

CALADOS EM NOME DA LEI: O USO DE NORMAS PENAIS PARA CALAR O DISCURSO POLÍTICO

STOPPED, IN THE NAME OF THE LAW: THE USE OF CRIMINAL RULES TO SILENCE POLITICAL SPEECH

*Diogo Rais **

*Eduardo Manhoso ***

*Mateus Luiz Weber ****

RESUMO

O objetivo desse artigo é analisar o uso de normas penais para silenciar ou punir os discursos políticos. Quanto ao desenho da metodologia, a pesquisa adota o método hipotético-dedutivo, pretendendo testar as hipóteses apresentadas, utilizando-se das técnicas de pesquisa -bibliográfica. A partir desse tema, busca-se analisar as formas particulares de comunicação que constroem as narrativas, a relação dos três poderes perante a problemática das *Fake News* (desinformação), compreender como as propostas legislativas pretendem controlar o exercício da democracia por meio das leis penais e os impactos negativos que essas restrições impõem à democracia. Concluímos que, frente à ausência de textos normativos que fixam a responsabilização diante das notícias

*Diogo Rais é advogado e Cofundador do Instituto Liberdade Digital. Colunista exclusivo na área eleitoral para o jornal Valor Econômico durante as eleições de 2016 e de 2020, e da Folha de S. Paulo para as eleições de 2018. Professor de Direito Eleitoral e Direito Digital da graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Membro da Academia de Direito Eleitoral e Político – ABRADep. Coordenador dos livros Direito Público Digital; Fake News: a conexão entre a desinformação e o Direito; e Direito Eleitoral Digital, todos da editora Revista dos Tribunais. Foi um dos especialistas convidados pela relatoria especial de liberdade de expressão da OEA para colaborar com o guia de combate a desinformação. Pesquisa o tema da tecnologia e eleições desde 2010.

** Eduardo Manhoso é advogado. Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Segurança Pública e Cidadania" (CNPq) e Membro do Grupo de Pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional" (CNPq), ambos da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

*** Mateus Luiz Weber advogado. Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Estado e Economia no Brasil" (CNPq) e Membro do Grupo de Pesquisa "Laboratório Direito Digital e Democracia" (CNPq), ambos da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

fraudulentas, investir em um direito punitivo penal não é o melhor caminho para lidar com as *Fake News* e o discurso político. Como principais resultados, foi possível aferir que a problemática não se restringe unicamente a questões legais, em especial, as de natureza penal.

Palavras-chave: *Fake news*; Discurso político; Normas penais; Liberdade de expressão; Direito digital.

ABSTRACT

The aim of this study is to launch an analysis of the penal norms to silence political speeches. As for the design of the methodology, the research adopts the hypothetical-deductive method, intending to test the presented hypotheses, using bibliographic research techniques. From this theme, we seek the particular forms of communication that build the narratives, the relationship of the three powers facing the issue of Fake News, seeks to understand how the legislative proposals intend to control democracy through criminal laws and the negative impacts that these restrictions impose on democracy. We conclude that, given the absence of normative texts that establish accountability for fraudulent news, investing in a punitive criminal right is not the best way to deal with Fake News and political discourse. As main results, it was possible to infer that the problem is not restricted to legal issues, especially those of a criminal law.

Keywords: *Fake news*; *Political speech*; *Penal norms*; *Freedom of speech*; *Digital law*.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, com esse estudo, analisar como as leis penais podem interferir nos discursos políticos garantidos pelo Estado Democrático de Direito. Interessa-nos analisar o discurso político que encontra reverberação e relevância entre os representantes eleitos democraticamente para fazer justiça à vontade popular no Congresso Nacional.

A escolha por esse tema como objeto de estudo se deu a partir da emergência em tratar de um fenômeno que possui relação direta com a liberdade de expressão e o Direito Penal – que lida com um dos valores mais caros da vida em sociedade, a liberdade do indivíduo. A criminalização dos discursos políticos, bem como a produção e disseminação das *Fake News* estão em constante crescimento.

Em um mundo conectado, os discursos e as notícias não encontram fronteiras. Basta o acesso à internet a partir de qualquer dispositivo eletrônico para que, no mesmo momento, o cidadão seja exposto a uma série de informações.

