

FAKE NEWS E A (DES)NECESSIDADE DE UM TIPO PENAL ESPECÍFICO

RESUMO: O surgimento do fenômeno das *fake news* abalou as esferas políticas e econômicas do Brasil e do mundo. A sociedade e o Estado são constantemente lesionados com essa nova prática disseminada nos ambientes virtuais, o que gera a expectativa de uma resposta legislativa a respeito dessas condutas. Nesse sentido, pergunta-se: os princípios penais justificam a tipificação das *fake news* no atual contexto pátrio? O objetivo desse trabalho é equacionar as variáveis jurídicas e teóricas que são essenciais para o enfrentamento do problema das *fake news*. A abordagem metodológica é qualitativa, de procedimento documental e bibliográfico, de natureza básica, com objetivos explicativos e exploratórios. No primeiro tópico discute-se o conceito de *fake news* e suas distinções com conceitos similares. Depois, analisa-se a necessidade ou não da criação de um tipo penal específico tomando por base o princípio da intervenção mínima e os elementos essenciais de um hipotético tipo penal. Nesse sentido, conclui-se que os dispositivos legais já existentes na área penal, civil e administrativa são capazes de suplantarem eficazmente as condutas analisadas, o que não encerra a possibilidade da tipificação penal específica lastreada no recrudescimento da reprovabilidade da conduta e de seus danos.

PALAVRAS-CHAVE: *fake news*; intervenção mínima; desinformação.

RESUMEN: El surgimiento del fenómeno de las *fake news* sacudió las esferas política y económica de Brasil y del mundo. La sociedad y el Estado son constantemente lesionados con esta nueva práctica difundida en entornos virtuales, lo que genera la expectativa de una respuesta legislativa frente a estas conductas. En ese sentido, la pregunta es: ¿los principios penales justifican la tipificación de *fake news* en el contexto nacional actual? El objetivo de este trabajo es equiparar las variables jurídicas y teóricas que son fundamentales para enfrentar el problema de las *fake news*. El enfoque metodológico es cualitativo, con un procedimiento documental y bibliográfico, de carácter básico, con objetivos explicativos y exploratorios. El primer tema discute el concepto de noticias falsas y sus distinciones con conceptos similares. Luego, se analiza la creación o no de un tipo penal específico a partir del principio de mínima intervención y los elementos esenciales de un hipotético tipo penal. En ese sentido, se concluye que las disposiciones legales existentes en los ámbitos penal, civil y administrativo son capaces de suplantare efectivamente las conductas analizadas, lo que no excluye la posibilidad de una tipificación penal específica basada en el aumento de la reprensión de la conducta y sus daños.

PALABRAS CLAVE: *fake news*; mínima intervención; desinformación.

INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico das últimas décadas proporcionou uma imensa amplitude de benefícios à humanidade, em contrapartida, diversos problemas educacionais, sociais, culturais e jurídicos surgiram nessa esteira. Dentre as questões que animam o debate público na atualidade está o surgimento do fenômeno das *fake news*, uma espécie de manipulação

intencional da circulação de informações na rede mundial de computadores. Os tribunais, doutrinadores e a academia viram-se confrontados com a necessidade de adaptação do ordenamento jurídico a fim de regular esse fato social emergente.

Este trabalho pretende equacionar as variáveis jurídicas e teóricas que são essenciais para o enfrentamento do problema das *fake news*. Nesse sentido, a pergunta que norteia a investigação é: os princípios penais justificam a tipificação das *fake news* no atual contexto pátrio? O primeiro tópico é destinado à conceituação da expressão *fake news*, objetiva distingui-la de ideias similares e, conseqüentemente, delimitar alguns componentes. O tópico seguinte mapeia as garantias penais que devem ser consideradas antes de qualquer tipificação penal desse novo fenômeno social, possibilitando a resposta sobre a necessidade ou não de tal feito.

Segundo a natureza do problema proposto a abordagem metodológica é qualitativa, busca relacionar os argumentos e dados com o fito de estabelecer os elementos e qualidades essenciais das *fake news*. A natureza do trabalho é básica pois pretende sanear algumas ideias que servirão para posteriores estudos aplicados. O procedimento é documental e bibliográfico visto que apoia-se nos materiais elaborados na academia e em instituições relevantes para a temática. Os objetivos são explicatórios e exploratórios, delimitando primeiramente o conceito de *fake news* e depois analisando a possibilidade e necessidade de uma tipificação penal.

