

# Combate penal às *fake news*? Sobre a relação da teoria da criminalização com a verdade

## *Fighting fake news criminally? On the relationship between criminalization theory and the truth*

Hugo Soares 

**Resumo:** Considerando o estado insatisfatório da discussão a respeito da relação da teoria da criminalização com a verdade, o presente artigo busca discutir os limites da sua tutela penal. Para tanto, procede-se à análise das duas diferentes formas de tutela da verdade, a direta e a indireta, observando e discutindo seus problemas, suas limitações e suas peculiaridades. Neste contexto, promove-se também uma breve exploração do estado atual da teoria da criminalização, debatendo a insuficiência de considerações exclusivamente pautadas pela teoria do bem jurídico, bem como a inserção das chamadas barreiras deontológicas nesse quadro teórico. Ao fim, conclui-se que, por violar o que aqui se chamou de barreira deontológica da verdade, a tutela penal direta da verdade será sempre ilegítima, ao passo que a sua tutela penal indireta só será legítima nos casos em que uma inverdade provocar, no mínimo, um perigo concreto a um outro bem jurídico tutelado.

**Palavras-chave:** *fake news*; teoria da criminalização; barreiras deontológicas; tutela penal da verdade; conceito material de crime.

**Abstract:** Given the unsatisfactory state of the debate on the relationship between criminalization theory and truth, this paper aims to discuss the limits of its criminal protection. To this end, the two different forms of protection, direct and indirect, are analyzed, and their problems, limits, and specificities are considered and discussed. In this context, a brief exploration of the current state of Criminalization Theory is also promoted, debating the insufficiency of considerations exclusively guided by the theory of legal good and the insertion of so-called deontological barriers in this theoretical framework. Ultimately, it is concluded that the direct criminal protection of truth will always be illegitimate because it violates what has been called the deontological truth barrier, while its indirect criminal protection will only be legitimate in cases where an untruth poses at least a concrete danger to other protected legal good.

**Keywords:** *fake news*; criminalization theory; deontological barriers, criminal protection of truth, substantive concept of crime.

**Sumário:** Introdução; 1 Tutela direta da verdade: a verdade como bem jurídico?; 2 Sobre a relevância das considerações desenvolvidas no âmbito da teoria da criminalização; 3 Tutela indireta da verdade: a inverdade como meio de agressão; 4 Aproximação às condições de punibilidade das *fake news*; Conclusões; Referências.

## Introdução

O problema das *fake news*<sup>1</sup> desafia a ciência penal não somente porque as novas mídias e tecnologias ampliaram consideravelmente o potencial lesivo das mentiras<sup>2</sup>, mas sobretudo porque a questão acerca do tratamento dado pela teoria da criminalização à tutela penal da verdade<sup>3</sup> permanece sem resposta satisfatória<sup>4</sup>. Em que pese a relevância do primeiro aspecto, é a segunda questão que consiste no problema central do debate penal a respeito das *fake news*. É sobretudo dela, afinal, que depende a definição dos instrumentos conferidos ao Estado no combate às *fake news*. A pergunta que pretendo responder enuncia-se, portanto, da seguinte forma: Quais os limites da tutela penal da verdade?

A relação entre o Direito Penal e a verdade pode, em tese, seguir duas direções<sup>5</sup>. De um lado, é possível pensar a verdade como objeto de proteção, ou seja, uma tutela direta da verdade. De outro lado, uma tutela indireta da verdade é igualmente concebível, na qual a inverdade assume o papel de meio de agressão. Um dispositivo penal contra as *fake news* poderia, a princípio, ser inserido em qualquer desses dois grupos. Entretanto, é somente no segundo grupo de casos que se pode encontrar delitos “insuspeitos”<sup>6</sup>: o estelionato clássico (art. 171 do CP) e a calúnia (art. 138 do CP) são tipos penais incontroversos que pressupõem uma inverdade como meio de agressão ao bem jurídico tutelado. A proibição da

---

1 Para os propósitos do presente texto, não se faz necessária uma definição precisa do conceito de *fake news*. Importante, aqui, é somente que tal conceito compreenda o elemento da inverdade.

2 Cf. McINTYRE, *Post-truth*, p. 89 e ss.; FLINT, *Fake News im Wahlkampf*, p. 41 e ss.; SCHREIBER, *Strafbarkeit politischer Fake News*, p. 65 e ss.; PREUB, *Fake News*, p. 80 e ss.; LAMMICH, *Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts*, p. 24 e ss. Ver, também, HOVEN, *ZStW* 129, p. 726.

3 A definição do conceito de verdade ora acolhido será discutida em detalhes num momento posterior.

4 Cf. RAK, *RuP* 54, p. 418: “Em última análise, o fenômeno das *fake news* e seu combate pelo Estado mostram um problema muito mais profundo, que não se esgota na relação entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade dos envolvidos e que ainda não foi suficientemente considerado na discussão: trata-se do problema da relação do Estado com o conceito de verdade”.

5 HOVEN, *ZStW* 129, p. 738 e ss. Cf., também, SCHÜNEMANN, *GA* 166, p. 621, que, no entanto, não encontra um exemplo histórico de uma tutela jurídica direta da verdade: “Para o Direito, nunca foi a mentira em si que constituiu o objeto de intervenção, mas, antes, a violação, *por meio* da mentira, de um interesse merecedor de tutela”.

6 Formulação inspirada em GRECO, *FS-Roxin 2011*, p. 206 e s.: “Bens jurídicos coletivos suspeitos e insuspeitos”.

mentira de Auschwitz (§ 130 III StGB<sup>7</sup>), um protótipo de uma tutela direta da verdade, porém, tem a sua legitimidade bastante questionada<sup>8</sup>.

Por que somente a segunda constelação se coloca como “insuspeita”? Quais razões sustentam a “suspeita” contra a tutela direta da verdade? E o que dizem tais razões sobre a punibilidade das *fake news*? Por meio da resposta a tais perguntas, creio que seja possível responder à pergunta, lançada acima, sobre os limites da tutela penal da verdade.

Para tanto, pretendo ocupar-me, inicialmente, com os problemas da tutela direta da verdade, de modo a fundamentar uma barreira deontológica que impeça o Estado de proteger a verdade diretamente pelo Direito Penal (1). Em seguida, buscarei promover um pequeno excuro no estado atual da teoria da criminalização, com o intuito de debater como essa nova barreira deontológica da verdade pode ser inserida nesse quadro teórico (2). Posteriormente, pretendo confrontar-me com as reservas contra uma tutela indireta da verdade, com o fim de trazer à luz a reduzida capacidade de rendimento de uma teoria da criminalização puramente consequencialista e, dessa forma, demonstrar como essa capacidade reduzida representa um desafio para um Direito Penal da Desinformação com pretensões de respeito ao Estado de Direito (3). É somente então que se poderá realizar uma aproximação à legitimidade da punibilidade das *fake news*, de modo a chegar à conclusão de que a tutela penal de bens jurídicos contra inverdade só se mostra legítima em casos de perigo concreto ou efetiva lesão a bens jurídicos (4).

## 1 Tutela direta da verdade: a verdade como bem jurídico?

Uma tutela direta da verdade pressupõe que a verdade seja vista como um bem jurídico. Mesmo que haja, na literatura, opiniões que neguem a teoria do bem jurídico<sup>9</sup>, não há, a rigor, uma efetiva divergência. Tais perspectivas, afinal, também tentam identificar o objeto de tutela legítima do Direito Penal. Em última instância, portanto, elas acabam por confirmar a teoria do bem jurídico, ainda que abduquem de sua clareza<sup>10</sup>. Nesse sentido, a verdade deve submeter-se a todos os requisitos de legitimidade dos bens jurídicos. Quando entendemos bens

---

7 “§ 130 Incitação de ódio a um povo: [...] (3) Será punido com pena privativa de liberdade não superior a cinco anos ou pena de multa, quem, de maneira apta a perturbar a paz pública, aprovar, negar ou banalizar, publicamente ou em reunião, conduta da forma descrita no § 6, Abs. 1 VStGB que tenha sido cometida sob o domínio do nacional-socialismo.”

8 Cf., por todos, ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 41 e ss., com mais referências.

9 Cf., por exemplo, LAMMICH, *Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts*, p. 121 e s.

10 De forma aprofundada, ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 103 e ss.

jurídicos como dados ou finalidades necessários a uma convivência pacífica<sup>11</sup>, tem-se que a verdade pode, em princípio, servir como um bem jurídico. Sem a verdade, afinal, nenhuma sociedade é capaz de desenvolver-se: políticas sociais, por exemplo, só podem almejar resultados sustentáveis e positivos em longo prazo se fizerem referência à verdade<sup>12</sup>. Ademais, a verdade mostra-se necessária, pois, sem ela, nenhum conflito social pode ser resolvido de forma justa: sem a verdade, é simplesmente impossível comprovar que um dado bem jurídico tenha sido efetivamente afetado. Caso a verdade fosse introduzida como um bem jurídico, uma proibição geral da mentira também seria concebível, haja vista que mesmo uma mera mentira já acarretaria “efeitos prejudiciais à [...] sociedade”<sup>13</sup>.

Contra essa tese, seria possível objetar que a verdade, embora seja de fato imprescindível a uma convivência pacífica, consiste num conceito demasiadamente “abstrato”, incapaz de apresentar a precisão necessária a uma definição de bem jurídico. No contexto do conceito de bem jurídico, levantam-se, na literatura, vozes contrárias a uma abstração excessiva<sup>14</sup>, que, dessa forma, estabelecem um “requisito de concretização” para a definição de cada objeto de tutela em específico. Cada bem jurídico deve ser definido de forma suficientemente concreta para que o cidadão possa saber o que ele, de fato, significa. O conceito de verdade, no entanto, seria excessivamente ambíguo<sup>15</sup> e – mais importante – a sua determinação demasiadamente inacessível<sup>16</sup> para possibilitar tal concretização. Não raro, afinal, há controvérsias sobre se algo é verdadeiro ou não.

