

FAKE NEWS E MENTIRA: UMA ANÁLISE DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO E TIPICIDADE NO DIREITO PENAL

FAKE NEWS AND LIE: AN ANALYSIS OF SUBJECTIVE ELEMENTS OF TYPE AND TYPICITY IN CRIMINAL LAW

JOSEPH RODRIGO AMORIM PICAZIO

Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM/SP. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pós-graduado com dupla titulação em LLM (Master of Laws) in data protection: LGPD e GDPR pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - PT/EU. Advogado.

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

Pós-doutorado em Sociologia pela Universidade de São Paulo – USP (2019). Doutorado em ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (2014). Mestrado pela PUC/SP (1999). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP.

SABRINA S. GRACIANO CANOVAS

Mestra no Centro Universitário FMU em Direito da Sociedade da Informação. MBA em Corporate Strategy pela Business School São Paulo (BSP). Pós-graduada com título de Especialista em Direitos Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduada em Direito pela Universidade São Francisco de Bragança Paulista - SP . Advogada.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO DE FAKE NEWS; 1.2 A mentira como gênese da notícia falsa; 1.3 Filosofia e mentira; 2. TIPO E TIPICIDADE; 2.1 O dolo e seus elementos; 2.2. A desinformação dolosa; 2.3. A Desinformação Culposa; 2.4 Os elementos da culpa e as fake news; 3. DAS QUALIFICADORAS DA PENA: 3. 1 Dosimetria da pena – Dos agravantes e atenuantes; 3.2 Das causas de aumento e diminuição de pena, majorantes e minorantes; CONCLUSÃO: REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este artigo aborda a questão das *fake news* e do Direito penal, tendo como objetivo propor reflexões ético-filosóficas sobre a mentira, e qual o seu papel no contexto das *fake news*. Um vez que a lei não qualifica as *fake news* como crime, não há pena prevista para tais atos. As consequências da produção e difusão de notícias falsas, em nossa sociedade, relacionando-as de forma hipotético-dedutiva com o Direito penal – especificamente, os elementos subjetivos de tipo e tipicidade –, nos fornece alguns esclarecimentos acerca das possíveis penalidades para este tipo de conduta. Dessa forma, questionamos: como o judiciário poderia distinguir a medida de culpa de cada um dos agentes participantes do processo de criação e disseminação de *fake news*? Para tanto, apresentamos teorias de adequação da conduta dos agentes ao pressuposto do dever objetivo de cuidado, considerando que a mentira, por si só, não constitui crime. O artigo enfoca os resultados das ações dolosas e a falta de diligência do agente, inclusive, apresentando hipóteses de qualificação da pena, para casos mais graves. Para tanto, utilizamos o método hipotético-dedutivo baseado em teorias legalmente aceitas e fatos contemporâneos relacionados às *fake news*, com auxílio de pesquisa bibliográfica. Assim, pretende-se concluir, pela plena aplicabilidade dos requisitos subjetivos do tipo e tipicidade, bem como da análise do dolo e da culpa, implicando que a ausência de criminalização específica de *fake news* não pode ser motivo de impunidade.

PALAVRAS-CHAVE: *Fake news*; Direito Penal; Mentira; Dolo e culpa; Tipo e tipicidade.

ABSTRACT: This article addresses the issue of fake news and criminal law, aiming to propose ethical-philosophical reflections on lying, and what is its role in the context of fake news. Since the law does not qualify fake news as a crime, there is no penalty for such acts. The consequences of the production and dissemination of fake news, in our society, relating them in a hypothetical-deductive way with criminal law - specifically, the subjective elements of type and typicality -, provide us with some clarifications about the possible penalties for this type of news. conduct. In this way, we question: how could the judiciary distinguish the measure of guilt of each of the agents participating in the process of creating and disseminating fake news? To this end, we present theories of adequacy of the agents' conduct to the assumption of the objective duty of care, considering that lying, by itself, does not constitute a crime. The article focuses on the results of intentional actions and the agent's lack of diligence, including presenting hypotheses of qualification of the penalty, for more serious cases. To do so, we use the hypothetical-deductive method based on legally accepted theories and contemporary facts related to fake news, with the aid of bibliographic research. Thus, it is intended to conclude, by the full applicability of the subjective requirements of type and typicality, as well as the analysis of intent and guilt, implying that the absence of specific criminalization of fake news cannot be a reason for impunity.

KEYWORDS: Fake news; Criminal Law; Lie; Deceit and guilt; Type and typicality.

INTRODUÇÃO

Este artigo jurídico-científico propõe uma reflexão sobre como a mentira está relacionada às *fake news*, que, influenciadas pelas novas tecnologias, adquirem nova roupagem e maior poder de dano à sociedade contemporânea, em face dos requisitos subjetivos do *tipo* e da *tipicidade*, elementos fundamentais do Direito penal.

Importante esclarecer que o Direito não criminaliza a mentira, entretanto, não se pode desprezar a relação direta da mentira com as *fake news*, visto o dano que, os atos de criar e disseminar notícias falsas, podem causar, tanto à sociedade, ao indivíduo, e aos bens, juridicamente protegidos.

No mesmo sentido, vale ressaltar que, até o momento da elaboração deste artigo, não existe lei positiva versando exclusivamente sobre as *fake news*, de modo que as ideias e reflexões apresentadas neste artigo estão, em maior parte, relacionadas ao campo hipotético/dedutivo, sem a pretensão de dizer o “dever de ser do direito”, mas, convidando a uma consideração sobre o tema. Abordaremos conceitos ético-filosóficos acerca da maneira, expondo características do comportamento humano que contribuem para a produção e disseminação das *fake news*, como o desejo, do agente, em manipular a notícia ou causar dano a alguém, aceitando a mentira como um dos elementos constitutivos da manipulação, desinformação e promoção de falsas notícias.

Outrossim, são apresentados os elementos da desinformação dolosa, demonstrando que, na maior parte da produção inicial da notícia falsa, o dolo é objetivo – quem produz as *fake news* tem por *intenção, animos de* atingir um objetivo –; diferentemente da desinformação culposa, que pode, dependendo do caso concreto, se dar por negligência dos fatos reais, imprudência na avaliação das consequências ou imperícia do receptor em manipular a notícia, que, mesmo tendo o dever de não fazê-la, acaba por beneficiar a desinformação, em não observar o dever de cuidado objetivo.

Deste modo, busca-se construir o conceito hipotético de qualificadores: do tipo; da possibilidade de observação dos agravantes e atenuantes; das causas de aumento e redução de pena, levando em conta os requisitos interpessoais e a própria individualização da pena.

