

FAKE NEWS: CRIMINALIZAR NÃO É O CAMINHO

Elder Maia Goltzman²



O ano de 2018 foi significativo para a história brasileira recente. O pleito presidencial gerou acusações no sentido de que mensagens em massa, com conteúdo falso, fabricadas para prejudicar candidatos ou partidos, estavam sendo divulgadas por meio de aplicativos de comunicação instantânea³.

¹ Este texto foi escrito para traçar um panorama genérico e dar ao leitor uma visão inicial sobre o assunto, tendo cunho informativo. Não se busca esgotar o tema ou mesmo escrever um texto acadêmico denso. A ideia é difundir a preocupação e despertar o interesse para que o leitor possa buscar aprofundamento. Embora o autor entenda que o termo *fake news* não seja o mais adequado tecnicamente, sendo este um texto introdutório, optou-se por manter a expressão que já é conhecida por muitos.

² Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça na UFMA. Pós-graduado em Direito Administrativo. Pesquisador no Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID) da UFMA. Técnico na Clínica de Direito Humanitário da UFRGS. Analista Judiciário – Área Judiciária do TRE-PA.

³ Nesse sentido: GRAGNANI, Juliana. **Um Brasil dividido e movido a notícias falsas: uma semana dentro de 272 grupos políticos no WhatsApp**. Disponível em:

A partir de então, no Brasil, o termo *fake news* começou a ser utilizado e difundido com maior frequência, movimentando diversos atores, públicos e privados⁴, para que se tenha um tratamento adequado da matéria.

Embora alguma resposta tenha de ser dada, ela não pode ocorrer de qualquer maneira, pois colocaria em risco direitos e garantias importantes para a manutenção do sistema democrático, sob o pretexto de vencer as notícias falsas.

Reis⁵ alerta que o Estado deve fazer algo, “embora neste caso seja imprescindível um permanente cuidado com a preservação da liberdade de expressão e da democratização de acesso a meios de comunicação social que a internet permitiu”.

O desenvolvimento da globalização e o fortalecimento dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos geraram obrigações assumidas por vários países ao redor do globo. No caso brasileiro, sendo o Estado membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), não se pode esquecer do que dispõe o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 13, que trata da liberdade

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45666742> Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴ As próprias mídias sociais têm utilizado ferramentas para alertar os usuários. Para informações sobre o pleito de 2020: ALE-CRIM, Emerson. **Twitter põe avisos em tweets que alegam fraude nas Eleições 2020**. Disponível em : <https://tecnoblog.net/384546/twitter-alerta-tweets-acusacao-fraudes-eleicoes-sem-provas/> Acesso em: 01 fev.2021

⁵ REIS, Márcio Monteiro. **Fake News: o Direito pode fazer algo a respeito? Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 60, p. 9-41, jan./abr. 2018.

de discurso: “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”.

As *fake news* e a liberdade de expressão estão relacionadas e apresentam alguns pontos de conflito que trazem questionamentos. Existe o direito à mentira em uma democracia? A mentira é uma manifestação do sujeito protegida pela liberdade de expressão? A intenção do agente deve ser levada em consideração? Qual punição, se alguma, deve ser dada a quem repassa *fake news*?

Embora atualmente não haja consenso sobre como essas questões devam ser solucionadas⁶, há de se ter cautela quando da tentativa de respondê-las para que, sob o pretexto de lidar com as *fake news*, mormente em contextos eleitorais, não ocorra o malbaratamento da liberdade de expressão. O Brasil é uma democracia jovem e, assim como outros países da América Latina, têm sua história recente maculada por abusos e autoritarismos cometidos pelo poder público⁷.

A própria OEA, em seu relatório da Missão de Observação

⁶ SUNSTEIN, Cass. *Liars: Falsehoods and Free Speech in an Age of Deception*. Oxford University Press: New York, 2021.

