

DIREITO PENAL E FAKE NEWS: OS LIMITES DEMOCRÁTICOS À CRIMINALIZAÇÃO DA DESINFORMAÇÃO

Criminal law and fake news: the democratic limits to the criminalization of disinformation
Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 201/2024 | p. 161 - 194 | Mar - Abr / 2024
DTR\2024\4416

Raphael Boldt

Pós-Doutor em Direito Penal pela Goethe-Universität (Frankfurt am Main) e em Criminologia pela Universität Hamburg (ambos, bolsa DAAD). Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da FDV. Advogado. Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7059830980608621_]. Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-1625-9856_]. raphael@jorioboldt.com.br DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515844_].

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo pretende investigar se o direito penal pode ser utilizado como instrumento idôneo de tutela contra a difusão de fake news no Brasil, onde a divulgação de notícias falsas ainda demanda análise jurídica mais profunda, principalmente no campo penal. Do ponto de vista metodológico, a âncora epistêmica assenta-se na matriz teórica dialética de cariz jurídico-filosófico vinculada à tradição frankfurtiana. O recorte epistemológico incidirá sobre a atual estrutura do sistema penal brasileiro para definir se é possível e recomendável a intervenção estatal por meio da tipificação da propagação de fake news sem comprometer os princípios fundamentais do direito penal de um Estado democrático. Traduzindo a hipótese em questionamentos: Como o Estado deve tratar das responsabilidades e condutas atinentes à produção e disseminação de notícias falsas, gerenciando dilemas que envolvem direito à privacidade, liberdade de expressão, exercício de direitos políticos e potenciais abusos de poder econômico? Quais as exigências formais e materiais para a criminalização dessa conduta? Quais os obstáculos à criminalização da desinformação e os riscos para a estabilidade democrática do direito penal? Por se tratar de um tema novo no direito brasileiro, é natural que se busque uma orientação em experiências do direito estrangeiro, neste caso, no direito alemão, pioneiro no debate sobre a criação de medidas regulatórias referentes à disseminação de conteúdos ilícitos na Internet e mais familiar ao autor da pesquisa.

Palavras-chave: Direito Penal – Fake News – Criminalização – Desinformação – Democracia

Abstract: The article intends to investigate whether Criminal Law can be used as a suitable instrument against the dissemination of fake news in Brazil, where the dissemination of fake news still requires deeper legal analysis, especially in the criminal field. From a methodological point of view, the epistemic anchor is based on the dialectical theoretical matrix of a legal-philosophical nature linked to the Frankfurtian tradition. The epistemological cut will focus on the current structure of the Brazilian penal system to define whether state intervention is possible through the typification of the spread of fake news without compromising the fundamental principles of Criminal Law of a democratic State. Translating the hypothesis into questions: How can the State deal with the responsibilities and conduct related to the production and dissemination of fake news, managing dilemmas that involve the right to privacy, freedom of expression, exercise of political rights and potential abuses of economic power? What are the formal and material requirements for criminalizing this conduct? What are the obstacles to the criminalization of disinformation and the risks to the democratic stability of Criminal Law? As it is a new topic in Brazilian Law, it is natural to seek guidance in experiences of foreign Law, in this case, in German Law, a pioneer in the debate on the creation of regulatory measures regarding the dissemination of illegal content on the Internet and more familiar to the research author.

Keywords: Criminal Law – Fake News – Criminalization – Disinformation – Democracy

Para citar este artigo: Boldt, Raphael . Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 161-194. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515844_]. Disponível em: inserir link consultado. Acesso em: DD.MM.AAAA.

Sumário:

1. Introdução - 2. Democracia e esfera pública digital - 3. *Fake news* e liberdade de expressão: ameaças à formação da opinião e da vontade política na democracia - 4. Breve panorama da regulação de *fake news* na Alemanha - 5. Regulação e punição de *fake news* no Brasil: a legitimidade de um tipo penal *de lege ferenda* - 6. Considerações finais - 7. Referências

1. Introdução

Atualmente¹ muito se discute sobre os riscos da digitalização para a democracia e, principalmente, para a esfera pública democrática. Por isso, este artigo pretende contribuir para um debate contemporâneo e necessário, que pressupõe uma profunda reforma de normas e práticas vigentes. O objetivo é, principalmente, oferecer os instrumentos necessários para a compreensão de um dos temas mais importantes e complexos da atualidade, que envolve dimensões tecnológicas, filosóficas e jurídicas: a disseminação de *fake news* e a criação de estratégias regulatórias adequadas para lidar com a desinformação.

A discussão torna-se ainda mais relevante em virtude da atual lacuna no ordenamento jurídico brasileiro e da ampliação do debate em torno do impacto de notícias fraudulentas nas estruturas das democracias modernas. Embora existam atualmente investigações formais em curso sobre a disseminação de *fake news*² referentes a membros do Supremo Tribunal Federal e tramitem no Congresso diversas propostas direcionadas a aumentar o rigor no enfrentamento de *fake news*, a discussão não é trivial e requer uma análise que ultrapasse os limites do direito penal.

O ponto de partida do trabalho tem como foco a relação entre direito e transformação social, analisando especialmente como a normatividade do direito e a epistemologia social são modificadas pelo surgimento de novas tecnologias na passagem de uma sociedade centrada na impressão e em organizações para uma sociedade centrada em redes computacionais e plataformas digitais. Uma das mais inovadoras abordagens, que facilita a percepção dessa transformação, encontra-se no marco dos estudos dos meios do direito³. Com isso, pretende-se apresentar uma reconstrução dessa mutação da epistemologia social para oferecer possíveis caminhos para uma regulação jurídica num cenário de completa mudança da complexidade social. É exatamente nesse contexto de ruptura mediática que se deve inserir a discussão acerca das notícias fraudulentas e os pressupostos materiais mínimos da tutela penal.

Contemporaneamente, um dos maiores inconvenientes no que diz respeito à regulamentação e controle de *fake news* se refere ao fato destas se propagarem principalmente por meio do mundo digital. Daí que a dificuldade de regulamentação passa pelos mesmos percalços do Direito e do Estado efetuar o controle de qualquer tema referente à Internet. Em meio às dificuldades inerentes à regulação do “ciberespaço” e considerando que as plataformas não são mediadores neutros, mas atores que exercem poder considerável, surge a pergunta sobre quais os modelos normativos mais adequados ao ordenamento jurídico brasileiro para a remoção de conteúdos ilícitos da Internet e os limites normativos à regulação das plataformas digitais⁴.

O grande desafio trazido pela proliferação aparentemente incontrolável de discursos de ódio e *fake news* no ambiente virtual é encontrar soluções apropriadas à instantaneidade da era digital⁵, e não meras transposições de técnicas de aplicação do Direito que tem origem no paradigma analógico. Apesar da recente experiência europeia com uma regulação autorregulada⁶, a hipótese desta pesquisa sugere que a reserva de jurisdição e a autorregulação não são necessariamente excludentes. Embora alguns recomendem que o Estado não regule diretamente tais comportamentos, acreditamos que a persecução penal de delitos taxativamente definidos e a reparação dos danos causados pelos ilícitos podem coexistir com a autorregulação. O que se propõe é a criação de um modelo híbrido, pautado na ideia de multinormatividade jurídica e na “função comunicativa do direito penal”⁷, que evite a “juridificação”⁸ – entendida como hiper-regulação dos sistemas sociais pelo Direito – e preserve as vantagens de cada um dos modelos normativos. A partir daí, almeja-se perquirir *standards* argumentativos que sirvam ao legislador para demonstrar a legitimidade da norma penal, indagando-se, mais especificamente, sobre a criação de um tipo penal referente à disseminação de *fake news* no Estado democrático, onde se pressupõe a primazia normativa do indivíduo e a fixação da dignidade humana no ápice da ordem valorativa constitucional.

Traduzindo essa hipótese em questionamentos: Como o Estado pode tratar das responsabilidades e condutas atinentes à produção e disseminação de notícias falsas, gerenciando dilemas que envolvem direito à privacidade, liberdade de expressão, exercício de direitos políticos e potenciais

abusos de poder econômico? Quais os obstáculos à criminalização da desinformação e os riscos para a estabilidade democrática do direito penal?⁹ Nesse sentido, o fio condutor do trabalho sugere uma revisão epistemológica para a discussão do tratamento jurídico de *fake news*, sua produção e disseminação, suas repercussões e responsabilidades, impondo especiais desafios ao sistema penal. Tais desafios não eliminam a importância do direito estatal, razão pela qual justifica-se o recurso à legislação europeia e, mais especificamente, ao direito alemão, não como um arquétipo a ser seguido a todo custo, mas como um ponto de partida para a formulação de um modelo próprio para o Brasil¹⁰.

O percurso investigativo que se começa a desenhar a partir desse breve diagnóstico conduz à discussão sobre a regulação de *fake news* e a legitimidade de eventual proposta de lei que pretenda punir penalmente sua divulgação, com a determinação dos limites dessa criminalização, de modo a não colocar em risco a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, essenciais ao Estado Democrático de Direito. Em um Estado democrático, a incriminação deve submeter-se também a um procedimento de verificação de sua legitimidade. Nesse sentido, entende-se a importância de identificar o lugar do direito penal no mundo digital para analisar se a disseminação de *fake news* se insere naquilo que o legislador pode proibir sob pena aos seus cidadãos. Eis então a proposta da pesquisa: discutir a legitimidade e a fundamentação possível para a criminalização da difusão de *fake news* no Brasil.

2. Democracia e esfera pública digital

De difícil definição e complexa configuração, o conceito de esfera pública tem dominado grande parte da recente literatura em áreas como filosofia, comunicação social e sociologia. Espaço que estabelece e organiza a relação entre Estado e sociedade civil, a esfera pública consiste na peça central da democracia e designa um sistema de mediação e comunicação que organiza o intercâmbio entre cidadãos e entre estes e as instituições políticas. Trata-se, portanto, de um espaço para o desenvolvimento de ideias, opções políticas e identidades coletivas que permite a legitimação política de atores políticos por meio das eleições¹¹. Desde a sua concepção original proposta por Habermas¹² até configurações mais contemporâneas que incluem uma ecologia mediática pontuada pela Internet, o conceito tem sido alvo de confrontações que procuram evidenciar as suas potencialidades, mas também as suas limitações, nomeadamente em termos da pressuposta igualdade de condições dos participantes e universalidade de acesso, uma vez que o princípio da publicidade que sustenta a esfera pública apela para o uso público da razão, livre de manipulação e coerção¹³.

Convém expor, desde já, que este texto não pretende aprofundar as discussões sobre o processo de modernização no âmbito da crítica frankfurtiana ou – embora relevante – examinar o conceito habermasiano de democracia deliberativa¹⁴. Apesar de todas as críticas e limitações que lhe têm sido apontadas, as expectativas idealizadoras da esfera pública moderna deixaram marcas profundas no contexto das reflexões científicas sobre as condições de funcionamento democrático da sociedade. Habermas enfatizou seu caráter historicamente condicionado e institucionalmente localizado, expondo como suas normas estão embutidas nas instituições e nas complexas histórias culturais das sociedades democráticas. Segundo ele, a expectativa de que indivíduos privados pudessem construir argumentativamente os termos de entendimentos mútuos fez sua primeira aparição significativa nas paisagens culturais esculpidas por uma burguesia europeia¹⁵.

A esfera pública tem sua origem, portanto, no âmbito de uma transformação cultural abrangente, produto da cultura urbana europeia que surgiu gradualmente no século XVIII nos Estados nacionais em formação no Ocidente¹⁶. Nesse sentido, ela se opõe ao domínio privado e às vezes aparece exatamente como o oposto do poder público. Assim, os “órgãos da esfera pública” incluem os órgãos estatais ou os meios de comunicação, que, tal como a imprensa, servem à comunicação pública¹⁷. Com o processo de modernização e o auxílio da imprensa, a esfera pública institucionalizou redes de comunicação e relações sociais (urbanas) que não tem centro nem formam qualquer unidade. O surgimento de novos espaços públicos na Europa (inicialmente em países como Inglaterra e França) transformou a opinião pública, considerada uma nova forma de poder anônimo e invisível. Com a mudança dos canais de comunicação e a circulação do conhecimento, criou-se uma ordem cultural mais móvel e aberta, cujo lugar social é a nova sociedade civil, chamada posteriormente na Alemanha de sociedade burguesa (*bürgerliche Gesellschaft*)¹⁸.