1. CONCEITO DE FAKE NEWS

As *fake news* têm um amplo espectro de conceituações, desde a concepção de notícias falsas, notícias fraudulentas, notícias manipuladas, dentre outras. De acordo com o *Dicionário de Cambridge* (ANO), o conceito *fake news* indica histórias falsas que, ao manterem a aparência de notícias jornalísticas, são disseminadas pela *internet* (ou por outras mídias), sendo normalmente criadas para influenciar posições políticas, ou como piadas. Entretanto, o conceito de *fake news* é muito mais amplo, e comporta diversos aspectos de identificação.

Em um artigo, originalmente publicado na edição de 25/6/2018, no *Jornal Folha de São Paulo*, o professor doutor Diogo Rais, dissertou da seguinte forma:

O Direito não se preocupa, isoladamente, com a mentira, mas, sim, com o dano efetivo ou potencial; com a culpa ou com a vontade do agente em praticar aquele ato.

[...]

Creio que o mais perto da mentira que o Direito chega é na fraude, e, talvez, uma boa tradução jurídica para *fake news* seria “notícias ou mensagens fraudulentas.”¹

A jornalista e pesquisadora da Universidade de *Harvard*, Claire Wardle, que lidera o *First Draft*, projeto de combate à desinformação na *internet*, classificou sete tipos de *fake news*, conforme listados abaixo.

1. Sátira ou paródia: sem intenção de causar mal, mas com potencial de enganar;
2. Falsa conexão: quando não há ligação entre as manchetes, imagens ou legendas, dando a entender coisas falsas sobre o conteúdo;
3. Conteúdo enganoso: a informação é falsa e foi construída para desinformar ou caluniar uma pessoa;
4. Falso contexto: quando se trata de um fato verídico, porém ele é compartilhado em contexto propositalmente falso;
5. Conteúdo impostor: quando são utilizados os nomes de fontes oficiais, com informações que não foram criadas por elas;
6. Conteúdo manipulado: a informação verdadeira é manipulada para distorcer as interpretações;

¹ *Folha de São Paulo*, Conjur, 2018, *online*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral>. Acesso em 28 mai. 2022.

7. Conteúdo fabricado: informações fabricadas feitas totalmente do zero, com o intuito de desinformar o público.²

A despeito das conceituações, um dado nos chamou a atenção, em relação ao uso do termo *fake news*. Em novembro de 2017, em uma reunião da Comissão Europeia das Organizações das Nações Unidas (ONU), realizada em Bruxelas, na Bélgica, o então diretor para Liberdade de Expressão e Desenvolvimento de Mídia da Unesco, Guy Berger, apelou: “parem de usar o termo *fake news*”³; demonstrando sua reprovação quanto ao uso deste termo para se referir às notícias falsas. Para Berger, a expressão *fake news* representa uma contradição capaz de minar toda e qualquer notícia. Ele acredita que o termo *fake news*, usado indiscriminadamente, pode acabar por prejudicar todo o jornalismo.

Para efeito, adotaremos neste artigo o conceito mais abrangente de *fake news*, identificando-o como “notícia falsa, mentirosa ou fraudulenta, que, com aparência de notícia jornalística tem o intuito de influenciar a opinião pública, com objetivo de obter vantagens e causar dano aos bens jurídicos”⁴.

1.2 A mentira como gênese da notícia falsa

Desde muito cedo, todos nós aprendemos o que é uma mentira, que não devemos mentir, e que a verdade sempre é melhor e mais nobre do que a mentira. Mas, a abordagem que faremos, do termo mentira, possui uma outra conotação, qual seja: da vontade de enganar e da ausência da verdade.

Em sem sentido formal, de acordo com o *Dicionário Michaelis*⁵: “men·ti·ra. 1 Ato ou efeito de mentir; cantiga, fraude, pomada. 2 Afirmação que se opõe à verdade;

² Wardle, 2017, *online*. Disponível em: Disponível em: <https://firstdraftnews.org/articles/fake-news-complicated/> Acesso em: 01 jun. 2022.

³ Guy Berger, Por Monica Grayley, da ONU em Nova Iorque, 2017, *online*. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2017/11/1600612-em-reuniao-na-eu-diretor-da-unesco-apela-parem-de-usar-o-termo-fake-news>. Acesso em 02 jun. 2022.

⁴ Compreensão elaborada por nós, que corrobora a esta pesquisa, associando alguns conceitos formais, expostos.

⁵ MICHAELIS. Português Brasileiro, 2022. Editora Melhoramentos Ltda. Todos os direitos reservados. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/mentira/>. Acesso em: 02 jun.2022.

informação enganosa ou controvertida; enredo, moca. 3 Costume ou hábito de contar mentiras. 4 Aquilo que dá falsa ideia. 5 O que ilude. 6 Opinião sem fundamento. Estas definições do termo mentira, estão, intrinsicamente, relacionadas às *fake news*, independente da corrente que se possa adotar, de forma que, independentemente do contexto ou do veículo em que ela se propague, sempre estarão presentes em sua composição.

Uma pessoa pode mentir por vários motivos – desde os mais simples ao mais complexos –, por insegurança, recreação, pelo deleite de enganar, ou pelo controle sobre a pessoa enganada. Na sociedade da informação, com todos os bônus e ônus do mundo digital e da informação instantânea, a mentira ganha outras vestimentas, um tanto mais sofisticadas, tornando-se instrumento de manipulação em grande escala, tomando outras proporções, como veremos a seguir. Ney Moura Teles leciona que:

[...] nos dias de hoje – em que a vida incorpora, cada vez mais, novos e modernos instrumentos e mecanismos, destinados a facilitar a vida do homem, mas que, conforme sejam manipulados, podem causar sérios danos –, todos nós temos, cada vez maior, um dever geral objetivo de adotar toda a cautela, toda a preocupação e precaução, todo o cuidado possível, para não causarmos, com nossos comportamentos, lesões aos bens jurídicos. (TELES, 2006, p. 228)

Dito isto, percebe-se que, o desejo de mentir, quando mal-intencionado, combinado com as novas tecnologias, favoreceram o surgimento das *fake news*, como parte do comportamento humano contemporâneo, admitida, inclusive, em alguns casos de Direito, conforme Ralph Keyes, em sua obra, *A era da pós-verdade* (2018):

De um ponto de vista jurídico, qualquer mentira que não seja contada sob juramento não é mentira. Legalmente falando, a verdade é o que as provas e testemunhos corroborem. Se provas e testemunhas suficientes puderem provar que a água está seca e a poeira molhada, então, legalmente falando, a poeira está molhada e a água seca. (KEYES, 2018, p. 120)

Isso vai ao encontro de um conceito da jurisprudência americana, chamado de “ficção legal”, que, de acordo com o Black’s Law Dictionary, refere-se a “uma suposição

de que algo é verdadeiro, embora possa ser falso” (KEYES, 2018, p. 120). O que não se confunde com o conceito de “ficção jurídica”, no ordenamento pátrio⁶.