Um tal requisito de concretização é, de fato, cogente: o indivíduo, afinal, tem o direito de saber exatamente o que não lhe é dado afetar por meio de sua conduta. É somente então que ele poderá estar na posição de decidir não afetar um bem. Contudo, essa condição de legitimidade não parece suficiente para ne-

---

11 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 2 e ss., 7 e ss. Apesar de inúmeras (cf. a listagem feita por STRATENWERTH, *FS-Lenckner*, p. 378), as definições de bem jurídico podem ser razoavelmente resumidas por meio dessa descrição.

12 Ver McINTYRE, *Post-truth*, p. 13: “Queremos viver num mundo onde as políticas são feitas com base no que elas nos fazem sentir em vez de no quão bem elas funcionam na realidade?”

13 Acerca desse critério, ver HOVEN, *ZStW* 129, p. 740 (citação), e SCHREIBER, *Strafbarkeit politischer Fake News*, p. 286 e ss. (p. 288), que, porém, não parecem enxergar a verdade como um bem jurídico.

14 Contra uma “abstração intangível” do conceito de bem jurídico, ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 45c e ss., também nm. 66 e s. De forma igualmente crítica a uma definição abstrata do conceito de bem jurídico, STRATENWERTH, *FS-Lenckner*, p. 380.

15 Cf. somente a taxonomia dos diferentes significados que o conceito de verdade pode ter em BAGGINI, *A short history of truth*, p. 11 e ss. Ver, também, a discussão filosófica em torno do conceito de verdade em HÜGLI/LÜBCKE, *Philosophielexikon*, p. 935 e ss. Igualmente, FLINT, *Fake News im Wahlkampf*, p. 32 e ss.

16 Cf. BAGGINI, *A short history of truth*, p. 5: “Nosso problema, a princípio, não é o significado da verdade, mas *como e por quem ela é estabelecida*”. Ver, também, FLINT, *Fake News im Wahlkampf*, 33 ss.

gar por completo a natureza da verdade como um bem jurídico. Afinal, só seria necessário determinar, de forma precisa, o significado da verdade no contexto de um tipo penal que a tutele.

Essa determinação pode derivar-se da seguinte premissa: para poder, de qualquer modo, agir, o Estado sempre tem que partir de perspectivas sobre a verdade<sup>17</sup>. O bem jurídico verdade consubstancia, portanto, o epítome, a síntese, daquilo que o Estado classifica como verdadeiro. É certo que a discussão, neste contexto, não mais diz respeito à “verdade real”<sup>18</sup>, mas tão somente de uma *powerful truth*<sup>19</sup>, isto é, uma narrativa advinda do poder, mas não poderia ser de outro modo. Seria contraditório, quando não simplesmente atentatório contra o Estado de Direito, que o Estado protegesse como verdade algo que ele não exerça como tal. A verdade enquanto bem jurídico, noutras palavras, não é mais do que a narrativa estatal ou oficial.

Obviamente, isso não significa que a um Estado de Direito seja dado decidir arbitrariamente o que vale e o que não vale como verdade<sup>20</sup>. Um debate exaustivo sobre esse tema seria, em razão de suas dimensões, impossível nesse espaço. No entanto, é possível, de imediato, afirmar que uma narrativa oficial deve sustentar-se em constatações de fato que sejam acessíveis à prova<sup>21</sup> e que, em seu turno, façam referência a “informações autênticas e rigorosamente investigadas”<sup>22</sup>. Ademais, em se tratando de narrativas oficiais, deve observar-se a máxima epistemológica do racionalismo crítico, isto é, permanecer sempre ciente da sua possível falibilidade<sup>23</sup>. Noutras palavras: à narrativa oficial jamais é dado simplesmente negar a sua natureza hipotética<sup>24</sup>, tendo que estar sempre pronta

17 Cf. FLINT, *Fake News im Wahlkampf*, p. 40: “Antes, é preciso, [em cada aplicação da lei], partir de certos parâmetros e circunstâncias para que seja possível assumir uma verdade legal”.

18 Cf. FLINT, *Fake News im Wahlkampf*, p. 40: “É evidente que, desta forma, não se pode pretender falar da ‘verdade’ num sentido universal”.

19 BAGGINI, *A short history of truth*, p. 77 e ss.

20 Ver ROSTALSKI, *RW* 8, p. 447, que alerta contra uma censura estatal.

21 BGH *NJW* 2016, 56 nm. 24: “O essencial, para a classificação como uma afirmação de fato, é saber se a veracidade do enunciado pode ser verificada por meio de provas”. Ver, também, FLINT, *Fake News im Wahlkampf*, p. 40.

22 BVerfGE, 149, 222 nm. 80.

23 Cf. WASCHKUHN, *Kritischer Rationalismus*, p. 1: “O pressuposto mais central é a tese da falibilidade fundamental (‘falibilismo’) da razão. Para os racionalistas críticos, a razão humana é sempre propensa a erros e, portanto, incapaz de chegar a percepções absolutamente asseguradas e, de uma vez por todas, verdadeiras [...]”. Ver, também, FLINT, *Fake News im Wahlkampf*, p. 34 e s.: “O racionalismo crítico parte do pressuposto de que, em todo conhecimento, é possível haver um erro”.

24 Vide POPPER, *Revue Internationale de Philosophie* 25, p. 167 e ss.: “[...] we must regard all laws or theories as hypothetical or conjectural; that is, as guesses” (p. 175).

para colocar-se diante de novas provas e desafios. É somente por esse caminho que se pode garantir a todo cidadão a pretensão de falsear ou refutar narrativas estatais abusivas<sup>25</sup> e de tentar restabelecer uma conexão<sup>25</sup> entre a narrativa oficial e a verdade “real”. A narrativa oficial, cuja tutela se mostrará necessária, só pode justificar-se na medida em que ela consubstancia uma tentativa credível e sincera de corresponder à verdade “real”.

Tendo a narrativa oficial a qualidade de bem jurídico, levanta-se a questão sobre se ao Estado é mesmo dado proteger um bem jurídico dessa natureza. Não se pode, afinal, excluir o risco de que uma tutela da narrativa oficial rapidamente se transforme num *Ministry of Truth*<sup>26</sup> ou Ministério da Verdade<sup>27</sup>. Colocada de forma tão ampla, tal questão só pode ser respondida em sentido afirmativo. A lógica do bem jurídico, afinal, requer do Estado não só a tutela dos bens jurídicos por meio do Direito Penal, mas também mediante todos os meios proporcionais disponíveis<sup>28</sup>. A proteção da narrativa oficial é legítima, por exemplo, quando o Estado impõe aos seus funcionários o dever de ater-se à verdade – que, seguindo a opinião aqui defendida, somente pode ser um bem jurídico se entendida como narrativa oficial – em pronunciamentos oficiais<sup>29</sup>.

Ademais, a Constituição, por meio do seu art. 210, confere ao Estado o poder de prescrever currículos escolares em conformidade com a narrativa ofi-

---

25 Para exemplos dessas narrativas abusivas, ver SCHÜNEMANN, GA 166, p. 634 e ss.

26 O *Ministry of Truth* é um conceito advindo do romance distópico *1984*, de George Orwell, e é empregado para descrever autoridades governamentais responsáveis pelo controle total do fluxo de informações. Tal conceito é frequentemente utilizado de maneira crítica para referir-se a considerações relativas à manipulação de informações para fins políticos. Embora tal conceito seja frequentemente usado de forma literária, é possível empregá-lo para descrever atos de governos realmente existentes que sejam percebidos como censura ou propaganda. Em geral, o conceito de um Ministério da Verdade está associado a regimes alheios a um Estado de Direito que pretendem controlar o fluxo informacional para se manterem no poder. Expressamente contra a ideia de um Ministério da Verdade, cf. o voto do *Justice Kennedy* em *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012): “*Our constitutional tradition stands against the idea that we need Oceania’s Ministry of Truth*”. Ver, também, ROSS, *First Amendment Law Review* 16, p. 388 e ss. Na mesma linha, FRONZA, *Ragion Pratica* 30, p. 47 e ss., alertando para o risco de “fazer do juiz o árbitro da história” (p. 47).

27 Em verdade, um Ministério da Propaganda quase onipotente. Cf. ROSS, *First Amendment Law Review* 16, p. 389: “É a máquina de propaganda perfeita para o Estado, porque metodicamente elimina todas as fontes de ideias e mensagens conflitantes, ao mesmo tempo em que reduz a própria linguagem”.

28 Cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 2 nm. 97 e ss.: “Do exposto, já é possível depreender que a proteção de bens jurídicos não se promove exclusivamente mediante o Direito Penal, cabendo a todo o instrumental da ordem jurídica contribuir para ela” (nm. 97). Ver, também, LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* II, p. 246.

