

Fake News e o Bem Jurídico Penal

Fake news and the criminally protected legal interests

Sidney Duran Gonzalez 

Especialista em Teoria Jurídica do Delito, Mestre em Direito Penal e Doutorando em Direito Penal, todos pela Universidade de Salamanca, Espanha. Advogado criminalista.

Resumo: A evolução tecnológica que trouxe tantos benefícios às sociedades, estreitando fronteiras e propiciando um rápido desenvolvimento de muitos setores, também passa a trazer problemas. As *fake news* passam a ser um problema mundial, sendo utilizadas para manipular a opinião pública, colocando em descrédito as instituições democráticas e até mesmo a ciência. Os direitos civil e administrativo, acionados para conter as violações perpetradas por meio das notícias falsas, mostram-se inadequados, iniciando-se a formulação de projetos de lei que buscam tipificar penalmente as *fake news*.

Palavras-chave: Evolução Tecnológica; Globalização; Fake News; Tipificação Penal.

Abstract: *Technological developments, while bringing significant benefits to societies by reducing barriers and fostering rapid growth across multiple sectors, have also generated new challenges. Fake news has emerged as a global problem, being used to manipulate public opinion and to undermine trust in democratic institutions and even in science. Civil and administrative law, invoked to address harms caused by false information, have proven insufficient, prompting the development of legislative initiatives aimed at the criminalization of fake news.*

Keywords: *Technological Evolution; Globalization; Fake News; Criminal Typing.*

1 Introdução

A maneira como a informação é transmitida passou por várias transformações nas últimas décadas por conta da evolução tecnológica, que nos apresenta dois mundos; um digital em plena expansão, e outro analógico em retração.

A evolução tecnológica revela, que não se trata apenas de dar acesso a informações disponibilizadas voluntariamente na rede mundial de computadores, e compartilhadas por aqueles que desejam o maior e mais precioso bem comungado, que é a informação, mas esta revolução também abrange a possibilidade coletar e utilizar dados de usuários, e isto na constituição de diversos interesses¹.

Pode-se verificar que a velocidade de gestão dos Estados e a operação das redes e das plataformas digitais são muito desiguais, causando nesses ambientes a sensação de um verdadeiro vácuo de poder estatal onde quem domina é o algoritmo².

Já se vive uma realidade social híbrida com cada vez mais pessoas conectadas, vivendo remotamente o que antes era presencial, usando um espaço pouco regulado, onde a exposição ao algoritmo faz com que cada um de nós deixe um rastro de características, como predileções, que estão sendo utilizadas para traçar perfis psicológicos de usuários e assim direcionar informações³.

O direcionamento de informações tem criado o fenômeno das bolhas sociais com usuários cada vez mais radicais, o que antes pouco encontrávamos, sendo alimentadas por notícias criadas especificamente para esses grupos, que vivem em uma realidade paralela, alimentando e sendo alimentado pelo interesse das grandes corporações tecnológicas que impulsionam conteúdos para serem consumidos por esses grupos conjuntamente a suas campanhas publicitárias.⁴

Com essa dificuldade de atuação estatal para acompanhar o desenvolvimento tecnológico e o acesso à informação, nos deparamos com uma situação nova e de graves efeitos, destruindo-se reputações, influenciando decisões sociais importantes, como determinar o rumo de eleições, e afetando até mesmo a saúde pública. As *fakes news*, - já são por muitos considerada uma epidemia, colocando em situação de risco

¹ CALLEJÓN, F. B. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 579-599, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 6 dez. 2023.

² ALMEIDA, V.; DONEDA, D. Novas faces do poder no mundo digital. **Academia Brasileira de Ciências**, 12 maio 2017. Disponível em: <https://www.abc.org.br/2017/05/12/novas-faces-do-poder-no-mundo-digital/>. Acesso em: 10 set. 2023.

³ CALLEJÓN, F. B. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 579-599, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 6 dez. 2023.

⁴ MORENO Bobadilla, Ángela, **Fake News, desinformación y otros desordenes informativos**. Madrid: Editora Fragua, 2022.

a confiança nas informações e manipulando a opinião pública⁵.