Outrossim, Ralph Keys concatena sua pesquisa sobre a mentira adotando três abordagens básicas: 1) mentir é errado, ponto final (AGOSTINHO, WESLEY, KANT); 2) tudo depende (MONTAIGNE, VOLTAIRE, BACON); 3) há algo a ser dito em favor de uma boa mentira bem contada (MAQUIAVEL, NIETZSCHE, WILDE). Notadamente, a partir de seus defensores, as três perspectivas são fundamentalmente contrárias, enriquecendo nossa discussão acerca da mentira.

Além, disso, esses três aspectos, quando interpretado, podem definir até que ponto uma mentira é social e juridicamente aceitável.

Posto que a mentira tem uma conotação moral negativa, é costumeiro afirmar que é errado mentir, mas, considerando-a situacionalmente, e com base em sua finalidade, podemos chegar a posições bastante diversificadas.

1.3 Filosofia e mentira

Por séculos, diversos filósofos se dedicaram a reflexão e ao estudo dos efeitos da mentira na sociedade, principalmente, em face das questões de natureza ética e do direito. Em 1797, Benjamim Constant escreveu um artigo contestando o direito de mentir e/ou, o dever de se dizer à verdade, oferecendo o seguinte exemplo: “Um assassino bate à sua porta com a intenção de matar seu amigo que está em sua casa. Você deve dizer a verdade quando o assassino perguntar sobre o paradeiro do seu amigo, ou deve mentir e dizer que o amigo não se encontra no local?” (CONSTANT, 1995, p. 174).

Constant defendia que, junto ao conceito de dever, está o conceito de direito, e onde não há direitos também não pode haver deveres, isto é, se o assassino tem a intenção de infringir a lei e matar seu amigo, tirando-lhe a liberdade, você não tem o dever de dizer a verdade, porque o assassino não tem o direito a ela. “Onde nenhum direito

⁶ Do latim (*Fictio iuris*) é um conceito criado pela doutrina do Direito para explicar situações que aparentemente são contrárias à própria lei, mas que precisam de soluções lógicas, satisfazendo os interesses da sociedade, (...). Disponível em: Significado de FICÇÃO JURÍDICA (vademeccumbrasil.com.br). Acesso em: 07 de junho de 2022.

existe também não há deveres. Por conseguinte, dizer a verdade é um dever, mas apenas em relação àquele que tem direito à verdade. Nenhum homem, porém, tem o direito a uma verdade que prejudica outro” (CONSTANT, 1995, p. 174).

Em contraponto, Immanuel Kant considerava que a pessoa que mente trata as demais pessoas como meios, não como um conjunto de humanos racionais que deveriam ser tratados como fim, argumentando que o mentiroso atenta contra o próprio conceito de humanidade. Nas palavras de Kant:

Por conseguinte, a mentira define-se como uma declaração intencional não verdadeira feita a outro homem e não é preciso acrescentar que ela deve prejudicar outrem, como exigem os juristas para sua definição – A mentira é a declaração falsa em prejuízo de outrem. Com efeito, ela sempre prejudica outrem, mesmo se não é um homem determinado, mas sim a humanidade em geral, ao utilizar a fonte do direito. (KANT, 1986, p. 175)

Constant e Kant tinha concepções divergentes sobre a mentira. Na definição kantiana do conceito de mentira, inverdade intencional (*mendacium est falsiloquium in praejudicium alterius*⁷), em parte, diferencia-se da definição que os juristas apresentam. De acordo com os juristas, uma declaração intencionalmente não verdadeira só é uma mentira na medida em que prejudica a outrem. Porém, para Kant, não há necessidade de acrescentar que ela deva lesar alguém, pois, uma falsa declaração sempre prejudica a humanidade, ao tornar inútil a fonte do direito. Sendo assim, por mais bondosa que possa ser a intenção, no ato de mentir, mesmo que seja para impedi-los um assassinato, nunca teríamos o direito de ser inverídico, porque tal ato sempre prejudica “uma outra pessoa, mesmo quando não um outro homem determinado e sim a humanidade em geral” (KANT, 2013, p. 73).

Jean-Jacques Rousseau defendia que o conceito de mentira significa o ato de afirmar uma coisa em vantagem própria, causando prejuízo a outrem. Porém, se tal ato não visa a nenhum proveito nem causa prejuízo a ninguém, ele não pode ser considerado uma mentira, e sim, uma ficção. Segundo o filósofo, a mentira está diretamente relacionada com o proveito e o prejuízo. Pois:

⁷ “Uma mentira é uma afirmação falsa” (Tradução nossa).

Mentir para sua própria vantagem é impostura, mentir para a vantagem de outrem é fraude, mentir para prejudicar é calúnia; é a pior espécie de mentira. Mentir sem proveito nem prejuízo para si nem para outrem não é mentir: isso não é mentira, é ficção. (ROUSSEAU *apud* PUENTE, 2002, p. 40)

Friedrich Nietzsche, reforçava a percepção de que a mentira, em alguns contextos, poderia, inclusive, assumir o papel de uma verdade:

[...] quando justamente a mesma imagem foi gerada milhões de vezes e foi herdada por muitas gerações de homens [...] então ela termina por adquirir, ao fim e ao cabo, o mesmo significado para o homem, assim como um sonho que se repete eternamente seria, sem dúvida, sentido e julgado como efetividade. O filósofo alemão acreditava que a mentira ganha forma de verdade quando a pessoa que é enganada não possui provas ou pensamentos lógicos para refutar o que lhe foi transmitido, dessa forma, a mentira pode se prolongar durante muito tempo, sendo considerada uma verdade inquestionável. Por isso que muitos são enganados pela mentira, porque pensam que ser é verdade. (NIETZSCHE, 2007, p. 59)

Este breve contexto filosófico acerca da mentira corrobora para o entendimento de que a mentira constitui base nuclear das *fake news*, da fraude, engano, e manipulação, que visam, sobretudo, o dano as pessoas e aos bens juridicamente protegidos. Os filósofos e suas reflexões sobre a mentira já tinham a concepção de que a mentira, por si só, não constituía crime, todavia, seus efeitos, poderiam, sim, tornar-se algo danoso. Independentemente de serem contra ou a favor do direito de mentir ou dizer a verdade, ao fim, permanecia o senso comum de que os danos resultantes da mentira feriam o direito e a justiça, de modo que, não é difícil imaginar que, caso, estes mesmos filósofos vivessem em nosso tempo, estariam refletindo sobre os efeitos das *fake news*, na sociedade e no Direito, em especial, no Direito penal.