⁷ COGGIOLA, Osvaldo. *O ciclo militar na América do Sul*. Blog da Boi Tempo, 2014. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2014/03/24/o-ciclo-militar-na-america-do-sul/> Acesso em: 25 abr. 2021..

Eleitoral (MOE)⁸, foi enfática na afirmação de que as eleições de 2018 foram marcadas pelo uso de fake news, entretanto, a mesma organização aponta que o combate tem de ocorrer de forma transparente e com respeito aos direitos humanos, em especial da liberdade de expressão.

Dentro do marco interamericano de direitos humanos, a liberdade de expressão é concebida em duplo sentido. Primeiramente, representa o direito dos cidadãos de poderem expressar seus pensamentos e opiniões sem embaraço ou censura prévia. Além disso, expressa a prerrogativa de poder buscar informações de interesse no livre mercado de ideias⁹. Em contextos eleitorais, a liberdade de expressão é essencial para que o cidadão possa fazer escolhas conscientes e informadas.

Contudo, recentemente, por meio da Lei 13.834/2019, que acrescentou o art. 326-A ao Código Eleitoral, houve a criminalização da conduta de dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de impro-

bidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral. Trata-se da denúncia caluniosa com finalidade eleitoral, cuja pena cominada é de dois a oito anos de reclusão e multa e, em caso de anonimato, a pena é aumentada da sexta parte.

A intenção do legislador seria coibir a proliferação de notícias falsas na internet, que possam influenciar o resultado das eleições no Brasil, sobretudo após os eventos ocorridos no pleito de 2018¹⁰.

O problema da circulação de notícias falsas visando desequilibrar o pleito foi evidenciado, no mundo, após as eleições presidenciais americanas em 2016. Martens et al.¹¹, em consulta ao *Google Trends*¹², detectaram que o termo não tinha relevância alguma em pesquisas na rede, tendo aumentado exponencialmente em novembro de 2016. Para Martens et al.¹³, “suspeitas acerca de tentativas de agentes russos influenciarem as eleições e prejudicarem a coerência política e social em vários países contribuíram para essas preocupações”.

Ocorre que o Brasil faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo a Convenção In-

teramericana de Direitos Humanos principal normativa do bloco de proteção regional americano, ratificada pelo Estado brasileiro por meio do Decreto Presidencial 678 de 11 de novembro de 1992, com status supralegal¹⁴ no ordenamento jurídico nacional, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343 e Habeas Corpus 87.585 e 92.566.

O Sistema Interamericano tem como principais órgãos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que possuem a responsabilidade de supervisionar e controlar o cumprimento da Convenção¹⁵. Fernando Basch et al.¹⁶ lembram que “numa região de democracias fragilizadas e persistentes violações de direitos, a CIDH e a Corte IDH podem contribuir positivamente para moldar a conduta dos Estados”.

A CIDH tem manifestado de maneira reiterada que o art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica está ligado à liberdade de expressão na internet e que as democracias do continente podem se beneficiar deste instrumento para difusão de pontos de vista plurais.

⁸ Durante as eleições presidenciais de 2018, o Brasil recebeu a visita da Missão MOE, sendo a ex-Presidente da Costa Rica, Laura Chinchilla, Chefe da Missão. O mesmo aconteceu em 2020, mas, até a data em que este articulado foi escrito, não havia sido publicado o relatório final da Missão. As missões de observação eleitoral estão previstas na Parte V da Carta Democrática Interamericana. Paulo Henrique Gonçalves Portela (**Direito Internacional Público e Privado**, Editora Juspodivm, 2018, p. 288) assevera que “A Carta Democrática Interamericana não é um tratado. Entretanto, pode ser qualificada como um documento de soft law. Outrossim, é importante destacar que seus dispositivos não afastam a aplicação da carta da OEA relativa à manutenção do regime democrático”. A OEA, em seu sítio oficial, define a carta como “a afirmação de que a democracia é e deve ser a forma de governo comum a todos os Estados das Américas e que ela constitui um compromisso coletivo para fortalecer e preservar o sistema democrático na região” <http://www.oas.org/pt/democratic-charter/>

⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Especial para a Liberdade de Expressão. **Liberdade de expressão e internet**. 2013.

