for Information Science and Technology Annual Meeting (ASIST2015), 2015, 52 (1), pp. 1-4.

¹¹² CASTRO, Leonardo Nunes de. *Computação e Desinformação: tecnologias de detecção de desinformação online*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 203-215.

¹¹³ SHU, Kai; SLIVA, Amy; WANG, Suhang; TANG, Jiliang; LIU, Huan. *Fake News on Social Media: A Data Mining Perspective*, ACM SIGKDD Explorations Newsletter, 2017, 19 (1), pp. 22-36.

Isto posto, abordagens computacionais estão sendo desenvolvidas levando em conta os elementos elencados. O Google desenvolveu um *score* de veracidade para ranquear os resultados das buscas¹¹⁴. No mesmo sentido, o Facebook alterou seus termos de uso e políticas, ao propor uma abordagem baseada em comunidade por meio da qual usuários podem apontar conteúdo potencialmente suspeito¹¹⁵.

Sob a perspectiva do usuário, a Wikipedia e a FactCheck.org trazem um resumo dos oito principais pontos de atenção que devemos ter ao receber uma notícia potencialmente falsa objetivando verificar sua validade: *(i)* considerar a fonte da informação; *(ii)* fazer uma leitura mais profunda de toda a notícia (e não apenas ler a manchete); *(iii)* verificar os autores; *(iv)* buscar bases de conhecimento externas que permitam confrontar aquela notícia; *(v)* verificar se a notícia é uma brincadeira/uma piada; *(vi)* rever seus pontos de vista, permitindo que novas perspectivas sejam criadas sobre um tema/assunto; *(vii)* e consultar especialistas¹¹⁶.

Ademais, estudiosos do tema e profissionais de informática e ciência da computação buscaram desenvolver seus próprios métodos de detecção de *Fake News*. Dentre eles, encontra-se o procedimento de mineração de dados¹¹⁷, que receberá maior ênfase no item seguinte.

6.1.1. Mineração de Dados

O procedimento de mineração de dados consiste na captura de dados, pré-processamento; análise e validação¹¹⁸ e é bastante similar aos processos de descoberta de conhecimento em bases de dados (do inglês, *knowledge discovery in databases* ou KDD).

¹¹⁴ DONG, Xin Luna; GABRILOVICH, Evgeniy; MURPHY, Kevin; HORN, Van Dang Wilko; LUGARESI, Camillo; SUN, Shaohua, ZHANG, Wei. *Knowledge-Based Trust: Estimating the Trustworthiness of Web Sources*. The Proceedings of the VLDB Endowment, 2015, 8 (9), pp. 938-949.

WINGFIELD, Nick; ISAAC, Mike; BENNER, Katie. *Google and Facebook take aim at Fake News sites*. The New York Times, 2018. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2016/11/15/technology/google-will-ban-websites-that-host-fake-news-from-using-its-ad-service.html>]. Acesso em 20 de agosto de 2021.

¹¹⁵ WINGFIELD, Nick; ISAAC, Mike; BENNER, Katie. *opus citatum*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2016/11/15/technology/google-will-ban-websites-that-host-fake-news-from-using-its-ad-service.html>]. Acesso em 20 de agosto de 2021.

¹¹⁶ WIKIPEDIA. *Fake News*. Disponível em: [https://en.wikipedia.org/wiki/Fake_news]. Acesso em 20 de agosto de 2021.

KIELY, Eugene; ROBERTSON, Lori. *How to Spot Fake News*. FactCheck.org, 2016. Disponível em: [<https://www.factcheck.org/2016/11/how-to-spot-fake-news/>]. Acesso em 20 de agosto de 2021.

¹¹⁷ SHU, Kai; SLIVA, Amy; WANG, Suhang; TANG, Jiliang; LIU, Huan. *Fake News on Social Media: A Data Mining Perspective*, ACM SIGKDD Explorations Newsletter, 2017, 19 (1), pp. 22-36.

¹¹⁸ *Ibidem*.

O termo *mineração de dados* (MD) é uma denominação que faz alusão ao processo de mineração, vez que explora uma *base de dados* (mina) usando *algoritmos* (ferramentas) adequados para se obter *conhecimento* (minerais preciosos).

Nesse contexto, os dados a serem minerados correspondem às notícias potencialmente falsas e todas as interações sociais referente a elas (cliques, compartilhamentos, etc.), ao passo que o conhecimento a ser obtido é sua classificação em falsa ou verossímil¹¹⁹.