2. TIPO E TIPICIDADE

Inicialmente, faz-se necessário conceituar os termos específicos do Direito, *tipo* e *tipicidade*. Para, posteriormente, explicar como o “dolo” e a “culpa” podem ser aplicados aos possíveis crimes de *fake news*.

Antes, é preciso compreender a responsabilidade do agente, na conduta delitiva, analisando seu *animus* – intenção cognitiva de atingir um objetivo –, na produção de determinado ato.

Para Cezar Roberto Bitencourt:

Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Já a Tipicidade [...] é uma decorrência natural do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena sine lege*. Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. (BITENCOURT, 2016, pp. 345-346)

Deste modo, podemos deduzir – tendo em vista que as *fake news* ainda não foram introduzidas materialmente no Código penal vigente – que, uma vez tipificado o crime de produzir ou disseminar *fake news*, ou seja, que a lei descreva estes atos como crime, ao fazê-lo, ocorrerá em uma *tipicidade* passível de punição conforme descrito na lei ou no *tipo* penal.

Outrossim, o legislador deverá atentar-se para os denominados elementos normativos ou subjetivos do tipo, que levam, implícitos, um juízo de valor, para além da individualização da pena; neste caso, os estágios valorativos relacionados a atribuição da responsabilidade penal.

Abordaremos, a seguir, o “dolo” e a “culpa” como elementos subjetivos relacionados ao *tipo* e, principalmente, à *tipicidade*, que diz respeito a subsunção do ato criminoso à norma imposta, as possíveis qualificadoras, o processo de dosimetria ou individualização da pena, bem como, os agravantes e atenuantes, as causas de aumento e diminuição da pena.

2.1 O dolo e seus elementos

O inciso I, do artigo 18 do Código Penal, determina que o crime será doloso quando o agente quer o resultado ou, assumir o risco de produzi-lo. Assim, dolo pode ser entendido como a consciência ou vontade de realizar os elementos objetivos de uma

conduta descrita em um *tipo* penal, com *animus* - intenção cognitiva de atingir um objetivo. Para entender melhor o dolo, é necessário analisar suas espécies, que, de acordo com os objetivos e meios utilizados pelo agente, bem como, a relação de causalidade e resultado do ato delitivo, podemos classificar o dolo em: “direto” ou “eventual”.

Fragoso (2006, p. 209) descreve o dolo como: “a consciência e vontade na realização da conduta típica. Compreende um elemento cognitivo (conhecimento do fato que constitui a ação típica) e um motivo (vontade de realizá-la)”.

Deste modo, inferimos que o agente que fabrica as *fake news* e as dissemina, sabendo se tratar de conteúdo falso, mentiroso ou fraudulento, com objetivo de atingir a honra ou imagem de alguém, para causar prejuízos e efeitos diversos, age em dolo “direto”, pelo (suposto) *tipo* penal, ou seja, tinha a consciência do dano e dos resultados de sua conduta. Desde danos econômicos, sociais, morais, dentre tantos outros, as *fake news* podem caracterizar crime doloso, pois o agente buscou intencionalmente o resultado proibido.

Já no dolo “eventual”, o agente não pretende realizar diretamente o *tipo* penal objetivo, todavia, tem consciência dos possíveis ou prováveis danos que, o ato de passar a diante a notícia mentirosa ou fraudulenta, pode acarretar e, apesar da previsão do resultado, assume o risco de sua realização.

Neste ponto, podemos fazer uma breve análise do que ocorre no nosso cotidiano, frente aos desafios de conceituação e de tantas nuances, em relação às *fake news*, que podem ocorrer desde a confecção até a disseminação, envolvendo os agentes executores e os disseminadores. Portanto, é necessário fazer a diferenciação do grau de responsabilidade, do dolo, do nexos de causalidade e da medida de culpa destes agentes, para uma plena aplicação do Direito penal.

2.2. A desinformação dolosa

A desinformação está relacionada à um novo modo de comportamento social, que passa por vários outros aspectos comportamentais, sobre os quais podemos citar

inúmeras teses relacionando a desinformação às *fake news*, como sugeriram e ganharam tamanha proporção. Desde conceitos como, pós-verdade, cultura do compartilhamento, comportamento de manada – que podem acontecer por diversos métodos e maneiras, das quais carecem de constante estudo e aprofundamento –, a desinformação é um dos fatores que prejudicam a aplicação do Direito penal.

Diante desta nova realidade, cabem as indagações: Como diferenciar as milícias digitais, as empresas especializadas na elaboração de conteúdo falso, dos cidadãos que criam e repassam a notícia falsa, sabendo ser *fake news*, com intuito de causar prejuízo ou dano aos bens juridicamente protegidos? Quem financia as *fake news* tem a mesma responsabilidade de quem as fabrica? Qual a medida de culpabilidade de cada agente? E as empresas ou milícias que as fabricam, sabendo ser falsas, podem ser classificadas com dolo eventual, ou dolo direto?

É completamente dedutível que quem financia as *fake news* tem interesse legítimo em causar o dano, logo, podemos afirmar que o financiador agiu com dolo direto.

Se uma pessoa contrata uma empresa de mídia ou publicidade, para elaboração de arquivos digitais – vídeos, fotos entre outros –, com conteúdo mentiroso, falso ou fraudulento, e a empresa contratada, sabendo da finalidade deste material, assume a responsabilidade de fabricação, mesmo não sendo ela a disseminadora? Esta incorre em dolo “eventual”, pois participou diretamente, e, sabendo das intenções do agente em passar a diante, a notícia manipulada, assumiu o risco de sua realização.

Diferentemente das milícias digitais, que funcionam na ilegalidade propriamente dita – posto que o termo milícia já remete a ilegalidade, pois entende-se que uma milícia é criada para atuar à margem do Estado –, o conteúdo produzido por elas já nasce eivado de irregularidade, pois não tem nenhuma base legal para sua existência, de modo que o contrato de prestação de serviço, que produziria os arquivos manipulados, não tem nenhum pressuposto legal. Assim, podemos afirmar que as milícias digitais podem ser classificadas no dolo “direto”, pois já nascem com o objetivo definido, em sua essência, qual seja, a criação e provável disseminação de *fake news* em promoção dos discursos do ódio.