O CONCEITO DE *FAKE NEWS*

O primeiro problema em qualquer área das ciências humanas e sociais é restringir dado fenômeno social a um determinado e expreso conceito capaz de traduzir suficientemente o seu objeto. A análise terminológica normalmente oferece pistas a respeito da singularidade de determinada palavra. A expressão anglo-saxã “*fake news*” pode ser traduzida, *grosso modo*, por notícias falsas. Entretanto, desde que o mundo é mundo a mentira e enganação são condutas comumente encontradas no dia a dia das pessoas, qual seria o fator distintivo entre as “*fake news*” e a mentira?

A especificidade desse fenômeno é, segundo determinada corrente de pesquisadores, a intencionalidade e os fins a que se prestam. Conceitualmente seria “a disseminação, por qualquer meio de comunicação, de notícias sabidamente falsas com o intuito de atrair a atenção para desinformar ou obter vantagem política ou econômica.” (BRAGA, 2018, p. 205). Contudo, se a disseminação da notícia sabidamente falsa ocorrer através de divulgação

anônima de panfletos não rastreáveis com o intuito de macular a imagem de adversário político, não estaremos diante de um fato social novo. É tão antigo quanto a imprensa de Gutenberg a divulgação de mentiras em larga escala com fins socialmente reprováveis.

Cabe aqui a diferenciação entre *misinformation* e *disinformation* elaborada pela Comissão Europeia. O primeiro conceito refere-se às informações falsas divulgadas sem conhecimento dessa falsidade e sem o objetivo de causar qualquer dano, ainda que porventura venha a causá-lo. O segundo conceito é conhecido como desinformação, que, por sua vez, é a matéria sabidamente falsa e divulgada com vistas a obter ganhos políticos e/ou econômicos, podendo causar danos coletivos e individuais (E.C., 2020). O conceito apresentado por Braga (2018) enquadra-se como desinformação, uma expressão de origem russa “*dezinformatsia* (дезинформация)” cunhada pelos soviéticos para designar estratégia de propaganda do capitalismo contra a antiga URSS (SANTOS-D’AMORIM; MIRANDA, 2021).

Pode-se dizer que para alguns o conceito de *fake news* e desinformação são a mesma coisa, referem-se aos mesmos objetos, ainda que as expressões tenham surgido em contextos histórico-sociais diferentes. O termo desinformação seria preferível ao de *fake news* pois, designando o mesmo fenômeno, o primeiro teria a vantagem de ser mais incisivo e complexo a respeito da ardilosidade das condutas (SILVA JÚNIOR, 2020). É uma perspectiva válida, ainda mais considerando a premissa de se referirem ao mesmo objeto, uma economia teórica.

Seguindo o debate, para além da mentira ou desinformação, as “*fake news*” não podem estar adstritas a esses dois conhecidos conceitos pois, do contrário, não faria sentido algum o surgimento de um novo termo para designar fenômeno já conceituado. Se não se trata de distinções a respeito da intencionalidade ou fins a que se prestam, possivelmente a singularidade das *fake news* estejam nos meios empregados.

É a potencialidade da internet o fator que não existia na cunhagem do conceito de desinformação. “As *Fake News* seriam, portanto, um tipo novo de conteúdo produzido a partir de uma intencionalidade apenas viabilizada pelo modelo de produção, disseminação e consumo de conteúdo *online*.” (GROSS, 2018, p. 157). O ambiente em que é produzido e disseminado pode ser o elemento singularizador para delimitação do conceito de *fake news* (LIMA, 2018).

A existência de uma responsabilidade contratual e extracontratual das agências jornalísticas faz com que a veracidade, checagem e retratação das notícias veiculadas sejam ponto pacífico nesse mercado da informação tradicional. Além do mais, a antiguidade de seus meios faz com que a legislação reguladora seja muito mais madura a respeito de tipificações e penalidades. Na internet, por sua vez, as informações disseminam-se sem custos de produção

e divulgação, cobertos pelo suposto manto do anonimato e pela irresponsabilidade legal dos agentes produtores e disseminadores de falsidades (COUTINHO, 2020). Essa análise recrudesce a perspectiva de enquadrar os ambientes virtuais como essenciais para a conceituação das *fake news*.