Conforme mencionamos, a ascensão de uma esfera pública independente da Corte realizou-se

dentro de um amplo movimento de transformação que afetou diversos campos e que foi acompanhado de uma nova forma de auto-organização social. Nesse ponto, é importante lembrar que o surgimento da esfera pública deve ser compreendido em um cenário de emancipação progressiva da vida econômica dos regulamentos políticos tradicionais ao longo do século XVIII. Enquanto os poderes feudais da igreja e da nobreza, que eram portadores de uma publicidade representativa, se desintegraram, o Estado-nação burguês tornou-se a esfera do poder público e a sociedade emergiu como um espaço de interesse e atividade privadas. Antigos laços políticos não poderiam mais efetivamente regular a vida econômica, revolucionada pelo comércio.

Com a despolitização da economia e a crescente centralização do poder político, indivíduos privados recém-constituídos, *self-made men* de uma burguesia em ascensão, se aproximavam, conscientes de sua autonomia compartilhada e de sua vulnerabilidade. A autoconsciência emergente dos interesses generalizáveis dos indivíduos privados foi promovida e se expressou pelo surgimento de uma imprensa burguesa. A publicação de notícias por intermédio de revistas e jornais facilitou a conscientização de um novo público formado por pessoas capazes de se informar sobre assuntos importantes e de expor e compartilhar ideias¹⁹. A esfera pública moderna estava ancorada nas aspirações de uma subjetividade particular burguesa e as normas que regiam a discussão pública expressavam sua crença na possibilidade de chegar ao consenso, não a partir da supressão da autonomia privada de seus participantes, mas como uma medida de seu compromisso com o princípio da autonomia privada de cada indivíduo.

Na medida em que a esfera pública liberal possibilitou a observação de observadores, a sociedade ampliou suas possibilidades, de modo que o final do século XIX marcou um período inovador na comunicação, com o surgimento de uma nova cultura de massa e meios de comunicação até então desconhecidos, como o rádio, o cinema e a fotografia. Vesting caracteriza esse modelo de esfera pública como “pluralismo de grupos”, pois ele parte da noção de que a opinião pública era determinada primeiramente por temas e contribuições de grupos e organizações formais da sociedade, como sindicatos, partidos políticos, igrejas, editoras e emissoras de rádio. Diferentemente da precedente esfera pública liberal, na qual as opiniões circulavam entre os cidadãos que se observavam mutuamente, agora eram os grupos que iriam determinar uma pré-estruturação do intercâmbio de opinião de acordo com os campos de interesse²⁰.

Em sua clássica obra sobre a esfera pública, Habermas já afirmava que “as tendências à desintegração da esfera pública são inequívocas: enquanto sua esfera se expande cada vez mais magnificamente, sua função se torna cada vez mais frágil. No entanto, o público ainda é um princípio organizacional de nossa ordem política.”²¹

Indissociável da esfera pública desde a primeira conceitualização, a comunicação social configura-se como central ao debate público, tanto em suas formas mais tradicionais quanto por meio dos novos meios de comunicação potencializados pelas tecnologias digitais. Contudo, as novas tecnologias impõem também novos desafios teóricos, metodológicos e práticos à constituição de uma esfera pública digital. Os espaços públicos convencionais de discussão são confrontados com diversas formas de socialização, com organizações em rede e novos canais de disseminação e troca de informação que exigem a reflexão sobre questões como poder, regulação, cidadania e participação.

No campo do controle das condutas desviantes, por exemplo, uma das características da inteligência artificial – que é mantida e promovida em igual medida como utópica e distópica – é o seu potencial para ser usado para controle e regulação comportamental otimizados. Quanto mais o comportamento futuro puder ser calculado e previsto por meio da coleta de dados comportamentais (*big data*) e analisado mediante algoritmos (*data analytics*), mais precisamente esse comportamento também poderá ser influenciado e, se necessário, modificado. Com isso, o princípio orientador de todo Estado de prevenção, “prevenir em vez de remediar”, ganha um poder de persuasão quase insuperável graças às novas possibilidades técnicas²².

Isso conduz a uma outra discussão importante sobre o sentido e o futuro da liberdade no mundo digital. Segundo Günther, se houvesse um consenso em vista dos desenvolvimentos oriundos das novas tecnologias, provavelmente consistiria no fato de que eles aumentam e ampliam consideravelmente as possibilidades de ação e, portanto, um aspecto da liberdade humana. A tecnologia de comunicação global, que é capaz de conectar as pessoas em quase qualquer lugar do mundo em tempo real e que permite acesso transfronteiriço e quase ilimitado ao conhecimento via Internet, expande o escopo da liberdade. Aqui, a ameaça à liberdade se manifesta principalmente

nas possíveis sanções e em outras consequências negativas que são desencadeadas sobre aqueles que desafiam as regras de conduta exigidas e controladas digitalmente. O fato de que muitos não percebem mais essas restrições à liberdade como uma ameaça é o produto secundário da mudança progressiva: a liberdade não é restringida inicialmente de fora, mas já pode ser mudada de dentro. Diante disso, deve-se esclarecer se e como a liberdade muda quando alguém se move em mundos compostos por dados preditivos. Em outras palavras: quão livres somos realmente nas câmaras de eco?²³

Essa tendência de progressiva desintegração da esfera pública apontada por Habermas ganhou novos contornos com a Internet e as plataformas digitais, sofrendo uma radicalização decorrente da desagregação dos fluxos de comunicação social. A fragmentação da esfera pública, situada no contexto de uma sociedade pós-industrial, produziu não apenas uma nova infraestrutura da subjetividade (*homo digitalis*), mas efeitos na esfera pública institucionalizada. Um dos efeitos desse processo é a redução da centralidade estatal²⁴ e o surgimento de desafios normativos complexos, desde a construção de novos instrumentos de proteção a direitos de personalidade a novos projetos de regulação.

Tendo em vista que a comunicação é um aspecto importante e indispensável do sistema político em todos os modelos de democracia²⁵ e que a esfera pública é um conceito que permite examinar como as relações de poder limitam as possibilidades de comunicação democrática, o nível e os estilos de participação política dos cidadãos, condição para a constituição da esfera pública, têm sido continuamente desafiados por essas novas tecnologias. A democracia moderna, como fenômeno histórico, assenta-se num pilar importante e problemático, a participação cívica, conceito também histórico e sujeito a contingências de interação social. Na sociedade atual, em diversos países, as pessoas têm participado cada vez menos dos mecanismos formais democráticos e a disseminação de notícias falsas tem contribuído para o acirramento da erosão da confiança nas instituições sociais.

Ao escrever sobre a esfera pública burguesa na década de 1960, Habermas se preocupou com a questão de como os princípios democráticos liberais poderiam ser resgatados e radicalizados na Alemanha após o fascismo. O que o atraiu para a ideia de esfera pública foi justamente seu potencial como fundamento de uma sociedade baseada em princípios democráticos. Embora seja difícil prever, atualmente é necessário refletir sobre a capacidade das instituições democráticas liberais resistirem à pressão da revolução comunicacional das plataformas digitais e quais as alternativas para os novos desafios impostos pela “plataformização da esfera pública”²⁶.

Em tal contexto, a esfera pública digital atual tem sido moldada pela lógica da acumulação, fragmentação e aceleração, assumindo, com isso, inúmeras formas²⁷. Como resultado dessa transformação na esfera pública, interessam-nos particularmente os efeitos negativos de uma política *on-line* pós-factual para o Estado democrático e sua relação com a produção de *fake news*. Nesse sentido, Habermas assinala que em um mundo onde não é mais possível diferenciar informações verdadeiras de *fake news*, é uma exigência constitucional manter uma estrutura mediática que viabilize o caráter inclusivo da esfera pública e o caráter deliberativo de formação da vontade e da opinião públicas²⁸.

3. Fake news e liberdade de expressão: ameaças à formação da opinião e da vontade política na democracia

As plataformas digitais são exemplos do ambiente de profunda e permanente transformação decorrente dos avanços tecnológicos experimentados nas últimas décadas. Com as mencionadas modificações da esfera pública, evidenciaram-se as consequências ambivalentes da digitalização nas sociedades democráticas. Se por um lado os movimentos pró-democracia se beneficiaram do potencial da Internet para criar uma comunidade democrática global e facilitar mobilizações contra governos autoritários, por outro, as eleições norte-americanas de 2016, as eleições brasileiras de 2018 e o referendo do *Brexit* no Reino Unido são exemplos de como essas mesmas mudanças podem gerar sérios prejuízos ao processo democrático e aos direitos fundamentais.

Questões como campanhas de desinformação em massa, microdirecionamento de propagandas eleitorais com o potencial de alterar o resultado das eleições e ataques antidemocráticos com proliferação de conteúdos ilícitos se tornaram instrumentos funcionais à erosão do Estado de Direito. Enquanto no Brasil, o denominado Inquérito das *Fake News*, conduzido pelo Supremo Tribunal Federal, noticiou a existência de milícias digitais organizadas com o objetivo de disseminar notícias

falsas e proferir ataques a opositores e críticos do Governo do ex-presidente Jair Bolsonaro, na Alemanha, o Ministro da Saúde, Karl Lauterbach, foi ameaçado de morte pelos chamados “Cidadãos do Reich” (*Reichsbürger*), um grupo de extrema-direita que não reconhece a República Federal da Alemanha como um Estado e afirma que o histórico *Reich* alemão continua a existir até hoje, negando, assim, as atuais estruturas democráticas e constitucionais do país²⁹.

A produção e a disseminação de notícias falsas compõem as principais estratégias de movimentos políticos radicais como os *Reichsbürger*. Em uma grande operação no dia 07 de dezembro de 2022, a polícia alemã prendeu 25 pessoas vinculadas ao grupo, incluindo ex-oficiais das forças armadas, policiais e um ex-membro do partido AfD (*Alternative für Deutschland*) no Parlamento Alemão, investigadas por planejar um golpe de Estado. No Brasil, também em dezembro de 2022, foi realizada uma megaoperação da Polícia Federal em conjunto com as polícias civis estaduais, com o cumprimento de 32 mandados de busca e apreensão e de prisão contra suspeitos de incitarem e participarem de atos antidemocráticos e organizarem grupos armados³⁰.

Além das grandes operações deflagradas pelos órgãos estatais contra atos antidemocráticos, as redes sociais têm sido pressionadas a restringir o discurso publicado por usuários de acordo com termos e condições privados, removendo publicações e bloqueando ou excluindo contas de figuras e agentes públicos com o propósito de coibir conteúdos ilícitos e desinformação. Como se pode notar, vários são os casos envolvendo questões que permeiam o exercício da liberdade de expressão e sua relação com a democracia na era digital.

Sem a pretensão de analisar todas as grandes questões que envolvem essa complexa relação, interessa-nos compreender, em especial, o papel desempenhado pela desinformação no processo de deterioração dos pilares democráticos e como resguardar a liberdade de expressão em um contexto de ampla propagação de notícias fraudulentas. Em outras palavras, como promover a liberdade de expressão e a proteção da democracia sem inviabilizar modelos de negócios legítimos ou retirar da Internet suas características principais de abertura, descentralização e alcance mundial?³¹ Para tanto, é fundamental definir os papéis do Estado e das plataformas digitais. No que se refere a esta pesquisa, almeja-se principalmente compreender os limites da intervenção jurídico-penal para regular o discurso e lidar com a desinformação por meio de *fake news*, estabelecendo, pois, um arranjo que equilibre interesses sem atribuir poderes excessivos aos entes estatais e privados.

Entre tantos desafios, o problema inicial consiste exatamente em apresentar uma definição jurídica adequada para o termo *fake news*. Esse debate foi retomado há pouco tempo na Alemanha em razão da guerra na Ucrânia e do julgamento de Ursula Haverbeck, uma mulher de quase 90 anos condenada por negar o Holocausto. Haverbeck afirmou repetidamente que o campo de concentração de Auschwitz não era um campo de extermínio, mas um campo de trabalhos forçados. Em vários artigos publicados na Internet, ela escreveu que não poderia ter havido um assassinato em massa de judeus durante a era nazista, embora estimativas de historiadores apontem o assassinato de pelo menos 1,1 milhão de pessoas apenas no campo de concentração de Auschwitz-Birkenau.