E o cidadão comum, que movido por crenças ou ideologias pessoais, políticas ou religiosas, cria *fake news* para benefício próprio ou de terceiros, sabendo serem falsas

suas afirmações, mas assumindo o risco do dano que esta pode causar? Este comete crime doloso, graduado em dolo “eventual”, pelo fato de ter consciência e previsibilidade dos efeitos que, para ele, são indiferentes, pois a preocupação aqui não está relacionada ao resultado, em si, mas na confirmação de suas convicções. Segundo Mirabete, no dolo eventual: “a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado; o que ele quer é algo diverso, mas prevendo que o evento possa ocorrer, assume assim mesmo o risco de causá-lo” (MIRABETE, 2019, p. 139).

Dentre os casos que apontamos, todos tinham consciência do conteúdo elaborado ou disseminado, e suas possíveis consequências. Mas, no caso do cidadão comum, é possível que este, apenas dissemine conteúdo que acredita ser verdadeiro, por falta de informação. Nesse caso, como diferenciá-lo dos demais?

2.3. A desinformação culposa

Os crimes culposos estão relacionados a uma forma imprópria de conduta, que pode ser um comportamento desatencioso, descuidado ou sem atenção técnica de cautela, assim, entendidos como negligência, imprudência ou imperícia. No entendimento de Cezar Roberto Bitencourt: “A tipicidade do crime culposos decorre da realização de uma conduta não diligente, isto é, descuidada, causadora de uma lesão ou perigo concreto a um bem jurídico-penalmente protegido” (2016, p. 373). Como também se observa no Código Penal Militar, que traz um conceito completo de “culpa”:

Diz-se o crime: II – culposos, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo. (NUCCI, 2019, p. 195)

Outrossim, segundo o renomado doutrinador, Rogério Greco:

A conduta, nos delitos de natureza culposa, é o ato humano voluntário dirigido, em geral, à realização de um fim lícito, mas que, por imprudência, imperícia ou negligência, isto é, por não ter o agente observado o seu dever de cuidado, dá causa a um resultado não querido, nem mesmo assumido, tipificado previamente na lei penal. (GRECO, 2009, p. 200)

Sobre as modalidades de culpa, podemos definir a negligência como um ato de indiferença do agente ou uma atitude negativa de alguém que, podendo tomar medidas de precaução ou cautela, opta por não fazer. Neste caso, se enquadra, a pessoa que, por analogia, participa de um grupo de mensagens instantâneas, como o *WhatsApp* e, ao receber uma *fake news*, mesmo estando repleta de conteúdo sensacionalista, com forte apelo emocional, e de fácil detecção, ou sabendo ser falsa nada faz para alertar os demais, ou para evitar sua propagação, negligenciando a fonte e o conteúdo fraudulento, e o dano que isso pode causar.

Já a imprudência pode ser caracterizada pela pessoa que não fabricou a *fake news*, mas recebeu e repassou adiante, por estar de acordo com suas convicções e por não conseguir prever a extensão do dano que esta poderia causar, neste caso a pessoa não está interessada no dano objetivo, mas na confirmação de suas convicções pessoais, e imprudentemente, repassa adiante a notícia falsa, sem se preocupar com o contexto geral.

Na imperícia, temos uma peculiaridade, pois a ação do agente está relacionada à falta de aptidão ou capacidade técnica, que ter origem na profissão, arte ou ofício. Podemos citar, como exemplo, as pessoas que repassam *fake news* por não possuírem uma compreensão total do caso, mesmo estando inseridas no contexto que versa as *fake news* – como os médicos que, mesmo após a comprovação científica da falta de eficácia de remédios do chamado “kit covid”, continuaram a espelhar *fake news* incentivando seu uso sem nenhum respaldo científico; ou os políticos que, teoricamente, deviriam conhecer minimamente os preceitos constitucionais e democráticos, espalham notícias fraudulentas contra o sistema democrático, entre outros casos emblemáticos.

O ato reiterado de disseminar *fake news* e suas consequências, em maior ou menor grau, serão abordados adiante. Porém, antes, apresentaremos os elementos constitutivos do crime culposo.

2.4 Os elementos da culpa e as fake news

Para melhor conceituação do *tipo* culposo, analisaremos os elementos que o compõem, fazendo um paralelo entre a conduta do disseminador de *fake news* e os conceitos jurídicos impostos em face do caso concreto, levando em consideração que, o elemento decisivo da ilicitude do fato culposo não reside, propriamente, no resultado lesivo causado pelo agente, mas no desvalor da ação que praticou.

Assim os elementos que compõem o crime culposo podem ser classificados com relação: à conduta; à inobservância do dever de cuidado; ao resultado lesivo involuntário e ao nexa causal; à previsibilidade objetiva do resultado e à *tipicidade*.

Com relação à **conduta**, podemos afirmar que, enquanto nos crimes dolosos o *animus* está relacionado à concretização de resultado ilícito, nos tipos culposos o foco não é o fim da conduta, mas as consequências danosas que a conduta produzirá; no crime culposo, o que importa não é a finalidade do agente (que é normalmente lícito), mas o modo e a forma imprópria com que atua. A conduta, aqui, é pertinente ao disseminador de *fake news*, que causa o dano, não pela intenção ou fabricação da notícia falsa, mas pela forma como interage com ela, pela própria falta de diligência (forma como lida com a *fake news*), que, por vezes, nem busca o resultado que ela pode causar, mas assume os riscos. Os tipos culposos proíbem, assim, condutas em decorrência da forma de atuar do agente para um fim proposto, e não pelo fim, em si. Podemos citar os disseminadores que agem por convicção, crenças ou vaidade. O elemento decisivo da ilicitude do fato culposo reside, não propriamente no resultado lesivo causado pelo agente, mas no *desvalor da ação* que praticou.

Sobre a **inobservância do cuidado objetivo**, abordar a forma como o ato é praticado, a falta de cautela e cuidados que, toda pessoa que vive em sociedade deveria observar para o bem comum; a inobservância do cuidado objetivo resvala na violação ou incidência de uma das formas de culpa, como vimos: imprudência; negligência e imperícia – que estão, expressamente, previstas no art.18, II do Código Penal 3.