29 Cf., por exemplo, BVerfGE, 149, 222: “Em vista desse desenvolvimento, cresce a importância da tarefa que cabe ao serviço público de radiodifusão financiado por contribuições de apresentar a realidade de uma forma que não seja distorcida, fornecendo informações autênticas e rigorosamente investigadas, que façam a distinção entre fatos e opiniões” (nm. 80).

cial. Seria possível, neste contexto, debater o tema das proibições da negação do Holocausto e da mentira de Auschwitz (§ 130 III StGB). É legítimo que o Estado insira a história da Shoah e todos os demais fatos correspondentes no conteúdo programáticos das escolas, não somente porque tais fatos pertencem à história de fundação da República Federal da Alemanha, mas também porque se trata simplesmente de informações sólidas e cientificamente fundamentadas. Mas narrativas que não gozem da mesma relevância histórica também podem ser legitimamente tuteladas: pense-se apenas no ensino escolar da teoria da evolução como um fato<sup>30</sup>. É dado ao Estado proteger todas essas narrativas oficiais como bem jurídico verdade.

Questão diversa, porém, consiste em saber se é dado ao Estado promover tal proteção por meio do Direito Penal. As tentativas de encontrar outras finalidades de proteção ao tipo penal da mentira de Auschwitz (§ 130 III StGB)<sup>31</sup> já demonstram que uma tutela penal da verdade é um tema sensível. A razão para tal repousa no fato de que, em se tratando do Direito Penal, o já mencionado perigo de surgimento de um Ministério da Verdade apresenta-se ainda mais intenso e, com efeito, ainda mais intolerável<sup>32</sup>. Tal afirmação decorre de um truísmo: um

30 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31. Mai 2006 – 2 BvR 1693/04 –, nm. 21: “Também não é questionável que, de acordo com os currículos, a teoria da evolução seja ensinada como parte das aulas de biologia e o tratamento da história da criação seja limitado à educação religiosa”.

31 Ver, entre outros, ZABEL, ZStW 122, p. 849 e ss., enxergando, no § 130 III StGB, uma “proteção da identidade como proteção da memória”, a qual “somente os sobreviventes do Holocausto [podem] reivindicar” (p. 850); MYLONOPOULOS, *FS-Kühl*, p. 560 e ss., interpretando a negação de um genocídio como um ato discursivo perlocucionário que requer que as pessoas “ignorem acontecimentos históricos como não verdadeiros e, dessa forma, falsifiquem sua história e sua identidade coletiva” (p. 560), de modo que o bem jurídico tutelado seria a própria história, pois um “povo sem história [é] um povo condenado ao desaparecimento” (p. 562); ver, ademais, o catálogo de tentativas que podem ser encontradas na literatura em TOMA, *Zur Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des Billigens, Leugnens und Verharmlosens von Völkermord und Menschlichkeitsverbrechen*, p. 240 e s., com mais referências.: paz pública, dignidade pessoal ou honra, dignidade humana e pretensão pós-mortal de respeito; sobre o tema, também, KÜHL, *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, p. 109 e s.; SCHÄFER/ANSTÖTZ, *MüKo-StGB*, § 130, nm. 5.

32 Já no debate sobre a introdução de um dispositivo penal contra a mentira de Auschwitz, manifestou-se COBLER, *KJ* 18, p. 166: “Tomar a negação de determinados fatos como motivo para uma pena estatal e afirmar verdades históricas com o auxílio da justiça criminal é, provavelmente, uma novidade e, ao mesmo tempo, uma curiosidade nas democracias ocidentais [...] Caso a história seja declarada um bem jurídico, as portas do arbítrio estatal serão abertas sob o pretexto da apuração legal da verdade. Então, não se poderá mais descartar, sendo, antes, possivelmente apenas uma questão de tempo, que, a depender da conjuntura política, venha a ser penalmente definido e punido o que deve ser considerado e aplicado como ‘verdadeiro’ e ‘certo’”. Neste ínterim, a punição de determinadas negações, a despeito da seriedade deste alerta, multiplicou-se consideravelmente. Atualmente, não se trata nem de uma novidade nem de uma exceção nas democracias ocidentais. Mais sobre o tema, HANSCHMANN, *KJ* 46, p. 308 e s.; MYLONOPOULOS, *FS-Kühl*, p. 554 e ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 42; FRONZA, *Ragion Pratica* 30, p. 31 e ss. (especialmente p. 37 e s.). Por trás desses dispositivos encontra-se o comando de punir a negação de qualquer genocídio. Não se pode, porém, ser descartado que um alegado genocídio não

Estado de Direito não é um Estado de Arbitrariedade<sup>33</sup>. Por conseguinte, não é dado a um Estado de Direito apresentar características que sejam exclusivamente típicas de um Estado de Arbitrariedade. Como um *Ministry of Truth* consiste numa figura essencial de uma distopia clássica, é, portanto, cogente que ele seja visto como uma característica exclusivamente típica de um Estado de Arbitrariedade.

Até aqui, porém, nada se disse sobre o motivo pelo qual a tutela direta da verdade mediante o Direito Penal é intolerável. Como já afirmado antes, também num Estado de Direito é legítima a existência de uma tutela direta da verdade. Com efeito, todo Estado tem que manter um nível mínimo de controle da verdade. Segue-se, daí, que um Ministério da Verdade teria que promover mais do que uma proteção mínima da verdade, pois ela não consiste numa característica exclusivamente típica de um Estado de Arbitrariedade.

Se o exposto estiver correto, então também está correto que uma proteção máxima da verdade sempre representará uma condição suficiente para a configuração de um *Ministry of Truth*. Levanta-se, porém, a pergunta sobre o que seria, então, uma proteção máxima da verdade. A resposta só pode ser: uma proteção executada por meio do instrumento mais incisivo do Estado<sup>34</sup>, portanto, uma proteção direta da verdade por meio do Direito Penal. Fosse dado ao Estado proteger

---

corresponda aos fatos. Em 2019, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, indiretamente comparou ao Holocausto os homicídios homofóbicos e transfóbicos cometidos no Brasil (ver *STF*. ADO-26/DF, p. 3, 36 e s., 40, 236: “Banalidade do mal homofóbico e transfóbico”), chegando à afirmação de que o Brasil seria o campeão mundial da homofobia. Entretanto, nenhuma dessas afirmações estão baseadas na realidade comprovada. Vide RUDNITZKI, *Pública* (29 ago. 2018), [n.p.]: “O grupo Gay da Bahia é realmente a principal referência nacional em registros de mortes do tipo. As estatísticas, no entanto, não são precisas. [...] Além disso, não há estudos com abrangência necessária para fazer uma comparação internacional das mortes de LGBTs”; e VIEIRA, *Gazeta do Povo* (14 abr. 2022), [n.p.]: “Dos mais de 300 casos de supostos mortos por homofobia que o GGB colheu na imprensa referentes ao ano de 2016, a checagem conseguiu confirmar apenas 31”. O comando de punir toda negação de um genocídio reconhecido pelo Estado (comando que foi positivado na Alemanha ao fim de 2022, com a introdução do novo § 130, Abs. 5 StGB), poderia, em um caso hipotético não tão diferente, levar ao absurdo de alguém ser jogado na prisão em razão de afirmações verdadeiras.

33 De modo similar, FRONZA, *Ragion Pratica* 30, p. 51: “[...] para combater ideias perigosas, não é dado ao Estado tornar-se, ele mesmo, autoritário”.

34 Cf. BVerfGE *NJW* 1975, 573: “O meio do Direito Penal como a arma mais incisiva à disposição [do Estado]” (p. 576); BVerfGE 22, 49: pena “como uma intervenção tão intensa na esfera jurídica do cidadão do Estado [...] que, sob qualquer circunstância, só pode ser imposta por um juiz” (nm. 109). Também, KÜHL, *FS-Stöckel*, p. 121 e ss.: “Penas são as sanções mais incisivas que o Estado dispõe e executa perante seus cidadãos” (p. 117, 122); KÜHL, *FS-Maiwald*, p. 433 e s.: “Somente a pena, e, com mais razão, a pena mais severa – a prisão perpétua – nos obriga a considerar se não é um canhão muito pesado para certos tipos de má conduta, como pequenos delitos ou um mero comportamento grosseiramente ofensivo”; PREUB, *Fake News*, p. 173; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 1a e ss.: “Pena, portanto, é uma intervenção de natureza singularíssima” (nm. 1f); SCHREIBER, *Strafbarkeit politischer Fake News*, 2022, p. 257 e ss.: “Incomparável intensidade da intervenção”.

e impor a sua narrativa permitindo que as pessoas fossem levadas a responder<sup>35</sup> com seus direitos inatos<sup>36</sup>, desapareceriam todas as possibilidades de domar esse Estado e evitar ou corrigir os seus eventuais abusos. Por meio da tutela penal da narrativa oficial, perder-se-ia, afinal, os parâmetros necessários para pôr em questão as ações do Estado. Neste contexto, qualquer oposição à narrativa estatal não só não seria autorizada, como também representaria uma ameaça existencial a qualquer dissidente<sup>37</sup>.

A tutela penal direta do bem jurídico verdade há, portanto, de ser vista como atuação típica de um Estado de Arbitrariedade e, por conseguinte, vedada a um Estado liberal<sup>38</sup>. Tal conclusão não deveria surpreender os liberais. O liberalismo, afinal, sempre foi marcado pela ideia de que os poderes estatais não devem se concentrar em poucas mãos<sup>39</sup>. Naturalmente, tal lógica vale também para o poder punitivo e o poder de determinar a verdade, isto é, a narrativa oficial. Esses dois poderes também não estão autorizados a serem exercidos concomitantemente pelo mesmo ator, pois tal combinação corresponderia ao controle total da verdade. Contra ela, não haveria nem freio nem contrapeso para restringir o Estado<sup>40</sup>. É por tal motivo que um Estado liberal jamais pode dispor sobre um poder tão abrangente sobre a sociedade. Dito de forma mais clara: já há um Ministério da Verdade quando um dissidente é punido somente por ter contradito a narrativa oficial.