Inicialmente busca-se a extração das características da mensagem veiculada. As técnicas de extração de características das notícias podem trabalhar com características associadas **(i) ao conteúdo das mensagens** ou **(ii) ao contexto social das mensagens**¹²⁰.

As características baseadas em conteúdo englobam o autor, o cabeçalho, o corpo da notícia e seus anexos (fotos, vídeos, etc.), e podem ser divididas em características **(i)** linguísticas e **(ii)** visuais. As abordagens linguísticas decorrem da própria natureza enganadora das *Fake News*, que reforça e/ou deturpa pontos de vista, ou visa obter benefícios econômicos, políticos ou financeiros¹²¹. Disso decorre o fato das *Fake News* serem, muitas vezes, carregadas de termos associados à ansiedade, raiva, palavrões, emoções exacerbadas, etc., que facilitam sua identificação¹²². Em outro plano, as características visuais também são expressivas nas *Fake News*, em razão da necessidade de promover algum sensacionalismo ou gerar sentimentos extremistas, como desgosto e raiva¹²³.

As características baseadas no contexto social podem ser obtidas a partir do engajamento social dos usuários e três são os aspectos a serem considerados: **(i)** os usuários; **(ii)** os *posts* gerados sobre uma determinada notícia; e **(iii)** as redes¹²⁴. Ao analisar o aspecto dos usuários, como muitos sistemas automatizados (*bots*) são usados para gerar e propagar as *Fake News*, as características de perfil e interações nas redes podem fornecer indícios importantes sobre ao menos a verossimilhança das notícias. Os *posts* que são feitos sobre as

¹¹⁹ CASTRO, Leonardo Nunes de. *Computação e Desinformação: tecnologias de detecção de desinformação online*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 203-215.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² LARCKER, David F.; ZAKOLYUKINA, Anastasia A. *Detecting Deceptive Discussions in Conference Calls*. Journal of Accounting Research, Vol. 50, Issue 2, 2012, pp. 495-540.

¹²³ JIN, Zhiwei; CAO, Juan; ZHANG, Yongdong; ZHOU, Jianshe; TIAN, Qi. *Novel Visual and Statistical Image Features for Microblogs News Verification*, IEEE Transactions on Multimedia, vol. 19, no. 3, 2017, pp. 598-608.

¹²⁴ SHU, Kai; SLIVA, Amy; WANG, Suhang; TANG, Jiliang; LIU, Huan. *Fake News on Social Media: A Data Mining Perspective*, ACM SIGKDD Explorations Newsletter, 2017, 19 (1), pp. 22-36.

notícias disseminadas também podem expressar opiniões e emoções sobre elas, o que ajuda na verificação de sua verossimilhança. Por fim, algo que também auxilia na verificação de verossimilhança, as características das redes em torno de uma notícia refletem os interesses, relações e tópicos de um grupo social, servindo como mais um atributo de análise¹²⁵.

Depois de extraídas as características das supostas notícias falsas, passa-se ao efetivo processo efetivo de mineração dos dados¹²⁶.

Nesse contexto, analisa-se as características baseadas no conteúdo das notícias, que podem ser classificadas em verossímil ou falsa, após (i) realização de intenso *fact-checking* (checagem de fatos), que pode ser feito por indivíduos ou por métodos algorítmicos, e (ii) análise do estilo utilizado na mensagem, isto é, verificar se esta está orientada a enganar alguém ou se está orientada à redução da objetividade do conteúdo veiculado. Para verificar se a mensagem está poluída com conteúdo enganador, o *software* utilizado analisa a notícia em cotejo com outras de mesma natureza, enquanto a redução da objetividade do conteúdo está normalmente atrelada aos estilos super-partidários e jornalismo amarelo¹²⁷.

Com o implemento das técnicas de extração e mineração, é possível estabelecer um novo patamar à detecção das *Fake News*. Por meio da tecnologia, será possível categorizar o conteúdo disseminado quase que automaticamente, pelo uso de algoritmos mineradores. As subdivisões utilizadas aceleram o procedimento de detecção, vez que adicionam filtros a ele.