No mesmo sentido, Assis Toledo afirma:

[...] dever objetivo de cuidado consiste em preocupar-se com as possíveis consequências perigosas de sua conduta (perigo para os bens jurídicos protegidos) – facilmente reveladas pela experiência da vida cotidiana, tê-las sempre presentes na consciência, e de orientar-se no sentido de evitar tais consequências, abstendo-se de realizar o comportamento que possa ser causa

do efeito lesivo, ou somente realizá-lo sob especiais e suficientes condições de segurança. (TOLEDO, 2002, p. 300)

Desta forma, é certo afirmar que o cuidado em observar a veracidade da notícia/informação, no que diz respeito a fonte, o contexto científico ou histórico, as pessoas envolvidas – mesmo nos casos em que a pessoa que, recebeu a *fake news*, não tenha conhecimento técnico, terá o respaldo de quem forneceu a informação –, fazer uma análise crítica, duvidar de notícias sensacionalistas ou impregnadas de discurso de ódio, garante certa segurança e impede que o agente receptor caia na armadilha de propagar *fake news*.

Quanto ao resultado lesivo causado e ao **nexo causal**: o resultado é pressuposto para o crime culposos, tendo em vista que, mesmo que ocorra a inobservância do dever de cuidado objetivo, e o agente assuma o risco da produção e resultado, mesmo assim, o resultado não sobrevier, não há crime culposos. Bem como a relação de nexo causal do agente diligente e cuidadoso, que não poderá assumir crime culposos, pois agindo com cautela e o resultado sendo inevitável, não haverá nexo de causalidade, tornando a conduta atípica. Assim, para melhor compreensão:

O nexo causal, ou relação de causalidade, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele o seu causador. (GRECO, 2009, p. 217)

Outrossim, imaginemos que o agente receba uma *fake news* em um grupo de mensagens eletrônicas, do qual faça parte. Diligentemente, ele informa aos demais participantes sobre a possível mensagem ser mentirosa ou fraudulenta, apaga o conteúdo do seu dispositivo, não repassa adiante e sai do grupo de fomento a notícias falsas. Esta pessoa acaba por quebrar o nexo de causalidade entre os efeitos que tal *fake news* pode causar, dentro do grupo que coabita, e fora dele; como não participou do ato de disseminação, logo, não está ligado aos resultados que esta pode acarretar.

Sobre a **previsibilidade objetiva do resultado**, podemos concluir que está relacionada ao dano provocado ao bem jurídico. A simples inobservância do dever de cuidado não constitui tipificação penal, no entanto, o seu resultado, sim.

De acordo com o instituto da previsibilidade do resultado, a culpa classifica-se em consciente e inconsciente. Aqui, também, usaremos a analogia para melhor compreensão: há culpa inconsciente quando o agente não previu o resultado que podia (e devia) prever, resultado previsível pelo *homo medius* – pessoa comum sem conhecimento técnico –, que ao repassar uma informação falsa ou manipulada, não tem juízo de valor se ela pode causar um dano direito a uma pessoa ou entidade. Já a culpa consciente ocorre quando o agente prevê a possibilidade de ocorrência do resultado, mas espera convictamente que não ocorra, por confiar demasiadamente em sua capacidade de, de alguma forma, evitá-lo: aqui, o agente repassa a *fake news* sabendo que ela poderá causar um dano, porém, envolvido por um falso sentimento de segurança, a faz. Por fim, vale ressaltar que se o resultado ocorrido for totalmente imprevisível, não haverá delito algum, pois se tratará, então, de caso fortuito ou força maior, que constituem exatamente a negação da culpa. Desta forma, diferente dos crimes dolosos em que o agente tem a vontade dirigida de causar o dano, aqui, o agente tem, tão somente, a previsibilidade.

A **tipicidade** está relacionada com as características próprias do crime culposo, que, diferente dos crimes dolosos, em que a ação encontra-se descrita, os crimes culposos normalmente são compostos por “tipos abertos”, que necessitam de complementação de uma norma de caráter geral, que se encontra fora do tipo, e mesmo de elementos do tipo doloso correspondente. Assim, a lei brasileira prevê, no art. 129, § 6º:

Se a lesão é culposa: Pena – detenção, de dois meses a um ano e no art. 250, §2º: “Se culposo o incêndio, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos”, exigindo-se para a adequação do fato a esses tipos penais a complementação prevista no art. 18 inciso II (conceito legal para o entendimento do crime culposo), [...]. (MIRABETE; FABBRINI, 2019, pp. 136-138)

Para Bitencourt, “a tipicidade do crime culposo se define pela divergência entre a ação efetivamente praticada e a que deveria ter sido realizada” (2016, p. 374). Desta

forma, a tipificação do crime culposo de disseminação de *fake news* está relacionada à tipificação dolosa, e de outros complementos, que dão suporte ao entendimento do ato de inobservância do dever de cuidado objetivo.

3. DAS QUALIFICADORAS DA PENA

Se tratando de (hipotético) crime relacionado à fabricação e disseminação de *fake news*, e da (hipotética) tipificação do crime no ordenamento pátrio, é esperado do legislador, a definição das qualificadoras do tipo – que abordaremos em um plano dedutivo, sem conotação real com o ordenamento vigente, como explicamos no início deste artigo, sendo que, atualmente, os crimes relacionados às *fake news* são julgados com base em leis análogas carecendo de adequação e interpretação do poder judiciário.

Em regra, a lei traz em seu texto o tipo simples e qualificado, que é uma espécie de tipo derivado, usado para pena mais grave, em razão da ocorrência de um resultado que não faz parte do tipo básico. O entendimento comum é que são *qualificadoras* do crime, aquelas circunstâncias em que: a) revelam determinados motivos, interesses, meios ou modos de execução; b) produzem resultados graves ou gravíssimos para o bem jurídico afetado; c) expõem a vítima ao maior poder de ação do agente, seja em função da idade, de parentesco ou outra relação de confiança.

Dito isto, conceituaremos três (possíveis) circunstâncias especiais qualificadoras, que revelam o grau de dano aos bens jurídicos e aos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, e que estão intrinsecamente relacionadas ao momento em que vivenciamos:

- ✓ ***Fake news* que versam sobre o discurso de ódio** – entendemos que as *fake news* que versam sobre discurso de ódio configuram crime mais grave e com maior potencial de dano. O conceito de discurso de ódio, de acordo com Winfried Brugger (2007, p. 151), está vinculado à utilização de palavras “que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião”, ou, ainda, à sua potencialidade ou “capacidade

de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”. No mesmo sentido está o entendimento de Samanta Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 97), que define o discurso de ódio como a manifestação de “ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”. Deste modo, o discurso de ódio atua como um instrumento de incentivo ao cometimento de outros tantos crimes, como racismo, discriminação de gênero, homofobia, atos que ferem a dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais individuais ou coletivos.

