

ESTRATÉGIAS DE PROTEÇÃO DO DEBATE DEMOCRÁTICO NA INTERNET

Diferenças entre controle de **conteúdo**
e de **comportamento inautêntico** e os riscos
da abordagem via direito penal

DIAGNÓSTICOS E RECOMENDAÇÕES Nº2

Francisco Brito Cruz
Heloisa Massaro
Nathalie Fragoso

ESTRATÉGIAS DE PROTEÇÃO DO DEBATE DEMOCRÁTICO NA INTERNET

JUNHO 2020

ESTE RELATÓRIO ESTÁ LICENCIADO SOB UMA LICENÇA CREATIVE COMMONS CC BY-SA 3.0 BR.

Essa licença permite que outros remixem, adaptem e criem obras derivadas sobre a obra original, inclusive para fins comerciais, contanto que atribuam crédito aos autores corretamente, e que utilizem a mesma licença.

TEXTO DA LICENÇA

<https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/br/legalcode>

COMO CITAR ESSE DOCUMENTO

BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie; MASSARO, Heloisa; **Estratégias de proteção do debate democrático na internet**. InternetLab, São Paulo, 2020.

EQUIPE DO PROJETO

AUTORES Francisco Brito Cruz, Heloisa Massaro e Nathalie Fragoso

COLABORAÇÃO Mariana Valente

DIAGRAMAÇÃO Marina Zilbersztein

EQUIPE INSTITUCIONAL

DIRETOR Francisco Brito Cruz

DIRETORA Mariana Giorgetti Valente

ÍNDICE

04 APRESENTAÇÃO

05 PRINCIPAIS PONTOS

06 O QUE SIGNIFICA DEFENDER UMA ABORDAGEM AGNÓSTICA DE COMBATE À DESINFORMAÇÃO E DE PROTEÇÃO AO DEBATE PÚBLICO?

06 Contexto:

desinformação e proteção do debate público na agenda

07 Abordagem:

focar em conteúdo traz alto risco para liberdade de expressão

08 O cerne de uma abordagem agnóstica:

o que é comportamento inautêntico?

10 “Follow the money” ou regulação do mercado da manipulação?

12 O DIREITO PENAL PODE AJUDAR A PROTEÇÃO DO DEBATE PÚBLICO DEMOCRÁTICO?

12 Riscos da tipificação penal e do controle de conteúdo

1. Riscos de criminalização do discurso e de expressões legítimas
2. Organização criminosa para a desinformação?
3. Modificações inadequadas na Lei de Lavagem de Dinheiro

17 CONCLUSÃO



APRESENTAÇÃO

O QUE É O INTERNETLAB?

O InternetLab é um **centro independente de pesquisa interdisciplinar**, que produz conhecimento e promove o debate em diferentes áreas que envolvem tecnologia, direitos e políticas públicas.

Somos uma entidade sem fins lucrativos baseada em São Paulo, que atua como ponto de articulação entre pesquisadores e representantes dos setores público, privado e da sociedade civil. Partimos da ideia de que a formulação de boas políticas públicas depende de diagnósticos mais precisos sobre a relação entre as novas tecnologias de informação e comunicação – como a internet – e os direitos das pessoas.

Veja mais no nosso site: www.internetlab.org.br

QUAL O OBJETIVO DESTES DOCUMENTOS?

Este documento é uma mais intervenção concisa e propositiva do InternetLab no debate público sobre desinformação e melhoria do debate público democrático na internet, concebido como resultado de um ciclo de pesquisas coletivas¹ e individuais². Os diagnósticos e as recomendações aqui apresentados não representam um ponto final para a discussão, mas o esforço para que ela saia de um estado que mistura negação, confusão e letargia.

O objetivo da publicação deste documento é, portanto, **oferecer alternativas e recomendações concretas a respeito da qualidade do debate público no país e do enfrentamento das fontes da desinformação**. Com a premissa de trabalhar a partir da coleta, análise e sistematização de evidências, nosso objetivo é contribuir para este debate de forma propositiva, defendendo uma abordagem que seja ao mesmo tempo funcional e comprometida com a garantia de direitos fundamentais e valores democráticos.

1 O InternetLab conduziu uma frente ampla de pesquisas e análise sobre o processo eleitoral de 2018, contemplando os projetos Você na mira, #OutrasVozes, Direito Eleitoral na Era Digital, Sobrevivendo nas redes, dentre outros. Para mais informações sobre os projetos, acesse: <www.internetlab.org.br/pt/projetos>.