A partir das diversas iniciativas do Poder Legislativo em apresentar soluções no controle funcional sobre a disseminação das notícias fraudulentas, surge um desejo coletivo em elaborar normas que possam coibir e criminalizá-las, mas o impacto na propagação de ideias e nos discursos políticos é uma variável essencial para análise de sua adoção.

Os efeitos negativos da união entre as plataformas digitais e as *Fake News* são inúmeros, uma vez que o debate público é deturpado, comprometendo o direito à informação e consequentemente a liberdade de expressão, dois princípios fundamentais para os regimes democráticos.

No Brasil esse assunto tem sido debatido há algum tempo. O primeiro projeto de lei brasileiro sobre *Fake News* foi apresentado no dia 2 de fevereiro de 2017, no plenário da Câmara dos Deputados, pelo então Deputado Federal Luiz Carlos Hauly (PSDB-Paraná). Daí por diante inúmeros projetos foram apresentados no Congresso Nacional, em grande maioria com objetivo de criminalizar a disseminação das *Fake News* e os discursos políticos. Um ponto importante para essa discussão é a definição do bem jurídico ameaçado pelos discursos políticos que mereça proteção penal.

Essa pesquisa passará, inicialmente, por uma discussão conceitual, visando delimitar liberdade de expressão e o discurso político. Em seguida faremos uma análise de como o tema tem sido controverso perante os três poderes (executivo, legislativo e judiciário)-e a relação do tema com a Lei de Segurança Nacional. Por fim, ressaltaremos a relação entre a tentativa de suprimir os discursos políticos pelas vias penais e os seus impactos para a democracia.

2 ENTRE O DISCURSO POLÍTICO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A democracia pressupõe a existência de um espaço público em que, com liberdade e igualdade, haja manifestações, debates, deliberações, bem como sejam tomadas decisões, em torno de uma pauta comum.

Não é simples definir democracia, há muitos autores - tanto no Direito, quanto na Ciência Política - que dedicam uma carreira inteira para estudar e delimitar o que é a democracia. Porém, partimos das ideias de Robert Alan Dahl⁴ expostas em sua obra “Sobre a democracia”.

O cientista político norte-americano, ao estruturar um conceito de democracia em grande escala, elencou seis instituições indispensáveis, são elas:

- a) Funcionários eleitos;
- b) Eleições livres, justas e frequentes;
- c) Liberdade de expressão;
- d) Fontes de informação diversificadas;
- e) Autonomia para as associações;
- f) Cidadania inclusiva.

A liberdade de expressão, de acordo com a jurisprudência interamericana, caracteriza-se por ser um direito com duas dimensões: uma dimensão individual e uma dimensão coletiva ou social.⁵

4 DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001. p. 99.

5 Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Kimel vs. Argentina*. Julgado em 08 de maio de 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/e95c-f28bb8698e06093722cc2352bc83.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 14; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Julgado em 19 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/aabaaf52a-d8b7668bf2b28e75b0df183.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 40; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Julgado em 01 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/1fd1d4af1569a345e-837bd0ce47ce9d9.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 53; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Julgado em 02 de julho de 2004. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 52; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Julgado em 06 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/506ad88087f45ce5d2413efc7893958e.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 54; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Julgado em 31 de agosto de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 52; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS

Tendo em vista essa dupla dimensão explica-se que a liberdade de expressão é um instrumento para o intercâmbio de informações e ideias entre as pessoas e para a comunicação em massa entre os seres humanos, que pressupõe tanto o direito a comunicar aos outros o próprio ponto de vista e as informações ou opiniões intencionadas, quanto o direito de todos a receber e conhecer tais pontos de vista, informações, opiniões, relatos e notícias, livremente e sem interferências que os distorçam ou obstruam.⁶

A liberdade de expressão e a sua utilização é um tema atual e de grande relevância social. Ao analisar a liberdade de expressão à luz do Estado Democrático de Direito, em tempos de *Fake News*⁷, percebe-se suas implicações políticas e sociais, uma vez que a garantia da manifestação livre do pensamento em uma sociedade democrática não é um direito absoluto e tem convergência com o discurso político.

HUMANOS. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Julgado em 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 24; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-5/85*. San José, Costa Rica: CIDH, 13 nov. 1985. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 7; Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 1994*. Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: CIDH, [2002?]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021; Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 130/99*. Caso 11.740 Víctor Manuel Oropeza vs México. San José, Costa Rica: CIDH, 1999. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Mexico11.740.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021.