- ✓ ***Fake news* que versam sobre saúde pública e políticas públicas de prevenção de doenças endêmicas, sazonais, imunológicas e virais** – grave potencial de dano coletivo. Aqui, relacionamos as principais doenças alvo de políticas de prevenção e vacinação em massa, com alto potencial de surto, epidemia ou pandemia, em âmbito internacional: doenças endêmicas (referem-se às doenças parasitárias ou transmitidas por vetor, como a malária, febre amarela, a esquistossomose, as leishmanioses, as filarioses, a peste, a doença de Chagas entre outras); sazonais (em relação ao tempo e clima); imunológicas e virais (como a gripe, com as campanhas de vacinação, o HIV, com prevenção e tratamento, e demais vírus que tenham potencial de acometer toda a população ou uma comunidade. Neste ponto fica evidente o exemplo do dano causado pelas *fake news*, em face da crise sanitária provocada pela pandemia por Covid-19, que dizimou milhares de centenas de vidas, no Brasil e em todo o mundo, causando um infodemia⁸ de *fake news* dos mais variados espectros, inclusive, contra as campanhas de prevenção e vacinação.

⁸ Infodemia - Denominação dada ao volume excessivo de informações, muitas delas imprecisas ou falsas (desinformação), sobre determinado assunto (como a pandemia, por exemplo), que se multiplicam e se propagam de forma rápida e incontrolável, o que dificulta o acesso a orientações e fontes confiáveis, causando confusão, desorientação e inúmeros prejuízos à vida das pessoas. [Radical *info-* (deduzido de *informação*) + *-demia* (do grego *dêmos* 'povo' + o sufixo *-ia*, formador de substantivos da terminologia médica), pelo inglês *infodemic*.]. **Academia Brasileira de Letras**. Disponível em; <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/infodemia> Acesso em: 03 jun. 2022.

- ✓ **Fake news que atentam contra o estado democrático de direito e suas instituições** – versam sobre o funcionamento do Estado, os meios de afirmação da soberania popular, sistema eleitoral, o funcionamento harmônico das instituições, poder executivo, legislativo e judiciário. Não se confundindo com as pessoas que as representam, mas referindo-se às instituições, como um corpo ou ente federativo.

A importância de definir as qualificadoras das *fake news* sevem, inclusive, para garantir a tutela dos direitos inerentes ao homem, direitos humanos positivados em nosso ordenamento na forma de cláusulas pétreas, base da Constituição e de todo o ordenamento jurídico. Destarte, dando seguimento ao tema, de acordo com o Supremo Tribunal Federal:

[...] na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais devem ser consideradas como circunstâncias agravantes genéricas, se cabíveis, ou, residualmente, como circunstâncias judiciais.⁹(HC 99809, 2011, *online*)

3.1 Dosimetria da pena – Dos agravantes e atenuantes

Na dosimetria, a pena é calculada, adequando o crime a personalidade do agente por meio da individualização da pena, na medida de sua culpabilidade.

No Brasil, adota-se o sistema trifásico, nos termos do artigo 68 do Código Penal, definido da seguinte forma: 1ª fase - Fixação da pena base (aqui se observa as circunstâncias judiciais e as equalizadoras); 2ª fase - Análise das circunstâncias atenuantes e agravantes; 3ª fase - Análise das causas de aumento e diminuição de pena.

⁹ Trecho da ementa do HC 99809, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-178 DIVULG 15-09-2011 PUBLIC 16-09-2011 EMENT VOL-02588-01 PP-00048). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20622957/habeas-corporus-hc-99809-pr-stf/inteiro-teor-110023211> Acesso em: 02 jun. 2022.

Neste tópico, serão abordadas as circunstâncias genéricas agravantes e atenuantes, distinguindo-as das causas de aumento e diminuição de pena (causas majorantes e minorantes).

Para Cleber Masson, “agravantes e atenuantes genéricas são de aplicação compulsória pelo magistrado, que não pode deixar de levá-las em conta, quando presentes, na dosimetria da pena” (MASSON, 2013, p. 662). As circunstâncias agravantes e atenuantes estão descritas na parte geral do Código Penal, no artigo 61, são circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

Art. 61 CP: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime:
a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada. (VADE MECUM, CP, 2016, p.)

Com relação ao concurso de pessoas, conforme artigo 62 do Código Penal, poderá agravar a pena, a quem:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. (VADE MECUM, CP, 2016, p.)

Observando os itens que compõem as circunstâncias agravantes da pena, é possível afirmar que todas, sem exceção, podem se relacionar com a produção e disseminação de *fake news*, bem como as circunstâncias atenuantes, dispostas no art. 65 do Código Penal:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. (VADE MECUM, CP, 2016, p.)

Além dessas atenuantes, conforme disciplina o art. 66 do Código Penal, o juiz poderá considerar qualquer outra circunstância de caráter relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei. Outrossim, conforme Bitencourt:

Além das agravantes e atenuantes, há outras causas modificadoras da pena, que o Código denomina causas de aumento e diminuição de pena, também conhecidas como majorantes e minorantes. As majorantes e minorantes são fatores de aumento e diminuição ou redução de pena, estabelecidos em quantidades fixas (ex: metade, dobro, triplo, um terço) ou variáveis (ex: um a dois terços). (BITENCOURT, 2016, p. 784)

3.2 Das causas de aumento e diminuição de pena, *majorantes e minorantes*

São muitas as leis, que trazem em seu texto, as causas de aumento e diminuição de pena, tanto na parte geral como na especial. Vale ressaltar que não se confunde as causas qualificadoras, que estão presentes na legislação, com as causas de aumento e diminuição de pena, ou seja, as qualificadoras elevam a pena ao máximo, de acordo com os requisitos da qualificação, distinguindo-se entre pena mínima e pena máxima qualificada. Enquanto as causas de aumento e diminuição de pena são prescritas pela lei em valor fracionário, um bom exemplo de pena majorada é o do § 2º, inciso II do artigo 157, do Código Penal:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;
(VADE MECUM, CP, 2016, p.)

A mesma regra se aplica para a diminuição de pena, sendo que, na parte geral, a diminuição é apresentada em quantias variáveis e, na parte especial, são de quantia fixa. Exemplifica o artigo 155 § 2º, do Código Penal: “155, §2º: se o criminoso é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa” (VADE MECUM, CP, 2016, p.).