---

35 Sobre o conceito material de pena, cf. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, p. 297 e ss. Ver, também, ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 1a e ss.; LEITE, *Notstand und Strafe*, p. 193 e ss. Igualmente, BVerfGE 22, 49.

36 Cf. GRECO, *Strafprozesstheorie und materieller Rechtskraft*, p. 653 e ss.; SCHÜNEMANN, *FS-Neumann*, p. 703, que, porém, também se preocupa com a existência econômica das pessoas; LEITE, *Notstand und Strafe*, p. 193 e ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 1h e ss.

37 Cf. GROßMANN, *Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft*, p. 61: “Nenhuma outra área do Direito é caracterizada por formas semelhantes de intervenção com consequências tão abrangentes e muitas vezes devastadoras para a respectiva existência civil”. Ver, também, a preocupação com a existência das pessoas em SCHÜNEMANN, *FS-Neumann*, p. 703.

38 Em tom de concordância, FRONZA, *Ragion Pratica* 30, p. 49 e ss.: “Com efeito, mesmo que se trate de uma ‘interpretação partilhada, definida e definitiva’, a verdade histórica nunca pode constituir um bem jurídico” (p. 51).

39 Por todos, cf. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livro XI, p. 6: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas dos particulares”.

40 Cf. o voto do *Justice Kennedy* em *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012): “Permitir ao governo decretar que tal discurso é uma ofensa criminal, seja ele gritado dos telhados ou proferido num sussurro quase inaudível, endossaria a autoridade do governo para compilar uma lista de assuntos sobre os quais declarações falsas são puníveis. Tal poder governamental não possui qualquer princípio limitador claro [...] Se a Corte considerasse que o interesse no discurso verdadeiro, por si só, fosse suficiente para sustentar a proibição do discurso, estando ausente qualquer demonstração de que o discurso foi usado para obter uma vantagem material, ela daria ao governo um amplo poder de censura, sem precedentes nos casos desta Corte ou na nossa tradição constitucional”.

## 2 Sobre a relevância das considerações desenvolvidas no âmbito da teoria da criminalização

O conceito material de crime determina as qualidades substantivas que um comportamento deve ter para que seja legitimamente considerado como criminoso<sup>41</sup>. O foco do debate em torno desse conceito, no entanto, está tradicionalmente concentrado somente nas características “positivas” de um crime. A restrição do poder punitivo aqui apresentada, porém, não consegue se inserir nessa tradição. Ela compreende, afinal, aquilo que jamais pode ser colocado sob ameaça de pena, ou seja, as características “negativas” de um crime.

Tal restrição, contudo, não representa uma novidade. No decorrer dos anos, desenvolveu-se uma figura de importância fundamental para a teoria da criminalização: a figura das chamadas barreiras deontológicas<sup>42</sup>, que remetem

---

41 Cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 2 nm. 1.

42 Cf. JAKOBS, *ZStW* 97, p. 753: “O infrator não deve ser reconhecido apenas na medida em que pode ser perigoso para os bens da vítima, devendo também ser, desde o princípio, definido por seu direito a uma esfera livre de controle [...]”; GRECO, *ZIS* 3/2008, p. 235 e ss.: “Sua tese, portanto, não é de que a tutela penal da moral seja difícil de alcançar, nem de que ela não nos traga benefícios, mas de que ela é incompatível com o respeito à autonomia do cidadão” (p. 237); GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, p. 482 e s.: “[a] barreira da consideração do núcleo da esfera privada do cidadão” (p. 482); GRECO, *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, p. 80 e ss.: “Neste sentido, o Tribunal Constitucional argentino tem razão: se o comportamento pertence à esfera privada ou autônoma do agente, então a questão dos bens jurídicos não mais se coloca” (p. 87); HEFENDEHL, *JA* 43, p. 405: “Em vez disso, a questão, nesse contexto, tem de tratar do fato de que a antecipação da tutela penal há de respeitar um *internum* que, por sua vez, é protegido por direitos fundamentais e não está sujeito ao Direito Penal. Neste sentido, existem linhas de conexão com um princípio da privacidade ou da autonomia, que, por sua vez, não pode afetar a teoria do bem jurídico. Ele restringe intervenções estatais nos direitos fundamentais ao estabelecer um âmbito nuclear intocável, já desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal, no qual o cidadão é o soberano absoluto”; ROXIN, *FS-Hassemer*, p. 585 e s.: “Há, também [...] razões ‘deontológicas’, isto é, independentes da questão sobre as consequências, e ‘absolutas’ para uma ausência de pena: nomeadamente nos casos em que o legislador, por meio de uma punição, intervém no ‘âmbito nuclear de conformação da vida privada’, que, em qualquer circunstância, está fora do alcance do Estado”; ROXIN, *GA* 160, p. 452 e s.: “Ademais, pouca atenção é dada ao fato de que, à penalização de comportamentos que não afetem bens jurídicos, há outras barreiras constitucionais, que, na medida em que não estão sujeitas a qualquer ponderação, vinculam o legislador de forma ainda mais forte do que o princípio da proporcionalidade. Isso vale sobretudo para intervenções no ‘âmbito nuclear de conformação da vida privada’, o qual o *BVerfG* derivou da dignidade humana e declarou como intocável”; ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 2 nm. 12b: “Para que nem mesmo os pensamentos sejam, em algum momento, declarados crime, a tais tendências deve ser contraposta uma barreira que se funde em uma lógica diversa da utilidade e proteção”; STERNBERG-LIEBEN, *FS-Paeffgen*, p. 39: “Limites adicionais de penalização terão que ser obtidos a partir da consideração de barreiras constitucionais resistentes à ponderação”; PUSCHKE, *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*, p. 176 e ss.: “A relevância especial de um âmbito íntimo no contexto do direito geral de personalidade decorre da garantia da dignidade humana do art. 1 I GG, cuja proteção absoluta tem um impacto sobre o direito de personalidade. O comportamento que se enquadre em tal âmbito está, de forma resistente à ponderação, protegido contra a intervenção do Estado e, portanto, também não é sancionável” (p. 177 e s.); MÖLLER, *Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit*, p. 185 e ss.: “Âmbito interno do cidadão como limite absoluto da antecipação da tutela”. Sobre os fundamentos dessa barreira na jurisprudência, ver, por exemplo, *BVerfGE* 34, 238: “Mesmo os interesses predominantes da coletividade não podem justificar uma intervenção no âmbito nuclear de conformação da vida privada, absolutamente protegido; não há falar em

a uma lógica não utilitarista e orientada ao respeito. Apesar de alguns impulsos, o campo das barreiras deontológicas, como um todo, ainda permanece pouco explorado. Até o momento, pode citar-se apenas desenvolvimentos específicos<sup>43</sup>, e no contexto do dificilmente identificável âmbito nuclear de conformação da vida privada<sup>44</sup>. A diferença entre essas primeiras barreiras deontológicas e a aqui descrita reside no fato de que a “barreira da verdade”, em vez de focar na dignidade humana ou no âmbito nuclear de conformação da vida privada, concentra-se diretamente em questões de Estado de Direito, o que talvez seja mais fácil de identificar<sup>45</sup>. Ambas as barreiras, porém, servem ao propósito de estabelecer limites absolutos ao legislador, ainda que uma extrapolação desses limites venha a ser de grande utilidade.

### 3 Tutela indireta da verdade: a inverdade como meio de agressão

Diferentemente do que ocorre com a tutela direta, a tutela indireta da verdade, isto é, a tutela de bens jurídicos contra inverdades, é muito menos controversa. Desde que haja um bem jurídico subjacente, essa proteção não traz nenhum risco específico ao Estado de Direito. Pense-se apenas no elemento objetivo da fraude no tipo do estelionato (art. 171 do CP), que precisamente – e obviamente – compreende o emprego de inverdades como meio de agressão ao bem jurídico. No entanto, a inverdade não precisa estar sempre expressamente

---

ponderação nos moldes do princípio da proporcionalidade” (nm. 30). No contexto americano, cf. *Lawrence v. Texas* 539 U. S. 558 (2003).

- 43 Por exemplo, os “limites introspectivos do Direito Penal” (cf. já em KÜHL, *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, p. 116; também, KÜHL, *FS-Maiwald*, p. 448; GRECO, *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, p. 81 e s.: “No caso do limite da punição do pensamento, trata-se exatamente de um forte ‘não-estar autorizado’ (*Nicht-Dürfen*) e não meramente de um contingente ‘não-poder’ (*Nicht-Können*)”; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 12b: “Comportamentos que ocorrem em um espaço isolado, que, portanto, são equiparáveis a pensamentos, não devem ser declarados puníveis”), o direito do capaz de manter relações sexuais consentidas com outro capaz (cf. GRECO, *ZIS 3/2008*, p. 237), o direito à autodeterminação sexual negativa, especialmente a rejeição de um parceiro sexual (cf. SOARES, *RACP 7*, p. 201 e s.) e o direito do capaz de controlar as substâncias artificialmente inseridas em seu próprio corpo (cf. SIQUEIRA/SOARES, *REC 81*, p. 58). A literatura fala também de uma pretensão de defesa subjetivo-jurídica relativa ao saber, ao aprender e ao pensar (cf. PUSCHKE, *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*, p. 180) e de um direito a expressar seus próprios juízos de valor em comunicações confidenciais (cf. SOARES, *RACP 7*, p. 203, que se inspirou em BVerfG, *NJW 1995*, 1015).
- 44 Sobre a questão, cf., por exemplo, GRECO, *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, p. 81 e ss.; ver, também, PUSCHKE, *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*, p. 178 e ss.; SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 142 e ss.; SOARES, *RACP 7*, p. 200; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 12b.
- 45 Não obstante, a variante aqui esboçada dificilmente se permite fundamentar com base no argumento determinante da intocabilidade da dignidade humana. Em vez disso, há de partir-se, aqui, da oposição lógica entre o Estado de Direito e o Estado de Arbitrariedade.

prevista como elemento do tipo para que seja legitimamente reconhecida como um meio de agressão contra bens jurídicos. Quando um infrator, com intenção de matar, mente à vítima e, por meio dessa mentira, causa sua morte, comete ele um homicídio (art. 121 do CP), ainda que o respectivo tipo penal não mencione a inverdade sequer uma vez.