No Brasil através de várias propostas legislativas de tipificação de notícias falsas, como o PL 3.813/21⁶ e no mundo, como por exemplo a “*Roadmap: Fakenews and online disinformation*” na Europa⁷, buscam formas de impedir que a avalanche de notícias falsas prejudique a sociedade, utilizando-se de sanções na esfera cível e administrativa, bem como aprovando legislações para a regulação das redes, entretanto, verifica-se que as ações até então adotadas não estão sendo capazes de coibir a prática de produzir, divulgar e financiar a produção de notícias falsas.

Em estudo apresentado em 2018 a Consultoria *Gartner* vaticinou que em 2022 a sociedade ocidental consumiria mais notícias falsas do que verdadeiras⁸. Conforme nos apresenta Alonso González, em recente estudo divulgado pela *Pew Research Center*, onde demonstra que na atualidade entre adultos americanos a busca de informações nas redes sociais (20%) ultrapassa a busca de informações na imprensa tradicional (16%), nos chamando a atenção quanto a necessidade regulação sobre esses meios⁹.

Esses dados demonstram que cada vez mais se busca informar-se pelas redes sociais e que a informação disponibilizada por estes meios é em sua maioria falsa, colocando em risco o um dos direitos fundamentais mais importantes em qualquer democracia, trazendo a reflexão sobre a necessidade de atuação do Estado para conter lesão a direito fundamental de receber informação.

É necessária a utilização do direito penal para proteger o bem jurídico informação e conter o avanço das *fake news*?

Diante desse contexto, o presente artigo tem como problema de pesquisa a seguinte indagação: a tipificação penal das *fake news* encontra legitimidade jurídica à luz da teoria do bem jurídico penal? A hipótese central é a de que a informação,

⁵ EPIDEMIA de fake news. **Canal saúde**, 18 set. 2018. Disponível em: <https://www.canalsaude.fiocruz.br/canal/video/Aberto/epidemia-de-fake-news-sdc-0449>. Acesso em: 6 dez. 2023.

⁶ AGÊNCIA SENADO. Desinformação e fake news são entraves no combate à pandemia, aponta debate. **Agência Senado**, 5 jul. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/05/desinformacao-e-fake-news-sao-entruve-no-combate-a-pandemia-aponta-debate>. Acesso em: 6 dez. 2023.

⁷ POLITIZE!, Como países estão tentando se proteger dos efeitos das fake news?. **Politize!**, 27 de jun. 2023. Disponível em: <https://www.politize.com.br/regulamentacao-contrafake-news/>. Acesso em: 6 de dez. 2023.

⁸ GARTNER. **Top strategic predictions for 2018 and beyond**: From bots and AI to counterfeit reality and fake news, these predictions require IT leaders to pace their adoption. [S. l.], 5 nov. 2019. Disponível em: <https://www.gartner.com/smarterwithgartner/gartner-top-strategic-predictions-for-2018-and-beyond>. Acesso em: 29 jan. 2024.

⁹ ALONSO-GONZÁLEZ, Marián. Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información. **Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación**, Sevilha, p. 29-52, 1 maio 2019.

enquanto direito fundamental constitucionalmente assegurado, configura-se como bem jurídico penalmente tutelável, legitimando a criminalização das condutas de criar e divulgar notícias falsas.

Para tanto, adota-se o método hipotético-dedutivo, partindo das premissas gerais da teoria do bem jurídico penal e dos fundamentos constitucionais do direito à informação para avaliar a compatibilidade entre a tipificação das *fake news* e os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito ao poder punitivo estatal.

2 O bem jurídico penal – a liberdade de expressão e o direito à informação

A resistência de alguns acerca da possibilidade de responsabilização penal das *fake news* é que se estaria, com a penalização, violando uma garantia constitucional, que seria o direito à livre expressão.

A doutrina e a jurisprudência europeia vêm se posicionando, já há algum tempo, acerca da possibilidade de restrição ao direito de liberdade de expressão, utilizando o direito penal como barreira para impedir a prática de discursos de ódio, por exemplo.

Muitos autores, nesse contexto de penalização dos discursos de ódio, são contrários à ponderação ou à restrição da liberdade de expressão, como assinala Nuñez Castaño¹⁰:

que todo tipo de acto de comunicación o expresión, cualquiera que sea su contenido ofensivo, hiriente, hostil o antidemocrático, forma parte del núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión, y frente a ellos no cabe sostener que resultaría legítima su prohibición.