Em uma breve analogia com as *fake news*, fica evidente que, tanto na confecção como na disseminação, é possível haver concursos de agentes, bem como a primariedade do réu, sendo estes, apenas um exemplo, de vários outros possíveis, ou seja, todos os requisitos para criminalização das *fake news*, sua adequação e tipificação já são oferecidos pelo próprio ordenamento penal e entendimento jurisprudencial, restando apenas que legislador faça a sua parte, criando e positivando a, tão esperada, lei das *fake news* virar uma realidade.

CONCLUSÃO

O artigo buscou conceituar as *fake news* relacionando-as aos conceitos filosóficos sobre a mentira, apresentando, de forma breve, o pensamento de alguns filósofos que refletiram sobre o tema, considerando que a mentira, por si só, não representa ilicitude, mas levando em conta seus resultados e efeitos danosos a sociedade.

A pesquisa apontou que a mentira, em seu sentido amplo, está intimamente relacionada com as *fakes news*, mas não se limitando a um único contexto. Assim, foram apresentados outros significados de *fake news*, como: notícia falsa, manipulada ou fraudulenta; relacionando seus resultados fim aos elementos do Direito penal, especialmente, ao tipo e tipicidade; apontando como a ação do agente pode ser considerada, na análise de “dolo” e “culpa”.

Contudo, o fato de não haver em nosso ordenamento jurídico uma lei específica versando sobre as *fake news*, as reflexões apresentadas estão no campo hipotético/dedutivo, principalmente na formulação da ideias referente às qualificadoras

do tipo penal. Quanto aos agravantes e atenuante, e às causas de aumento e diminuição da pena, pretendeu-se esclarecer sua total viabilidade de aplicação nos possíveis crimes de *fake news*.

Conclui-se pela necessidade da criação de lei penal para tipificação do crime de *fake news*, em face dos criadores e disseminadores, pessoa física ou jurídica, como forma de coibir o envio massivo e indiscriminado de notícias falsas, e a observação das condutas impróprias, que podem causar dano aos bens juridicamente protegidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Academia Brasileira de Letras. Disponível em; <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/infodemia> Acesso em: 03 jun. 2022.

BERGER, Guy. Por Monica Grayley, da ONU em Nova Iorque; **Em reunião na EU, diretor da Unesco apela: “parem de usar o termo fake news”**, ONU News, Perspectivas Global Reportagens Humanas. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2017/11/1600612-em-reuniao-na-eu-diretor-da-unesco-apela-parem-de-usar-o-termo-fake-news> Acesso em: 02 jun. 2022.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**, Porto Alegre, ano 4, n.15, p.117-136, jan./mar. 2007.

FIGUEIREDO, Nara Miranda de. Sobre um suposto direito de mentir: Um paralelo entre cante e Shopenhauer e constante, e alguns conceitos shopenhauerianos; **Revista Urutágua** – revista acadêmica multidisciplinar - <http://www.urutagua.uem.br/>; Quadrimestral – N°7 – Maringá – Paraná – Brasil. **Revista Urutágua - revista acadêmica multidisciplinar** Departamento de Ciências Sociais Universidade Estadual de Maringá (UEM) Publicada em 21.12.06 - Última atualização: 21 dezembro, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal** – Parte geral. 17ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 591p.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** – Parte geral, 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HC 99809, **Supremo Tribunal Federal** - Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-178 DIVULG 15-09-2011 PUBLIC 16-09-2011 EMENT VOL-02588-01 PP-00048). Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20622957/habeas-corporis-hc-99809-pr-stf/inteiro-teor-110023211> Acesso em: 02 jun. 2022.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela, ed. Edições 70, Lisboa-Portugal, 1986.

_____. Sobre um suposto direito de menti por amor à humanidade. In **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão, ed. Edições 70, Lisboa-Portugal, 1995.

_____. **A Metafísica dos Costumes** [1797]. Trad. bras. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2008.

_____. **Crítica da Razão Prática**. Tradução baseada na edição original de 1788, com introdução e notas Valerio Rohden. – 3°. Ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcelona, 2009.

_____. **Textos Seletos**. Tradução de: Emanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2013.

KAYES, Ralph. **A era da pós-verdade: desonestidade e enganação na vida contemporânea** / Ralph Keyes; tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático** – Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 662

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 271 p.

MICHAELIS. Português Brasileiro, 2022. Editora Melhoramentos Ltda. Todos os direitos reservados. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/mentira/> Acesso em: 02 jun.2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP - volume 1**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 136-139).

NASCIMENTO, Francisco Eliandro Souza do; LOPES, Jorge Luis Carneiro - Kant e a mentira, Griot: **Revista de Filosofia**, vol. 11, núm. 1, pp. 1-21, 2015 Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5766/576664618001/html/> Acesso em: 02 jun. 2022.

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre a verdade e a mentira no sentido extramoral**. Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. São Paulo: Editora Hedra, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 195).

PUENTE, Fernando Rey (org.). **Os filósofos e a mentira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

RAIS, Diogo. Fake News e eleições. In: RAIS, Diogo (Coord.). **Fake News**: a conexão entre a desinformação e o direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 107.

RAIS, Diogo. **Fronteiras do Direito**. A melhor tradução para *fake news* não é notícia falsa, é notícia fraudulenta. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral>. Acesso em 28 mai. 2022.

SARAIVA, E. et al. **Vade Mecum Saraiva** / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto, Livia Céapedes e Fabiana Dias da Rocha. – 21. ed. atual. e compl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

TELES, Ney Moura. **Direito penal** – Parte geral, 2º, ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TJDFT. **Circunstâncias qualificadoras**. Tema criado em 20/9/2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/circunstancias-qualificadoras#:~:text=%22S%C3%A3o%20qualificadoras%20do%20crime%20aquelas,parentesco%20ou%20outra%20rela%C3%A7%C3%A3o%20de> Acesso em: 02 jun. 2022.

TJDFT. **Crítérios para aplicação das causas de aumento e de diminuição de pena**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-diminuicao-e-de-aumento-de-pena/criterios-para-aplicacao-das-causas-de-aumento-e-de-diminuicao-de-pena> Acesso em 03 jun. 2022.

TJDFT. **Circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/agravantes-e-atenuantes-genericas-1> Acesso em 01 jun. 2022.

TOLEDO, Assis F. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 300-1.

WARDLEY, Claire. Fake news, it's complicated. **First Draft News**, Cambridge, 16 fev. 2017. Disponível em: <https://firstdraftnews.org/articles/fake-news-complicated/> Acesso em: 01 jun. 2022.