6 Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Julgado em 02 de julho de 2004. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 66; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Julgado em 31 de agosto de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 53; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Julgado em 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 25; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-5/85*. San José, Costa Rica: CIDH, 13 nov. 1985. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 8; Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 1994*. Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: CIDH, [2002?]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021; Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 2009*. Marco Jurídico Interamericano do Direito à Liberdade de Expressão. San José, Costa Rica: CIDH, 2014. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021. p. 5.

7 Na tradução livre do inglês, notícias falsas. *Fake News* é um termo importado da língua inglesa. Esse termo carrega grande peso da censura, notícia falsa, desinformação, e para isso pensar na segurança da fonte de informação bem como prezar pela verdade, é diferenciar *Fake News*.

Em sede constitucional, a liberdade de expressão está intimamente ligada à exposição de informações ao público. Historicamente, o reconhecimento do direito à liberdade de expressão foi necessário para que os movimentos sociais e grupos vulneráveis tornassem agentes políticos, estimulando novas concepções de normas com ampliação de direitos sociais.

A liberdade é um elemento indispensável do Estado Democrático de Direito, seja ela de pensamento, manifestação, expressão ou de liberdades de convicções políticas, ideológicas e religiosas. É indissociável uma sociedade democrática sem as diversas opiniões e pensamentos livres dos indivíduos. A liberdade exige pluralismo, diálogo, transformação e reconhecimento.

Os espaços públicos de manifestação popular, de interação entre cidadão e governantes estão em constante evolução. As mídias digitais têm modificado o espaço público e a forma como as pessoas interagem entre si. Outras expressões se revelam através de manifestações culturais ou educacionais, bem como manifestações de rua ou até mesmo novas formas de manifestações, que, durante a pandemia⁸ causada pela Covid-19, passaram a se tornar mais frequentes através dos painéis.

Conforme aponta o relatório anual (2009) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, potencializar a diversidade e o número de vozes que podem contribuir com a deliberação pública é, ao mesmo tempo, uma condição e uma finalidade fundamental do processo democrático. Nesse sentido, as garantias robustas para o exercício da liberdade de expressão pela internet são, na atualidade, uma condição para a possibilidade dessa abertura da esfera pública.⁹

Com o surgimento da internet, potencializou-se a capacidade de transformar o cidadão em um “produtor de notícias ou de opiniões”. Milhões de pessoas tradicionalmente excluídas, com raras oportunidades disponíveis, passaram a ter acesso facilitado aos espaços de informação, superando a época em que poucos podiam

8 O termo é usado para descrever situações em que uma doença infecciosa ameaça muitas pessoas de forma simultânea no mundo inteiro.

9 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 2009*. Marco Jurídico Interamericano do Direito à Liberdade de Expressão. San José, Costa Rica: CIDH, 2014. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021. p. 70.

expressar suas opiniões na mídia tradicional, criando assim uma oportunidade libertadora e democrática.¹⁰

O incentivo à participação política e ao engajamento do cidadão nos negócios da comunidade é uma meta a ser perseguida em uma democracia. Porém, deve-se ter o cuidado para que ondas de populismo e fundamentalismo não influenciem as pessoas através do medo e da raiva, em vez de promover um debate sensato, desacreditando as instituições democráticas e substituindo os especialistas pela sabedoria das multidões.¹¹

A dilatação dos meios de comunicação através do uso de ferramentas disponíveis pela internet veio acentuar a produção e a distribuição dos discursos. A inovação tecnológica dos meios de comunicação com as plataformas digitais possibilitou o ingresso virtual de muitas opiniões no âmbito da interatividade social. Esta situação proporcionou que os cidadãos se encontrem numa rede de diálogos em suposta escala global.