Basicamente, esse também é o caso da negação do Holocausto. Embora uma tutela penal direta da verdade seja, segundo a perspectiva aqui defendida, ilegítima, não há, a princípio, qualquer objeção para que o legislador proteja um bem jurídico contra uma mentira de Auschwitz. Como bem jurídico subjacente, é possível invocar, aqui, por exemplo, a integridade das pessoas afetadas ou mesmo a própria dignidade humana<sup>46</sup>. A única condição de legitimidade para tanto consiste nonexo de idoneidade da conduta com a afetação do bem jurídico<sup>47</sup>. No caso do § 130 III StGB<sup>48</sup>, levanta-se, contudo, a questão sobre se “a mera negação de um fato histórico sem caráter agitador”<sup>49</sup> é, de fato, apta a afetar a integridade pessoal das vítimas do Holocausto, a dignidade humana ou algum outro bem jurídico.

Como já demonstrado acima, diversas vozes na literatura tentam encontrar diferentes finalidades de proteção para o § 130 III StGB<sup>50</sup>. Todavia, tal dispositivo parece supérfluo, pois a negação do Holocausto já é punível pelo § 130 I StGB<sup>51</sup> quando ela for apta a efetivamente incitar o ódio contra judeus ou a outro grupo populacional<sup>52</sup>. Noutras palavras: a mentira de Auschwitz já é punível quando houver o perigo de que ela afete a dignidade humana ou a integridade pessoal de membros da comunidade judaica. Sem esse perigo ao bem jurídico, uma tal

---

46 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 40 e s.

47 Expressamente sobre esse critério de legitimidade, que normalmente permanece mais implícito, SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 201 e ss.: “Nexo de idoneidade para violação entre o comportamento proibido e o bem jurídico protegido”; concordando, SOARES, *RICP 7*, p. 203: “Corolário da ideia de que uma alegação não basta se não vier acompanhada de uma demonstração”.

48 Para a redação do tipo, cf. nota 7, acima.

49 Como na expressão de KÜHL, *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, p. 106. De modo similar, KÜHL, *FS-Maiwald*, p. 448: “mera expressão não agitadora”.

50 Para tais tentativas, cf. nota 31, acima.

51 “§ 130 Incitação de ódio a um povo: (1) Quem, de maneira apta a perturbar a paz pública, 1. instigar o ódio ou exortar à violência ou medidas arbitrárias contra um grupo nacional, racial, religioso ou determinado por sua origem étnica, contra parcelas da população ou contra um indivíduo em razão de sua membresia em um dos grupos acima mencionados ou em uma parcela da população, ou 2. atentar contra a dignidade humana alheia ao insultar, ultrajar maliciosamente ou difamar um dos grupos mencionados, parcela da população ou um indivíduo em razão de sua membresia em um dos grupos mencionados ou em parcela da população, será punido com pena privativa de liberdade de três meses até cinco anos.”

52 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 41.

negação seria, de fato, uma mentira absurda e rechaçável, mas uma mentira a qual – não apenas por causa da ausência de um bem jurídico subjacente<sup>53</sup>, mas principalmente em razão da barreira da verdade aqui defendida – não é dado ao Estado punir. Por sinal, tais considerações decorrem já da redação do § 130 III StGB, que menciona expressamente o elemento da perturbação da paz pública<sup>54</sup>.

Esse raciocínio pautado pela teoria do bem jurídico está subjacente de sugestões que tentam esboçar os limites de punibilidade das *fake news*<sup>55</sup>. Ainda que nem todas as abordagens partam do conceito de bem jurídico, predomina, ao menos, a ideia de que tal punibilidade só seria justificável se a inverdade der causa a prejuízos objetivos aos indivíduos ou à sociedade<sup>56</sup>. Noutras palavras: a punibilidade das *fake news* depende da danosidade social das afirmações falsas.

Essa correspondência permite resumir-se por meio do exemplo de *Hoven* sobre a cor da roupa de Angela Merkel em um evento social: segundo sua opinião<sup>57</sup>, a afirmação mentirosa de que “a chanceler [...], no baile federal de impren-

53 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 41.

54 Cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 48: “Permanece obscuro, também, como se deve conceber uma aptidão para perturbar a paz pública quando não estiver demonstrada a afetação de uma convivência pacífica e garantidora dos direitos fundamentais”. No contexto da tutela indireta da verdade, esse elemento, a despeito da dificuldade em justificar o § 130 III StGB (ver, de forma bastante crítica sobre a questão, SCHÜNEMANN, *GA* 166, p. 622; KÜHL, *FS-Stöckel*, p. 119), significa que ao Estado é, sim, dado, sob certas circunstâncias, entender a inverdade sobre a Shoah como meio de agressão. O dispositivo talvez ainda possa ser salvo, caso seja interpretado como um lembrete ou uma afirmação legal de que bens jurídicos protegidos também podem ser afetados por inverdades. A diferença entre as penas cominadas nos dois dispositivos, porém, constitui uma séria objeção a essa interpretação. Um aprofundamento nesse tema constituiria, porém, objeto de uma outra investigação.

55 De forma expressa, HOVEN, *ZStW* 129, p. 741: “A afirmação de fatos falsos só é punível quando ela servir à violação de bens jurídicos individuais ou coletivos”. Igualmente, PREUB, *Fake News*, p. 173; de modo similar, embora um tanto mais hesitante, SCHREIBER, *Strafbarkeit politischer Fake News*, p. 267 e ss.: “No que diz respeito aos conceitos regulatórios de uma punibilidade *lege ferenda* de *fake news*, a serem discutidos posteriormente, em não havendo sucesso, ou apenas com muita dificuldade, em formular um bem jurídico correspondente a essa definição, deve tal fato valer como um sinal de alerta sobre uma eventual incompatibilidade do conceito com um Direito Penal fragmentário, racional e liberal – e logo: sobre sua ilegitimidade” (p. 269). De igual modo, embora sem mencionar as *fake news*, BVerfGE *NJW* 1998, 443: “O Direito Penal é empregado como ‘ultima ratio’ da proteção de bens jurídicos, quando um determinado comportamento, para além de sua proibição, mostra-se, de forma particular, socialmente danoso e intolerável para a convivência ordenada das pessoas e sua prevenção mostra-se, portanto, particularmente urgente”.

56 Cf. LAMMICH, *Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts*, p. 121 e s.: “O conceito de interesse juridicamente relevante usado aqui, portanto, vai além do conceito, marcado pelo Direito positivo, de bem jurídico, ainda que os dois possam, em regra, sobrepor-se um ao outro. Um bem jurídico, afinal, só é elevado a tal *status* pelo legislador, no âmbito de seu amplo poder de moldar a lei (*Gestaltungskompetenz*). O respeito aos direitos fundamentais, aos objetivos do Estado e aos princípios da estrutura do Estado, por outro lado, já existe em virtude da constituição” (p. 121 e s.).

57 HOVEN, *ZStW* 129, p. 740. Expressamente concordando com o exemplo, PREUB, *Fake News*, p. 172; SCHREIBER, *Strafbarkeit politischer Fake News*, p. 288. Com um exemplo similar, LAMMICH, *Fake News als Herausforderung*

sa, [vestiu] um *tailleur* amarelo” seria, em razão de sua suposta inofensividade, penalmente irrelevante. Esse ponto de vista, contudo, não convence. Primeiro, pois alguém sempre poderá afirmar que uma mentira publicamente disseminada afeta a formação de sua vontade: pense-se somente em alguém que se questione: “Como posso formar corretamente minha opinião política, quando até mesmo enunciados simples sobre a roupa da chanceler são mentirosos?” Segundo, pois mesmo que se desconsidere esse *argumentum ad absurdum* tão amplo<sup>58</sup>, a escolha da cor da vestimenta, não raramente, indica opiniões políticas, de modo que se poderia pensar que o *tailleur* da ex-chanceler, ou a gravata do presidente americano<sup>59</sup>, expressa uma mensagem ou preferência política<sup>60</sup>; afinal de contas, amarelo é a cor de um partido político alemão (FDP) e verde<sup>61</sup>, de um movimento político mundialmente disseminado.

Tais objeções podem, no entanto, ser contestadas pelo argumento de que o exemplo de *Hoven*<sup>62</sup> não foi formulado de maneira suficientemente precisa; a mentira inofensiva certamente existiria, apenas noutro lugar. A ideia de que uma determinada inverdade, já em sua própria essência, possa ser inofensiva não convence; porém, por causa de uma razão mais profunda e estrutural<sup>63</sup>: aprioristicamente, nunca será possível descartar que um comportamento represente um perigo para um objeto<sup>64</sup>. Uma tal constatação é sempre uma questão do empirismo e,

---

*des deutschen Strafrechts*, p. 229: “[A] notícia de que o 46º presidente dos EUA, Joe Biden, teria usado uma gravata verde em sua posse, embora ele tivesse, em verdade, usado uma gravata azul clara”.