A argumentação trazida pelos autores que defendem a impossibilidade de restrição à liberdade de expressão em razão da prática dos denominados discursos de ódio, se justificaria por duas razões: a primeira seria que a liberdade de expressão, prevista como garantia constitucional, atuaria como uma excludente penal, impedindo qualquer sanção; já a segunda justificativa, que na minha opinião é mais plausível, aponta que o direito penal não foi concebido para punir sentimentos, ou diríamos discursos ou ideias, que não são colocadas no campo das ações concretas violadoras de

¹⁰ NUÑEZ CASTAÑO, E. **Libertad de expresión y derecho penal**: la criminalización de los discursos extremos. Navarra: Aranzadi, 2022. p. 101.

bem jurídico tutelado.¹¹

No sentido em que tratamos a questão, leciona Gorjón Barranco¹²:

A diferencia de los analizados ataques a sistemas donde sí se exige la concurrencia de alguna de las finalidades del art. 573.1 CP, esto es, cuando esos ataques ponen en peligro o dañan bienes jurídicos de vital importancia para la convivencia política, la tipificación del discurso de odio terrorista no exige tales finalidades al menos en el tipo, por tanto, su castigo supone penalizar actos preparatorios de actos preparatorios, que no deberían formar parte del código penal, más propios quizás de otras ramas del ordenamiento (grifo nosso).

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência espanholas continuam asseverando a necessidade de punir discursos de ódio ponderando entre garantias para, caso a caso, decidir qual será a prevalente na situação concreta, como já se tem feito quando existem conflitos entre liberdade de expressão e a garantia do direito a honra.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente quanto a afastar a utilização da liberdade de expressão como excludente penal quando se verifica abuso do direito, como elucida a questão o brilhante voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: “Ao cidadão não é dado o direito de difamar, caluniar, injuriar e destruir a reputação de terceiros, não lhe aproveitando a escusa do exercício absoluto da liberdade de expressão. Quem abusa de um direito comete ato ilícito e por ele responderá”¹³.

Já no Supremo Tribunal Federal, temos em vias de julgamento o Tema 837, que busca definir os

limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica – como os da inviolabilidade da honra e da imagem – e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou

¹¹ GORJÓN BARRANCO, María Concepción. **Ciberterrorismo y delito de odio motivado por ideología**. Valencia: Tirant lo blanch, 2019.

¹² GORJÓN BARRANCO, María Concepción. **Ciberterrorismo y delito de odio motivado por ideología**. Valencia: Tirant lo blanch, 2019.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.567.988/PR (2015/0292503-2)**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/652015789/inteiro-teor-652015811>. Acesso em: 6 dez. 2023. s. p.

o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas¹⁴.

O Tribunal Constitucional da Espanha, já há muito tempo, definiu seu entendimento acerca dos parâmetros a serem estabelecidos na averiguação dos excessos na utilização da garantia constitucional da liberdade de expressão, que, segundo Muñoz Machado¹⁵, no julgamento da *Sentencia 104/1986*, a corte passa a ponderar direitos fundamentais “é a primeira sentença em que concede às liberdades previstas no artigo 20º uma avaliação que transcende que é comum e própria de todos os direitos fundamentais”. Na base jurídica 5 da mencionada sentença, o tribunal utiliza, pela primeira vez, a técnica de ponderação dos direitos:

*en el ejercicio de la libertad de opinión (letra a) del apartado 1 del artículo 20 y/o la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d) el derecho a la honra de alguien sea afectado, nos encontraremos ante un conflicto de derechos ambos de importancia fundamental, lo que significa no necesariamente y, en cualquier caso, dicha afectación prevalecerá sobre el ejercicio de dichas libertades, no siempre deberán considerarse como prevalentes, pero que se impone una necesaria y casuística ponderación entre una y otra*¹⁶.

Como notamos, já existe jurisprudência consolidada na Espanha acerca da limitação do direito à garantia da liberdade de expressão frente a outras garantias constitucionais. No Brasil, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal já discute, em vias de repercussão geral, os limites da liberdade de expressão. A situação identificada demonstra, na atualidade, uma tendência que tem sido acelerada em razão das novas tecnologias que ampliam a divulgação de discursos que violariam bens jurídicos. A tendência das cortes pelo mundo tem sido na direção de ponderar e limitar quando detectados excessos e violações a direitos.