Voltando à tradução da expressão “*fake news*”, pode-se objetar uma tradução mais precisa do que notícia falsa, pois este último seria suficientemente genérico para abarcar também as notícias que se provaram posteriormente falsas, mas que o veiculador não tinha conhecimento à época. Para Diogo Rais (2018) a melhor tradução de *fake news* seria notícia fraudulenta. Dessa forma, afasta-se o debate filosófico a respeito do que é a falsidade e veracidade de uma informação, delimitando o conceito à seara jurídica.

A conceituação jurídica da notícia fraudulenta deve conter “três elementos fundamentais para identificar *fake news* como objeto do Direito: falsidade, dolo e dano” (RAIS, 2018). Deve, portanto, ser razoavelmente aferível a falsidade da suposta notícia, a intenção do agente em produzi-la e disseminá-la, e o dano em ato ou potência para uma pessoa ou grupo. A notícia fraudulenta, assim como em outras formas de fraude, serão objeto de demandas na medida em que conjuguem elementos essenciais de ilícitos, sejam civis ou penais.

A forma como é disseminado o conteúdo fraudulento deve ser observada, pois a aparência grosseira e inverossímil para a pessoa de diligência comum não porá em risco qualquer bem jurídico. É o caso de uma brincadeira em grupos de aplicativos de mensagens que, produzindo uma suposta notícia, pode ser rapidamente percebível a falsidade do conteúdo. O invólucro de uma autoridade, de uma credibilidade, é indispensável para os fins das notícias fraudulentas e as distinguem da diversão virtual.

Não se pretende esgotar os meandros da conceituação de notícias fraudulentas, todavia a própria dificuldade em capturar um fenômeno social emergente lembra a prudência em não delimitar terminativamente as arestas que podem vir a ser aperfeiçoadas. Para os fins desse trabalho, notícia fraudulenta pode ser conceituada como conteúdo sabidamente inverídico pelo agente, revestido de forma verossímil, disseminado em ambiente virtual, que vise causar prejuízo político ou economicamente auferível.

GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL

O direito penal possui princípios indispensáveis para sua conformação ao Estado Democrático de Direito, dentre os quais pode-se destacar o princípio da intervenção mínima,

da lesividade, da fragmentariedade, da proporcionalidade e da legalidade (GRECO, 2020). Qualquer conduta que venha a ser analisada pelos três poderes da república, sob a perspectiva penal, deve adequar-se aos padrões axiomáticos do ordenamento penal pátrio. Objetivando o levantamento dos elementos jurídicos necessários para uma possível tipificação penal das *fake news* far-se-á uma análise hipotética, como se já existisse o tipo penal.

O primeiro elemento a ser levado em conta é o sujeito ativo e passivo do hipotético crime. Pelo conceito adotado de *fake news* é adequado dizer que não há pré-requisito especial para a autoria desse crime, visto que a conduta de produzir e divulgar conteúdo sabidamente inverídico nos ambientes virtuais não demanda nenhuma qualidade especial do agente. Assim sendo, não se trata de crime de mão própria nem de crime próprio, é um crime comum “que pode ser praticado por qualquer pessoa” (SANCHES, 2020, p. 221).

O sujeito passivo somente pode ser uma determinada pessoa? Admite-se a coletividade como sujeito passivo das *fake news*? Se a notícia fraudulenta tiver como fim lesionar a imagem e a honra de determinada pessoa já não será necessário a criação de um novo tipo penal, visto que os artigos 138, 139 e 140 do Código Penal tratam de crimes contra a honra (SILVA; BRAGA, 2021; GAVASSO, 2019). A coletividade não é detentora de subjetividade para que se tenha uma honra lesionada, entretanto, pode haver dano à coletividade quando induzida a erro. É o caso de uma notícia fraudulenta a respeito da aprovação de uma lei que criou determinado crime, quando, na verdade, não há lei alguma.

Pode-se dizer que as *fake news* são meios de calúnia, injúria e difamação, quando estas possuem como vítima uma pessoa determinada, ao contrário da *fake news* difusa que destina-se a causar prejuízo à coletividade. O princípio da intervenção mínima, e o princípio da lesividade como seu corolário, preceitua que “o Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade” (GRECO, 2020, p. 97). O dano coletivo causado pela *fake news* pode ser matéria de tutela penal, mas a pura possibilidade de algo não justifica a realização por si só, é necessário perscrutar a necessidade do Direito Penal para tal empreendimento.