¹⁰ Para citar um exemplo, tem-se o caso das falsas mensagens em massa enviadas por empresas privadas via aplicativo WhatsApp. Fato confirmado pelo próprio WhatsApp em um evento de jornalismo chamado Festival Gabo que ocorre na Colômbia <https://exame.abril.com.br/tecnologia/whatsapp-confirma-envio-ilegal-de-fake-news-por-grupos-politicos-em-2018/> Acesso em: 9 out. 2020.

¹¹ Bertin Martens, Luis Aguiar, Estrella Gomez-Herrera and Frank Mueller-Langer, **The digital transformation of news media and the rise of disinformation and fake news - An economic perspective**. Digital Economy Working Paper 2018-02; JRC Technical Reports.

¹² Ferramenta da empresa Google que mostra o histórico de termos pesquisados na plataforma.

¹³ Texto original em inglês. Tradução livre do autor. “Suspicious about attempts by Russian agents to influence elections and undermine social and political coherence in several countries have contributed to these worries” (p.13).

¹⁴ Em síntese, a Suprema Corte decidiu que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que não tenham sido aprovados pelo rito especial do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, ainda que anteriores ao rito (que foi inserido pela EC 45/2004) tem status supralegal. Isso quer dizer que os tratados que se enquadram nessa categoria estão acima da lei, mas abaixo da Constituição em hierarquia.

¹⁵ CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O Controle de Convencionalidade e a Autoanálise do Judiciário Brasileiro. In **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 1, p.87-113, jan./abr. 2016..

¹⁶ BASCH, Fernando; FILIPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. **A Eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: Uma Abordagem Quantitativa sobre seu Funcionamento e sobre o Cumprimento de suas Decisões**. In **Revista Internacional de Direitos Humanos**. vol. 7, n. 2, p. 9-35, jun. 2010.



O Artigo 13 se aplica plenamente às comunicações, ideias e informações que são difundidas e acessadas pela internet. O meio online não só facilitou aos cidadãos a expressão de forma livre e aberta, mas também ofereceu condições insuperáveis para a inovação e o exercício de outros direitos fundamentais, como o direito à educação e à livre associação (...) Na medida em que o ambiente digital oferece espaço para promover o intercâmbio de informações e opiniões, sua configuração e arquitetura se tornam relevantes. A internet tem se desenvolvido a partir de determinados princípios de desenho, cuja aplicação tem propiciado e permitido que o ambiente on-line seja um espaço descentralizado, aberto e neutro. É importante que qualquer regulação produzida seja o resultado do diálogo de todos os setores e mantenha as características básicas do ambiente original, potencializando a sua capacidade democratizante e impulsionando o acesso universal e sem discriminação¹⁷.

¹⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Liberdade de expressão e internet**. 2013.

Em seu relatório final do pleito brasileiro de 2018, a MOE¹⁸ ressaltou a importância da internet para o Brasil, sendo o maior país na América Latina e o quarto maior do mundo em número de usuários.¹⁹ No mesmo documento²⁰, a Missão demonstrou preocupação com a quantidade de notícias falsas que circularam, sobretudo no segundo turno.

(...) o contexto da campanha eleitoral foi marcado pela disseminação de notícias falsas que se espalharam significativamente no segundo turno, atacando as instituições e o sistema eleitoral. Embora esse fenômeno já tivesse sido observado em processos eleitorais em outros países, nas eleições brasileiras apresentaram-se novos desafios, como o uso de sistemas de mensagens privadas para a disseminação massiva de desinformação. Resultaram importantes os esforços realizados pela autoridade eleitoral e pela imprensa para comba-

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Missão de Observação Eleitoral**. Eleições Gerais. Brasil. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf> Acesso em: 01 fev. 2021.