A questão foi submetida ao Tribunal Distrital de Verden, na Baixa Saxônia, e Haverbeck foi condenada a dois anos de prisão em agosto de 2018 por “incitação ao ódio” (*Volksverhetzung*), crime previsto no § 130 do Código Penal (*StGB*). Ao recorrer para o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*), os magistrados declararam que a divulgação de “declarações de fatos deliberadamente e comprovadamente falsos” não poderia “contribuir para a formação de opinião”, além de não estar resguardada pela liberdade de expressão. Para o Tribunal, apesar da idade de Haverbeck, sua condenação não viola a dignidade humana e a negação do genocídio nacional-socialista põe em perigo a paz pública³².

Mais recentemente, em outubro de 2022, o Parlamento alemão (*Bundestag*) decidiu endurecer a legislação penal sobre o tema, enquadrando no aludido tipo penal de “incitação ao ódio” a negação e banalização grosseira de crimes de guerra e genocídios³³. Segundo o Conselho Federal (*Bundesrat*), esses crimes são repetidamente minimizados ou negados por uma minoria e o Estado não pode mais tolerar esse tipo de comportamento. Crimes de guerra em Ruanda, genocídio dos iazidis, violações dos direitos humanos contra os uigures na China e, atualmente, a morte de civis ucranianos, fazem parte de uma longa lista de atrocidades que, se forem negadas e usadas para incitar o ódio contra certos grupos populacionais e perturbar a paz pública, poderão ser objeto de sanção penal.

A punição de fatos como esses, em especial no que diz respeito à negação do Holocausto, possui

um significado histórico bem peculiar para a Alemanha³⁴. Na esteira de Schünemann, historicamente afirma-se que a punição da “mentira de Auschwitz” (*Die Auschwitz-Lüge*) representou para a Alemanha (e também para a Áustria) a adoção de um caminho especial historicamente explicável. Ainda assim, aduz o penalista, para o direito, a mentira enquanto tal não constitui um objeto digno de intervenção, senão nas hipóteses de violação a um interesse digno de proteção jurídica³⁵.

Quanto ao conceito de *fake news*, a expressão pode ser traduzida simplesmente como “notícias falsas”. No entanto, a tradução literal não resolve o problema juridicamente e desde as eleições norte-americanas de 2016 a expressão tem sido empregada no sentido de notícias deliberadamente falsas que foram produzidas especificamente para fins de distribuição viral pela Internet e, especialmente, pelas redes sociais, com o objetivo de manipular o público para fins políticos e/ou comerciais específicos³⁶. Trata-se, pois, de uma forma especial de notícia falsa com pretensões de veracidade que omite os reais interesses de seu emissor e acarreta a desinformação³⁷.

A polissemia do termo e a dificuldade de estabelecer com precisão uma definição jurídica tendem a dificultar tanto o diagnóstico quanto o tratamento regulatório adequado de *fake news*. Por esse motivo, ou seja, a clara dificuldade conceitual, a União Europeia tem recomendado que se abandone a expressão, visto que, além disso, a desinformação é um fenômeno que perpassa tais notícias³⁸. Apesar dos obstáculos semânticos, utilizaremos a expressão no sentido de notícias ou mensagens fraudulentas capazes de gerar dano efetivo ou potencial em busca de alguma vantagem.

Hoven lembra ainda que a divulgação de *fake news* tem uma longa tradição. Em 1870, a publicação do *Emser Depesche*, deliberadamente falsificado por Otto von Bismarck, desencadeou tensões entre a Alemanha e a França e levou os países vizinhos à guerra³⁹. Embora notícias falsas não sejam uma novidade, é preciso reconhecer que suas formas e o alcance de sua comunicação pública atingiram patamares inimagináveis⁴⁰.

A conjugação do notável volume de informações falsas e sua instrumentalização política tem sido considerada uma ameaça à formação da opinião e da vontade públicas em uma sociedade plural, deteriorando a soberania popular e, consequentemente, o princípio democrático⁴¹. No mesmo sentido, Habermas menciona o que ele considera uma tendência notável: a crescente infiltração da esfera pública por *fake news* e o desenvolvimento de uma “democracia da pós-verdade” que fortalece a desconfiança nos meios de comunicação, situação normalizada principalmente a partir do governo de Donald Trump nos Estados Unidos⁴².

A questão não é simples e, no caso de *fake news*, costuma-se fazer uma distinção entre *declarações falsas de fatos* (objetivos) e *opiniões* (subjetivas), visto que declarações sobre fatos se referem a circunstâncias da realidade que podem ser objetivamente provadas ou refutadas, estando, portanto, certas ou erradas. Conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*), somente mentiras deliberadas ou outras inverdades que já possam ser classificadas como falsas pelo emissor ao serem transmitidas não gozam da proteção da liberdade de expressão. O Tribunal entende que pesquisas elaboradas para verificar a veracidade de uma afirmação fática não são necessárias no nível de proteção dos direitos fundamentais. As opiniões, por outro lado, são a expressão de uma declaração pessoal e, portanto, não podem ser provadas. Contudo, se a expressão de opiniões, que são subjetivas, violar a honra de uma pessoa, o autor pode ser processado, por exemplo, por crime contra a honra. No entanto, as expressões de opinião não podem estar erradas e, portanto, não se enquadram no termo *fake news*. Somente se a expressão de uma opinião for baseada em fatos falsos, toda a mensagem pode ser considerada *fake news*⁴³.

Diante dos recursos limitados dos usuários de redes sociais em face da publicação de notícias falsas e dos danos que estas tem produzido, intensificou-se a discussão acerca do uso do direito penal como meio de punir a manipulação da opinião pública por meio de *fake news* e de dissuadir futuros autores. Eis, pois, um dos desafios assumidos por este trabalho: oferecer uma visão geral sobre as possibilidades de punição pela disseminação de notícias falsas no contexto da legislação vigente e analisar a legitimidade da intervenção jurídico-penal *de lege ferenda*.

4. Breve panorama da regulação de fake news na Alemanha

4.1. Percurso histórico: liberdade de expressão e instrumentalização política do direito penal

Antes de delimitar o tratamento regulatório de *fake news* no campo jurídico-penal, é importante

analisar como alguns países têm tratado o tema da desinformação no plano normativo. Considerando os limites desta pesquisa, restringiremos nossa investigação à Alemanha, cuja abordagem regulatória tem sido apresentada como uma referência inovadora e importante no que se refere a discursos de ódio e à disseminação de notícias falsas nas plataformas digitais.

Para a posterior averiguação do merecimento e da necessidade da tutela penal quanto às *fake news*, faremos um esboço histórico com o intuito de exhibir o pano de fundo sociocultural das modificações legislativas contemporâneas na Alemanha e os riscos inerentes ao tratamento penal da questão. Tal exposição se torna ainda mais relevante em virtude da zona de interseção necessária entre política criminal e democracia. Com isso, pretende-se expor uma breve visão do desenvolvimento da legislação penal alemã a partir da modernidade com vistas a restringir a liberdade de expressão e a facilitar um entendimento metodológico que possibilite uma abordagem histórico-crítica do direito penal contemporâneo. Aliás, o direito penal alemão está intimamente ligado ao direito penal de outros países europeus e latino-americanos. Não só existem muitas características compartilhadas, como a teoria penal alemã desempenhou um papel importante na elaboração dos códigos de várias nações, inclusive do Brasil.

Cumpra observar, inicialmente, que apenas no século XVII, com Benedict Carpzov, cuja obra principal foi a *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, de 1635, o direito penal alemão começou a reduzir a influência dominante dos modelos italiano, francês e espanhol, eles próprios agentes significativos na modernização da legislação, desenvolvimento facilitado pela importância crescente das universidades.

Em 1751, com poucas mudanças significativas em relação ao *status quo* legal, o *Codex Juris Bavarici Criminalis* da Baviera dedicou o sétimo capítulo da primeira parte aos crimes de heresia e blasfêmia, porém, com penas reduzidas em relação às leis anteriores, influência do pensamento mais liberal da época. Com o Código Penal do Imperador Joseph II, de 1787, em pleno Sacro Império Romano Germânico, houve a separação entre crimes políticos e crimes comuns. Foi um período marcado por ampla oposição religiosa e o crime de heresia, previsto em leis pré-modernas, foi utilizado muito mais como um instrumento de perseguição de determinadas confissões religiosas, com a finalidade de preservar as relações de poder e o domínio da religião católica hegemônica. Não havia obviamente nenhum bem jurídico a ser protegido pela norma em questão, mas tão somente o desejo de manutenção do poder eclesiástico⁴⁴.

Outro diploma normativo que merece destaque foi o Código Penal Bávaro de 1813 (*Bayerisches Strafgesetzbuch von 1813*), elaborado com base nas ideias de Anselm von Feuerbach e em grande parte por ele redigido. O código permaneceu em vigor na Baviera até 1862 e influenciou inúmeros códigos em outros territórios alemães, prevendo, por exemplo, os crimes contra a honra do Estado (arts. 309-314).

Em 1872, um ano após a unificação alemã, entrou em vigor o Código Penal do Império (*RSTGB*), que substituiu, mas preservou os fundamentos do Código Penal Prussiano de 1851. Era, portanto, o período do Império Alemão, marcado por um quadro social no qual grupos feudais tardios e industriais compartilhavam a hegemonia em um Estado que misturava elementos liberais e autoritários⁴⁵. Apesar dessa ambivalência cultural e política, costuma-se afirmar que o *RSTGB* foi um exemplo de código penal decididamente liberal,⁴⁶ que demonstrou uma clara expansão para a esfera política, com o auxílio da “paz pública” como bem jurídico.

A respeito, ficou bastante conhecido o chamado “parágrafo do púlpito”⁴⁷, § 130a, que punia com até dois anos de prisão o clérigo que, no exercício de sua profissão ou em atividade relacionada, discutisse publicamente assuntos de Estado perante várias pessoas, na igreja ou em outro local designado para reuniões religiosas, de forma a colocar em perigo a paz pública. No § 130 do Código Penal havia ainda a previsão de outra figura típica com o claro objetivo de restringir a liberdade de expressão e conter os movimentos populares, intitulada “*Aufreizung zum Klassenkampf*”, uma espécie de crime contra a paz pública por meio de provocação da luta de classes.

Se de fato todo regime político possui seus inimigos ou os produz por certo período⁴⁸, entre 1871 e 1918, o Império Alemão se notabilizou por sua “luta contra a social-democracia” e pela “perseguição e opressão por motivos políticos”⁴⁹. A era de Otto von Bismarck, o “chanceler de ferro” do Império, foi considerada pelos historiadores um primeiro caso de notória criminalização da oposição política na Alemanha⁵⁰. Nessa época, toda a resistência à monarquia foi reprimida, assim como qualquer tentativa de liberalização e democratização do país.

Com as eleições do *Reich* de 1877, os social-democratas obtiveram 10% dos votos e se tornaram o quarto maior partido político do Império, uma suposta ameaça ao poder monárquico. A partir daí, Bismarck impulsionou, com o apoio de outras forças reacionárias, inúmeras medidas de repressão (por meio de organizações, da imprensa e do sistema penal) contra os social-democratas, declarados “inimigos do Império” (*Reichsfeind*). Assim, em 1878 foi criada uma lei de exceção intitulada “Lei contra as perigosas aspirações coletivas da social-democracia” (*Gesetz gegen die gemeingefährlichen Betreibungen der Sozialdemokratie*). O principal motivo alegado para a criação da lei foi o atentado contra o *Kaiser* Wilhelm I naquele ano, seguido de intensa agitação política e clara manipulação dos fatos pela imprensa que, atendendo aos interesses do governo, apresentou os autores do atentado como simpatizantes da social-democracia⁵¹.