Considerando que as *fake news* são puníveis quando atingem a honra de determinada pessoa, resta saber qual o bem jurídico que seria tutelado quando atingisse a coletividade. A segurança informática é apontada por alguns como um novo bem jurídico (SYDOW, 2015), outros apontam a própria informação como esse bem, classificada como um bem incorpóreo, abstrato, que deve ser considerada digna de proteção na medida que seu conteúdo, lugar ou relação são relevantes para o direito (CORREIA, 2018). De qualquer modo há espaço para estruturar um tipo penal segundo esses bens jurídicos apontados.

A criação de uma legislação, que dê conta de regular notícias, deve ser analisada com cautela, ainda mais quando o alvo da regulação não são pessoas jurídicas com estrutura, mas, tão somente, o sujeito particular. A liberdade de expressão, de opinião, apesar de não ser absoluta, demanda uma parcela de risco sobre outros bens sociais como a estabilidade política, a urbanidade no debate público e a confiabilidade nas informações (OLIVEIRA, 2019). Uma possível penalização deve guardar um espaço muito restrito e o máximo de certeza quanto aos sujeitos, objetos e condutas.

É com o princípio da fragmentariedade, também anexo ao princípio da intervenção mínima, que se pode objetar a necessidade ou não de proteção ao bem jurídico difuso informação ou segurança informática através do Direito Penal. Diz o referido princípio que “nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal, pois este constitui apenas uma parte do ordenamento jurídico” (NUCCI, 2019, p. 177). Outras formas de tutela podem ser mais recomendáveis, como indenização civil ou sanções administrativas. Esse caráter subsidiário do Direito Penal encontra fundamento na não banalização das punições, na limitação da ânsia legiferante do Congresso e na limitação da face mais repressiva do Estado.

Tem-se difundido cada vez mais a ideia de que as *fake news* devem ser combatidas com os meios já disponibilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro. “Destinar ao Judiciário a tarefa de regular a verdade não parece boa ideia. Os melhores lugares para se debater a matéria são a academia, a imprensa e as iniciativas da sociedade. Cabe ao Judiciário a tarefa de decidir diante do conflito, do dano e do dolo.” (RAIS, 2018). A criação de novas leis para regular um fenômeno social emergente e complexo, ainda mais considerando a força do Direito Penal, é desaconselhável na medida que há instrumentos civis e administrativos para reparar os danos advindos de uma conduta dolosa.

A maturidade a respeito da informação que a sociedade foi desenvolvendo ao longo dos séculos, principalmente na Idade Moderna devido a criação da imprensa, deve ser enxertada nos ambientes virtuais. O combate às notícias fraudulentas deve ser guiado pela maior circulação de boas fontes e informações confiáveis, considerando os dispositivos legais já existentes e promovendo uma maior educação digital (MARQUES, 2019). Também há mecanismos novos que dificultam a propagação de *fake news* como as agências de *fact checking* e políticas de *compliance*.

Duas correntes vêm se formando na academia a respeito da necessidade ou não da tipificação penal das *fake news*. A corrente minoritária diz que a gravidade da conduta torna imperiosa a tipificação penal a fim de reprimir e prevenir o dano coletivo (CARVALHO,

2019; COELHO, 2021). A corrente majoritária diz que os dispositivos legais existentes, penais, civis e administrativos, são suficientes para lidar com a atual situação em obediência ao princípio da intervenção mínima (BRAGA, 2018; TEIXEIRA, 2018; LIMA, 2018; MARQUES, 2019; UTIYAMA, 2019; OLIVEIRA, 2019; SILVA JUNIOR, 2020; SILVA; BRAGA, 2021).

Considerando a natureza contingente da atividade política e jurídica, essa tendência contra a tipificação específica mantêm-se enquanto perdurar o contexto analisado. Se os meios empregados para reprimir e reparar os danos que as *fake news* causam não forem suficientes é esperando que a própria sociedade demande uma resposta mais incisiva por parte do Estado. A frequência e amplitude do dano vai ser determinante para a inversão da tendência, marca a íntima relação entre as respostas penais e os bens jurídicos tutelados.

CONCLUSÃO

O conceito de *fake news*, ou desinformação para alguns e notícias fraudulentas para outros, ainda não apresenta todos os contornos necessários para um aprofundamento de estudos indutivos e práticos. Entretanto, já se vislumbra alguns elementos típicos desse novo fenômeno social, tornando capaz alguma delimitação conceitual. Nesse trabalho foi utilizado como referência o conceito precário de conteúdo sabidamente inverídico pelo agente, revestido de forma verossímil, disseminado em ambiente virtual, que vise causar prejuízo político ou economicamente auferível.