¹⁹ Informação pode ser encontrada no sítio: <https://www.statista.com/topcs/2045/internet-usage-in-brazil/> Acesso em: 09 out. 2020.

²⁰ Página 88 do relatório.

ter as notícias falsas e fornecer informações verdadeiras aos cidadãos. As redes sociais, utilizadas de maneira responsável, podem contribuir para equidade e transparência nos processos eleitorais.

Considerando os compromissos assumidos pelo Brasil perante a OEA, devem-se discutir hipóteses que possam auxiliar na solução da problemática sem ferir o Pacto de San José da Costa Rica.

A criminalização, opção feita pelo legislador no Brasil, talvez não seja o melhor caminho e está em confronto com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Não se busca proteger discursos falsos, mas sim evitar a autocensura do cidadão que, com medo da reprimenda estatal, deixa de participar do debate na esfera pública, ocorrendo o que a doutrina americana chama de efeito resfriador (*chilling effect*).

A existência de uma norma incriminadora, por si só, tem o condão de restringir o debate, uma vez que o medo incutido no eleitor de que sua fala possa ser objeto de sanção, poderia impedi-lo de realizar postagens de cunho político nas redes. A questão deve ser tratada fora do Direito Penal para que a liberdade de expressão não seja mitigada através de uma autocensura do cidadão, que deixará de contribuir e debater por medo de responder criminalmente.

A liberdade de expressão necessita de espaços de respiração (*breathing spaces*) para que possa fluir e funcionar. Com regulação excessiva, sobretudo por meio de punição pelo braço penal do Estado, a liberdade de pensamento acaba cerceada. Não se pode querer que opiniões sejam proferidas de maneira livre sem dar espaço adequado para que os cidadãos possam exprimir suas ideias.

A doutrina afirma que o Direito Penal deve ser a última ratio em decorrência do princípio da intervenção mínima. "Não se

justifica o uso do Direito Penal em casos que poderiam ser resolvidos por outros ramos do Direito²¹. No caso das *fake news*, a questão pode ser tratada com outras punições. Pode o legislador estabelecer sanções de natureza pecuniária ou, até mesmo, uma inelegibilidade.

Noutro passo, não há como evitar que grupos organizados, detentores de poder econômico e influência política junto aos órgãos julgadores, continuem espalhando massivamente desinformação, por certeza da impunidade.

Existem formas mais democráticas de combater as *fake news*, o que já vem sendo feito pelo Tribunal Superior Eleitoral²², mas que devem ser expandidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais e, sobretudo, pelas Zonas Eleitorais, por serem o órgão mais capilarizado da Justiça Eleitoral e que tem maior contato com o cidadão.

Dentre as possíveis respostas que estão em consonância com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pode-se citar a adoção de políticas públicas em Alfabetização Midiática e Informacional, recomendada aos Executivos Estaduais e Federal pelo Conselho Nacional dos Direitos Humanos por meio da Recomendação n.º 4 de 2018²³.

Em publicação, sob coordenação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Grizzle *et al.*²⁴ afirmam que:

A alfabetização midiática e informacional (AMI) é uma base para aumentar o acesso à informação e ao conhecimento, intensificar a liberdade de expressão e melhorar a qualidade da educação. A AMI descreve as habilidades e as atitudes necessárias para valorizar nas sociedades as funções das mídias e de outros provedores de informação, incluindo aqueles na internet, bem como para encontrar, avaliar e produzir informações e conteúdos midiáticos; em outras palavras, apresenta as competências fundamentais para que as pessoas participem de maneira eficaz de todos os aspectos do desenvolvimento.

Embora a AMI tenha sido sugerida ao Executivo (dos Estados e Federal), poderia ser expandida pelo Tribunal Superior Eleitoral e Tribunais Regionais Eleitorais, por meio das Zonas Eleitorais espalhadas pelo país, que possuem servidores de carreira capacitados e estão em contato direto com todas as camadas da população.