58 Um argumento dessa natureza, ademais, funda-se numa questionável tutela da confiança, que alguns enxergam de forma cética. Cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 2 nm. 84: “Tais efeitos psicológicos seriam, no entanto, excessivamente vagos para que fosse possível conceder-lhes o status de bem jurídico”; ver, também, ROSTALSKI, *RW* 8, p. 451 e ss. A favor, porém, HEFENDEHL, *GA* 154, p. 9 e ss.

59 Cf. nota 57, acima.

60 Cf. a discussão sobre se o chapéu da rainha britânica na abertura do Parlamento de 2017 era um sinal a favor da União Europeia em SINI, *BBC News* (21 jun. 2017), [n.p.]: “No topo da agenda estava o Brexit, e enquanto a monarca propunha novas leis para preparar o Reino Unido para a sua saída da União Europeia (UE), alguns usuários das redes sociais não puderam deixar de notar a escolha do chapéu pela rainha”.

61 Cf. nota 57, acima.

62 Ou a variante de LAMMICH (cf. nota 57, acima).

63 Cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 2 nm. 12a e s.: “É um problema estrutural que não é solucionável a partir da perspectiva da teoria do bem jurídico” (nm. 12b).

64 Ver já em BURI, *Zur Lehre von dem Angriff auf die Ehre mit näherer Berücksichtigung der Lehre von dem Versuche, der Konkurrenz und dem fortgesetzten Verbrechen*, p. 59: “[...] em abstrato, todas as ações humanas, se as condições sob as quais elas se destinam forem arbitrariamente compostas, estão aptas para obter um resultado”. Cf., também, MÖLLER, *Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit*, p. 296 e ss.: “Não existe comportamento inofensivo ‘em si’. Todo efeito de uma pessoa no mundo pode estabelecer uma condição necessária para um resultado e, portanto, de acordo com a teoria da equivalência, dar-lhe causa” (p. 300). Igualmente, GRECO, *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, p. 82: “Pensamentos também são perigosos”;

portanto, não definível *a priori*<sup>65</sup>. A pretensão de, por meio da danosidade social das inverdades, restringir *ex ante* a antecipação da punibilidade das *fake news* mostra-se, portanto, irrealista: “meras mentiras” podem, talvez, não ser puníveis, mas “meras mentiras” simplesmente não existem. É somente no caso concreto, afinal, que se revelará se uma mentira foi ou não perigosa.

Tal constatação representa um problema central não só da punibilidade das *fake news*, mas também para todo o Direito Penal da Desinformação: o Estado, seja sob a forma do legislador ou do juiz, sempre pode incluir uma afirmação enganosa numa cadeia causal de afetação a um bem jurídico, de modo que ela possa justificar a sua punibilidade. Tal lógica vale sobretudo nos casos dos delitos de perigo e dos delitos de aptidão<sup>66</sup>, como o delito de perturbação da paz pública mediante simulação da ocorrência iminente de um crime grave (§ 126 II StGB<sup>67</sup>). Como cada simulação de uma dessas realizações está, teoricamente, apta a perturbar a paz pública, seria preciso apenas uma mera manifestação nesse sentido<sup>68</sup>

---

GRECO, ZIS 3/2008, p. 238: “Toda ação, por mais privada que seja, [pode] ter consequências indiretas para outros”.

- 65 Cf. MÖLLER, *Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit*, p. 182 e s.: “Com a constatação de que todas as condições necessárias para um dano são a causa do mesmo, qualquer condição é potencialmente a causa de qualquer dano. Resta descartado qualificar um comportamento *a priori* como ‘inofensivo’”. Ver, também, p. 301: “A contingência empírica da avaliação das ações é inevitável de acordo com a teoria da equivalência. [...] Saber se um resultado pode ser atribuído a um comportamento determina-se sempre em consideração do campo causal em que a ação ocorre, e nunca *a priori*. A tentativa de restringir a antecipação da tutela dessa forma não pode lograr êxito”.
- 66 Um delito de aptidão está presente “quando o legislador, devido à impossibilidade de determinar conclusivamente as condições do próprio perigo, deixa a decisão para o juiz, mas indica, por meio da redação de seu delito, que a decisão não deve se basear na situação específica, mas em normas gerais” (Vide SCHRÖDER, JZ 22, p. 525). Um consenso sobre os critérios de definição do elemento da aptidão, porém, até hoje não foi encontrado. Cf. KÜHL, *Zehn Jahre ZIS*, p. 703: “A ‘aptidão’ não é um fato/situação diretamente observável. O legislador não ajuda o aplicador da lei; a aptidão deve ser determinada pelo juiz. Se o juiz exige uma probabilidade, ou presume a aptidão mesmo no caso de uma possibilidade, é uma questão em aberto; também seria concebível baseá-la em um curso típico de eventos”.
- 67 “§ 126 Perturbação da paz pública mediante ameaça de infrações penais: [...] (2) Será igualmente punido quem, de maneira apta a perturbar a paz pública, simula, contra melhor juízo, a iminência da realização de uma das condutas ilícitas mencionadas no Abs. 1.”
- 68 Ver as dúvidas sobre os delitos de aptidão em KÜHL, *Zehn Jahre ZIS*, p. 704: “Esses problemas de interpretação podem ser vistos nos delitos de aptidão apresentados até aqui, por exemplo, a aptidão para perturbar a paz pública. Ela precisa ser específica ou apenas abstrato-genérica? Qualquer declaração feita em público é suficiente?” No caso do § 130 III StGB, alguns tentam interpretar de forma restritiva o elemento de aptidão (cf. SCHÄFER/ANSTÖTZ, *MüKo-StGB*, § 130 nm. 23: “Por um lado, a paz pública não precisa ser efetivamente perturbada ou mesmo concretamente ameaçada pelo delito. O que é necessário, entretanto, é uma aptidão concreta para perturbar a paz; isso não deve ser meramente abstrato”). Quando, porém, também a “sensibilidade dos grupos afetados pela agressão não [podem] ser desconsiderados” (cf. SCHÄFER/ANSTÖTZ, *MüKo-StGB*, § 130 nm. 24), os critérios de verificação da aptidão não oferecem qualquer potencial restritivo. Também céticos quanto ao tema, STERNBERG-LIEBEN, *Schönke/Schröder StGB*, § 130 nm. 22: “Se a cláusula de aptidão é sempre um instrumento suficientemente con-

para fundamentar sua punibilidade<sup>69</sup>. Foi nesse sentido que o Tribunal Distrital de Mannheim (*Amtsgericht Mannheim*) decidiu quando condenou o autor de uma reportagem (não tão claramente) fictícia sobre um atentado terrorista<sup>70</sup>. De igual modo, o critério da aptidão também tem o potencial de frustrar qualquer tentativa de restringir o escopo de aplicação do § 130 StGB.

#### 4 Aproximação às condições de punibilidade das *fake news*

No plano de fundo desse problema central da punibilidade das *fake news* encontra-se uma das questões fundamentais do Direito Penal moderno: Como se pode evitar ou limitar a antecipação da tutela penal? Segundo a lógica do bem jurídico, a antecipação da tutela penal deveria, na verdade, ser sempre saudada<sup>71</sup>. Trata-se, aqui, da faceta expansiva da ideia de bem jurídico, o que alguns têm por seu “lado iliberal”<sup>72</sup>. Na verdade, tal problema afeta não só a teoria do bem jurídico, mas todos os critérios consequencialistas de limitação do poder estatal<sup>73</sup>, razão pela qual uma complementação deontológica ou orientada pelo respeito parece necessária. Uma teoria da criminalização que se oriente somente por finalidades não conhece limites de verdade. Esse complemento há de vir precisamente das barreiras deontológicas mencionadas antes. Em relação ao debate das *fake news*, a pergunta que resta é: Como se comporta a barreira deontológica descrita acima, segundo a qual ao Estado não seria dado proteger a verdade diretamente

---

fiável para limitar o tipo penal aos casos que realmente merecem punição [...] é outra questão, no entanto, porque o prognóstico a ser feito aqui está sobrecarregado com momentos não desconsideráveis de incerteza”. Igualmente, KÜHL, *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, p. 113 e ss.: “O fato de a cláusula de aptidão praticamente não ter nenhuma força restritiva na jurisprudência é demonstrado pelos casos concretos”.

69 É por tal motivo que *Schreiber* não tem razão ao defender o elemento da aptidão em um dispositivo penal ideal contra as *fake news*. Cf. SCHREIBER, *Strafbarkeit politischer Fake News*, p. 290 e s. Por meio da cláusula de aptidão, uma proibição geral da mentira seria, na prática, viável.

70 Cf. AG Mannheim MMR, 2019, p. 341: “A publicação do artigo no site ‘R.de.’, bem como em suas páginas do *Facebook* e *Twitter*, também está apta a seriamente alarmar partes da população ou uma maioria não desprezível de pessoas e a prejudicar a confiança na segurança jurídica pública, perturbando, assim, a paz pública”. Deve reconhecer-se, no entanto, que o Tribunal Distrital de Mannheim também considerou que ocorreu uma perturbação concreta da paz pública no caso.

71 Cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 12b: “Em se tratando de atos graves com consequências devastadoras, qualquer hesitação parece, sob tal perspectiva, irracional e verdadeiramente leviana”; KÜHL, *Zehn Jahre ZIS*, p. 702 e s.: “Do ponto de vista da proteção de bens jurídicos, faria sentido iniciar a criminalização o mais cedo possível”.

72 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 12b.

73 Sobre problemas similares no debate anglo-saxão sobre o princípio do dano, cf., por todos, HARCOURT, *Journal of Criminal Law and Criminology* 90, p. 109 e ss., falando do “colapso do princípio do dano” citando os exemplos da pornografia (p. 140 e ss.), da prostituição (p. 147 e ss.), da perturbação da paz pública (p. 154 e ss.), do comportamento homossexual (p. 161 e ss.); do consumo de drogas (p. 172 e ss.) e outros (p. 176 e ss.).

pelo Direito Penal, em relação à necessidade de limitar a antecipação do combate penal às *fake news*?

