

CRIMINALIZAÇÃO DE *FAKE NEWS*: APONTAMENTOS DESDE A EXPERIÊNCIA ALEMÃ

CRIMINALIZATION OF *FAKE NEWS*: NOTES FROM THE GERMAN EXPERIENCE

Raphael Boldt

Pós-Doutor em Direito Penal pela Goethe-Universität/Frankfurt am Main e em Criminologia pela Universität Hamburg, ambos com 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.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7059830980608621>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1625-9856>

raphaelboldt@hotmail.com

Resumo: 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 digital, e não meras transposições de técnicas de aplicação do Direito que tem origem no paradigma analógico. A partir da noção de crítica reconstrutiva como base metodológica, o artigo pretende analisar a experiência alemã no que diz respeito à regulamentação e ao controle de *fake news* e responder às seguintes questões norteadoras: quais as medidas adotadas pela Alemanha para lidar com a disseminação de notícias falsas na internet e em que medida tal modelo pode servir de inspiração para o debate sobre a criminalização de *fake news* no Brasil?

Palavras-chave: Direito Penal; *Fake News*; Criminalização; Alemanha; Regulação.

Abstract: The great challenge brought about by the apparently uncontrollable proliferation of hate speech and fake news in the virtual environment is to find appropriate solutions to the instantaneousness of the digital age, and not mere transpositions of law enforcement techniques that originate in the analog paradigm. Based on the notion of reconstructive criticism as a methodological basis, the work intends to analyze the German experience with regard to the regulation and control of fake news and answer the following guiding questions: What are the measures adopted by Germany to deal with the dissemination of fake news on the internet and to what extent can such a model serve as an inspiration for the debate on the criminalization of fake news in Brazil?

Keywords: Criminal Law; Fake News; Criminalization; Germany; Regulation.

O fenômeno das *fake news* tem sido objeto de discussões constantes na política e na mídia desde a campanha presidencial de Donald Trump nos Estados Unidos (ALLCOT; GENTZKOW, 2017). No entanto, a divulgação de notícias falsas tem uma longa tradição. Em 1870, a publicação do "Emser Depesche", documento deliberadamente falsificado por Otto von Bismarck, desencadeou tensões entre a Alemanha e a França e levou os dois países à guerra. Embora a produção e a divulgação de notícias falsas não seja algo novo, as formas e o alcance de sua comunicação atingiram patamares inéditos. Se por um lado o acesso irrestrito à publicidade rompe com os limites do passado e possibilita uma resistência crítica, especialmente em sistemas antidemocráticos, por outro, com a eliminação das instâncias intermediárias de controle da comunicação, também foram excluídos os filtros qualitativos que garantem uma revisão ética e profissional das notícias. Assim, deliberadamente ou não, as notícias falsas (*fake news*) chegam às redes sociais sem entraves, são compartilhadas e se transformam em verdades aparentes por meio da divulgação de um grande número usuários. Os riscos inerentes à disseminação de *fake news* se tornam ainda maiores devido à mudança no comportamento de recepção dos consumidores de notícias: segundo um estudo de 2014, dois terços dos usuários com menos de 30 anos confiam nas redes sociais como fonte de informação (67%) (VAN EIMEREN, 2015, p. 2-3).

No Brasil 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.¹ 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 alterou a redação do Art. 323 do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965), punindo a divulgação, na propaganda eleitoral ou durante o período de campanha, de "fatos inverídicos".²

No que diz respeito à experiência alemã, a criminalização da disseminação de *fake news* é um tema que tem sido amplamente discutido e desperta inúmeras divergências. Enquanto alguns sustentam que o Direito Penal alemão não tem 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 (HOVEN, 2017), 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 internet (SCHÜNEMANN, 2019, p. 623).

Na esteira daqueles que recomendam a criação de um tipo penal para a divulgação de notícias falsas, **Hoven** assinala que 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 mídia (HOVEN, 2017, p. 738).

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. Entre as possibilidades iniciais de tipificação da conduta estão os crimes contra a honra, especialmente os delitos previstos nos §§ 186 e 187 do Código Penal (*StGB*). Se o ato for cometido contra políticos por motivos relacionados à sua posição, tornando em razão disso o seu trabalho consideravelmente mais difícil, é aplicável o § 188 do Código.