2 Partes significativas deste documento foram inspiradas em relatórios do InternetLab e na tese de doutorado do coordenador do projeto, Francisco Brito Cruz, defendida e aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em junho de 2019: BRITO CRUZ, F. C. Definindo as regras do jogo: a regulação de campanhas políticas e a internet. 2019. 380 pp. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

PRINCIPAIS PONTOS

A tramitação de projetos de lei de enfrentamento à desinformação se acirrou em 2020, o que sinalizou para uma necessidade de aprofundamento nos debates sobre as estratégias jurídicas adequadas para lidar com esse fenômeno no caso brasileiro. A premissa do InternetLab é contribuir com este debate a partir da coleta, análise e sistematização de evidências, defendendo uma abordagem que seja ao mesmo tempo funcional e comprometida com a garantia de direitos fundamentais e valores democráticos.

Estas propostas de regulação são ao mesmo tempo importantes e de alto risco. O que está em jogo é a delimitação de uma abordagem regulatória adequada para fluxos de comunicação online que se dão em ambientes intermediados por plataformas de internet, buscando pensar as bases para um debate democrático de qualidade ao mesmo tempo que minimizando a chance de incorrer em censura colateral.

Parte de um esforço contínuo que compreende uma série de diferentes contribuições ao debate legislativo sobre o tema, este documento propõe uma abordagem regulatória cujo foco seja o enfrentamento ao comportamento abusivo ou inautêntico e não o estabelecimento de mecanismos de filtragem de conteúdo por parte das redes sociais.

Neste sentido, os principais pontos que devem ser considerados são os seguintes:

- **Eleger uma abordagem agnóstica³ de combate ao comportamento abusivo ou inautêntico faz com que a regulação ganhe em legitimidade**, pois o risco de censura ou de filtragem arbitrária de conteúdo é reduzido;
- **O combate ao comportamento abusivo ou inautêntico já é praticado por empresas de internet, e a regulação pode incentivar e facilitar que isso continue** desde que esteja atenta à garantia de **direitos fundamentais** e determine **mecanismos de transparência** de tais medidas;
- **É necessário diferenciar graus de intensidade e organização por parte dos atores que se engajam em atividades abusivas ou inautênticas na internet** a fim de delimitar resposta jurídica proporcional a esses incidentes;
- **A forma como se vem apresentando a alternativa de "follow the money" é inadequada**. Ela aponta para a existência de um mercado cuja regulação é estratégica, mas por meio de ferramentas adequadas que não levem à criminalização do cidadão, e combinada com medidas que abordam o problema como sistêmico;
- **Diferentes estratégias jurídicas devem ser mobilizadas para enfrentar o comportamento abusivo ou inautêntico**, o que pode **combinar a criação de novos arranjos normativos e novas interpretações de leis e regulações já existentes**. Entre tais estratégias, **a via penal deve ser reservada apenas como última medida**, aplicável com cautela e residualmente e somente a casos da maior gravidade, o que não foi observado em propostas em jogo no debate legislativo.

3 Escolhemos o termo "agnóstico" para descrever uma postura regulatória que evite demandar um juízo de mérito sobre o conteúdo que circula na rede.

O QUE SIGNIFICA DEFENDER UMA ABORDAGEM *AGNÓSTICA* DE COMBATE À DESINFORMAÇÃO E DE PROTEÇÃO AO DEBATE PÚBLICO?

CONTEXTO: DESINFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DO DEBATE PÚBLICO NA AGENDA

“Fake news” tem estado na agenda nacional pelo menos desde o processo eleitoral de 2018. A instauração de uma CPMI das Fake News pelo Congresso Nacional e a abertura de um inquérito pelo STF para investigar ameaças contra ministros da corte alimentaram a tração do enfrentamento de redes organizadas de disseminação de conteúdo enganoso ou ofensivo na internet.

Entender o complexo fenômeno da desinformação, no entanto, envolve ir além da tensão entre verdade e mentira, situando-o como parte de um ambiente transformado de produção, circulação e consumo de informação, no qual as organizações de mídia perderam o protagonismo e a internet ganhou em relevância, estabelecendo as condições para a emergência de uma estrutura de comunicação em rede intermediada por plataformas.

Por um lado, ao reduzir as barreiras para produção de conteúdo, esse novo ambiente reformulou o papel da audiência e favoreceu o fortalecimento da autonomia e liberdade individuais, na medida em que o indivíduo se torna também agente de produção e circulação de conteúdo. Em paralelo, com a descentralização dessas dinâmicas, a informação, antes produzida sob o controle das organizações de mídia a partir de protocolos do jornalismo profissional, agora circula em um ambiente de comunicação em rede sem o controle desses imperativos, podendo ganhar escala e visibilidade a partir de um componente viral. Nesse cenário, também as fronteiras antes visíveis entre informação jornalística, propaganda e entretenimento começam a se borrar.