A interpretação oficial desse caso e de um atentado posterior contra o *Kaiser*, praticado por Max Hödel, um jovem de 20 anos, conduziu à proposta de uma nova lei, chamada de “Lei de exceção contra a social-democracia” (*Ausnahmegesetz gegen die Sozialdemokratie*). Todo esse arcabouço legislativo congregou as primeiras leis de exceção politicamente motivadas na Alemanha, “leis policialescas” criadas com o objetivo de garantir os anseios políticos de Bismarck, ou seja, a formação de uma nova coalisão conservadora no Parlamento (*Reichstag*). Com essa legislação, foi possível destruir as aspirações democráticas daquele tempo por meio, principalmente, da opressão do movimento dos trabalhadores⁵².

Com a queda do Império e o surgimento da República de Weimar, Gustav Radbruch, então ministro da justiça social-democrata e um dos mais importantes criminalistas da época, elaborou e propôs um projeto pioneiro de reforma do Código Penal em 1922, prevendo, por exemplo, a abolição da pena de morte e da punição de adultos por manterem relações homossexuais. Entretanto, é possível notar que a euforia inicial pela democracia aos poucos cedeu lugar ao fortalecimento da extrema-direita e à radicalização política que tinha como motivos primordiais questões econômicas e, sobretudo, o medo de uma ditadura do proletariado na Alemanha. Em razão dessa radicalização e da posterior militarização da política⁵³, foram adotadas várias medidas com o intuito de preservar a República, entre elas as “Leis para proteção da República” (*Die Gesetze zum Schutze der Republik*), em 1922 e 1930⁵⁴. O § 156 do Código Penal previa, inclusive, o crime de insulto às cores da bandeira (preto, vermelho e amarelo) e punia corporações que defendiam o governo do antigo *Reich* (§ 100).

Segundo Ulbricht, a primeira lei para proteção da República tinha como objetivo impedir o assassinato de membros do governo e as condições de organização para tanto. O atentado contra Rathenau gerou uma mobilização em massa contra a direita política e o governo da República, por meio do presidente Ebert, declarou no mesmo dia que a República corria perigo. Como resultado, limitou-se consideravelmente a liberdade de expressão. O § 8 da Lei, por exemplo, punia com pena privativa de liberdade de até 5 anos e multa de até um milhão de marcos quem publicamente ou em grupo insultasse a forma republicana do país prevista na Constituição⁵⁵. Nas palavras de Sander, Weimar se notabilizou por ser um período no qual o homicídio se tornou um meio amplamente utilizado de fazer política – no mínimo 400 políticos foram mortos na Alemanha entre 1919 e 1924 – e a resposta a esse cenário foi a consolidação de uma justiça penal claramente política⁵⁶. “Se a democracia de Weimar era demandada pela ‘esquerda’, ela foi ameaçada e destruída pela ‘direita’”⁵⁷.

Com a ascensão do nacional-socialismo, a perseguição a adversários políticos ocorreu de modo estruturalmente e qualitativamente diferente, sob o fundamento do *Volksgemeinschaft* e do *Führerprinzip*⁵⁸. Depois do incêndio no *Reichstag* – até hoje não se tem certeza se realmente Marinus van der Lubbe foi o único responsável, ou se ele teve ajuda da oposição política (como diziam os nazistas), ou mesmo se os próprios nazistas atearam fogo ao prédio – os nazistas utilizaram esse fato como justificativa para perseguir grupos políticos dissidentes e reduzir uma série de direitos fundamentais⁵⁹. Resumidamente, a maioria das mudanças do direito penal que ocorreram no período nacional-socialista serviram, principalmente, à erosão programada do Estado de Direito e aos contornos jurídicos de uma ditadura totalitária.

A legislação penal foi aplicada principalmente contra os social-democratas e os comunistas. Exemplo de instrumentalização política citado pelos historiadores é o “Regulamento do presidente para proteção do povo e do Estado” (*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*), promulgado em 28 de fevereiro de 1933 por Paul von Hindenburg. No preâmbulo da lei conhecida como *Lex van der Lubbe* e que se propunha à “proteção do Estado contra atos comunistas violentos”, encontrava-se, inclusive, a possibilidade de imposição da pena morte. Como se sabe,

desde sua fase inicial e decisiva, o período nacional-socialista foi marcado por várias leis de exceção. No mesmo período, em 21 de fevereiro de 1933, o Ministro do Interior do *Reich*, Wilhelm Frick, promulgou uma lei sobre a proibição de demonstrações do partido comunista alemão (*Die Kommunistische Partei Deutschlands – KPD*) na Saxônia (*Freistaat Sachsen*)⁶⁰.

Com o fim da segunda guerra e a divisão da Alemanha pelos países vencedores, a República Democrática Alemã (*Deutsche Demokratische Republik – DDR*) também fez o possível para se distanciar do seu passado recente. Nesse período, foi importante a diretiva 38 do Conselho de Controle (*Kontrollratsdirektive* n. 38), especialmente quanto ao “nacional-socialismo”. Além de perseguir antigos membros e pessoas que compartilhavam da visão de mundo do nacional-socialismo, a diretiva autorizava a prisão de qualquer pessoa contrária ao novo regime. A Justiça da DDR entendia que o anticomunismo e o antimarxismo eram elementos constitutivos do nacional-socialismo e, portanto, toda manifestação anticomunista era simultaneamente nazista. A partir daí, a DDR passou a prender todos aqueles que fossem contrários ao sistema dominante, designados como nazistas ou antidemocráticos, utilizando-se da diretiva 38⁶¹.

Como a DDR se compreendia como antifascista, utilizou a acusação contra a Alemanha Ocidental de ser um Estado fascista para com isso desacreditar e criminalizar a oposição política interna. Assim, a partir de 1968, a DDR criou um complexo de normas antifascistas no novo código penal. Não obstante, desde 1957 já existisse o § 19 Abs. 1 Nr. 1 da Lei para complementação do Código Penal (*StEG*), prevendo pena privativa de liberdade para quem “glorificasse ou propagasse o fascismo ou o militarismo”, em 1968, um novo sistema de normas se contrapôs ao fascismo e tornou mais rigoroso o tratamento jurídico-penal⁶². A literatura jurídica da DDR apontava, por exemplo, o § 92 do Código Penal como um dispositivo que indicava a necessidade de ação contra o “neofascismo”. Segundo essa norma, era possível punir com pena de até 10 anos quem lesse propaganda fascista ou pregasse o ódio contra povos e raças. A liberdade de expressão, que estava prevista no art. 9 da Constituição da DDR e que foi garantido até 1948, foi drasticamente limitada e instrumentalizada para a manutenção do poder.

Diante dessa breve incursão histórica na legislação alemã, está claro que não se deve interpretar as transformações do direito penal liberal até o presente como uma linha de desenvolvimento evolutiva. A democracia também pode ceder às imposições autoritárias e perder conquistas importantes do Estado de Direito. Percebe-se que historicamente as modificações da legislação penal utilizaram-se de uma imagem mutável do “inimigo” para cumprir uma função política de desestruturação e manutenção do poder. O recurso à produção de inimigos é um mecanismo funcional da instrumentalização política do direito penal que pretende preservar estruturas de poder e a própria dominação. Na esteira de Sander, é possível afirmar que o Iluminismo possivelmente apenas secularizou as representações do medo. Os demônios agora pertencem a este mundo, porém, os mecanismos de combate não mudaram substancialmente. O medo foi, é e permanece sendo um elixir do poder⁶³.

4.2. Medidas protetivas contra fake news de lege data

Na Alemanha, a necessidade de estruturação da comunicação na Internet e de medidas adequadas para a regulação das redes sociais conduziu à criação da Lei para a Melhoria da Aplicação do Direito nas Redes Sociais (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* ou *Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG*). Apesar das críticas⁶⁴ e dos pedidos de anulação da lei no Parlamento Alemão⁶⁵, a *NetzDG* tem sido considerada majoritariamente como uma legislação paradigmática sobre o tema⁶⁶, capaz de oferecer, no âmbito da autorregulação regulada e do direito administrativo, um caminho adequado para lidar com as novas demandas oriundas da digitalização⁶⁷.

Cumpra observar, portanto, que a *NetzDG* não possui natureza penal. Ao estabelecer a responsabilidade de grandes intermediários de plataformas digitais com fins comerciais, o § 1 (1) declara que

“a presente Lei se aplica aos prestadores de serviços de telecomunicação que operam plataformas na Internet com fins lucrativos, que se destinem aos usuários para que estes possam compartilhar qualquer conteúdo com outros usuários ou torná-lo acessível ao público (redes sociais).”

A *NetzDG* foi uma lei criada para regular grandes redes sociais, pois afirma no § 1 (2) que o provedor de uma rede social está isento das obrigações das Seções 2 a 3b e 5a se a rede social tiver menos

de dois milhões de usuários registrados na Alemanha⁶⁸.

Além disso, a *NetzDG* se baseia em um modelo de autorregulação regulada para lidar com as plataformas digitais, obrigando os provedores a retirarem ou bloquearem comunicações ilícitas que são levadas a seu conhecimento. Quanto a esses conteúdos ilícitos, a lei não criou tipos penais, mas prevê uma lista de infrações penais já existentes no ordenamento jurídico que se referem a conteúdos de comunicação e que, de alguma forma, violam direitos de personalidade de terceiros ou perturbam a paz pública⁶⁹. Nesses termos, assinala o § (3): “conteúdos ilegais são os conteúdos no sentido do parágrafo 1 que se enquadram nos tipos penais dos §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 a 129b, 130, 131, 140, 166, 184b, 185 a 187, 189, 201a, 241 ou 269 do Código Penal.”⁷⁰

Durante os debates sobre a legislação aplicável às plataformas digitais, os serviços científicos do Parlamento Alemão, responsáveis por apoiar os membros do *Bundestag* em suas atividades relacionadas ao mandato, declararam que ao longo da discussão sobre como lidar com notícias falsas nas redes sociais várias sugestões foram apresentadas, entre elas o endurecimento da legislação penal, com o aumento de penas e a tipificação de uma conduta específica para a disseminação de *fake news*. Entretanto, no relatório publicado pelo mencionado departamento científico do Parlamento, foram indicados os efeitos deletérios referentes ao tratamento penal de notícias falsas, quando se assinalou que o recrudescimento da lei penal não teria efeito sobre a dificuldade prática de identificar o infrator individual, autor de declarações feitas na Internet. Além disso, eventual aumento das penas não eliminaria o problema de que notícias falsas são frequentemente postadas no *Facebook* ou em redes semelhantes por dias e depois espalhadas antes de serem apagadas⁷¹.

No que se refere à responsabilidade criminal pela divulgação de notícias falsas, Hoven entende que atualmente ela pode ser considerada a partir de três perspectivas legais: crime contra a honra, de acordo com os §§ 186, 187 do Código Penal (*StGB*) (possivelmente em conjunto com § 188), incitação ao ódio, de acordo com o § 130 e – em certos casos – como simulação de um crime, nos termos do § 145. No entanto, esses tipos penais não sancionam a divulgação de informações falsas como tal, mas apenas abrangem conteúdos determinados. Além disso, a mensagem deve abarcar notícias inverídicas sobre uma pessoa ou um grupo de pessoas, visto que os tipos não se aplicam a relatos falsos sobre eventos sem referência pessoal – por exemplo, à economia, a catástrofes humanitárias ou à proteção climática⁷².

A criminalização da disseminação de *fake news* na Alemanha é um tema que tem sido amplamente discutido e desperta inúmeras divergências. Enquanto alguns sustentam que o direito penal alemão não possui instrumentos suficientes para reagir ao fenômeno, principalmente nas plataformas digitais, e alegam que em uma sociedade liberal e pluralista, os fundamentos do direito à liberdade de expressão e a verdade no discurso político também devem ser penalmente protegidos; outros, um pouco mais céticos, entendem que é surpreendente verificar como a questão da proteção da verdade, que há muito definiu à margem do direito penal político, se tornou tão atual como resultado do triunfo da Internet⁷³.