O Direito Penal em um Estado Democrático de Direito deve ater-se a alguns limites na atividade legislativa e judicial, e, por sua vez, o princípio da intervenção mínima aparece recorrentemente nos debates acerca da possibilidade de tipificação do fenômeno das *fake news*. A possibilidade jurídica de tal feito é concreta, visto que conceitualmente é capaz de identificar os sujeitos, o objeto, o bem jurídico, o dolo e o dano que um hipotético tipo conteria. Contudo, a possibilidade não implica em sua necessária realização.

A existência de tipos penais que tutelam a honra e a imagem das pessoas, os dispositivos legais do Direito Civil que indenizam as vítimas de abusos de direitos e atos ilícitos, e as penalidades do Direito Administrativo são caminhos sucedâneos da atividade legiferante sobre as *fake news*. A intervenção mínima do Estado no campo das liberdades deve ser um parâmetro indefectível de uma república. O que não quer dizer que a mudança no contexto social, o aumento da reprovabilidade da conduta e o recrudescimento dos danos à coletividade não ensejem a criação de um tipo penal específico.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Renê Moraes da Costa. A indústria das fake news e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Volume I. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 203-220.

CARVALHO, Karita Souza. **Fake News e Direito Penal: Uma Possível Tipificação**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Mato Grosso, Barra dos Garças, 2019.

COELHO, Tamára Cheles. Fake News: **Os Desafios para o Direito Penal**: A desinformação no contexto eleitoral. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica Portuguesa, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/35982> Acesso em: 17.07.2022.

COUTINHO, Bruna Macedo Limeira Lima. **Fake news na internet: existe um direito fundamental à mentira? uma análise sob a ótica do direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, 2020.

CORREIA, Silvana De Laia. **A informação e a bioinformação como bens jurídicos**. Anais do EVINCI-UniBrasil, v. 4, n. 2, p. 66-76, 2018. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/4182/3479> Acesso em: 14.07.2022.

EUROPEAN COMMISSION (E.C.). **On the European democracy action plan**. Bruxelas, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2020:790:FIN>. Acesso em: 18.07.2021.

GAVASSO, Gianfranco. **Fake News e os limites constitucionais na produção de conteúdo**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20619> Acesso em: 16.07.2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. 22º ed. Niterói: Impetus, 2020.

GROSS, Clarissa Piterman. Fake News e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. In: RAIS, Diogo (coord.). **Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LIMA, Michele Bastos. **Responsabilidade penal pela divulgação de fake news nas redes sociais**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/30151> Acesso em 17.07.2022

MARQUES, André L.M. **Você sabe o que é "fake news"?**. Rio de Janeiro: Ballot, v. 5, n. 1-2, p. 126-142, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Giovana Coimbra de. **A propagação de notícias falsas via internet e suas implicações jurídicas**. Monografia (Graduação) - Direito, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uft.edu.br/handle/11612/1849> Acesso em: 18.07.2022.

RAIS, Diogo. **A melhor tradução para fake news não é notícia falsa, é notícia fraudulenta**. Entrevista concedida a Pedro Canário. Consultor Jurídico, Agosto, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral> Acesso em: 14.07.2022.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 8º ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

SANTOS-D'AMORIM, Karen; MIRANDA, Májory K. Fernandes de Oliveira Misinformation, Disinformation, And Malinformation: Clarifying The Definitions And Examples In Disinfodemic Times. **Encontros Bibli: revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação**, Florianópolis, v. 26, p. 01-23, 2021. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/147/14768130011/html/> Acesso em: 16.07.2022.

SILVA JUNIOR, Elias Souza da Silva. **Tratamento jurídico-penal da desinformação (fake news)**. Monografia (Bacharelado em Relações Internacionais) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14161> Acesso em: 17.07.2022.

SILVA, Marco Antônio Marques da; BRAGA, Mariana Stuart Nogueira. **Fake News: É Necessário Novo Tipo Penal?**. Revista Paradigma, v. 30, n. 2, p. 152-174, 2021. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2433> Acesso em: 16.07.2022.

SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TEIXEIRA, Virgínia Melo do Egypto. **O limite do direito penal no mundo digital à luz das fake news e da liberdade de expressão**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11552?locale=pt_BR Acesso em: 14.07.2022.

UTIYAMA, Mayara. **O Direito Penal e a disseminação de fake news pelos meios de comunicação em massa**: a possível tipificação da conduta e suas implicações. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13826> Acesso em: 15.07.2022.