Por outro lado, na medida em que o engajamento individual passa a ser também força motriz da produção e circulação de informações, novas ferramentas e capacidades tecnológicas passam a ser empregadas para simular essa atividade individual, produzindo falsas percepções sobre a relevância, alcance e engajamento de informações e narrativas no debate público. Se o controle da infraestrutura técnica e econômica característica das organizações de mídia de massa não é mais a condição para produzir informações e definir narrativas, mas sim uma estrutura descentralizada de produção e circulação de conteúdo na qual o indivíduo se torna

também força motriz, a busca por exercer influência no debate público passa pelo engajamento desses indivíduos. Venda de likes e seguidores, bots e botnets⁴, e disparos em massa de mensagens são exemplos de estratégias que passam a ser usadas com o objetivo de simular esse engajamento individual.

É nesse cenário que se insere o que se convencionou chamar de desinformação: com conteúdos que se revestem com aparência de informação jornalística sem que necessariamente tenham sido produzidos a partir do paradigma do jornalismo profissional; com propaganda e entretenimento que se apresentam como se informação jornalística fossem; e com ferramentas tecnológicas que são empregadas para falsear a percepção sobre o debate público. A busca por soluções regulatórias que coíbam distorções e manipulações do debate público passam, portanto, pela compreensão desse complexo arranjo de fatores.⁵

ABORDAGEM: FOCAR EM CONTEÚDO TRAZ ALTO RISCO PARA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Enfrentar o fenômeno da desinformação pode passar por diversas abordagens. Entre as mais comumente propostas está a que aposta no controle de conteúdo potencialmente “desinformativo” e na responsabilização civil e penal daqueles que o produzem ou compartilham.

Tal abordagem possui alto risco de esbarrar no controle e restrição de expressões legítimas e protegidas constitucionalmente. As estratégias de controle de conteúdo e criminalização do discurso usualmente propostas imiscuem-se em uma intrincada crise que envolve paradigmas de produção de informação jornalística e científica,⁶ sem que sejam o espaço e a ferramenta adequada para lidar com essas questões.

Ao pôr em foco o controle do conteúdo, questões sobre veracidade, fidedignidade e legitimidade do conteúdo são colocadas em jogo a partir de conceitos genéricos ou abertos, surgindo a necessidade de definir um árbitro que seja responsável por subsumir o fato ao conceito genérico e, assim, determinar qual conteúdo é verídico, legítimo e fidedigno.

4 Bots são programas de computador que executam tarefas de maneira autônoma. Eles podem ser codificados para executar uma série de funções, desde facilitar a navegação na internet até interagir com indivíduos, sendo bem comuns na internet e essenciais para o seu funcionamento, o que evidencia que a sua existência não é problemática em si. Ainda, botnets são redes de bots.

5 Mais sobre este cenário pode ser encontrado no documento “Internet e eleições no Brasil: diagnósticos e recomendações”, publicado pelo InternetLab em 2019.

6 Cesarino, Leticia. Pós-verdade: uma explicação cibernética. *Ilha Revista de Antropologia*, v. [no prelo], 2019.

Assim, apostar principalmente nessa estratégia de expandir os deveres das plataformas de internet ou criar tipos penais para criminalizar discursos demanda a definição de um ator responsável por interpretar estes deveres e conceitos. Isto implicaria uma maior concentração do controle sobre a produção, circulação e consumo de conteúdo nas plataformas de internet, ou no Estado, convertidos em agências de validação ou controle de conteúdo.

Essa abordagem pode trazer sérios riscos à liberdade de expressão, sobretudo pela dificuldade de traçar uma linha clara entre verdade e mentira, e entre legítimo e ilegítimo, categorias que se tornam permeáveis a considerações de ordem político-ideológica. As tentativas de incorporar uma definição na lei e a partir dela definir um ator responsável por controlar conteúdo colocam o risco de que discursos e narrativas sejam deslegitimados e excluídos do debate público, bem como podem impor que conteúdos produzidos despreziosamente pelo usuário comum sejam atingidos.

O risco cresce se a regulação sobre conteúdo for entendida como um possível instrumento da disputa política, o que se confirma na análise das disputas sobre liberdade de expressão no Judiciário ou perante os sistemas de moderação de conteúdo das plataformas de internet. Instrumentos de controle de conteúdo podem ser apropriados politicamente, como parte de estratégias de disputas de narrativas entre diferentes grupos ou atores políticos. Ao pedir que determinado conteúdo seja removido por ser falso, atores políticos também estão buscando afirmar suas narrativas como verdadeiras em contraste com a de seu opositor, gerando um “ciclo vicioso de controle de conteúdo”, que não só coloca em risco garantias e liberdades individuais, como se mostra incapaz de resolver problemas de distorção do debate público. Em verdade, é uma estratégia capaz de piorar fraturas sociais e políticas e produzir as condições de crise da sua própria legitimidade.

O CERNE DE UMA ABORDAGEM AGNÓSTICA: O QUE É COMPORTAMENTO INAUTÊNTICO?