O discurso político é proferido, por excelência, no espaço público, mas nem toda fala pública é política. Com o avanço do totalitarismo, Hannah Arendt notou, em seu tempo, preocupada com a corrupção do discurso político e sua subalternidade a fins determinados e com o acirramento das competições entre grupos e com as oposições inúteis:

Sem a revelação do agente no ato, a ação perde seu caráter específico e torna-se um feito como qualquer outro. Na verdade, passa a ser apenas um meio de atingir um fim, tal como a fabricação é um meio de produzir um objeto. Isto ocorre sempre que deixa de existir convivência, quando as pessoas são meramente “pró” ou “contra” os outros, como ocorre, por exemplo, na guerra moderna, quando os homens entram em ação e empregam meios violentos para alcançar determinados objetivos em proveito do seu lado e contra o inimigo. Nestas circunstâncias, que naturalmente sempre existiram, o discurso transforma-se, de fato, em mera “conversa”, apenas mais um meio de alcançar um fim, quer iludindo o inimigo, quer ofuscando a todos com propaganda. Neste caso, as palavras nada revelam; a revelação advém exclusivamente do próprio feito, e este feito, como todos os

10 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). *Fake News e Regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 133.

11 KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade: notas sobre a mentira na era Trump*. Tradução de André Czarnobai e Marcela Duarte. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. p. 12.

outros, não desvenda o “quem”, a identidade única e distinta do agente.¹²

Para Charaudeau¹³, o discurso político funciona na conjunção de discursos de ideias e discursos de poder (verdade e possibilidade), pensamento e ação. Uma vez que os primeiros dizem respeito à verdade e os segundos, à problemática do verdadeiro, do falso e do possível.

Importante salientarmos que liberdade de pensamento é diversa de liberdade de expressão, assim como preconceito é diverso de discriminação. As notícias fraudulentas transvestidas de discurso político propagam conteúdo de ódio e violência, incentivam a ruptura democrática, gerando desinformação e deturpando o debate público. Para Bobbio¹⁴, “na medida em que a aceitamos sem verificá-la, por inércia, respeito ou temor, e a aceitamos com tanta força que resiste a qualquer refutação racional, vale dizer, a qualquer refutação feita com bases em argumentos racionais”, ou seja, um cidadão mal informado não consegue escolher livremente seus posicionamentos.

3 FAKE NEWS (DESINFORMAÇÃO ON LINE)

A respiração fica mais difícil, ainda que por apenas um segundo. Parece que o ar não entra nos pulmões. Enquanto isso, o coração bate mais rápido aumentando o calor do corpo e a transpiração.

É assim, no geral, que nosso corpo reage quando mentimos.

A mentira parece partir de um mecanismo de sobrevivência, ao menos no mundo animal é bem perceptível. Vejamos o exemplo do camaleão, que tem a habilidade de mudar de cor para se misturar ao ambiente, invisibilizando-se de forma ilusória. Enquanto isso, o animal iludido pela invisibilidade do camaleão, torna-se sua presa. Seja para caçar ou para escapar, parece que a mentira está presente em quase tudo, ainda que seja um desvio da verdade, ampliando-a ou reduzindo-a.¹⁵

12 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 193.

13 CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das mídias*. São Paulo: Contexto, 2006.

14 BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora UNESP, 2002. p. 103.

15 RAIS, Diogo (coord.). *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. p. 5.

Os problemas que derivam da mentira são bem antigos, “mas quando as práticas mais antigas alcançam alta velocidade e produção em massa, novos desafios são criados e, assim, parece ter nascido a ideia de *Fake News* como um fenômeno de desordem informacional”.¹⁶

Partindo da premissa de que a mentira ou o falso, sem conexão com dano efetivo ou dano em potencial, está mais no campo da ética do que do Direito, adotamos a premissa de que “o mais perto que a mentira chega no campo jurídico é na fraude e, talvez, uma boa tradução jurídica para *Fake News* seria conteúdo ou notícias fraudulentas”.¹⁷

Em uma sociedade conectada que transita em alta velocidade, colocada em um cenário que absorve e processa um oceano de informações, as *Fake News* surgem como uma espécie de poluição, mas quando a desinformação online se transforma em arma ou alvo de relevantes e desafiadores conflitos entre os Poderes da República, talvez essa poluição possa se aproximar de um veneno capaz de promover a ruptura da democracia.

4 A (DES)HARMONIA DOS TRÊS PODERES

Acompanhando as lições de Montesquieu¹⁸, a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema tripartido de separação dos poderes, distinguindo-os entre Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais, embora independentes, são harmônicos entre si (art. 2º da Constituição Federal), de forma a manter a estabilidade do Estado de Direito.