Na linha do exposto por Hoven, há três conceitos regulatórios possíveis para a punição criminal de *fake news*: (1) uma responsabilidade penal amplamente incondicional por notícias falsas; (2) uma proibição qualificada de alegações factuais falsas, que perseguem fins políticos e; (3) adaptar as infrações penais existentes às condições da nova mídia⁷⁴. O que se vê, atualmente, na Alemanha, é a opção por esta última concepção regulatória, com o recurso ao sistema repressivo se necessário, evitando-se, porém, a criação de novos tipos penais.

Como se pode perceber, a relativa euforia em relação a *NetzDG* não foi capaz de aplacar totalmente a insegurança jurídica no campo jurídico-penal. No final das contas, a persecução penal dos autores de notícias fraudulentas permanece intocada pelas medidas da Lei. Apesar de algumas críticas no sentido de que a *NetzDG* privatizou atividades privativas do Estado, ela não substituiu as tarefas estatais, mas buscou apenas evitar a perpetuação de uma violação dos direitos de usuários da rede. Conforme aponta Eifert, “o § 3 (2) número 4 da *NetzDG* prevê expressamente a salvaguarda de conteúdos retirados para fins de prova por 10 semanas e, com isso, expressa a expectativa normativa de que a persecução jurídica não deve se restringir à retirada de conteúdos.”⁷⁵

O sucesso de tais mecanismos de retirada e apagamento de conteúdos ilícitos das plataformas digitais depende, porém, de qual será a abrangência que a persecução estatal irá reconhecer e adotar. E é exatamente nesse ponto que a digitalização e a regulação das redes sociais oferecem

boas chances e oportunidades, mas também enormes desafios normativos.

5. Regulação e punição de fake news no Brasil: a legitimidade de um tipo penal de *lege ferenda*

Há atualmente inúmeros projetos de lei em tramitação no Congresso que, entre outros assuntos, versam sobre a criminalização de *fake news*. Entre eles está o Projeto de Lei 3.813/2021, oriundo da chamada “CPI da Pandemia”, que propõe alterar o Código Penal para criminalizar a criação e a divulgação de notícias falsas, especialmente em casos envolvendo a saúde pública. O PL prevê a inserção do art. 288-B sob o *nomen iuris* de “criação ou divulgação de notícia falsa”⁷⁶ e, embora o crime em sua forma simples configure infração de menor potencial ofensivo, o tipo penal possui ainda uma qualificadora no § 4º em virtude da criação ou disseminação de *fake news* que abarque a saúde pública⁷⁷.

Conforme explicamos, esse é apenas um dos diversos projetos que pretendem responsabilizar criminalmente autores de notícias falsas na Internet. Aliás, na tentativa de reduzir os danos decorrentes da disseminação de *fake news* nas eleições de 2022, a Lei 14.192/2021 (LGL\2021\10781) alterou a redação do art. 323 do Código Eleitoral (LGL\1965\14) (Lei 4.737/1965 (LGL\1965\14)), punindo a divulgação, na propaganda eleitoral ou durante o período de campanha, de “fatos inverídicos”⁷⁸.

Sem a pretensão de realizar uma análise pormenorizada dos tipos penais em questão, a criminalização dessas condutas implica examinar os pressupostos materiais mínimos da tutela penal, assumindo, para tanto, uma perspectiva integrada das ciências criminais que articula aspectos dogmáticos, criminológicos e político criminais. Desse modo, a tipificação da conduta de criar e disseminar notícias falsas pressupõe refletir sobre os limites da intervenção punitiva no Estado Democrático de Direito.

Para reivindicar legitimidade no sentido de um uso racional do direito penal e refutar a acusação de legislação penal meramente simbólica, é necessário definir alguns parâmetros fundamentais que norteiam a presente investigação: (a) a começar pela premissa de que os conceitos normativos de uma criminalização mais abrangente de *fake news* devem respeitar os ditames constitucionais traduzidos pelo princípio da fragmentariedade; (b) logo, não se discute a necessidade ou não do sistema penal, pois o objeto deste artigo pressupõe a sua existência⁷⁹; (c) conseqüentemente, concluir pelo não merecimento de pena a determinada conduta não implica afirmar a sua aprovação social.

Partimos, pois, de uma perspectiva minimalista do direito penal, que reconhece a produção de violência do sistema repressivo que, por conseguinte, deve ficar reservado aos episódios nos quais a sua atuação se torna indispensável. Apesar de analiticamente problemática em virtude da necessidade de maior aprofundamento, assumimos nesta pesquisa o conceito de “direito penal negativo” elaborado por Naucke em uma obra tardia. Trata-se de um “direito penal de negação do poder”, “cujo núcleo é a proteção do único direito humano inegável e inato: o direito à liberdade diante de um poder que é violento”⁸⁰. Tal negatividade delinea um modelo jurídico-penal de limitação à punição e crítica do poder. Fixadas essas premissas básicas, a apreciação da legitimidade de um tipo penal *de lege ferenda* resultará, sobretudo, de duas etapas de verificação: (a) o merecimento da tutela penal, que se refere principalmente à dignidade do bem jurídico e; (b) a necessidade da tutela penal, que decorre do caráter subsidiário do direito penal.

(a) *A questão do bem jurídico*: como premissa fundamental e ponto de partida, a utilização do direito penal apenas se legitima como último recurso para a proteção dos bens jurídicos⁸¹. Admitindo-se, na linha de Roxin, que o legislador está limitado em sua atividade pelos princípios constitucionais, um conceito de bem jurídico estabelecido desde uma perspectiva político-criminal só pode orientar-se constitucionalmente e com o objetivo de proteger a liberdade que está na base do Estado de Direito, atuando, assim, como um limite ao poder punitivo estatal⁸². Amelung sustenta que além de fornecer fundamentos para a legitimação do direito penal desde a sua limitação, a teoria do bem jurídico auxilia no sentido de orientar o legislador a identificar o campo de proteção penal de interesses no sistema social⁸³.

Apesar da exigência de que o direito penal proteja apenas bens jurídicos e do papel relevante dessa discussão nas reformas do ordenamento jurídico-penal nas últimas décadas, Roxin reconhece que a

questão do conceito material de crime continua carente de maiores explicações⁸⁴. A dificuldade acerca do conceito de bem-jurídico se manifesta historicamente na diversidade de definições apresentadas pela dogmática penal: “oportunidade de participação na sociedade”⁸⁵, “interesse protegido penalmente”⁸⁶, “valor abstrato da ordem social protegido juridicamente”⁸⁷, “unidade funcional, sem a qual a nossa sociedade estatal não seria viável em sua expressão concreta”⁸⁸, “valores fundamentais da vida em sociedade”⁸⁹, entre outros. Como se percebe, inúmeros são os conceitos possíveis, de modo que, segundo Roxin e Greco, essa mutabilidade conceitual produz certo ceticismo em relação à definição de bem-jurídico que, para eles, não é infundado⁹⁰, razão pela qual inclusive a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) tem rejeitado o potencial crítico da teoria do bem jurídico.

É fundamental observar que a teoria do bem jurídico surge originalmente durante o Iluminismo (especialmente na segunda metade do século XVIII) – inicialmente com Birnbaum, e se consolida com autores como Binding e von Liszt na Alemanha – motivo pelo qual naturalmente deveria se orientar conforme as condições de vida dos indivíduos da sociedade moderna e a ideia constitutiva da tradição liberal de autodeterminação do sujeito, assim como por um modelo de pensamento fundado na Teoria do Contrato Social⁹¹.

Cumprir observar, portanto, que o debate sobre a proteção de bens jurídicos está vinculado às diversas transformações sociais concretas, como evidencia a análise acerca do chamado “direito penal do risco”, subjacente à “sociedade de risco”⁹² e originalmente exposta por Prittwitz em sua obra “Direito Penal e Risco”⁹³. Apesar da dificuldade de se formular um conceito material de crime em virtude da vagueza do conceito de bem jurídico e das críticas daqueles que o consideram irrelevante⁹⁴, a maioria da literatura jurídico-penal ainda reconhece a relevância do bem jurídico, atribuindo ao direito penal a tarefa primordial de protegê-lo⁹⁵.

No que se refere especificamente à criminalização de *fake news*, geralmente o direito fundamental à informação tem sido apontado como bem jurídico, individual e coletivo, a ser protegido. Para Schünemann, “um ataque à liberdade de informação e expressão é um ataque aos próprios fundamentos da democracia”⁹⁶. Conforme expusemos no primeiro capítulo deste artigo, em uma sociedade na qual o bem mais valioso é a informação, a proteção desse direito significa também preservar as condições de legitimação da sociedade democrática. Por isso, alguns autores mencionam não somente um direito fundamental à informação, mas a existência de um direito à informação verdadeira e acessível como condição de possibilidade do Estado democrático.

Sem entrar na complexa discussão filosófica sobre “o que é verdade”⁹⁷, sugerem alguns penalistas que a disseminação de *fake news* viola justamente o direito à informação verdadeira, representando uma ameaça ao livre processo de formação de opinião em uma sociedade democrática. Aliás, há quem vá além e sustente a necessidade de reconhecer a existência a um direito à verdade, alçado à categoria de bem jurídico individual⁹⁸.

Hoven assinala ainda que informações inverídicas põem em risco o discurso público objetivo, semeiam dúvidas sobre a credibilidade da política, do judiciário e da mídia, aprofundam o abismo no campo político, envenenam a cultura da discussão e transformam verdades em meras possibilidades. Logo, “uma sociedade liberal e pluralista que valorize o direito à liberdade de expressão deve também salvaguardar os fundamentos deste exercício da liberdade e proteger a verdade no discurso político”⁹⁹, sob pena de permitir que a esfera pública política do Estado Democrático de Direito deixe de ser percebida como um espaço inclusivo para o possível esclarecimento discursivo de reivindicações concorrentes com pretensão de validade e veracidade¹⁰⁰.

Contudo, ainda que se reconheça o direito à informação verdadeira como um valor essencial à luz da Constituição ou se indique a própria liberdade de expressão como bem jurídico a ser garantido como o faz Hoven ao defender a criminalização da divulgação de notícias falsas, é evidente que o âmbito e as características da liberdade de expressão e informação devem ser adaptados ao respectivo desenvolvimento das condições sociais e computacionais de difusão da informação¹⁰¹.

Ainda que se concorde com a existência de um bem jurídico digno de proteção e que o direito penal moderno deva reagir e criar normas que afetem o comportamento comunicativo nas redes sociais, é essencial considerar os riscos de tal criminalização para a legitimidade do direito penal no Estado de Direito, a começar pelos princípios da legalidade e da subsidiariedade. A função preponderante do

bem jurídico é servir de limite ao legislador, ou seja, é indispensável no processo de criminalização considerar o conceito negativo de bem jurídico e a sua função: reduzir a matéria de proibição estatal aos seus devidos limites. A inflação legislativa que caracteriza o direito penal brasileiro sobrecarrega o judiciário, reduz a credibilidade do direito penal e obnubila o conceito de bem jurídico como critério valorativo reitor das opções penais, impossibilitando a própria criação de uma teoria do bem jurídico¹⁰².

(b) *A subsidiariedade do direito penal*: o direito penal, sobretudo, no Estado democrático, deve ser apenas a última entre as medidas protetivas a serem consideradas para a proteção de bens jurídicos. Isso conduz à ideia de que a pena é a “*ultima ratio* da política social”¹⁰³ e define a sua tarefa como a proteção subsidiária de bens jurídicos, ou seja, ela somente será utilizada quando outros meios não penais de resolução de conflitos sociais falharem. Na medida em que o direito penal protege apenas parte dos bens jurídicos e nem sempre o faz de forma geral, é possível afirmar também a sua natureza fragmentária.

O problema político-criminal de delimitação da intervenção penal vincula-se ao que Baumann considera a função especial do direito penal: a proteção de bens vitais, oriundos dos interesses sociais mais importantes. Considerando, portanto, o caráter fragmentário do direito penal¹⁰⁴, essa proteção de bens jurídicos deve contemplar a subsidiariedade do direito penal, ou seja, a sua utilização como último recurso¹⁰⁵. Assim, a “invenção” ou a “descoberta” politicamente oportuna de novos bens jurídicos, principalmente supraindividuais (coletivos), com o objetivo de ampliar o alcance de novos interesses, apresenta-se como um perigo para a legitimidade do direito penal¹⁰⁶.