Mas como construir uma abordagem de enfrentamento à desinformação que seja *agnóstica*, ou seja, que não dê peso excessivo para a análise e filtragem de conteúdo? Essa abordagem se mostra crucial para agregar legitimidade à regulação, pois sinaliza que ao mesmo tempo que existem fenômenos que prejudicam a qualidade do debate público, preservar essa qualidade também passa por afastar disposições que podem ser facilmente instrumentalizadas pela luta política e que forcem plataformas ou agências estatais a atuarem como árbitros da verdade.

Um caminho que se mostra mais frutífero é priorizar uma abordagem regulatória cujo foco seja a identificação de comportamentos abusivos que simulam e distorcem

o debate político, deturpem o acesso à informação política, e vulnerabilizem a autonomia individual e o acesso à informação. Isto porque na medida em que a influência no debate público passa pela forma como as pessoas percebem que o debate público está se dando e por como as informações chegam (se chegam por uma fonte que parece independente ou não, por exemplo), uma das práticas e estratégias fundamentais de manipular passa pela tentativa de afetar essa percepção.

Fazer a distinção sobre o que é regular comportamento ou conteúdo não é fácil em todas as situações – o que parece chave é se o regulador será chamado a realizar um juízo de veracidade, ofensividade ou ilicitude a respeito de informações veiculadas. Ainda, regular comportamento pode requerer juízos sobre a intenção de um agente, o que pode não ser simples, apesar de distinto de analisar o mérito de conteúdos que ele veiculou.

Este caminho já tem sido trilhado no âmbito das ações privadas das plataformas de internet, como quando seus termos de uso e sistemas de informação agem contra fraudes, disparo de spam ou “operações de informações”. São contínuas as medidas de remoção de perfis e páginas com base na ideia de enfrentamento ao comportamento inautêntico, com anúncios importantes feitos ao menos desde 2018 no Brasil. Em julho de 2020, por exemplo, assistiu-se à desativação de contas em aplicativo de mensagens ligadas ao Partido dos Trabalhadores por conta de “uso indevido” e, ao mesmo tempo, a remoção de uma rede de perfis e páginas controladas por indivíduos ligados ao Presidente de República e seus familiares, pelo Facebook e Instagram.⁷ O uso de bots não-rotulados, coordenação de várias páginas ou perfis que parecem autônomos e independentes entre si, vendas de likes e seguidores, e disparo em massa de mensagens são exemplos de comportamentos abusivos ou inautênticos que buscam produzir percepções enganosas sobre como está se dando o debate público e sobre quem está participando dele.

Como argumentamos em outras ocasiões, mimetizar esse tipo de abordagem em novas regras para comunicação política está no cerne de uma regulação agnóstica e que contribua com a qualidade do debate público democrático com menor risco a direitos fundamentais. Atomizados os comportamentos a serem coibidos, diversas medidas de contenção já podem ser aplicadas de imediato, não importando seu lado na polarização política ou se eles têm ou não ligação oficial com campanhas, gabinetes ou empresas. Ainda, em um segundo momento, a definição de tais comportamentos como ilícitos é um primeiro passo na responsabilização de seus agentes.

Possivelmente essa frente regulatória agnóstica agregaria legitimidade ao possível controle de conteúdo, mais delimitado e não orientado por conceitos genéricos de “desinformação”.

7 Gleicher, Nathaniel. Removendo comportamento inautêntico coordenado. Acesso em 8 jul. 2020. Disponível em: <<https://about.fb.com/br/news/2020/07/removendo-comportamento-inautentico-coordenado/>>.

Assim, ao se buscar proteger a integridade do debate público, a escolha deve ser por uma abordagem regulatória voltada a identificar e coibir comportamentos abusivos. Para essa finalidade, é também central criar mecanismos e incentivos para que as plataformas sejam transparentes quanto às suas políticas e às medidas adotadas no mesmo sentido. Sob este modelo, é possível construir arranjos que garantam a qualidade da informação sobre o debate público sem trazer riscos para o usuário comum.

Tais arranjos regulatórios estatais podem ser articulados de formas diferentes, atingindo comportamentos abusivos direta ou indiretamente. **Atingir diretamente** significa que a regulação pode delimitar condutas e possíveis sanções em face do agente que as pratica, enfrentando seu comportamento no âmbito civil, regulatório ou penal. Um exemplo desse tipo de arranjo é a forma como a regulação de proteção de dados pessoais pode ajudar no enfrentamento ao spam de propaganda política desinformativa, já que estas práticas dependem do uso abusivo de listas de telefones de cidadãos, por exemplo.

Um arranjo indireto, por sua vez, seria uma disposição que fomenta ou determina que o enfrentamento ao comportamento abusivo ou inautêntico seja feito a partir da ação das próprias plataformas ou de outros intermediários. Este tipo de regulação é a que determina que provedores de aplicação de internet devem internalizar determinadas disposições em seus termos de uso ou tomar medidas em face de usuários que se engajem em práticas maliciosas, sob pena de sanção. Neste caso, é chave que a ação destes intermediários seja delimitada a partir de marcos de transparência e garantia aos direitos constitucionais em jogo.