¹⁴ BRASIL. Senado Federal. **Tema 837**. Definição dos limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica - como os da inviolabilidade da honra e da imagem - e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4161468&numeroProcesso=662055&classeProcesso=RE&numeroTema=837>. Acesso em: 6 dez. 2023. s.p.

¹⁵ MUÑOZ MACHADO, S. **Liberdade de imprensa e processos por difamação**. Barcelona: Editora Ariel, 1988. p. 175.

¹⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. **Sentencia 104/1986, de 17 de julio, 1986**. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1986/104>. Acesso em: 23 nov. 2023. s. p.

Corroboramos, portanto, com o pensamento externado por Carbonell Mateu:

*el problema no es si la decisión política de prohibir ha de ceder ante un derecho fundamental que prevalece sino si existe un derecho fundamental cuya necesidad de tutela justifica la decisión política de prohibir*¹⁷.

Ao nosso ver, no caso relacionado a tipificação dos discursos de ódio, não trata especificamente de tipos penais legítimos que se expandiram ilegitimamente, mas efetivamente que a própria existência de um delito que sancione um discurso, uma opinião ou uma expressão, sem qualquer outra circunstância adicional que permita afirmar a afecção dos direitos de outras pessoas, resulta ou deveria resultar ilegítimo em um Estado democrático¹⁸.

Contudo, feitas estas considerações, entendemos estar em outra direção a análise da proteção constitucional a liberdade de expressão nos casos das *fake news*. Já verificamos que essa garantia constitucional tem encontrado limitações quando exposta a situações como a dos discursos de ódio. Porém, quando se fala em tipificar as *fakes news* existe maior resistência.

Ainda não existe tipo penal que indique punir aquele que divulga ou cria notícias falsas, porém, está em discussão no Senado Federal o Projeto de Lei n. 3.813/2021, de relatoria do senador Alessandro Vieira, que busca criminalizar as *fake news*, tipificando as seguintes condutas:

Criar ou divulgar notícia que sabe ser falsa para distorcer, alterar ou corromper gravemente a verdade sobre tema relacionado à saúde, à segurança, à economia ou a outro interesse público relevante¹⁹.

O projeto de lei, de iniciativa da Comissão Parlamentar de Inquérito da pandemia de coronavírus, busca acrescentar ao Código Penal, no título dos crimes contra a paz pública, o Artigo 288-B, visando penalizar quem cria ou divulga notícia

¹⁷ MATEU, Carbonell, 2018, p. 1416 *apud* NUÑEZ CASTAÑO, E. **Libertad de expresión y derecho penal**: la criminalización de los discursos extremos. Navarra: Aranzadi, 2022. p. 43.

¹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. El discurso del odio y el delito de odio de los arts.510 y 510 bis del Código Penal: Necesidad de limitar. **Juezas y Jueces para la Democracia**, n. 5, p. 18-21, 2018.

¹⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3.813, de 2021**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para criminalizar a criação e divulgação de notícias falsas (fake news), notadamente em casos envolvendo a saúde pública. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150544>. Acesso em: 6 dez. 2023. s. p.

sabidamente falsa.

O PL n. 3813/21 foi idealizado quando proliferavam, por meio das redes sociais, notícias falsas acerca da pandemia, seus efeitos, formas de conter o contágio, a eficácia das vacinas e muitas situações extremas, que levaram a sociedade a discutir abertamente sobre os limites da liberdade de expressão²⁰.

A tipificação da conduta de criar e divulgar *fake news* é um novo fato jurídico, visto que, mesmo que ainda não tenha sido colocado em votação, o projeto de lei é manifestamente um propulsor para que analisemos a legitimidade da tipificação, e se essa violaria a garantia de liberdade de expressão.

Garcia Arán²¹ nos chama a reflexão:

Cuando se acepta que el derecho penal juegue un papel en la delimitación del contenido y el ejercicio de los derechos fundamentales debe precederse con especial cautela y ello porque —valga insistir una vez más—, el poder punitivo del Estado es un instrumento que, en los tiempos que nos ha tocado vivir, manifiesta una tendencia preocupante a ser utilizado de forma excesiva y por tanto, peligrosa.