No ano de 2017, por meio da Portaria n.º 949, de 7 de dezembro de 2017, o Tribunal Superior Eleitoral criou um Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições com representantes da Justiça Eleitoral, do Governo Federal, do Exército Brasileiro e sociedade civil.

O Conselho foi criado com o escopo de analisar as normas eleitorais existentes e a influência da *internet* no pleito, especialmente a propagação de notícias falsas e divulgação de mensagens em massa por meio de robôs²⁵. Ressalte-se que já havia

ZUANNI, Michael; ASTHANA, Sanjay; WILSON, Carolyn; BANDA, Facson e ONUMA, Chido. **ALFABETIZAÇÃO MIDIÁTICA E INTERNACIONAL**: diretrizes para a formulação de políticas e estratégias. Brasília: UNESCO, Cetic.br, 2016. 204 p.

²⁵ As competências do conselho estão no art. 2º que segue reproduzido ao lado: "Art. 2º O Conselho Consultivo instituído por esta portaria funcionará junto ao Gabinete do Presidente do Tribunal e terá as seguintes atribuições: I - desenvolver pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da Internet nas eleições, em especial o risco das fake news e o uso de robôs na disseminação das informações;

ocorrido polêmicas envolvendo *fake news* nas eleições estadunidenses e na saída do Reino Unido da União Europeia (*Brexit*), que refletiriam no Brasil em 2018²⁶.

Recentemente, em 2019, o TSE, em parceria com a União Europeia, organizou em sua sede um seminário internacional intitulado "*Fake news e eleições*"²⁷ que recebeu diversas autoridades, explorando temas como "estratégias para combater *fake news*" e "crimes contra a honra e liberdade de expressão".

Assim, a conduta da Corte Eleitoral está em consonância com o entendimento adotado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mas deve ter as campanhas de AMI expandidas para minimizar o efeito das *fake news* nos pleitos. Deve-se chegar a todas as camadas da sociedade que usam o *WhatsApp* e outras ferramentas de compartilhamento como fonte de informação. Em pesquisa realizada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado²⁸, constatou-se que o aplicativo é a principal fonte de informação dos entrevistados, dos quais, cerca de 79% disseram receber notícias sempre pela rede social.

Sobre a temática das *fake news* no processo eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais e suas Zonas Eleitorais têm presença em todos os cantos do Brasil e podem alcançar níveis que campanhas televisas ou midiáticas do TSE não podem chegar, sendo urgente que os órgãos que estão na ponta participem e colaborem para que a AMI atinja mais pessoas.

II - opinar sobre as matérias que lhe sejam submetidas pela Presidência do TSE; III - propor ações e metas voltadas ao aperfeiçoamento das normas".

²⁶ Para maiores detalhes: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/09/24/brasil-eua-brexit-noticias-falsas/>.

²⁷ Para consultar os anais do seminário, consultar <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5981>.

²⁸ VALENTE, Jonas. *WhatsApp é principal fonte de informação do brasileiro, diz pesquisa*. Disponível em: <https://agencia-brasil.etc.com.br/geral/noticia/2019-12/whatsapp-e-principal-fonte-de-informacao-do-brasileiro-diz-pesquisa> Acesso em: 01 fev.2020.

²¹ ANDRADE, Andre Lozano. Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. *Revista Liberdades* n.º 17. Setembro/dezembro de 2014. p. 105.

²² Dentre várias medidas tomadas pelo TSE, destacamos a página Desinformação (<http://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/>) em que há várias explicações sobre notícias distribuídas e que foram falsas.

²³ Na recomendação, o Conselho sugere dentre outras medidas, a não criminalização. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id_27129495/do1-2018-06-25-recomendacao-n-4-de-11-de-junho-de-2018-27129463 Acesso em: 10 out. 2019.

²⁴ GRIZZLE, Alton; MOORE, Penny; DE-