“FOLLOW THE MONEY” OU REGULAÇÃO DO MERCADO DA MANIPULAÇÃO?

Além da abordagem agnóstica surgem outras narrativas possíveis que em tese delimitariam o escopo da regulação e, assim, protegeriam direitos dos usuários de internet. Uma destas narrativas é a ideia de buscar o “financiamento” da desinformação, traduzida na expressão em inglês “*follow the money*”. Propostas a partir destas lentes foram oferecidas por acadêmicos e especialistas na discussão legislativa sobre notícias falsas, encontrando terreno fértil na atuação de alguns interlocutores na mídia e no parlamento brasileiro.

Nas palavras de seus defensores, a ideia é fortalecer o sistema de investigação e criar dispositivos que facilitem o enquadramento do financiamento da desinformação, direcionando a ação do Estado não ao usuário comum, mas às organizações que disseminam esse tipo de conteúdo de forma industrial.

Dependendo de como se estrutura, a abordagem pode possuir duas consequências importantes e que não podem ser desprezadas numa análise de risco a direitos fundamentais.

Em algumas propostas apresentadas, por exemplo, a ação de “seguir o dinheiro” da desinformação só é possível se a lei definir o que é desinformação. Este tipo de abordagem pode abrir espaço para o recrudescimento da análise de conteúdo ou mesmo para a criação de uma definição jurídica de desinformação, o que se mostra arriscado do ponto de vista de proteção de expressões legítimas.

Ainda, a narrativa de “seguir o dinheiro” tem implicado indiretamente na maior tração de propostas que aumentam os poderes investigativos do Estado, pois sinaliza que os atuais métodos de investigação não são suficientes para reconstruir a trilha do financiamento. A expansão de capacidades investigativas no meio digital deve ser um tema discutido para ensejar a responsabilização de agentes engajados em práticas desinformativas e ilícitas, mas abrir este debate requer que sejam levadas em conta uma série de outras consequências. São medidas que terão impacto importante não só no âmbito do combate à desinformação, mas em todo o sistema de garantias individuais e de devido processo no sistema de justiça criminal.

Entretanto, mesmo que a narrativa do “*follow the money*” tenha que ser analisada com cuidado, ela revela pontos de atenção que devem estar na agenda regulatória de proteção e fortalecimento do debate público democrático. A existência de um mercado de ferramentas destinadas unicamente à fraude da percepção dos cidadãos sobre o debate público – como disparos em massa sem a anuência dos destinatários e a venda de curtidas ou seguidores, por exemplo – não deve ser desprezada, constando em diagnósticos importantes publicados recentemente.⁸ Portanto, a aplicação de uma regulação deste mercado adjacente ao marketing digital – um comércio de tecnologias que são amplamente utilizadas *por agentes que praticam comportamento abusivo e inautêntico* – a partir de uma abordagem agnóstica e protetiva a direitos fundamentais é estratégica.

8 Como presente nos seguintes estudos: Bradshaw, Samantha and Philip N. Howard: Challenging Truth and Trust: A Global Inventory of Organized Social Media Manipulation. Computational Propaganda Project, University of Oxford. 2018; e NATO Strategic Communications Centre of Excellence; Singularex. The Black Market for Social Media Manipulation. Acesso em 8 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.stratcomcoe.org/black-market-social-media-manipulation>>.

O DIREITO PENAL PODE AJUDAR A PROTEÇÃO DO DEBATE PÚBLICO DEMOCRÁTICO?

Como visto acima, diversos ramos do direito podem ser mobilizados para enfrentar a desinformação. Fenômeno multifacetado, a perda de qualidade do debate público no meio digital enseja mudanças em políticas privadas elaboradas por agentes privados e na legislação civil, regulatória e, ainda, no direito penal. Mesmo que cada um destes ramos enseje diferentes lógicas e riscos, o uso do direito penal para o enfrentamento à desinformação chama a atenção por representar maiores riscos para direitos individuais.

RISCOS DA TIPIFICAÇÃO PENAL E DO CONTROLE DE CONTEÚDO

Parte das estratégias regulatórias adotadas em diversas propostas legislativas sobre desinformação se volta à mobilização do direito penal, seja através da criação de novos tipos penais que abranjam condutas e/ou discursos tidos como inautênticos, ou da reformulação de figuras já existentes no âmbito da lei das organizações criminosas, da lei da lavagem de dinheiro, e até mesmo dos crimes contra a honra.