À primeira vista, as duas conclusões extraídas acima não parecem ter muito a ver com a outra. De um lado, não é dado à verdade assumir o papel de bem jurídico-penal. Do outro, a tutela penal de bens jurídicos permite antecipar-se de forma praticamente ilimitada para proteger bens jurídicos contra inverdades. O resultado é preocupante: não é difícil para o Estado introduzir uma referência distante a um bem jurídico para contornar a barreira deontológica da verdade. Não seria insensato se o Estado justificasse a existência, por exemplo, do § 130 III StGB por meio do argumento de que o dispositivo visa à redução de um perigo remoto a um bem jurídico. Que a proibição da negação do Holocausto pode levar a uma situação social mais segura é um prognóstico que, a despeito de todas as controvérsias<sup>74</sup>, ainda permanece compreensível.

A solução para esse desafio remonta à natureza distinta do conceito de bem jurídico em relação à da barreira da verdade. A teoria do bem jurídico, como já discutido, cuida dos elementos “positivos” de um crime; trata-se daquilo que faz de um comportamento um crime. Aparecendo um bem jurídico, a teoria do bem jurídico cumpre, então, a sua tarefa de nomear uma finalidade de proteção e não pode mais oferecer muito: segundo a sua lógica, o Estado está autorizado a dar todos os passos seguintes. Em contraste, a barreira da verdade ostenta uma natureza diversa. Ela é “negativamente” orientada, trata-se daquilo que nenhum crime pode ser. Em vez de um “contingente não-poder (*Nicht-Können*)”<sup>75</sup>, fala-se, aqui, de um “forte não-estar autorizado (*Nicht-Dürfen*)”<sup>76</sup>. Intervindo uma barreira deontológica, o Estado é obrigado a parar: a ele não é dado tentar perseguir sua finalidade de proteção por esse caminho, a ele não é dado ultrapassar essa barreira.

Ao fim, isso significa que não se admite ao Estado contornar a barreira da verdade. As barreiras deontológicas, afinal, são expressão de uma salutar desconfiança<sup>77</sup> liberal contra o poder do Leviatã, desconfiança que teme, sobretudo, o poder de publicamente exhibir e impor a inverdade como verdade. Na distopia

---

74 Céticos quanto a esse prognóstico, cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 41: “Uma punição pode até mesmo dar ao autor uma oportunidade de se apresentar como mártir e alegar que o Direito Penal estaria sendo utilizado para suprimir a verdade”. Provavelmente, também, MCHANGAMA, *Free Speech*, p. 3, 269 e ss., especialmente 276 e s.

75 GRECO, *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, p. 81 e s.

76 Cf. nota 75, .

77 Inclinando-se para uma ainda mais ampla desconfiança democrática contra as fontes de informação, ROSTALSKI, *RW 8*, p. 446 e s.

de 1984, o “Ministério da Verdade” nada mais é do que um Ministério da Propaganda disfarçado<sup>78</sup>. O seu nome nada mais é do que uma tentativa artilosa de desavergonhadamente mascarar o seu ser monstruoso e escondê-lo de seus cidadãos. A situação é semelhante no caso de um recurso a perigos remoto-abstratos a bens jurídicos. Quando o perigo invocado se encontra tão distante que não mais se permite distinguir de uma tutela penal direta da verdade, o dispositivo perde qualquer pretensão legítima de ser justificado.

Permanece, porém, a questão relativa aos critérios pelos quais a recém-descrita indistinguibilidade pode ser verificada: A partir de quando estaria um perigo tão longe a ponto de se equiparar a uma tutela penal direta da verdade? A resposta, evidentemente, só pode ser uma: a partir do momento em que a tutela penal direta da verdade estiver “mais próxima”. Essa distância pode ser constatada por meio da equiparação entre a tutela direta de bens jurídicos e o perigo concreto e entre a tutela indireta de bens jurídicos e o perigo abstrato<sup>79</sup>. Noutras palavras: deixando de ser concreto o perigo ao bem jurídico, a proteção penal de bens jurídicos contra inverdades não mais se permite distinguir de uma tutela penal direta da verdade; o Estado, por conseguinte, tem de ser proibido de recorrer a tal medida.

As implicações desse raciocínio para a punibilidade de inverdades parecem bastante promissoras. Tal fato pode ser demonstrado por três exemplos. No caso clássico do grito de “fogo!” no teatro, é possível concluir que se trata de uma inverdade punível, pois nele estão presentes perigos concretos à vida e à integridade física. Um segundo exemplo encontra-se no Código Penal austríaco, que, no § 264 öStGB<sup>80</sup>, prevê o delito de propagação de notícias falsas em uma eleição ou um plebiscito, cuja punição depende da impossibilidade da divulgação de uma contradecaração eficaz<sup>81</sup>. Com base no critério aqui formulado, o legislador

---

78 Cf. nota 27, .

79 Cf. ROSTALSKI, *RW* 8, p. 449 e s., 453 e s., que, embora não chegue exatamente a essa solução, corretamente se preocupa com a natureza do perigo causado.

80 “§ 264 Divulgação de notícias falsas em uma eleição ou plebiscito: (1) Quem divulgar publicamente uma notícia falsa sobre uma circunstância apta a demover de votar cidadãos legitimados ao voto ou à participação eleitoral ou a induzir o exercício do direito de voto em um determinado sentido, em um momento em que uma contra-declaração não possa mais ser divulgada de forma eficaz, há de ser punido com pena privativa de liberdade não superior a seis meses ou com pena de multa de até 360 dias-multa.”

81 Em tom crítico, SCHREIBER, *Strafbarkeit politischer Fake News*, p. 292: “Por um lado, por falta de compatibilidade com o requisito da taxatividade e, por outro lado, em vista da crescente ineficiência das contra-declarações na sociedade da informação digitalizada”. Embora ele requeira, com razão, que esse requisito temporal seja definido de forma mais precisa (talvez por meio de uma distância temporal fixa antes do dia da eleição), a preocupação com a eficiência da contradecaração parece um pouco exagerada. Não se deve esperar que os cidadãos envolvidos

austríaco tem, portanto, razão. Por fim, os impactos dessa ideia vão além das consequências para a criminalização das *fake news*, atingindo também outros campos do Direito Penal. Desse modo, reservas contra o chamado estelionato de crédito (§ 265b, Abs. 1 StGB<sup>82</sup>) podem confirmar-se: tal dispositivo antecipa a tutela penal de tal forma que uma mera mentira na requisição de um crédito já se encontra sob ameaça de pena, mesmo que não se produza qualquer resultado<sup>83</sup>. Como um perigo ao bem jurídico, aqui, dificilmente pode ser mais abstrato, está presente uma violação à barreira da verdade, de modo que tal dispositivo deve ser considerado ilegítimo. Essas três implicações servem de prova para a alta capacidade de rendimento da barreira da verdade para a teoria geral da criminalização, de modo que valeria a pena refletir mais sobre ela.

## Conclusões

Ainda que a relação de tensão entre a teoria da criminalização e a verdade não seja nova, a questão sobre como o Direito Penal deve lidar com a verdade merece mais atenção. Uma tutela penal direta da verdade, de fato, raramente foi sustentada, mas os limites de uma tutela penal indireta também foram pouco investigados. A presente contribuição buscou promover uma primeira aproximação ao tema. Os resultados podem ser resumidos da seguinte maneira:

1. A discussão sobre qualquer forma de proteção estatal da verdade pressupõe necessariamente que, por verdade, se entenda a narrativa estatal. Essa conclusão segue de uma constatação pragmática: uma narrativa só pode ser protegida como verdade por um Estado de Direito se

---

sejam novamente (ou pela primeira vez) convencidos da verdade para afastar a responsabilidade criminal das *fake news*. Isso já representaria uma tutela penal direta da verdade. Para negar a existência de um perigo concreto para o bem jurídico individual da formação da vontade eleitoral, é suficiente que a verdade se torne acessível aos cidadãos. O fato de os cidadãos responsáveis acreditarem ou não na verdade não diz respeito ao Direito Penal. Se for mesmo o caso de criminalizar as *fake news*, o bem protegido só pode dizer respeito à acessibilidade da verdade, nunca à sua força persuasiva. Aparentemente concordando, apesar das dúvidas sobre o direito à informação verdadeira, ROSTALSKI, *RW* 8, p. 445 e ss.

82 “§ 265b Estelionato de crédito: (1) Quem, perante um negócio ou uma empresa, no contexto de um requerimento de concessão, manutenção ou alteração das condições de um crédito para um negócio ou para uma empresa, ou para um negócio simulado ou para uma empresa simulada, 1. em relação às condições econômicas, (a) apresentar documentos incorretos ou incompletos, nomeadamente balanços, cálculos de lucros e prejuízos, demonstrações patrimoniais ou pareceres, ou (b) fornecer informações incorretas ou incompletas por escrito, que sejam vantajosas ao tomador do crédito e relevantes para a decisão sobre tal requerimento, ou 2. não comunicar deteriorações nas condições econômicas indicadas nos documentos ou informações no momento de sua apresentação, e que sejam relevantes para a decisão sobre tal requerimento, será punido com pena privativa de liberdade não superior a três anos ou pena de multa.”

83 Para críticas, cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 2 nm. 49h, 102a, 102e.

ele a reconhecer como verdade. No entanto, a narrativa oficial num Estado de Direito deve basear-se sempre em constatações de fato que possam ser demonstradas por meio de provas. A natureza hipotética da narrativa oficial jamais pode ser negada.