Por isso, os frankfurtianos da primeira geração se posicionaram contrariamente à tentativa de criar um direito penal preventivo com a finalidade de gerir o que denominaram “problemas da sociedade moderna”, como o meio-ambiente, a economia, o tratamento de dados, drogas, tributos e a criminalidade organizada¹⁰⁷. Embora esse paradigma seja uma realidade, esses autores refutavam esse paradigma preventivo sob a justificativa de que a inserção do direito penal nessas áreas iria violar uma série de garantias essenciais do Estado de Direito, de modo que Hassemer se posicionou favoravelmente à redução do direito penal a um “direito penal nuclear” (*Kernstrafrecht*). Em contrapartida, os chamados “problemas modernos” deveriam ser solucionados por meio de um “direito de intervenção”, situado entre o direito penal e o direito administrativo, o direito privado e o direito público¹⁰⁸.

A partir da famosa frase de Franz von Liszt de que “uma boa política social é a melhor política criminal”¹⁰⁹, o que se deve questionar aqui é: ainda que se reconheça a existência e a dignidade de um bem jurídico a ser protegido, existem meios alternativos ao direito penal e, portanto, menos danosos, aptos a resguardá-lo no caso de *fake news*? Se do merecimento da tutela penal não resulta a necessidade da intervenção punitiva, justifica-se a criminalização da conduta?

Uma vez que o princípio da subsidiariedade aponta para os limites não apenas do direito penal, mas da própria política social, sendo possível preservar bens jurídicos (seja o direito à informação ou a liberdade de expressão) sem recorrer à sanção penal, o caminho mais racional seria a não criminalização da conduta de disseminação de notícias falsas por meio da Internet. E é exatamente nesse ponto que o modelo de autorregulação regulada ao qual nos referimos anteriormente surge como um modelo normativo viável e com efeitos menos deletérios. A despeito das críticas à *NetzDG*, o marco regulatório alemão pode servir de inspiração para o Brasil, especialmente após entrar em vigor o novo *Medienstaatsvertrag (MStV)* que regula os direitos e obrigações de todos os fornecedores de mídia na Alemanha e se insere em um longo processo de adaptação do Direito e das instituições democráticas ao papel central que os serviços digitais desempenham na vida cotidiana da população e da economia.

Pilar importante da *NetzDG*, a autorregulação regulada foi incluída no Projeto de Lei 2.630/2020 – que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet – e se apresenta como um instituto moderno que institucionaliza a cooperação ou regulação dinâmica entre serviços digitais e o poder público. A solução para o problema encontra-se justamente na institucionalização de mecanismos de cooperação, no qual agrega-se o conhecimento das empresas do setor orientadas por interesses públicos.

Evidentemente, a profusão de notícias falsas é prejudicial e são necessários atualmente novos mecanismos jurídicos para a defesa das instituições democráticas e o assecuramento das condições

para o exercício de direitos e garantias fundamentais. No entanto, convém observar que já existem inúmeros tipos penais que podem ser aplicados a casos envolvendo a difusão de *fakenews* no ambiente digital. Além do recente art. 323 do Código Eleitoral (LGL\1965\14), os crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) e, em casos mais graves, os delitos de ameaça, incitação ao crime e abolição violenta do Estado Democrático de Direito, podem estar configurados a partir da divulgação dessas notícias.

Por fim, deve-se ressaltar que, no âmbito do debate acadêmico, vale o rigor técnico, sendo indesejáveis o obscurantismo e a adoção de posturas populistas. Se entendermos a tarefa das ciências criminais como a imposição de limites racionais ao discurso de criminalização, além de contrariar o princípio da subsidiariedade, a criação de tipos penais para coibir a divulgação de notícias falsas apenas irá fortalecer a irracionalidade dos apelos retóricos ao direito penal.

6. Considerações finais

Na Alemanha, costuma-se dizer que defender o fascismo não é expor uma opinião, mas cometer um crime (*Fascismus ist Keine Meinung, sondern ein Verbrechen*). A despeito do contexto histórico e das discussões jurídico-filosóficas sobre a responsabilidade alemã em relação a tais eventos, essa afirmação geralmente conduz a alguns questionamentos: o que é um fascista ou quem deve ser considerado fascista? Quem decide o que é uma opinião e o que é um crime? Quem confere os contornos adequados a esses conceitos sujeitos ao *Zeitgeist*?¹¹⁰

Em um cenário democrático, essas perguntas não podem ser respondidas a partir de posições apaixonadas e maniqueístas, muito menos mediante a adoção de categorias como “amigo” e “inimigo”. Embora se diga que o direito penal moderno foi delineado pelas ideias iluministas de secularização, racionalização, liberalização e humanização¹¹¹, a história confirma, conforme expusemos, o desprezo reiterado do programa de renovação humanista com o propósito de preservar relações de poder.

Como lembra Jorio, o paradigma em que estamos inseridos é o do Estado democrático de Direito, por isso, é a partir de suas premissas que se podem determinar os critérios mais adequados para controlar a atividade estatal de legislar¹¹². Ainda que a liberdade de expressão não seja um direito absoluto, um dos maiores riscos de restringi-la criminalmente reside justamente no recurso à produção de inimigos como mecanismo funcional de instrumentalização política do direito penal.

Quando políticos e *influencers* se utilizam de “fatos alternativos”, um eufemismo para notícias falsas, é quase inevitável lembrar George Orwell e seu romance *1984*. Impressionado com os crimes do stalinismo, Orwell descreve o Estado totalitário e insere no centro do poder o “Ministério da Verdade”, órgão estatal que opera sob o lema: “quem controla o passado, controla o futuro. Quem controla o presente, controla o passado”¹¹³. Ainda que o direito à informação seja considerado o bem mais precioso e uma das condições de legitimação da democracia contemporânea, a pretensão estatal de definir o que é verdadeiro configura um paradoxo em Estados democráticos, embora seja aceitável em governos autocráticos.

Isso não implica admitir a difusão de *fake news* na esfera pública, visto que esta sempre foi um conceito correlato ao de democracia, senão reconhecer que se trata de um problema estrutural da transformação da infraestrutura comunicacional da sociedade e a necessidade de lidar com esse fenômeno de modo mais criativo e menos danoso do que por meio de sua criminalização. Nas palavras de Vesting, “um novo modelo normativo para a esfera pública digital deve ser formulado de forma diferente”¹¹⁴.

O que se propõe, pois, é limitar o emprego do direito penal em razão dos custos oriundos da criminalização, em especial dos efeitos criminógenos da tutela penal. Um direito penal racional, condição almejada no Estado democrático, tem por postulado fundamental a sua não intervenção, quando se pode esperar idêntico resultado de um recurso mais brando. Considerando a experiência internacional sobre o tema e o potencial do modelo de autorregulação regulada inspirado na legislação alemã, melhor seria investir em regulações no âmbito digital com um viés menos focado no indivíduo e mais centrado no plano estrutural¹¹⁵.

Com isso, seria possível evitar a criminalização do discurso público e integrar aspectos da autorregulação da indústria e da regulação externa (estatal), utilizando-se, quando necessário, as

disposições penais vigentes. Ainda que se conclua pela existência de um bem jurídico digno de proteção, a abstenção da intervenção penal decorrente do princípio da subsidiariedade promoveria outra consequência positiva: eliminar o malefício político-criminal da promulgação de leis meramente simbólicas, ou seja, normas penais com aparência de eficácia, mas incapazes de responder às exigências práticas.

7. Referências

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo de Direito proceduralizado – Regulação de redes sociais e proceduralização. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972.

BARROSO, Luna Van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo*. São Paulo: Fórum, 2022. E-book Kindle.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Lehrbuch. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BINDING, Karl. *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. Besonderer Teil, 8. Aufl. 1913. Leipzig: Engelmann, Neudruck 1975.

BLASIUS, Dirk. *Geschichte der politischen Kriminalität in Deutschland (1800-1980) – Eine Studie zu Justiz und Staatsverbrechen*, 1983.

BOLDT, Raphael. Dialética negativa da punição. In: BOLDT, Raphael (Org.). *Teoria Crítica e Direito Penal*. São Paulo: Editora D'Placido, 2020.

BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BUCHMANN, Johannes. Demokratie und Öffentlichkeit im Digitalen Zeitalter. In: DÖHMANN, Indra; WESTLAND, Michael; CAMPOS, Ricardo. *Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert – zur Macht des Digitalen*. Baden-Baden: Nomos, 2022.

CALLIESS, Rolf-Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 2016.

CAMPOS, Ricardo. Die Transformation der Haftung der Intermediären in Brasilien. In: DÖHMANN, Indra; WESTLAND, Michael; CAMPOS, Ricardo. *Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert – zur Macht des Digitalen*. Baden-Baden: Nomos, 2022.

CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia*. São Paulo: Contracorrente, 2022.

DUVE, Thomas. *European Legal History: Global Perspectives*. In: Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2013-06.

EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a Regulação da Plataforma. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Strafbegründung und Demokratieprinzip. In: *Der Staat*, v. 49, n. 3, 2010.

GÜNTHER, Klaus. *Von normativen zu smarten Ordnungen?* Arbeitspapier des Fachbereichs

Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 8/2020.

GÜNTHER, Klaus. *Die Zukunft der Freiheit*. Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 9/2020.

GÜNTHER, Klaus. Transformações democráticas do direito penal moderno? Tradução de Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 180, ano 29, p. 49-70, jun. 2021.

HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2022.

HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch, 1973.

HASSEMER, Winfried. Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 25. Verlag C.H. Beck, 1992.

HELD, David; FUCHS, Christian. *Digital Democracy and the Digital Public Sphere: Media, Communication and Society*. London/New York: Routledge, 2023.

HILGENDORF, Eric. Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des heutigen Strafrechts in der Aufklärung. In: HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian. *Handbuch des Strafrechts: Grundlagen des Strafrechts*. Band 1. Heidelberg: C.F. Müller, 2019.

HOVEN, Elisa. *Zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda*. ZStW, 2017.

JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung*. Stuttgart: Enke, 1957.

JOHNSON, Pauline. *Habermas: Rescuing the public sphere*. London/New York: Routledge, 2006.

JORIO, Israel Domingos. *O conceito material de crime e a limitação do poder estatal de criminalizar condutas: uma análise sob o prisma da filosofia retórica*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Vitória, 2020.

KASSECKERT, Christian. *Straftheorie im Dritten Reich: Entwicklung des Strafgedankens im Dritten Reich*. Berlin: Logos Verlag Berlin, 2009.

KAUFMANN, Armin. Die Aufgabe des Strafrechts. In: *Die Aufgabe des Strafrechts*. Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, vol. 262. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1983.

KIRCHHEIMER, Otto. Politische Justiz, In: KIRCHHEIMER, Otto. *Funktion des Staates und der Verfassung – Zehn Analysen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1972.

LADÉUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais – Digitalização como objeto contratual, uso contratual dos “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de *Cyber Courts*. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Photomechan. Nachdr. d. Ausg. Berlin, Guttentag, 1905. 2 Bde. Berlin: de Gruyter, 1970.

LÜDERSSEN, Klaus. *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão* In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre. Köln: Heymanns, 1972.

- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2014.
- NAUCKE, Wolfgang. *Negatives Strafrecht*. 4 Ansätze. Berlin: LIT, 2015.
- ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Cia das Letras, 2009. E-Book Kindle.
- PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.
- PUPPE, Ingeborg. *Das Recht auf Wahrheit im Strafrecht*. ZStW. 130(3). Berlin: De Gruyter, 2018.
- RAIS, Diego. Desinformação no contexto democrático. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- REUTER, Markus. Fake-News, Bots und Sockenpuppen – eine Begriffsklärung. *Netzpolitik.org*. Disponível em: [<https://netzpolitik.org/2016/fakenews-social-bots-sockenpuppen-begriffsklaerung/>]. Acesso em: 30.12.2022.
- ROSENTHAL, Walther. *Das neue politische Strafrecht der "DDR"*. Frankfurt am Main/Berlin, 2009.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2020.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*. In: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag. Göttingen 1970.
- SANDER, Lisa Kathrin. *Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht*. Eine Kritik Präventionsdoktrin aus strafrechtlicher und empirischer Perspektive. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007.
- SCHEEERER, Sebastian. Die Meinungsfreiheit und ihre Grenzen. In: FISCHER, Susanne; HANKEL, Gerd; KNÖBL, Wolfgang (Hg.). *Die Gegenwart der Gewalt und die Macht der Aufklärung*. Festschrift für Jan Philipp Reemtsma. zu Klampen Verlag: Darmstadt, 2022.
- SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.
- SCHREIBER, Markus. *Strafbarkeit politischer Fake News*: Zugleich eine Untersuchung zum materiell-rechtlichen Umgang mit der Informationswahrheit in Zeiten demokratiegefährdender Postfaktizität. Berlin: Duncker & Humblot, 2022.
- SCHULLER, Wolfgang. *Politisches Strafrecht in der DDR 1945-1953*. Hamburg, 1968.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch? *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 166, n. 10, 2019.
- STENGEL, Oliver; LOOY, Alexander; WALLASCHKOWSKI, Stephan (Coord.). *Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft*. Das Ende des Industriezeitalters und der Beginn einer neuen Epoche. Wiesbaden: Springer, 2017.
- TEUBNER, Gunther. Regulatory law: chronicle of a death foretold. *Social and Legal Studies*, Londres, v. 1, n. 4, p. 451-475, dezembro, 1992.
- TEUBNER, Gunther. Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. In: Teubner, Gunther. *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987.
- TÖNNIES, Ferdinand. *Der Kampf um das Sozialistengesetz 1878*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1929.
- ULBRICHT, Mike. *Volkerverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit*. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.
- VESTING, Thomas. *Die Medien des Rechts*: Computernetzwerke. Velbrück Wissenschaft: Weilerwist, 2015.

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VESTING, Thomas. The Impact of Artificial Intelligence on the Structures of the Modern Public Sphere. In: Morais, Carlos Blanco de; MENDES, Gilmar; VESTING, Thomas. *The Rule of Law in Cyberspace*. Springer, 2022.

VORMBAUM, Thomas. Entwicklungsphasen des Strafgesetzbuch. In: HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian. *Handbuch des Strafrechts: Grundlagen des Strafrechts*. Band 1. Heidelberg: C.F. Müller, 2019.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.

1 .O presente artigo é resultado de estágio pós-doutoral em Direito Penal realizado na *Goethe-Universität (Frankfurt am Main)*, sob a supervisão do Prof. Dr. Klaus Günther e com financiamento do Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD).

2 .Ver, por exemplo, o Inquérito 4.781, popularmente conhecido como “Inquérito das *fake news*”, instaurado pela Portaria GP 69, de 14 de março de 2019, do Ministro Dias Toffoli, considerando “a existência de notícias fraudulentas (*fake news*) [...] que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, extrapolando a liberdade de expressão”.

3 .Cf. VESTING, Thomas. *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*. Velbrück Wissenschaft: Weilerwist, 2015.

4 .Sobre o conceito de plataforma digital e para uma análise de uma nova economia política das plataformas: CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia*. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 277 e ss.

5 .O que se designa por era digital pode ser compreendido como uma nova ordem social, transformada com o advento dos novos meios eletrônicos de comunicação e caracterizada principalmente pela inteligência artificial, *big data* e algoritimização. Cf. STENGEL, Oliver; LOOY, Alexander; WALLASCHKOWSKI, Stephan (Coord.). *Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft*. Das Ende des Industriezeitalters und der Beginn einer neuen Epoche. Wiesbaden: Springer, 2017.

6 .Teubner designa como “direito reflexivo” as formas jurídicas que se distanciam do sistema político estatal e se implantam na dinâmica autorreferente de outros sistemas (como a economia, as empresas e os sindicatos, a educação, as escolas e as associações de pais). A referência à “procedimentalização” ou “reflexividade” aponta para uma mudança geral no perfil dos próprios procedimentos judiciais, administrativos, legislativos e privados – um afastamento da rígida burocracia formalizada, hierarquizada e autocontida em todos esses campos. TEUBNER, Gunther. *Regulatory law: chronicle of a death foretold*. *Social and Legal Studies*, Londres, v. 1, n. 4, p. 451-475, dez. 1992.

7 .Para aprofundar a relação entre multinormatividade jurídica e a função comunicativa do direito penal: GÜNTHER, Klaus. Transformações democráticas do direito penal moderno? Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 180, ano 29, p. 49-70, jun. 2021.

8 .TEUBNER, Gunther. Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. In: TEUBNER, Gunther.

Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. p. 3-48.

9 .Sobre as condições históricas, características essenciais e consequências da transformação democrática do direito penal: GÜNTHER, Klaus. Transformações democráticas do direito penal moderno? Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 180, ano 29, p. 49-70, jun. 2021.

10 .Quanto à relevância e aos desafios inerentes a essa combinação de perspectivas como condição para um diálogo global sobre a justiça: DUVE, Thomas. *European Legal History: Global Perspectives*. In: Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series, n. 2013-06.

11 .BUCHMANN, Johannes. Demokratie und Öffentlichkeit im Digitalen Zeitalter. In: DÖHMANN, Indra; WESTLAND, Michael; CAMPOS, Ricardo. *Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert – zur Macht des Digitalen*. Baden-Baden: Nomos, 2022. p. 16.

12 .HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.

13 .Ainda que, conforme Habermas, na esfera pública política, o caráter deliberativo da formação da opinião e da vontade dos eleitores seja medido pelo resultado da qualidade discursiva das contribuições e não pelo objetivo de um consenso que não pode ser alcançado de qualquer maneira. HABERMAS, Jürgen. *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2022. p. 26.

14 .É necessário esclarecer apenas que Habermas considera o significado ambíguo das conquistas modernas, se afastando, portanto, do pessimismo unilateral de Adorno e Horkheimer. Para Habermas, a história não é moldada por um único imperativo e os autores da *Dialética do Esclarecimento* teriam apresentado a visão de apenas uma de suas trajetórias, razão pela qual insiste em um compromisso de abrir nossos propósitos orientadores a processos de reflexão e deliberação.

15 .HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990. p. 12-13.

16 .VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 196.

17 .HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990. p. 55.

18 .VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 198.

19 .Cf. JOHNSON, Pauline. *Habermas: Rescuing the public sphere*. London/New York: Routledge, 2006. p. 21. HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.

20 .VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 198.

21 .HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990. p. 57.

22 .GÜNTHER, Klaus. *Von normativen zu smarten Ordnungen?* Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 8/2020, Rn. 1.

23 .GÜNTHER, Klaus. *Die Zukunft der Freiheit*. Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 9/2020, Rn. 5.

24 .LADEUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais – Digitalização como objeto contratual, uso contratual dos “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de *Cyber Courts*. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 150.

25 .Sobre tais modelos, conferir: HELD, David; FUCHS, Christian. *Digital Democracy and the Digital Public Sphere*: Media, Communication and Society. London/New York: Routledge, 2023. p. 230.

26 .LADEUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais – Digitalização como objeto contratual, uso contratual dos “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de *Cyber Courts*. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 67.

27 .Para uma análise aprofundada das consequências oriundas da colonização e feudalização da esfera pública: HELD, David; FUCHS, Christian. *Digital Democracy and the Digital Public Sphere*: Media, Communication and Society. London/New York: Routledge, 2023. p. 247 e ss.

28 .Idem.

29 .Reichsbürger-Bedrohung: Lauterbach besorgt um seine Kinder. *Die Zeit*. Disponível em: [www.zeit.de/news/2022-12/30/reichsbuerger-bedrohung-lauterbach-besorgt-um-seine-kinder?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2F]. Acesso em: 30.12.2022.

30 .Bolsonaristas autores de ataques em Brasília são presos pela PCDF e PF. *Metrópoles*. Disponível em: [www.metropoles.com/distrito-federal/na-mira/bolsonaristas-autores-de-ataques-em-brasilia-sao-presos-pela-pcdf-e-pf]. Acesso em: 29.12.2022.

31 .A respeito, Cf. BARROSO, Luna Van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Kindle. São Paulo: Fórum, 2022, E-Book Kindle. p. 30.

32 .Holocaust-Leugnerin Ursula Haverbeck scheitert in Karlsruhe. *Deutsche Welle*. Disponível em: [www.dw.com/de/holocaust-leugnerin-ursula-haverbeck-scheitert-in-karlsruhe/a-44943906]. Acesso em: 31.12.2022.

33 .Kriegsverbrechen und Völkermord: Leugnung wird strafbar. *Deutsche Welle*. Disponível em:

[www.dw.com/de/kriegsverbrechen-und-v%C3%B6lkerermord-leugnung-wird-straftbar/a-63826123].
 Acesso em: 31.12.2022.

34 .No caso da relação entre Alemanha e Israel, a situação é bastante complexa e, certamente, inexistem soluções simples. Scheerer cita os episódios envolvendo pessoas que, contrárias à política do governo israelense, defendem boicotes à Israel com o objetivo de melhorar o *status* legal da população não judaica na região. Na Alemanha, geralmente essa posição tem sido classificada como antissemita e, na prática, silencia aqueles que apoiam uma solução negociada no Oriente Médio. Embora em 2019 acadêmicos israelenses tenham tornado públicas suas objeções às restrições à liberdade de expressão sob o pretexto de combater o antissemitismo, a especial relação entre os dois países, por motivos históricos óbvios, cria sérias dificuldades a qualquer manifestação crítica a Israel. SCHEERER, Sebastian. Die Meinungsfreiheit und ihre Grenzen. In: FISCHER, Susanne; HANKEL, Gerd; KNÖBL, Wolfgang (Hg.). *Die Gegenwart der Gewalt und die Macht der Aufklärung*. Festschrift für Jan Philipp Reemtsma. zu Klampen Verlag: Darmstadt, 2022. p. 231.

35 .SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch? *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, v. 166, n. 10, 2019. p. 621-622.

36 .REUTER, Markus. Fake-News, Bots und Sockenpuppen – eine Begriffsklärung. *Netzpolitik.org*. Disponível em: [<https://netzpolitik.org/2016/fakenews-social-bots-sockenpuppen-begriffsklaerung/>]. Acesso em: 30.12.2022.

37 .Em inglês, costuma-se distinguir dois termos para designar o problema da divulgação de informações falsas: *misinformation*, quando informações inverídicas são divulgadas sem a intenção de causar danos; *desinformation*, que envolve a propagação de informações sabidamente falsas em vista de determinados objetivos.

38 .RAIS, Diego. Desinformação no contexto democrático. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 250-251.

39 .O *Emser Despesche* foi um telegrama que relatava o encontro em 13 de Julho de 1870 entre o Rei da Prússia e o embaixador da França em Bad Ems, perto de Koblenz. Esse telegrama foi encurtado por Bismarck, de forma tal que o tornou uma afronta aos franceses, provocando a declaração de Guerra da França à Prússia em 19 de Julho de 1870, como desejado por Bismarck para concluir a unificação alemã.

40 .HOVEN, Elisa. *Zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda*. ZStW, 2017; 129(3). p. 718-719.

41 .SCHREIBER, Markus. *Strafbarkeit politischer Fake News: Zugleich eine Untersuchung zum materiell-rechtlichen Umgang mit der Informationswahrheit in Zeiten demokratiegefährdender Postfaktizität*. Berlin: Duncker & Humblot, 2022. p. 99.

42 .HABERMAS, Jürgen. *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2022. p. 51.

43 .BVerfGE v. 13.4.1994, 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241, 247.

44 .ULBRICHT, Mike. *Volkerverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit*. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 14-15.

45 .VORMBAUM, Thomas. Entwicklungsphasen des Strafgesetzbuch. In: HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian. *Handbuch des Strafrechts: Grundlagen des Strafrechts*. Band 1. Heidelberg: C.F. Müller, 2019. p. 392-393.

46 .De acordo: SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch? *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 166, n. 10, 2019. p. 622. Roxin e Greco referem-se a ele como um código típico do Estado de Direito. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil: Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre. Band I. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2020, § 2, Rn. 1. p 180.