A criminalização de condutas ou o recrudescimento da resposta penal como alternativa para prevenir e minimizar condutas que geram dano ou perigo de dano tem sua eficácia frequentemente desafiada. Pesquisas empíricas hoje disponíveis não identificam sucesso nas tentativas amparadas nas premissas de prevenção geral: criar crimes e estabelecer altas penas não garante diminuição da incidência criminal.⁹ A necessidade de cautela legislativa decorre também dos altos custos financeiros e sociais da aplicação da legislação penal e suas sanções e da complexidade da questão em específico. Assim, diante de formas civis, administrativas ou quase penais de regulamentação e responsabilização, o direito penal deve permanecer *ultima ratio* no endereçamento das condutas mais problemáticas que prejudicam o debate público democrático. Ainda, deve ser calibrada a sua intervenção, a fim de que condutas mais ou menos graves sejam enquadradas de forma proporcional e equitativa.

⁹ Nagin, Daniel S., "Deterrence in the Twenty-First Century," in *Crime and Justice in America: 1975–2025*, ed. M. Tonry, Chicago, Ill.: University of Chicago Press, 2013: 199–264.

A partir de um mapeamento das principais propostas apresentadas durante a tramitação do projeto de lei de “combate às fake news”¹⁰ que impõem a intervenção do direito penal para o enfrentamento da desinformação, este documento mapeia e aborda pontos de atenção a serem considerados: **(1) os riscos associados à criminalização do discurso;** **(2) a ideia de inclusão de enfrentamento da desinformação na legislação de combate à organizações criminosas;** e **(3) o uso da legislação de combate à lavagem de dinheiro.**

1 RISCOS DE CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO E DE EXPRESSÕES LEGÍTIMAS

Em âmbito internacional a possibilidade de acionamento do direito penal para regular a disseminação da desinformação tem feito soar alertas relacionados à repressão e silenciamento de críticas, e riscos à liberdade de expressão, sobretudo quando a definição do tipo penal compreende como elemento típico o discurso “falso”. Afinal, o direito de transmitir informações, protegido sob o direito à liberdade de expressão, não alcança apenas declarações factuais corretas, incontroversas, hegemônicas, mas também “informações e ideias que podem chocar, ofender e perturbar”¹¹.

Nesse sentido, a [Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e “Fake News”](#), Desinformação e Propaganda editada por um conjunto de relatores especiais de organizações internacionais¹² enfatiza que a vedação da divulgação de informações construída com conceitos vagos e ambíguos, tais como “fake news”, é incompatível com as normas internacionais que balizam eventuais restrições à liberdade de expressão. O foco na imprecisão ou falsidade do conteúdo delega ao intérprete, isto é, às agências penais incumbidas da investigação, processamento e julgamento de crimes, a identificação e respectiva averiguação da desinformação e, ao fazê-lo arrisca e expressão legítima, no sentido apontado no início desse documento.

10 As propostas analisadas apareceram na tramitação no Senado do projeto de lei nº 2630/2020, de autoria do Senador Alessandro Vieira (Cidadania-SE), com relatoria realizada pelo Senador Ângelo Coronel (PSD-BA). Mais tarde, uma boa parte das mesmas propostas foi reapresentada pelo Senador Ângelo Coronel em um projeto de lei autônomo, que tramita sob o nº 3683/2020.

11 Para usar os termos da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Handyside v. The United Kingdom*. (Application no. 5493/72).

12 Assinam a declaração o Relator Especial das Nações Unidas (ONU) para a Liberdade de Opinião e Expressão, o Representante da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) para a Liberdade dos Meios de Comunicação, o Relator Especial da Organização dos Estados Americanos (OEA) para a Liberdade de Expressão e a Relatora Especial para a Liberdade de Expressão e Acesso à Informação da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP).

Em geral, mas sobretudo nesse caso, o princípio da legalidade impõe a formulação estrita e rigorosamente precisa de normas incriminadoras. Diante desses riscos, nas hipóteses excepcionalíssimas em que a regulação adote ferramentas do direito penal, o recurso a tipificações rigorosamente delimitadas que mantenham seu foco em práticas informativas agressivas e efetivamente danosas devem ser priorizados, desabilitando o controle penal do conteúdo do discurso. Ainda assim, uma abordagem regulatória voltada a identificar e coibir comportamentos abusivos deve priorizar outras ferramentas fora do âmbito penal.

2 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA A DESINFORMAÇÃO?

No ensejo dos debates sobre desinformação, foram apresentadas propostas que visam a definir, entre os incisos do artigo 2º da Lei das Organizações Criminosas, novas organizações criminosas, como por exemplo as *“organizações formadas para criação e ou operação de contas inautênticas, contas automatizadas não identificadas e ou redes de distribuição artificial não identificadas por meio do emprego de recursos financeiros e técnicos, praticando ilícitos”*.

A Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2012) define organização criminosa, tipifica infrações penais correlatas e dispõe sobre a investigação criminal, meios de obtenção da prova, e o procedimento criminal aplicável diante da associação estável e duradoura de agentes, estruturalmente organizada e com divisão de tarefas, para a prática de crimes com penas máximas superiores a 4 anos, isto é, crimes graves, ou de caráter transnacional.

As altas penas cominadas à participação em organização criminosa não guardam proporção com os elementos que integram esta nova definição proposta durante a tramitação do projeto de lei de “combate às fake news”. A operação de contas “inautênticas, automatizadas e não identificadas e de redes não identificadas” e a prática de ilícitos - não necessariamente penais, aliás - dificilmente se revestem de gravidade suficiente para ensejar a antecipação da punição inscrita num delito de perigo abstrato, com pena entre 3 e 8 anos de reclusão. Isto porque, por exemplo, a conduta de operar uma conta “automatizada não identificada” pode ser reprovável, mas não necessariamente configura uma operação industrial, coordenada ou em escala. Em vez de abranger apenas “fábricas” de comportamento fraudulento, o dispositivo pode enquadrar programadores pouco cautelosos testando robôs. Aprovada a proposta, a mera formação de uma tal organização, sem que tais contas sejam criadas, sem que atos ilícitos não necessariamente penais sejam cometidos, já ensejaria a incidência da lei, a aplicação das penas e o manuseio dos mais invasivos meios de investigação presentes na legislação processual penal brasileira.

A alternativa, portanto, não passa no teste de adequação e proporcionalidade que deveria ser realizado para ensejar o desenho de intervenções criminalizantes no enfrentamento à desinformação. A título de exemplo, a infiltração de agentes e a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos estão entre os meios de investigação previstos e implicam intenso grau de intrusão no direito fundamental à privacidade (artigo 5o, X e XII da Constituição Federal). Estes métodos investigativos fazem sentido se delimitada uma conduta de efetiva gravidade e configurada a organização destinada a praticá-la, o que já é estabelecido pela lei.

Assim, faz sentido a aplicação da Lei de Organizações Criminosas se as condutas relacionadas à desinformação, para as quais se associou, constituírem crimes que se enquadram na Lei de Organizações Criminosas. No artigo 1o, ela define esses crimes como aqueles cuja pena máxima é maior de 4 anos ou mais, ou de caráter transnacionais. Nesse caso, não seria necessária uma reforma na Lei - e não se correria o risco de enquadrar em suas disposições condutas que possam ser triviais.

3 MODIFICAÇÕES INADEQUADAS NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Com o propósito de alcançar de maneira abrangente as redes de produção e disseminação de fake news, outra estratégia regulatória mobilizada envolveu propostas de tipificação de uma figura específica a ser inserida da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998). A tentativa é confusa e, nas formas que foi formulada, inócua.

Os crimes de lavagem de dinheiro dizem respeito a uma série de condutas que integram bens, direitos e valores resultantes direta ou indiretamente da prática de infrações penais ao sistema econômico-financeiro, sob a aparência de licitude. Isto é, a legalização de recursos patrimoniais obtidos de maneira ilícita. Há, assim, apesar da desnecessidade de condenação anterior, uma relação de dependência entre o crime de lavagem com um crime antecedente.

Uma das versões dos tipos propostos compreende a dissimulação da aplicação de bens e valores na criação ou disseminação de conteúdos problemáticos. A conduta, no entanto, não guarda pertinência com os demais crimes da referida lei. Não há referência à origem ilícita, isto é, a um antecedente infracional do qual o recurso resulta. A par da formulação genérica, e por isso deletéria, do crime consequente - propagação de desinformação, crimes contra a honra, discursos de ódio, conteúdo manipulado e subversão de termos de uso de aplicações de internet -, o objetivo do tipo, isto é, a responsabilização do financiamento de uma conduta criminosa é já alcançado pela legislação penal vigente. Afinal, quem, de qualquer modo, concorre

para um crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade, nos termos do artigo 29 do Código Penal.

Embora seja possível e haja formas específicas de criminalização do financiamento, decorrentes da opção político-criminal no sentido de recrudescer a resposta penal a certas condutas, a forma comentada desconsidera o próprio objeto dos crimes previstos na referida lei. Se, por outro lado, a intenção do proponente foi alcançar a dissimulação do proveito do crime das associações que propagam desinformação - uma vez tipificada a conduta - isto já é plenamente possível nos termos da Lei 9.613/1998, tal como hoje se encontra.

A outra versão proposta que, inserida na lei de lavagem de capitais, alcança quem de qualquer forma age na operação de contas inautênticas ou redes de disseminação através de práticas ilícitas, e, por sequer compreender o núcleo típico da dissimulação, não guarda sequer semelhança com os crimes de lavagem. É, além disso, imprecisa, aberta e dá relevância penal, com severa atribuição de penas, à criação de contas “não identificadas”, “inautênticas” e à prática de quaisquer ilícitos, isto é, quaisquer ações ou omissões que geram danos (em havendo dolo ou culpa), ou abuso de direito.