A divulgação de notícias falsas também pode ser punida por intermédio do crime de "incitação ao ódio" (*Volksverhetzung*), nos termos do § 130, nº 1 ou nº 2, do Código Penal, cujo bem jurídico protegido não é a honra, mas a paz pública. Duas situações podem ser úteis para ilustrar os requisitos e limites da Seção 130 do Código Penal alemão: (1) o autor publica dados incorretos sobre a atividade criminoso de refugiados (exemplo: afirma que "95% dos refugiados são criminosos"); e (2) o autor menciona publicamente um crime grave supostamente cometido por refugiados, que de fato não ocorreu.³

Apesar da previsão legal de crimes contra a honra e do delito de incitação ao ódio no caso da disseminação de notícias falsas, o fenômeno das *fake news* tem levantado novas questões sobre a interpretação desses tipos penais. 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.

Como resultado dos debates sobre a necessidade de estruturação da comunicação na internet e de medidas adequadas para a regulação das redes sociais, o legislador alemão optou pela criação da Lei para a Melhoria da Aplicação do Direito nas Redes Sociais (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* ou *Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG*), diploma normativo de natureza administrativa que faz menção aos tipos penais existentes, mas que não conduziu à criminalização de novas condutas. Apesar das críticas⁴ e dos pedidos de anulação da lei no Parlamento Alemão,⁵ a *NetzDG* tem sido considerada majoritariamente como uma legislação paradigmática sobre o tema,⁶ capaz de oferecer, no âmbito da autorregulação regulada e do Direito Administrativo, um caminho adequado para lidar com as novas demandas oriundas da digitalização.⁷

Se é necessário reconhecer que a disseminação de informações falsas é um fenômeno típico da comunicação moderna nas redes sociais, resta questionar se o Direito Penal deve levar em conta essa realidade e, eventualmente, impor exigências que podem ser consideradas irrealistas à comunicação em plataformas digitais. Ainda que alguns autores entendam que a divulgação de *fake news* não pode ser considerada como manifestação da liberdade de expressão, senão um ataque aos fundamentos da formação democrática da opinião (HOVEN, 2017, p. 744), a história do Direito Penal indica que enfrentar os desafios da era digital com os instrumentos jurídico-penais parece uma ideia pouco promissora.

O Direito moderno deve reagir ao fenômeno das notícias falsas e criar padrões que sejam adequados à comunicação nas redes sociais, o que não implica necessariamente na expansão do Direito Penal. Para tanto, a experiência de outros países, como é o caso da *NetzDG* na Alemanha, pode auxiliar o legislador brasileiro, estabelecendo paradigmas normativos que sejam mais criativos, eficientes e menos danosos aos direitos fundamentais, afinal, como lembra **Vesting**: "um novo modelo normativo para a esfera pública digital deve ser formulado de forma diferente".⁸

Notas

- ¹ O PL pretende inserir no Código Penal o Art. 288-B, com a seguinte redação: 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.
- ² 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.
- ³ Tal caso foi investigado pela polícia da Baviera. Uma postagem no Facebook informou sobre o suposto estupro de uma jovem de 17 anos por um refugiado. O Ministério Público investigou acusações de incitação ao ódio. Disponíveis em: <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/fake-news-Investigations-against-55-jaehrige-wegen-erfundener-vrapigung-a-1129223.html>. Acesso em: 22 jan. 2023.

- ⁴ 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.
- ⁵ Requerimentos dos partidos AfD (BT-Drs. 19/81, FDV (BT-Drs. 19/204) e Die Linke (BT-Drs. 19/218).
- ⁶ EIFERT, Martin. A lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (*NetzDG*) e a regulação da plataforma. In: ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. *op. cit.*, p. 162.
- ⁷ Direito proceduralizado. In: ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. *op. cit.*, p. 126.
- ⁸ 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*. Berlin: Springer, 2022. p. 161.

Referências

- ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ALLCOT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. *Social Media and Fake News in the 2016 Election*. Working paper for the National Bureau of Economic Research, n. 23089, 2017. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w23089/w23089.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.
- HOVEN, Elisa. Zur strafbarkeit von fake news: de lege lata und de lege ferenda. *ZStW*, v. 129, n. 3, 2017.
- MORAIS, Carlos Blanco de; MENDES, Gilmar; VESTING, Thomas. *The rule of law in cyberspace*. Berlin: Springer, 2022.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden fake news die demokratie, wächst aber im strafrecht das rettende auch? *Goltdammer's archiv für strafrecht*, v. 166, n. 10, 2019.
- VAN EIMEREN, Birgit. Nachrichtenrezeption im internet. In: *Media Perspektiven* 1, 2015. Disponível em: https://www.ard-media.de/fileadmin/user_upload/media-perspektiven/pdf/2015/01-2015_Eimeren.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.

Recebido em: 22.01.2023 - Aprovado em: 13.02.2023 - Versão final: 18.02.2023