47 .Este tipo penal foi criado durante a conhecida *Kulturkampf*, período no qual Bismarck perseguiu intensamente a Igreja Católica e agiu contra clérigos que comentavam eventos políticos em seus sermões. O chamado “abuso do púlpito”, previsto no § 130a, foi inserido no Código Penal em 10 de dezembro de 1871. Na República Federal da Alemanha, o parágrafo foi revogado em 04 de agosto de 1953.

48 .KIRCHHEIMER, Otto. Politische Justiz, In: KIRCHHEIMER, Otto. *Funktion des Staates und der Verfassung – Zehn Analysen*, 1972. p. 21.

49 .TÖNNIES, Ferdinand. *Der Kampf um das Sozialistengesetz 1878*, 1929. p. 01.

50 .SANDER, Lisa Kathrin. *Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht*. Eine Kritik Präventionsdoktrin aus strafrechtlicher und empirischer Perspektive. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 50.

51 .Ibidem, p. 54.

52 .TÖNNIES, Ferdinand. *Der Kampf um das Sozialistengesetz 1878*, 1929. p. 56 e 65.

53 .Apenas exemplificativamente, entre 1919 e 1922, a República vivenciou vários homicídios por motivos políticos, como as mortes de Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht (1919), Kurt Eisner (1919), o ministro das finanças Mathias Erzberger (1921), o ministro do exterior Walther Rathenau (1922) e, finalmente, o atentado contra Phillip Scheidemann (1922). Todos eles políticos vinculados à esquerda alemã.

54 .Cf. SANDER, Lisa Kathrin. *Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht*. Eine Kritik Präventionsdoktrin aus strafrechtlicher und empirischer Perspektive. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 69 e ss.

55 .ULBRICHT, Mike. *Volkerverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit*. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 35-38.

56 .SANDER, Lisa Kathrin. *Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht*. Eine Kritik Präventionsdoktrin aus strafrechtlicher und empirischer Perspektive. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 81.

57 .BLASIUS, Dirk. *Geschichte der politischen Kriminalität in Deutschland (1800-1980) – Eine Studie zu Justiz und Staatsverbrechen*, 1983.

58 .O princípio do *Führer (Führerprinzip)* basicamente consistia no fato de que todo o povo, desde os órgãos estatais até a família, era representado pelo *Führer* que, por sua vez, detinha poderes irrestritos. Para uma ampla visão do direito penal no Terceiro Reich: KASSECKERT, Christian. *Straftheorie im Dritten Reich: Entwicklung des Strafgedankens im Dritten Reich*. Berlin: Logos Verlag Berlin, 2009.

59 .ULBRICHT, Mike. *Volkerverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit*. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 39.

60 .Ibidem, p. 41.

61 .SCHULLER, Wolfgang. *Politisches Strafrecht in der DDR 1945-1953*. Hamburg, 1968. p. 34.

62 .ROSENTHAL, Walther. *Das neue politische Strafrecht der "DDR"*. Frankfurt am Main/Berlin, 2009. p. 39.

63 .SANDER, Lisa Kathrin. *Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht*. Eine Kritik Präventionsdoktrin aus strafrechtlicher und empirischer Perspektive. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 187-188.

64 .Para uma visão geral das principais críticas ao modelo regulatório da *NetzDG*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão* In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 242.

65 .Requerimentos dos partidos AfD (BT-DRs. 19/81, FDV (BT-Drs. 19/204) e Die Linke (BT-Drs. 19/218).

66 .EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (*NetzDG*) e a Regulação da Plataforma. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 162.

67 .ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 126.

68 .Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/netzdg/__1.html]. Acesso em: 29.12.2022.

69 .EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (*NetzDG*) e a Regulação da Plataforma. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 168.

70 .Bundesministerium der Justiz. Bundesamt für Justiz. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/netzdg/__1.html]. Acesso em: 25.12.2022.

71 .Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. Fake-News. Definition und Rechtslage. Disponível em: [www.bundestag.de/resource/blob/502158/99feb7f3b7fd1721ab4ea631d8779247/wd-10-003-17-pdf-data.pdf]. Acesso em: 25.12.2022. p. 11.

72 .HOVEN, Elisa. *Zur Strafbarkeit von Fake News* – de lege lata und de lege ferenda. ZStW, 2017; 129(3). p. 719.

73 .SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch? *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, v. 166, n. 10, 2019. p. 623.

74 .HOVEN, Elisa. *Zur Strafbarkeit von Fake News* – de lege lata und de lege ferenda. ZStW; 129(3), 2017. p. 738.

75 .EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a Regulação da Plataforma. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 187.

76 .Art. 288-B. Criar ou divulgar notícia que sabe ser falsa para distorcer, alterar ou corromper gravemente a verdade sobre tema relacionado à saúde, à segurança, à economia ou a outro interesse público relevante:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º A pena é aumentada de um a dois terços, se o agente cria ou divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

§ 2º É considerada notícia falsa o texto, áudio, vídeo ou imagem não ficcional que, de modo intencional e deliberado, consideradas a forma e as características da sua veiculação, tenha o potencial de ludibriar o receptor quanto à veracidade do fato.

§ 3º Não é considerada notícia falsa a manifestação de opinião, de expressão artística ou literária, ou de conteúdo humorístico.

77 .§ 4º Se a notícia falsa:

I – dificultar a prevenção e combate a epidemia, pandemia ou outra situação de emergência em saúde ou calamidade pública;

II – puder influenciar a opinião pública a agir de modo contrário às orientações das autoridades sanitárias;

III – propalar informações infundadas, sem comprovação científica reconhecida ou sem a identificação de dados científicos claros e fontes seguras da informação sobre a eficácia, importância e segurança das vacinas.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 5º A pena é aumentada de metade até o dobro, se o agente é funcionário público ou pessoa que desenvolva atividade de comunicação de maneira profissional.

78 .Art. 323. Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, *fatos que sabe inverídicos* em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado.

Pena – detenção de dois meses a um ano ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos.

79 .Tal premissa não invalida nosso ceticismo quanto às funções declaradas do direito penal exposto em inúmeros trabalhos, mas reconhece a existência do sistema penal, inserindo-se, todavia, na

tradição crítica frankfurtiana que assume a ideia central de proteção da liberdade contra o poder. Para uma breve compreensão dessa abordagem, Cf. BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. BOLDT, Raphael. *Dialética negativa da punição*. In: BOLDT, Raphael (Org.). *Teoria crítica e direito penal*. São Paulo: Editora D'Placido, 2020.

80 .NAUCKE, Wolfgang. *Negatives Strafrecht. 4 Ansätze*. Berlin: LIT, 2015. p. 97.

81 .Por todos: ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*. Band I. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2020, § 2, Rn. 2.

82 .Idem, p. 11.

83 .AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972. p. 395.

84 .Para uma análise profunda sobre o tema: JORIO, Israel Domingos. *O conceito material de crime e a limitação do poder estatal de criminalizar condutas: uma análise sob o prisma da filosofia retórica*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Vitória, 2020.

85 .CALLIESS, Rolf-Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat: Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 2016. p. 143.

86 .MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2014, §19 Rn 4.

87 .BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Lehrbuch. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2016, §2 Rn 10.

88 .RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*. In: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag. Göttingen, 1970. p. 163.

89 .WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 03.

90 .ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*. Band I. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2020. p. 25.

91 .Ibidem, p. 26.

92 .BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

93 .PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

94 .Na Alemanha, os críticos da teoria do bem jurídico tem afirmado que ela não pode impor

demandas quanto à legitimidade democrática do Parlamento para legislar. Com isso e, sobretudo desde a decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre o incesto, se firmou posição no sentido de desvincular o conceito de bem jurídico da democracia. Autores como Gärditz sugerem que a teoria do bem jurídico incorpora uma “pretensão de dominação de uma expertocracia da justiça”, tentando impor ao legislador uma receita para a sua atividade. Para ele, o relativismo seria a cosmovisão da democracia, o que conduz, desde uma perspectiva jurídico-filosófica, a um problema de premissa em relação à teoria do bem jurídico e sua tentativa de estabelecer os limites da atividade legiferante. GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Strafbegründung und Demokratieprinzip*. In: *Der Staat*, v. 49, n. 3, 2010. p. 350.

95 .Entre outros: KAUFMANN, Armin. *Die Aufgabe des Strafrechts*. In: *Die Aufgabe des Strafrechts*. Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, vol 262. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1983. p. 05. JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung*. Stuttgart: Enke, 1957. p. 6 e ss.

96 .SCHÜNEMANN, Bernd. *Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch?* *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, v. 166, n. 10, 2019. p. 627.

97 .Como exemplo, recordamos o debate sobre o tema de quase uma década entre Gadamer e Habermas que se estabeleceu tendo a teoria do conhecimento como pano de fundo.

98 .Ao analisar diversos tipos penais no ordenamento alemão, Puppe reconhece a inexistência de uma proibição geral à mentira, mas destaca que em alguns crimes, como na hipótese de delitos patrimoniais cometidos por meio de fraude, o direito à verdade possui não somente uma função negativa de limitação da responsabilidade criminal, mas uma função positiva de justificação. PUPPE, Ingeborg. *Das Recht auf Wahrheit im Strafrecht*. ZStW. 130(3). Berlin: De Gruyter, 2018. p. 671-672.

99 .HOVEN, Elisa. *Zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda*. ZStW. 129(3), 2017. p. 737-738.

100 .Nesse sentido: HABERMAS, Jürgen. *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2022. p. 63.

101 .SCHÜNEMANN, Bernd. *Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch?* *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, v. 166, n. 10, 2019. p. 623.

102 .BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 50-51.

103 .ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*. Band I. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2020, § 2, Rn. 97. p. 86.

104 .BINDING, Karl. *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. Besonderer Teil, 8. Aufl. 1913. Leipzig: Engelmann, Neudruck 1975. p. 20.

105 .BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Lehrbuch. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2016. p. 05.

106 .Ibidem, p. 07

107 .Cf. HASSEMER, Winfried. Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 25. Verlag C.H. Beck, 1992. p. 381. Embora Lüderssen seja considerado um expoente da tradição frankfurtiana, para ele a redução do direito penal a um núcleo essencial (*Kernbereich*) poderia significar simplesmente um retorno ao “direito penal de classes”, com a manutenção das estruturas desiguais do sistema, uma vez que ao furto se imporia a pena, enquanto os crimes ambientais e econômicos se sujeitariam apenas às sanções mais suaves do direito de intervenção. LÜDERSEN, Klaus. *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 11.

108 .HASSEMER, Winfried. Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 25. Verlag C.H. Beck, 1992. p. 383. Nesse ponto, se faz necessário esclarecer que os desenvolvimentos de Marx e Hassemer sobre um “conceito de bem-jurídico universal” não negam a elegibilidade de bens jurídicos universais, mas afirmam que tais bens jurídicos devem servir ao indivíduo. Cf. MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre. Köln: Heymanns, 1972. HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch, 1973. p. 166.

109 .LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Photomechan. Nachdr. d. Ausg. Berlin, Guttentag, 1905. 2 Bde. Berlin: de Gruyter, 1970. p. 246.

110 .Nessa linha: ULBRICHT, Mike. Volkerverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 02.

111 .HILGENDORF, Eric. Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des heutigen Strafrechts in der Aufklärung. In: HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian. *Handbuch des Strafrechts: Grundlagen des Strafrechts*. Band 1. Heidelberg: C.F. Müller, 2019. SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.

112 .JORIO, Israel Domingos. *O conceito material de crime e a limitação do poder estatal de criminalizar condutas: uma análise sob o prisma da filosofia retórica*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Vitória, 2020. p. 98.

113 .ORWELL, George. 1984. São Paulo: Cia das Letras, 2009. E-Book Kindle.

114 .VESTING, Thomas. The Impact of Artificial Intelligence on the Structures of the Modern Public Sphere. In: Morais, Carlos Blanco de; MENDES, Gilmar; VESTING, Thomas. *The Rule of Law in Cyberspace*. Springer, 2022. p. 161.

115 .Nesse sentido: CAMPOS, Ricardo. Die Transformation der Haftung der Intermediären in Brasilien. In: DÖHMANN, Indra; WESTLAND, Michael; CAMPOS, Ricardo. *Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert – zur Macht des Digitalen*. Baden-Baden: Nomos, 2022. p. 323-324.