Fatos mais recentes demonstram, todavia, que os três poderes vêm se utilizando, de maneira uníssona – e até harmônica, infelizmente -, do Direito Penal, podendo calar discursos políticos e, obviamente, ferir a garantia da liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal).

Em primeiro lugar, relativamente ao Poder Legislativo, caminha, a passos rápidos, o “Projeto de Lei das *Fake News*” (PL nº

16 Ibidem.

17 RAIS, Diogo; SALES, Stela. Fake news, deepfakes e eleições. In: RAIS, Diogo (coord.) *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. p. 27.

18 MONTESQUIEU, C. S. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 182.

2.630/2020)¹⁹, que tem como principal escopo o combate às notícias falsas, inclusive criminalizando-as.²⁰ Ademais, há proposta (PL nº 6764/02), de relatoria da Deputada Margarete Coelho (PP-PI), que revoga a Lei de Segurança Nacional e criminaliza as *Fake News*, cuja redação típica é muito parecida a do Projeto de Lei nº 2.630/2020.

Algo de nota é que, embora o principal objetivo seja o combate às notícias falsas, não se pode, a título de criação de leis para evitar a desinformação da comunidade, restringir a liberdade de expressão, garantia de relevo da Constituição Federal de 1988. Não parece ser uma solução quando a resposta inviabiliza o uso daquilo que pretende proteger. Em outras palavras, não se resolve, por exemplo, um congestionamento proibindo as pessoas de terem e dirigir carros.

No que atine ao Poder Executivo, apontado como “órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração”²¹, vê-se frequentes manejos, por parte do Ministério da Justiça, do artigo 26 da Lei de Segurança Nacional, de cunho eminentemente autoritário, para justificar eventuais críticas ao Presidente da República:

Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Infelizmente, a requisição de instauração de inquérito policial para apuração de críticas políticas, algo saudável e necessário dentro de um Estado de Direito que respeite a liberdade de expressão, tornou-se frequente e, por conta disso, diversas figuras públicas

19 BRANT, Danielle; CHAIB, Julia. Câmara mira disparos eleitorais de fake news em projeto para substituir Lei de Segurança Nacional. *Folha de São Paulo*, São Paulo. 08 abril 2021. Poder. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/camara-mira-disparos-eleitorais-de-fake-news-em-projeto-para-substituir-lei-de-seguranca-nacional.shtml>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

20 Art. 41º. Promover, constituir, financiar, ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, ação coordenada, mediante uso de robôs e outros meios ou expedientes não fornecidos diretamente pelo provedor de aplicação de internet, para disparo em massa de mensagens que veiculem conteúdo passível de sanção criminal ou fatos sabidamente inverídicos capazes de colocar em risco a vida, a integridade física e mental, a segurança das pessoas, e a higidez do processo eleitoral. Pena: reclusão, de 1(um) a 5 (cinco) anos e multa.

21 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 542.

tiveram seus nomes ventilados em investigações após tecer críticas políticas ao atual Governo.

Marcelo Feller, advogado criminalista, em debate para o canal de televisão “CNN”, chamou o Presidente da República de “genocida”, considerando a dimensão tomada pelas mortes no Brasil em razão da Covid-19. Dias depois, surpreso, foi intimado para depor na condição de investigado.²²

O Ministério Público Federal, todavia, promoveu o arquivamento da investigação, exatamente por não poder a Lei de Segurança Nacional ser usada como meio de perseguição política²³:

Portanto, é sempre bom lembrar que num Estado Democrático de Direito a liberdade de expressão é um direito fundamental e, dessa forma, deve ser assegurado o seu exercício ainda que vá de encontro aos interesses dos governantes de ocasião, não podendo ser tolerado o uso da força policial e, em última instância do direito penal, para coibir manifestações pacíficas e exercidas dentro da lei tão somente por conter críticas a autoridades públicas.

O triste episódio, pesa dizê-lo, repetiu-se com relação a diversas pessoas, as quais, após críticas políticas ao Governo vigente, sofreram tentativa de amordaçamento e censura, algo que muito próximo do período ditatorial brasileiro.