Por fim, o processo de *fact-checking* e análise do estilo da mensagem transmitem maior segurança quanto à verossimilhança da mesma. O uso de máquinas e algoritmos nesse processo importa em maior celeridade para a detecção e possível retirada da notícia falsa do local em que esta foi divulgada, evitando-se, assim, maior prolongamento da sua disseminação e produção dos efeitos nefastos.

¹²⁵ CASTRO, Leonardo Nunes de. *Computação e Desinformação: tecnologias de detecção de desinformação online*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 203-215.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

7. CONCLUSÃO

As *Fake News* claramente são um problema a ser lidado, que não se limita apenas à disseminação das notícias falsas, mas implica, em especial, nas consequências que elas podem trazer às sociedades democráticas¹²⁸. O que paira no ar são as dúvidas em relação ao melhor método para lidar com isso.

Os debates acerca dos direitos fundamentais que gravitam o tema; se o Estado deve ou não intervir de forma mais acentuada por meio do Direito Penal; ou então se trata-se de uma questão a ser resolvida pela tecnologia e pela sociedade em geral precisam ser travados. É preciso se debruçar, enfrentar esse tema e discuti-lo de forma séria. Cada dia que evoluirmos em direção ao combate dessa nova realidade social será um esforço recompensado.

Analisando o tema sob uma macro perspectiva, muitas vezes sob uma perspectiva histórica do direito brasileiro, certas coisas saltam aos olhos.

Os movimentos constitucionais da justiça no Brasil parecem claros: trata-se de movimento pendular, ora em busca de maior proteção e segurança ao exercício das liberdades individuais, ora em direção diametralmente oposta, com a consequente repressão ou até limitação de tais direitos.

O paralelo entre a edição da Lei de Imprensa, sua revogação e os movimentos legislativos mais recentes também parece nítido: trata-se do mesmo movimento pendular.

Com a ampla liberdade de expressão e o advento de tecnologias que facilitam a disseminação de notícias e informações falsas, o Estado se vê na necessidade de tomar as devidas providências para tentar coibir esse efeito. Tradicionalmente, a esfera do direito que busca gerar maior impacto nesse sentido é o direito penal, pois há uma noção bastante comum que a criminalização de determinada conduta e a imposição de uma pena, normalmente uma reprimenda corporal que restrinja a liberdade ambulatorial do indivíduo, deva gerar um duplo efeito, de repressão e prevenção ao cometimento de novos delitos.

Em outro plano, a própria sociedade se organiza e tenta criar métodos de combate a esse fenômeno: são exemplos disso o *fact-checking* e todas as demais tecnologias de detecção de desinformação, citadas neste trabalho ou não.

Não obstante, importante lembrar Abrusio e Medeiros:

¹²⁸ ABRUSIO, Juliana; MEDEIROS, Thamara. *Fake News - Os Limites da Criminalização da Desinformação*. In: (Coord.) RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

“(…) é possível que num futuro próximo o controle social da divulgação de *fake news* se realize a partir da aplicação conjunta da adequada regulação e de ferramentas tecnológicas, tal qual a inteligência artificial. Do indivíduo ao sujeito digital, a vida atual tem sido percebida por construções e padrões digitais. Nesse contexto, os processos algoritmos são essenciais para auxiliar na identificação de padrões e perfis para verificar a origem e veracidade da notícia”¹²⁹

Nesse contexto, as grandes empresas e a sociedade em si desempenhariam papel de destaque na linha de frente do combate desse problema. Em que pese as empresas não serem responsáveis diretas dos conteúdos que terceiros postam em suas plataformas, podem contribuir, por meio de sua própria tecnologia, para amenizar a disseminação de notícias falsas ao combater-las incessantemente. Já o resto da sociedade pode organizar-se e formar agências de *fact-checking* ou até mesmo divulgar orientações para que as pessoas não disseminem *Fake News* sem intenção.

O eixo principal da discussão proposta neste trabalho é justamente saber se devemos delegar ao Estado a função de combater as *Fake News* e, sendo assertiva essa hipótese, se ele deve utilizar o Direito Penal como forma de repressão. Em caso novamente assertivo, devemos refletir se os tipos penais em trâmite nas casas legislativas tem este condão e se são suficientemente eficientes e improváveis de gerar injustiça ao condenar supostos inocentes, em decorrência de uma má tipificação do delito.