Entendo que, na situação específica das *fake news*, a abordagem quanto à legitimação penal da conduta não deveria se dar em análise de adequação à garantia constitucional da liberdade de expressão, traçando limites ou ponderações quanto à existência de conflito de direitos, mas sim, a nosso ver, existe um bem jurídico a ser tutelado, que é violado quando se propagam notícias falsas, que é a informação.

Atribuída à Birnbaum²², a teoria do bem jurídico penal, introduzindo-se ao direito penal a ideia de bem, substituindo, definitivamente, o então vigente conceito de direito subjetivo, nos apresenta a origem do moderno conceito de bem jurídico penal.

A teoria do bem jurídico, após Birnbaum, foi desenvolvida por inúmeros autores, consolidando-se como critério de legitimação e limitação do poder punitivo estatal. Na perspectiva contemporânea, destaca-se a concepção de Roxin²³, para quem os

²⁰ AGÊNCIA SENADO. Desinformação e fake news são entraves no combate à pandemia, aponta debate. **Agência Senado**, 5 jul. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/05/desinformacao-e-fake-news-sao-entreve-no-combate-a-pandemia-aponta-debate>. Acesso em: 6 dez. 2023.

²¹ GARCIA ARÁN, M. Prólogo. In: REBOLLO, V. F. **Aproximación a la jurisprudencia constitucional**: libertad de Expresión e información y límites penales. Barcelona: PPU, 1992. p. 15.

²² BIRNBAUM, J. M. F. Über das erfordermiss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens. **Archiv des Criminalrechts (Neue Folge)**, v. 15, p. 149-194, 1834.

²³ ROXIN, C. **Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre**. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006.

bens jurídicos são circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma coexistência humana livre e segura que garanta os direitos fundamentais do indivíduo. Nessa concepção funcional-teleológica, o bem jurídico exerce função crítica e limitadora do legislador, constituindo verdadeiro filtro constitucional das normas incriminadoras.

Especial relevância assume, no presente contexto, a categoria dos bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, que transcendem os interesses individuais para abarcar valores cuja proteção interessa à coletividade. Silva Sánchez²⁴ observa que a modernidade criminológica tem sido marcada pela expansão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de natureza difusa, vinculados à sociedade do risco. A *informação* situa-se precisamente nessa categoria: trata-se de um bem que, embora possa repercutir na esfera individual, tem em sua essência uma dimensão coletiva, pois a desinformação em massa afeta a qualidade do debate público, a racionalidade do processo eleitoral e a coesão social.

Hassemer e Muñoz Conde²⁵ alertam para o risco da expansão do direito penal para a tutela de bens jurídicos coletivos demasiado amplos e vagos, o que poderia dar origem ao chamado Direito Penal simbólico — aquele que utiliza a lei penal não para efetivamente proteger bens jurídicos, mas para satisfazer demandas sociais de punição, produzindo efeito meramente declarativo. Essa crítica merece ser enfrentada diretamente: reconhece-se que a tipificação das *fake news* poderia ser interpretada como resposta legislativa simbólica à pressão social gerada pela pandemia, sem real eficácia preventiva. Contudo, entendemos que essa objeção não afasta a legitimidade da tutela penal quando verificados: (i) a existência de bem jurídico definido e ancorado constitucionalmente; (ii) a danosidade social concreta e mensurável da conduta; e (iii) a insuficiência dos demais ramos do direito para conter a lesão. Os três requisitos estão presentes no caso das *fake news*. Cumpre observar ainda os princípios que limitam a intervenção penal: a *ultima ratio*, a fragmentariedade e a subsidiariedade, que exigem a intervenção penal apenas quando as demais esferas do ordenamento se mostrarem insuficientes — o que, como demonstrado, ocorre no presente caso.