Diante disso, as alterações propostas na Lei 9.613/1998 não são capazes nem necessárias para alcançar os fins para os quais foram formuladas, e pela deficiente técnica legislativa estão em tensão com os imperativos decorrentes do princípio da legalidade e da subsidiariedade do direito penal.

CONCLUSÃO

Enfrentar a desinformação e fortalecer o debate democrático na internet envolve compreender as transformações trazidas pela internet e, assim, buscar abordagens que sejam funcionais e protetivas a direitos. Como já afirmamos anteriormente, *“direitos fundamentais como liberdade de expressão e a privacidade devem ser vistos como parte da solução, e não do problema, evitando-se a adoção de caminhos fáceis ou ‘balas de prata’”*.

Com efeito, uma abordagem regulatória focada no controle de conteúdo acaba por simplificar o cenário e colocar em funcionamento um ciclo vicioso de controle de conteúdo, com riscos significativos à expressão legítima. A delimitação de conteúdos ilegais irá continuar existindo, mas necessita ser complementada com outros instrumentos que tenham menos chance de serem instrumentalizados para a perseguição de discursos. Ainda, questões relacionadas à privacidade, ao acesso à informação, ao direito de livre associação e ao combate à discriminação não podem permanecer em segundo plano.

Uma alternativa que deve ser considerada é a construção de uma abordagem regulatória crescentemente agnóstica de enfrentamento à desinformação, especialmente a partir da delimitação e intervenção em comportamentos que possam ser considerados abusivos ou inautênticos. Uma abordagem como essa pode complementar a atuação do Estado na responsabilização de indivíduos que disseminam conteúdos ilícitos, oferecendo uma verdadeira caixa de ferramentas para a proteção do debate público e agregando legitimidade aos esforços de combate à desinformação.

Mesmo que não seja uma tarefa simples, a alternativa tem apresentado impacto significativo quando aplicada por agentes privados, mesmo que seja necessário o aperfeiçoamento da transparência de sua atuação. Neste sentido, estabelecer obrigações de transparência às plataformas de internet sobre suas políticas de moderação de conteúdo e sobre as medidas adotadas para coibir comportamentos inautênticos é uma disposição bem-vinda.

O direito penal é uma das formas de coibir comportamentos abusivos, mas não a única, e mesmo uma abordagem voltada a identificá-los e coibi-los deve priorizar outras ferramentas fora do âmbito penal. Na linha de recentes recomendações presentes em estudo encomendado pelo parlamento europeu¹³, a criminalização de condutas só faz sentido ser considerada como solução última e residual, enquadrando apenas casos

13 Bayer, Judit & Bitiukova, Natalija & Bard, Petra & Szakács, Judit & Alemanno, Alberto & Uszkiewicz, Erik. (2019). Disinformation and Propaganda – Impact on the Functioning of the Rule of Law in the EU and its Member States. SSRN Electronic Journal. 10.2139/ssrn.3409279.

graves “de práticas informacionais agressivas” e que não possam ser enfrentados adequadamente a partir da legislação existente. As tentativas de endereçar determinadas condutas abusivas pela via penal através da expansão de tipos penais previstos na Lei de Organizações Criminosas e na Lei de Lavagem de Dinheiro, ou até mesmo da criação de novos tipos penais, por exemplo não só coloca riscos a direitos e liberdade individuais como se revela inócua para coibir as condutas visadas. Desta forma, a mobilização de mecanismos no âmbito do direito civil, administrativo e eleitoral pode se revelar tanto mais efetiva, quanto coloca menos riscos aos direitos e garantias individuais.

No caso de campanhas político-eleitorais, por exemplo, o estabelecimento de obrigações de transparência sobre compra de mídia e contratação de ferramentas de marketing digital, e a vedação ao emprego de ferramentas automatizadas que distorçam a percepção sobre o debate público podem ser caminhos regulatórios. Um exemplo é a resolução do TSE n. 23.610/2019 sobre propaganda eleitoral, que veda o disparo em massa de mensagens sem anuência do destinatário.

Nesse sentido, a própria Lei Geral de Proteção de Dados pode oferecer caminhos para coibir comportamentos inautênticos que se valham do uso e análise de dados pessoais. Ao definir hipóteses e regras para o tratamento de dados pessoais, estabelecendo mecanismos de fiscalização e sanções no caso de violação, o regime de proteção de dados pessoas traz ferramentas para coibir comportamentos inautênticos que se valham de dados pessoais obtidos irregularmente para microdirecionar mensagens ou disparar conteúdo em massa. Além disso, aprofundar debates a respeito da tutela da conduta de agentes públicos em redes sociais podem ser caminhos muito mais profícuos que a criminalização do discurso.