A meu ver, sigo a opinião de Abrusio e Medeiros e acredito tratar-se mais de uma questão tecnológica do que uma intervenção penal estatal. Em que pese os tipos penais criados, o desenvolvimento tecnológico pautado pela criação de algoritmos e sistemas capazes de detectar e categorizar informações e notícias suspeitas ou até fraudulentas aparenta ser mais sedutor do que a repressão do direito penal. Somado a isso, um impulso da própria sociedade em alertar seus membros sobre os perigos e características das notícias falsas, além da fiscalização global por meio de um constante processo de *fact-checking*, tornam a ideia ainda mais interessante.

Se de fato tivermos que recorrer ao direito penal como *ultima ratio* para a resolução do problema, talvez seja prudente elaborar tipos penais mais precisos, com palavras e conceitos definidos, para que as condutas sejam individualizadas e os verdadeiros culpados sejam punidos.

Provavelmente travaremos uma nova batalha contra as *Fake News* nas próximas eleições e a maneira que utilizaremos nossas armas será crucial para o resultado desse

¹²⁹ *Ibidem*, p. 251.

confronto. Talvez uma maior conscientização da sociedade, implementação de tecnologias e constante checagem de fatos seja uma resposta mais assertiva ao problema que já está em nossa porta. Pode ser que o uso do direito penal na forma que os projetos de lei propõem até então seja capaz de gerar um efeito silenciador no debate público, ante a imprecisão da delimitação da conduta punível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. **Social Media and Fake News in the 2016 Election**. *Journal of Economic Perspectives*, 31 (2), 2017.

ANDRADE, Ana Carolina de Oliveira de. **Repercussões jurídicas do fim da Lei de Imprensa**. *Revista de Direito Privado*, v. 11, n. 44, p. 273–282, out./dez., 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BARROSO. Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. In: [http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm##LS], acesso em 06 de abril de 2021.

BBC NEWS BRASIL. ‘Fake News’ é eleita palavra do ano e ganhará menção em dicionário britânico. Disponível em: [<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41843695>]. Acesso em 28 de outubro de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em 10 de abril de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em 20 de outubro de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em 20 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm]. Acesso em 22 de setembro de 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm]. Acesso em 20 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de setembro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm]. Acesso em 20 de outubro de 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 473/2017. Site do Senado Federal. Disponível em: [https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758]. Acesso em 20 de abril de 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6812/2017. Site da Câmara dos Deputados. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2122678]. Acesso em 20 de abril de 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 471/2018. Site do Senado Federal. Disponível em: [https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134781]. Acesso em 20 de abril de 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2108/2021. Site do Senado Federal. Disponível em: [https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148741]. Acesso em 22 de setembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (RESP) 1729550/SP, 4ª Turma, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Diário de Justiça Eletrônico 04/06/2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702629437&dt_publicacao=04/06/2021]. Acesso em 20 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 130. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Diário de Justiça Eletrônico 06/11/2009 - ATA Nº 35/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 35, aprovada na Sessão Plenária de 24/10/2014, DJe nº 210 de 24/10/2014, p. 1. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula786/false]. Acesso em 20 de outubro de 2021.

BRASIL. Veto nº 46/2021 (Lei de Segurança Nacional e Crimes contra o Estado Democrático de Direito). Site do Senado Federal. Disponível em: [https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/14565]. Acesso em 23 de setembro de 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte geral - Coleção Tratado de direito penal volume 1**. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede** (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v.1). 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CONCEITO DE FAKE NEWS. Merriam-Webster Dictionary. Disponível em: [https://www.merriam-webster.com/words-at-play/the-real-story-of-fake-news]. Acesso em: 08 de maio de 2021.

CONROY, Niall J.; RUBIN, Victoria L.; CHEN, Yimin. **Automatic deception detection: Methods for finding Fake News**. The Proceedings of the Association for Information Science and Technology Annual Meeting (ASIST2015), 2015, 52 (1).

COSTA, Thales Morais da. **Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a Lei de Imprensa**. Revista Direito GV. São Paulo. 10 (1), jan-jun 2014.

DEFINIÇÃO DE FAKE NEWS. Cambridge Dictionary. Disponível em: [<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news>]. Acesso em: 08 de maio de 2021.

DEFINIÇÃO DE FAKE NEWS. Collins Dictionary. Disponível em: [<https://www.collinsdictionary.com/pt/dictionary/english/fake-news>]. Acesso em: 08 de maio de 2021.