Duas objeções adicionais devem ser enfrentadas. A primeira é a dificuldade probatória: como demonstrar que o agente *sabia* que a informação era falsa? O PL n. 3.813/2021 já contempla essa preocupação ao exigir o elemento subjetivo “notícia que *sabe* ser falsa”, limitando a incriminação às condutas dolosas e excluindo a mera negligência informativa. A segunda objeção refere-se ao *chilling effect* — o efeito inibitório que a criminalização poderia gerar sobre o exercício legítimo da liberdade de

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁵ HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

expressão. Respondemos que, desde que bem delimitado o tipo penal — com exigência de dolo específico e elemento normativo de falsidade objetivamente aferível —, o risco de inibição do discurso legítimo é minimizado, preservando-se o núcleo essencial da garantia constitucional.

Nossa carta constitucional, em consonância com a maioria das cartas constitucionais dos países democráticos, assegura a liberdade de expressão e de informação, sendo a liberdade de expressão definida objetivamente no art. 220 da nossa Constituição como “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma”²⁶.

É certo que, no inciso IV do Art. 5º, a Constituição estabelece como cláusula pétrea a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Todavia, no Título VII, Capítulo V, em que trata efetivamente da comunicação social, explicita os termos da livre expressão, incluindo o direito à informação.

Portanto, como podemos extrair claramente do texto constitucional, a informação é um direito igualmente protegido, e, desse modo, havendo uma garantia constitucional a receber informação, é certo que esta não pode ser violada, pois, se assim for, estaria legitimado o legislador a dispor das ferramentas jurídicas necessárias para proteger esse direito, alinhando-se à teoria do bem jurídico.

A constituição espanhola, em seu artigo 20, igualmente traz a previsão de garantia ao direito de livre expressão, bem como assegura o direito à informação, acrescentando, ainda, que a informação deve ser “verdadeira”: “A comunicar ou receber livremente informação veraz por qualquer meio de difusão”.²⁷

A veracidade acrescentada ao direito à informação pelo legislador na constituição espanhola é, de fato, um alinhamento aos princípios balizadores das normas constitucionais presentes nos países democráticos, como o princípio da dignidade da pessoa humana. Nas linhas das valiosas lições do professor I. Berdugo, este nos ensina sobre os valores superiores presentes nas constituições democráticas, sendo impossível defender que a lei maior deixasse espaços para que se justifique a divulgações de notícias falsas²⁸.

A notícia falsa, como seu nome já nos apresenta claramente, é uma distorção

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 27 nov. 2023.

²⁷ ESPANHA. [Constituição (1978)]. *Constitución española*. **Boletín Oficial del Estado**, 2011. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 6 dez. 2023.

²⁸ BERDUGO, I. Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: Especial referencia a su problemática jurídico penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 44, n. 2, p. 339-362, 1991.

da notícia que, de fato, possui amparo também em nossa Constituição Federal. Nesse passo, as *fake news* são, na verdade, uma violação ao direito constitucional de receber informação que é valor supremo descrito constitucionalmente, atraindo os preceitos da teoria constitucional do bem jurídico, já que, ao divulgar uma informação falsa, cria-se uma lesão à própria informação, que entrará em descrédito frente à opinião pública, distorcendo a realidade, não sabendo o cidadão no que acreditar²⁹.

Assim sustentando que, “decorre do caráter limitativo da tutela penal o dever dirigido ao legislador ordinário, de contemplar as diretrizes constitucionais, bem como os valores na Carta inseridos nas ocasiões em que sua tarefa implicar a definição de bens jurídicos”³⁰

Devemos levar em consideração que as *fakes news* não são meras mentiras que visam criar um fato inverídico destinado a apenas um pequeno grupo de receptores. No caso das notícias falsas, existe uma transcendência em sua divulgação, que utiliza plataformas digitais de grande difusão, o que já demonstra que seu objetivo é manipular toda a opinião pública, ou uma grande parte dela, fazendo com que a sociedade passe a viver pautando seus objetivos em fatos inexistentes ou completamente distorcidos, o que demonstra existir nesses casos uma lesão ao bem jurídico informação, o que atrairia a necessidade de tipificação com a utilização do direito penal.

Portanto, existe de fato em nossa Constituição uma garantia a receber informação, o que tem se deteriorado em razão das *fake news*, “*Las fake news están afectando uno de los pilares básicos del derecho fundamental a la información, que es la ver- dade*”, não encontrando qualquer amparo em nossa legislação a divulgação de informações falsas, o que de fato é a propagação de desinformação, “*Sin embargo, todas aquellas informaciones que son falsas, no gozan de esta protección jurídica, al pro- vocar desinformación*”³¹.