Outro exemplo disso aconteceu com Felipe Neto, “youtuber” e influenciador digital com mais 40 milhões de seguidores, que classificou o Presidente da República, também por questões relacionadas à pandemia, como “genocida”. Foi aberta investigação em seu desfavor, a qual foi arquivada, todavia, a pedido do então promotor de justiça.²⁴

Ressalta-se que a antiga Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983), após a elaboração do presente artigo, foi revogada pela Lei nº 14.197, de 01 de setembro de 2021, conforme dispõe o artigo 4º. Todavia, embora publicada

22 MARCELO Feller é intimado por acusar Bolsonaro de assassinato em massa. *Migalhas*. 21 janeiro 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/339252/marcelo-feller-e-intimado-por-acusar-bolsonaro-de-assassinato-em-massa>. Acesso em: 16 jun. 2021.

23 MPF arquiva inquérito contra Marcelo Feller por críticas a Bolsonaro. *Migalhas*. 22 janeiro 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/339305/mp-arquiva-inquerito-contra-marcelo-feller-por-criticas-a-bolsonaro>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

24 COELHO, Henrique. Justiça arquiva investigação contra Felipe Neto por ter chamado Bolsonaro de genocida. *G1*, Rio de Janeiro. 12 maio 2021. Notícia. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/12/justica-arquiva-investigacao-contra-felipe-neto-por-ter-chamado-bolsonaro-de-genocida.ghm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

em 01 de setembro de 2021, sua entrada em vigor se dará após noventa dias da publicação oficial (art. 5º). E, no que diz respeito à nova lei, tem-se que houve veto dos tipos penais que tratariam da disseminação de notícias falsas.

Esta percepção – a não utilização do Direito Penal para as *Fake News* – endossa a ideia trazida nesse artigo, no sentido de que a disseminação de notícias falsas não deveria ser contida pelo manejo do Direito Penal.

Por fim, temos o Poder Judiciário, responsável pela análise de litígios que lhe são submetidos, o qual, por seu Supremo Tribunal Federal, determinou, de ofício, a abertura de inquérito policial para apuração de *Fake News* contra seus integrantes, cuja relatoria coube ao Ministro Alexandre de Moraes e se encontra em sigilo (Inquérito nº 4.781)²⁵.

Embora duramente enfrentando por Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa, sob o ângulo procedimental²⁶, principalmente porque a própria Procuradora Geral, titular da ação penal, manifestou-se pelo arquivamento da investigação, fato é que a validade da investigação foi endossada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 572 DF, relator Ministro Luís Edson Fachin)²⁷.

Entre os casos investigados no inquérito, chama atenção o conhecido caso do Deputado Daniel Silveira, preso por ordem de prisão em flagrante expedida pelo Ministro Alexandre de Moraes, ao proferir ofensas contra Ministros do Supremo Tribunal Federal, violando, também, o mencionado artigo 26 da Lei de Segurança Nacional.²⁸

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4781*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

26 LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda a semana do Supremo e sua investigação de ofício. *Consultor Jurídico*. 19 abril 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/entenda-semana-supremo-investigacao-oficio>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>. Acesso em: 20 jun. 2021.

28 DEPUTADO Daniel Silveira é preso por pregar ditadura e atacar Supremo. *Consultor Jurídico*. 17 fevereiro 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/deputado-presopregar-ditadura-atacar-supremo>. Acesso em: 20 de junho de 2021. Daniel Silveira foi preso com base em dispositivos da Lei de Segurança Nacional, agora revogada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro.

Temos, de maneira uníssona, os três poderes da República com ações administrativas, investigativas, judiciais e normativas atingindo discursos que, em seu teor atrelado ao contexto, tem significado político, atingindo a liberdade de expressão.

5 CONTROLE DA DEMOCRACIA POR MEIO DE LEIS PENAIS

Um dos elementos que compõem o cenário da crise da democracia – como causa, como consequência ou como efeito colateral – é a mudança no ambiente informacional, com a presença cada vez mais importante de notícias falsas, disseminadas por sistemas alternativos de comunicação, que fortalecem o sentimento de pertencimento a grupos políticos rivais e solapam a possibilidade de um diálogo abrangente. Assimétrica ou não, a polarização leva à redução da possibilidade de debate entre grupos políticos concorrentes e, por isso, é um componente importante na disseminação das notícias fraudulentas.