DEFINIÇÃO DE FAKE NEWS. Dicionário Lexico. Disponível em: [https://www.lexico.com/definicao/fake_news]. Acesso em 08 de maio de 2021.

DONG, Xin Luna; GABRILOVICH, Evgeniy; MURPHY, Kevin; HORN, Van Dang Wilko; LUGARESI, Camillo; SUN, Shaohua, ZHANG, Wei. **Knowledge-Based Trust: Estimating the Trustworthiness of Web Sources**. The Proceedings of the VLDB Endowment, 2015, 8 (9).

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FONSECA, Bruno. “O que é fact-checking?”. Agência de Jornalismo Investigativo, 2017. Disponível em: [<https://apublica.org/2017/06/truco-o-que-e-fact-checking/>]. Acesso em 12 de maio de 2021.

GRAÇA, Guilherme Mello. **Desvelando o Grande Irmão. Fake News e Democracia: novos desafios do direito constitucional contemporâneo**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas, volume 5, número 1, p. 392-414. Disponível em: [<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/13987>]. Acesso em 27 de outubro de 2021.

GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, A. (Coord.). Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009.

JIN, Zhiwei; CAO, Juan; ZHANG, Yongdong; ZHOU, Jianshe; TIAN, Qi. **Novel Visual and Statistical Image Features for Microblogs News Verification**, IEEE Transactions on Multimedia, vol. 19, no. 3, 2017.

KARPEN, Ulrich. **Freedom of expression**, in U. Karpen (ed.), The Constitution of the Federal Republic of Germany, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.

KIELY, Eugene; ROBERTSON, Lori. How to Spot Fake News. *FactCheck.org*, 2016. Disponível em: [<https://www.factcheck.org/2016/11/how-to-spot-fake-news/>]. Acesso em 20 de agosto de 2021.

LARCKER, David F.; ZAKOLYUKINA, Anastasia A. **Detecting Deceptive Discussions in Conference Calls**. *Journal of Accounting Research*, Vol. 50, Issue 2, 2012.

McCRIGHT, Aaron M.; DUNLAP; Riley E. **Combating misinformation requires recognizing its types and factors that facilitate its spread and resonance**. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, Elsevier, 6 (2017).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MESSA, Ana Flávia. **Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP**. Volume 1, 35ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa: Lei 5.250, de 1967 sobre a liberdade de manifestação do pensamento e da informação**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOBRE, José Freitas. **Lei da informação: lei de imprensa, rádio, televisão e agências de notícias**. São Paulo: Saraiva, 1968.

RAIS, Diogo. **Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ROSS, Lee; WARD, Andrew. **Naive realism in everyday life: Implications for social conflict and misunderstanding**. The Jean Piaget symposium series. Values and Knowledge. Hillsdale, NJ, US: Lawrence Erlbaum Associates, Inc., 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2013.

SHU, Kai; SLIVA, Amy; WANG, Suhang; TANG, Jiliang; LIU, Huan. **Fake News on Social Media: A Data Mining Perspective**, ACM SIGKDD Explorations Newsletter, 2017, 19 (1).

STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

VLACHOS, Andreas; RIEDEL, Sebastian. **Fact Checking: Task definition and dataset construction**. ACL Anthology, Proceedings of the ACL 2014 Workshop on Language Technologies and Computational Social Science, Baltimore, USA, 2014.

WIKIPEDIA. Fake News. Disponível em: [https://en.wikipedia.org/wiki/Fake_news]. Acesso em 20 de agosto de 2021.

WINGFIELD, Nick; ISAAC, Mike; BENNER, Katie. **Google and Facebook take aim at Fake News sites**. The New York Times, 2018. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2016/11/15/technology/google-will-ban-websites-that-host-fake-news-from-using-its-ad-service.html>]. Acesso em 20 de agosto de 2021.

WU, Liang; MORSTATTER, Fred; HU, Xia; LIU, Huan. **Mining Misinformation in Social Media**. Big Data in Complex and Social Networks, Taylor & Francis Group, Chapter 5, 2016.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Alexandre Jens Teixeira, discente regularmente matriculado na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 3172079-1, período matutino, turma D, tendo realizado o TCC com o título: “Os limites da criminalização das Fake News: da censura ao combate efetivo da disseminação de notícias falsas”, sob a orientação do Professor Rodrigo Camargo Aranha, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 08 de novembro de 2021.

Assinatura do discente