A livre informação, como já mencionado, tem duplo alcance jurídico, pois, ao mesmo tempo garante o direito de receber informação, cria-se um dever de informar guardando-se os termos dos valores constitucionalmente plasmados. Pela razão de que a informação pode ser por todos utilizada de maneira livre, não comportando qualquer embargo, estaria está condicionada ao dever de manter-se relacionada a fatos verídicos para que assim não se viabilize a possibilidade de distorção da garantia, criando-se fatos desconectados com a realidade, ou pautando a distribuição de informações

²⁹ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

³⁰ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

³¹ MORENO Bobadilla, Ángela. **Fake News, desinformación y otros desordenes informativos**. Madrid: Editora Fragua, 2022.

em meros boatos, ou discursos sem qualquer respaldo fático.

3 Conclusão

Com amparo em todas as exposições até aqui traçadas, chegamos à conclusão de que existe possibilidade de que se possa restringir a liberdade de expressão, em defesa do bem jurídico informação. Pontuamos inicialmente a experiência dos países europeus quanto à tipificação penal dos discursos de ódio, ressaltando a jurisprudência espanhola acerca de tais circunstâncias, onde se vê justificada a restrição à liberdade de expressão quando esta se choca com outras garantias, fazendo-se assim um juízo de ponderação entre direitos constitucionalmente garantidos.

A discussão que ocorre na doutrina quanto à tipificação dos discursos de ódio e à impossibilidade do direito penal de punir sentimentos, mesmo amparando, de certa forma, a análise quanto à existência ou não de legitimidade para a tipificação das *fake news*, distancia-se de nossa abordagem, pois, se na visão de grande parte da doutrina seria ilegítimo penalizar condutas que não violam direta e objetivamente um bem jurídico tutelado, no caso das *fake news*, existe, a nosso ver, a violação ao bem jurídico informação, que pauta-se no direito/dever de prestar e receber informação verídica.

Por estes fundamentos, entendemos que o tipo penal que se apresenta no Projeto de Lei n. 3.813/2021, é legítimo e se justifica diante da violação do bem jurídico informação, que é garantido por nossa ordem constitucional, bem como, encontra amparo nos valores constitucionais superiores presentes nos países democráticos, como, a ética, a justiça e a dignidade da pessoa humana.

As principais objeções à tese sustentada — o caráter simbólico da tipificação, a dificuldade probatória e o possível *chilling effect* sobre a liberdade de expressão — foram enfrentadas ao longo do trabalho. Concluiu-se que, verificados os três pressupostos materiais da intervenção penal (bem jurídico constitucionalmente definido, danosidade social concreta e insuficiência das demais esferas do direito) e sendo o tipo penal devidamente delimitado com exigência de dolo específico, tais objeções não afastam a legitimidade da tipificação. A teoria do bem jurídico, em sua dimensão contemporânea, confirma que a *informação* é bem jurídico de natureza coletiva cuja proteção pelo direito penal se impõe como resposta proporcional e necessária diante da gravidade e da escala dos danos causados pelas *fake news* nas democracias contemporâneas.

Todas essas questões, nas linhas das lições de F. Callejón³² legitimam a tipificação penal, demonstrada a necessidade de que violações a bem jurídico protegido sejam contidas, visto as sanções aplicadas até então por outras esferas do direito não têm atingido o objetivo de preservar o bem jurídico, situações que ao nosso ver fortalecem a necessidade de se utilizar, nesse caso, da *ultima ratio* na efetiva e regular proteção de nossa sociedade.³³