A emissão de manifestações polêmicas e intolerantes nos últimos anos vem se ampliando não apenas no Congresso Nacional, – a exemplo disso é o chamado “gabinete do ódio”²⁹ – causando diversos constrangimentos para a população, especialmente àquela atingida diretamente pelo discurso de ódio e preconceito, na medida em que o discurso apresentado por esses agentes possui um alto nível de repercussão nacional, muitas vezes transmitidos diretamente por meio televisivo ou via jornais de grande circulação, e retransmitidos pelas plataformas digitais.

Por meio do ciberativismo e da livre manifestação gerado pelas grandes plataformas digitais há uma maior participação popular no que se refere ao direito à liberdade de expressão. Castells³⁰ apresenta que a internet é um instrumento ideal para promover a democracia, uma vez que garante acesso amplo à informação e as ações dos governantes.

Com o acirramento das crises econômicas, ampliou-se a sensação de instabilidade política, ocasionando o surgimento de um movimento repressivo e autoritário em relação aos novos processos

29 Suposto esquema de produção e propagação de *Fake News*, e perseguição à políticos opositores ao governo de Jair Bolsonaro.

30 CASTELLS. Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

de evolução e comunicação social. Soma-se isso ao acompanhamento da caça aos culpados e da demonização do diferente.

Uma onda de expressividades de cunho combativo às diferenças de opiniões tornou o trato comunicativo com o público um verdadeiro campo minado para a nomeação dos direitos das minorias e da singularidade de pensamento. Em um mundo tolerante deve-se rejeitar qualquer ultimato de censura ou condicionamento para punição de palavras.

Daí porque, considerado todo contexto delineado, não se pode, a pretexto de calar discursos, seja lá de qual natureza política for, utilizar-se do Direito Penal, o qual é reservado aos casos em que não há mais possibilidade de solução por outros meios, ante a existência do princípio da fragmentariedade:

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu *caráter fragmentário*, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. Isso, segundo Régis Prado, “é o que se denomina *caráter fragmentário* do Direito Penal. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa”.³¹

Essas razões fazem a doutrina concluir que, embora diversas condutas possam ser consideradas ilícitas, apenas parte delas são consideradas relevantes para fins penais, especificamente aquelas que atingem de maneira mais grave o bem jurídico.³²

A eficácia para controle de certas ações deve ser retirada de outros meios, de maneira preventiva, exatamente como ocorre na pesquisa, em que as *Fake News* podem ser enfrentadas por meios *ex ante*, inviabilizando que sejam difundidas.

Embora não seja um fenômeno novo, a disseminação de informações falsas tem registros históricos. Entretanto a internet foi força motriz para a difusão em escala organizada, sendo financiada

31 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: volume 1, parte geral (arts 1º a 120). 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655590333/>. Acesso em: 24 Jun. 2021.

32 FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2019. p. 82.

por terceiros interessados ou ainda figuras políticas. O Direito Penal, como está sendo posto, é censura à liberdade de expressão, ataque à democracia e ao Estado de Direito.

Por essas razões, amparadas principalmente no princípio da fragmentariedade, não nos parece que o Direito Penal seja o instrumento idôneo e eficaz para tutela de discursos políticos, os quais devem ser enfrentados por outras esferas, que são menos agressivas.

6 CONCLUSÃO

É papel de todos os poderes da República (Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo) e suas respectivas instituições, em todos os níveis da federação, ressaltar e garantir as orientações da democracia digital. Dentre as diversas garantias que sustentam o ambiente democrático, existe a garantia da liberdade de expressão.

A história mostra que, por muitos períodos e em diversos locais do mundo, esta garantia foi renegada, à mercê de governos autoritários que não permitiam a plena existência do Estado de Direito. Daí a repulsa, hoje existente em grande parte da população, da censura, seja ela como for.

Censurar é impedir a fala e a manifestação. É impedir que se manifeste e fale o que entender direito. Tempos passados, que não podem se repetir.

Atualmente, ela aparece, ou tenta aparecer, pela via transversa. Impede-se a livre manifestação política, submetendo aqueles que falam às mazelas do Direito Penal. E a pesquisa comprova que os três poderes da República agem assim para calar discursos políticos e para atacar as *Fake News*.