Referências

- AGÊNCIA SENADO. Desinformação e fake news são entraves no combate à pandemia, aponta debate. **Agência Senado**, 5 jul. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/05/desinformacao-e-fake-news-sao-entreve-no-combate-a-pandemia-aponta-debate>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- ALMEIDA, V.; DONEDA, D. Novas faces do poder no mundo digital. **Academia Brasileira de Ciências**, 12 maio 2017. Disponível em: <https://www.abc.org.br/2017/05/12/novas-faces-do-poder-no-mundo-digital/>. Acesso em: 10 set. 2023.
- ALONSO-GONZÁLEZ, Marián. Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información. **Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación**, Sevilha, p. 29-52, 1 maio 2019.
- ANDRADE, M. C. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- BARROS, G. Marca da era Trump e do Brexit, ‘fake news’ abalaram café do Brasil nos anos 30. **O Globo**, 18 out. 2017. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/marca-da-era-trump-do-brexit-fake-news-abalaram-cafe-do-brasil-nos-anos-30-21761730>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- BERDUGO, I. Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: Especial referencia a su problemática jurídico penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 44, n. 2, p. 339-362, 1991.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BIRNBAUM, J. M. F. Über das erfoderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens. **Archiv des Criminalrechts** (Neue Folge), v. 15, p. 149-194, 1834.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília DF: Senado Federal, 2016. Disponível em:

³² CALLEJÓN, F. B. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 579-599, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 6 dez. 2023. p. 168.

³³ CARVALHO, Caroline Monteiro. Fake news e desinformação: o papel do direito na proteção da sociedade. **Conjur**, 8 de jan. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-08/fake-news-e-desinformacao-o-papel-do-direito-na-protecao-da-sociedade/>. Acesso em: 17 jan. 2024.

- https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 27 nov. 2023.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3.813, de 2021**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para criminalizar a criação e divulgação de notícias falsas (fake news), notadamente em casos envolvendo a saúde pública. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150544>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- BRASIL. Senado Federal. **Tema 837**. Definição dos limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica - como os da inviolabilidade da honra e da imagem - e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4161468&numeroProcesso=662055&classeProcesso=RE&numeroTema=837>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.567.988/PR** (2015/0292503-2). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/652015789/in-teiro-teor-652015811>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- CALLEJÓN, F. B. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 579-599, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- CARVALHO, Caroline Monteiro. Fake news e desinformação: o papel do direito na proteção da sociedade. **Conjur**, 8 de jan. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-08/fake-news-e-desinformacao-o-papel-do-direito-na-protacao-da-sociedade/>. Acesso em: 17 jan. 2024.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. El discurso del odio y el delito de odio de los arts.510 y 510 bis del Código Penal: Necesidad de limitar. **Juezas y Jueces para la Democracia**, n. 5, p. 18-21, 2018.
- EPIDEMIA de fake news. **Canal saúde**, 18 set. 2018. Disponível em: <https://www.canal-saude.fiocruz.br/canal/videoAberto/epidemia-de-fake-news-sdc-0449>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- ESPAÑA. [Constituição (1978)]. Constitución española. **Boletín Oficial del Estado**, 2011. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. **Sentencia 104/1986, de 17 de julio, 1986**. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1986/104>. Acesso em: 23 nov. 2023.
- GARCIA ARÁN, M. Prólogo. In: REBOLLO, V. F. **Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de Expresión e información y límites penales**. Barcelona: PPU, 1992.
- GARTNER. **Top strategic predictions for 2018 and beyond: From bots and AI to counterfeit reality and fake news, these predictions require IT leaders to pace their**

- adoption.** [S. l.], 5 nov. 2019. Disponível em: <https://www.gartner.com/smarterwithgartner/gartner-top-strategic-predictions-for-2018-and-beyond>. Acesso em: 29 jan. 2024.
- GORJÓN BARRANCO, María Concepción. **Ciberterrorismo y delito de odio motivado por ideología.** Valencia: Tirant lo blanch, 2019, p.
- HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- MORENO Bobadilla, Ángela, **Fake News, desinformación y otros desordenes informativos.** Madrid: Editora Fragua, 2022.
- MUÑOZ MACHADO, S. **Liberdade de imprensa e processos por difamação.** Barcelona: Editora Ariel, 1988.
- NUÑEZ CASTAÑO, E. **Libertad de expresión y derecho penal: la criminalización de los discursos extremos.** Navarra: Aranzadi, 2022.
- POLITIZE!, Como países estão tentando se proteger dos efeitos das fake news?. **Politize!**, 27 de jun. 2023. Disponível em: <https://www.politize.com.br/regulamentacao-contra-fake-news/>. Acesso em: 6 de dez. 2023.
- ROXIN, C. **Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.** 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