Aqueles são saudáveis e devem existir em qualquer ambiente que preze pelo caminho democrático. Discursos políticos mostram que a democracia está viva e que, bem ou mal, pode existir alternância no poder. Mais do que isso, o discurso político demonstra a essência da liberdade de expressão, que é a possibilidade de poder expressar o que pensa sem qualquer punição, algo existente na democracia.

De outro lado, as *Fake News* devem ser banidas, mas não pelo manejo do instrumento tão truculento e agressivo como o

Direito Penal. O princípio da fragmentariedade demonstra que o Direito Penal deve ser usado quando não existirem outros meios. E, relativamente às *Fake News*, é possível seu controle por medidas preventivas, que não criminalizem a liberdade de expressão.

Por isso, o Direito Penal não pode ser usado como medida de controle desmedido da democracia. No ambiente democrático, a liberdade de expressão é um direito fundamental para ecoar e garantir a voz dos cidadãos nas manifestações de suas correntes ideológicas e políticas. Cada vez mais será exigido um esforço transdisciplinar para garantia e construção dos pilares da democracia na era digital, dentre os quais a confiança e a informação, são pressupostos básicos.

7. REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: volume 1, parte geral (arts 1º a 120)*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590333/>. Acesso em: 24 Jun. 2021.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

BRANT, Danielle; CHAIB, Julia. Câmara mira disparos eleitorais de fake news em projeto para substituir Lei de Segurança Nacional. *Folha de São Paulo*, São Paulo. 08 abril 2021. Poder. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/camara-mira-disparos-eleitorais-de-fake-news-em-projeto-para-substituir-lei-de-seguranca-nacional.shtml>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>. Acesso em: 20 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4781*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

CASTELLS. Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das mídias*. São Paulo: Contexto, 2006.

COELHO, Henrique. Justiça arquiva investigação contra Felipe Neto por ter chamado Bolsonaro de genocida. *G1*, Rio de Janeiro. 12 maio 2021. Notícia. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/12/justica-arquiva-investigacao-contrafelipe-neto-por-ter-chamado-bolsonaro-de-genocida.ghm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 1994*. Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: CIDH, [2002?]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. *Relatório Anual 2009*. Marco Jurídico Interamericano do Direito à Liberdade de Expressão. San José, Costa Rica: CIDH, 2014. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. *Relatório nº 130/99*. Caso 11.740 Víctor Manuel Oropeza vs México. San José, Costa Rica: CIDH, 1999. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Mexico11.740.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Julgado em 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec-4ca870784d3.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Julgado em 19 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/aabaaf52ad8b7668bf2b28e75b0df183.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Julgado em 02 de julho de 2004. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Julgado em 06 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/506ad88087f45ce5d2413efc7893958e.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso Kimel vs. Argentina*. Julgado em 08 de maio de 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/e95cf28bb8698e06093722cc2352bc83.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Julgado em 01 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/1fd1d4af1569a345e837bd0ce47ce9d9.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Julgado em 31 de agosto de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Parecer consultivo OC-5/85*. San José, Costa Rica: CIDH, 13 nov. 1985. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001.

DEPUTADO Daniel Silveira é preso por pregar ditadura e atacar Supremo. *Consultor Jurídico*. 17 fevereiro 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/deputado-presos-pregar-ditadura-atacar-supremo>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2019.

KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade*: notas sobre a mentira na era Trump. Tradução de André Czarnobai e Marcela Duarte. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda a semana do Supremo e sua investigação de ofício. *Consultor Jurídico*. 19 abril 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/entenda-semana-supremo-investigacao-oficio>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão. *In*: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). *Fake News e Regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARCELO Feller é intimado por acusar Bolsonaro de assassinato em massa. *Migalhas*. 21 janeiro 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/339252/marcelo-feller-e-intimado-por-acusar-bolsonaro-de-assassinato-em-massa>. Acesso em: 16 jun. 2021.

MONTESQUIEU, C. S. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MPF arquiva inquérito contra Marcelo Feller por críticas a Bolsonaro. *Migalhas*. 22 janeiro 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/339305/mp-arquiva-inquerito-contra-marcelo-feller-por-criticas-a-bolsonaro>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

RAIS, Diogo (coord.). *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

RAIS, Diogo; SALES, Stela. Fake news, deepfakes e eleições. *In: RAIS, Diogo (coord.) Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.