2. A preservação da narrativa oficial é necessária para uma convivência pacífica, razão pela qual ao Estado é dado tratar essa narrativa como bem jurídico e, dessa forma, protegê-la mediante todos os meios proporcionais à sua disposição.
3. Embora a narrativa oficial represente um bem jurídico tutelável, a um Estado de Direito só é dado tutelá-la penalmente de forma indireta. Em virtude da natureza singular da pena como intervenção estatal mais incisiva na esfera jurídica de um cidadão, uma tutela penal direta da verdade já significaria uma proteção máxima da verdade, o que sempre constitui uma condição suficiente para a configuração de um Ministério da Verdade típico de um Estado de Arbitrariedade.
4. Extraí-se, daí, uma nova barreira deontológica, nomeadamente, a barreira da verdade. Em vez de cuidar das características positivas de um crime, essa categoria da teoria da criminalização, ainda bastante inexplorada, cuida dos aspectos negativos de um conceito material de crime, nomeadamente: o que a nenhum crime é dado ser. A barreira da verdade estabelece, portanto, que ao Estado não é dado criminalizar diretamente inverdades.
5. Inverdades, no entanto, estão autorizadas a serem consideradas meios de agressão a bens jurídicos. A essa chamada tutela indireta da verdade é dado suceder por meio do Direito Penal, estando por trás de variados dispositivos incontroversos, como o estelionato (art. 171 do CP) e a calúnia (art. 138 do CP). A criminalização de *fake news* seria, para essa lógica, legítima, desde que, subjacente a ela, houvesse um outro bem jurídico (diverso da verdade) a ser protegido.
6. Todavia, a antecipação da tutela penal representa, neste contexto, um desafio: se aos bens jurídicos é, com razão, dado serem protegidos contra perigos abstratos, não há dificuldades para o Estado contornar ou esvaziar a barreira da verdade. Para tanto, somente seria necessário invocar um perigo remoto a um bem jurídico. Trata-se do lado expansivo e problemático da teoria do bem jurídico.

7. Por meio de uma observação mais minuciosa da natureza da teoria do bem jurídico e da barreira da verdade, é possível superar esse desafio. Enquanto o conceito de bem jurídico está “positivamente” orientado – isso é, ele não exige muito mais do que a existência de uma referência a um bem jurídico –, a barreira da verdade orienta-se de forma “negativa” – isso é, ela traça uma inultrapassável linha vermelha. Noutras palavras: nos casos em que uma indistinguibilidade estiver presente, uma tutela penal indireta da verdade deve ser tratada como uma tutela penal direta e, por conseguinte, ao Estado não é dado dispor dessa modalidade de proteção.
8. O critério para verificação dessa indistinguibilidade deriva da equiparação entre a tutela direta de bens jurídicos e o perigo concreto e entre a tutela indireta de bens jurídicos e o perigo abstrato. Caso a inverdade represente somente um perigo abstrato, o respectivo bem jurídico estará apenas indiretamente tutelado, de modo que essa proteção se aproxima mais de uma tutela direta da verdade do que de uma tutela indireta da verdade. Ambos, portanto, não se permitem distinguir um do outro, não justificando, desse modo, uma criminalização.

## Referências

BAGGINI, Julian. *A Short History of Truth: Consolations for a Post-Truth World*. Londres: Quercus, 2017.

BURI, Maximilian von. *Zur Lehre von dem Angriff auf die Ehre mit näherer Berücksichtigung der Lehre von dem Versuche, der Concurrenz und dem fortgesetzten Verbrechen*. Gießen: [s.n.], 1862.

COBLER, Sebastian. Das Gesetz gegen die »Auschwitz-Lüge« Anmerkungen zu einem rechtspolitischen Ablaßhandel. *Kritische Justiz*, [s.l.], v. 18, n. 2, p. 159-170, 1985.

FLINT, Jessica. *Fake News im Wahlkampf: Eine Untersuchung der rechtlichen Problemstellung der Desinformation in sozialen Netzwerken am Beispiel von Facebook*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021.

FRONZA, Emanuela. Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria. *Ragion Pratica*, [s.l.], n. 30, p. 27-54, 2008.

GRECO, Luís. Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts? In: HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *Strafrecht als Scientia Universalis*. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Berlin: De Gruyter, 2011. p. 199-214. (= Existem critérios para a postulação de bens

jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, [s.l.], a. 2, v. 7/8, p. 349-374, 2012.)

GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. (= *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.)

GRECO, Luís. Strafbare Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie. Überlegungen anlässlich der Entscheidung des argentinischen Verfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Straftatbestandes des Besitzes von Betäubungsmitteln zum Zwecke des Eigenkonsums. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*. Berlin: BWV, 2010. p. 73-88. (= Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 18, v. 87, p. 84-102, 2010.)

GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materieller Rechtskraft*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

GRECO, Luís. Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 3, n. 3, p. 234-238, 2008. Disponível em: [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2008\\_5\\_235.pdf](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_5_235.pdf). Acesso em: 8 jan. 2024. (= Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). Tradução: Alao Leite. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 18, v. 82, p. 165-185, 2010.)

GROßMANN, Sven. *Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft*: Über die Grenzen strafrechtlicher Verantwortung. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2016.

HANSCHMANN, Felix. Geschichtsbezogene Strafrechtsvorschriften als Herausforderung der Meinungsfreiheit. *Kritische Justiz*, [s.l.], v. 46, n. 3, p. 307-324, 2013.

HARCOURT, Bernard. The Collapse of the Harm Principle. *Journal of Criminal Law and Criminology*, [s.l.], v. 90, n. 1, p. 109-194, 1999.

HEFENDEHL, Roland. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts. *Juristische Arbeitsblätter*, [s.l.], v. 43, n. 6, p. 401-406, 2011.

HEFENDEHL, Roland. Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts – Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes *über die Rechtsgutstheorie* geschah. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 154, p. 1-14, 2007.

HOVEN, Elisa. Zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 129, n. 3, p. 718-744, 2017. DOI: 10.1515/zstw-2017-0036.

HÜGLI, Anton; LÜBCKE, Poul (org.). *Philosophielexikon*. Hamburg: Rohwolts, 2013.

JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 97, n. 4, p. 751-785, 1985. DOI: 10.1515/zstw.1985.97.4.751.

KÜHL, Kristian, Auschwitz-Leugnen als strafbare Volksverhetzung? In: BERNSMANN, Klaus; ULSENHEIMER, Klaus (org.). *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen: Vorträge anlässlich des Symposions zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12./13.10.2001*. Heymann: München, 2003. p. 103-119.

KÜHL, Kristian. Besonders hohe Grenzen für den Strafgesetzgeber. In: JAHN, Mathias; KUDLICH, Hans; STRENG, Franz (org.). *Strafrechtspraxis und Reform: Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 117-134.

KÜHL, Kristian. Stalking als Eignungsdelikt. In: ROTSCH, Thomas (org.). *Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018. p. 701-706.

KÜHL, Kristian. Von der gerechten Strafe zum legitimen Bereich des Strafbaren. In: BLOY, René; BÖSE, Martin; RACKOW, Peter; HILLENKAMP, Thomas; MOMSEN, Carsten (org.). *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 435-452.

LAMMICH, Theodor. *Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 2022.

LEITE, Alaor. *Notstand und Strafe*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge: 1892 bis 1904*. [s.l.]: J.Guttentag, 1905.

MCHANGAMA, Jacob. *Free Speech*. London: Basic Books, 2022.

MCINTYRE, Lee. *Post-truth*. Cambridge: MIT Press, 2018.

MÖLLER, Uriel. *Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit: Diskussionstand, Rechtsgeschichte und kausalitätstheoretische Bezüge*. Göttingen: V&R Unipress, 2018.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*. [s.l.]: [s.n.], 1748.

- MYLONOPOULOS, Christos. Zur Strafbarkeit der Leugnung historischer Tatsachen. In: HEGER, Martin (org.). *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2014. p. 553-568.
- POPPER, Karl. Conjectural Knowledge: My solution of the problem of induction. *Revue Internationale de Philosophie*, [s.l.], v. 25, n. 95/96, p. 167-197, 1971.
- PREUß, Tamina. *Fake News: Eine phänomenologische, kriminologische und strafrechtliche Untersuchung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021.
- PUSCHKE, Jens. *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2017.
- RAK, Vladyslav. Fake-News. *Recht und Politik*, v. 54, n. 4, p. 409-418, 2018.
- ROSS, Catherine J. Ministry of Truth: Why Law Can't Stop Prevarications, Bullshit, and Straight-Out Lies in Political Campaigns. *First Amendment Law Review*, [s.l.], v. 16, n. 2, p. 367-409, 2017.
- ROSTALSKI, Frauke. „Fake News“ und die „Lügenpresse“ – ein (neuer) Fall für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht? *Rechtswissenschaft*, [s.l.], v. 8, n. 4, p. 436-460, 2018.
- ROXIN, Claus. Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 160, p. 433-453, 2013.
- ROXIN, Claus. Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte. In: NEUMANN, Ulfrid; HERZOG, Felix (org.). *Festschrift für Winfried Hassemer*. München: C.H. Beck, 2010. p. 573-598. (= Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução: Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-209.)
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der aufbau der Verbrechenslehre. 5. Auflage. München: C.H. Beck, v. 1, 2020.
- RUDNITZKI, Ethel. Dados sobre assassinato de LGBTs são incompletos. *Pública*, [s.l.], 29 ago. 2018. Disponível em: <https://apublica.org/chechagem/2018/08/truco-dados-sobre-assassinato-de-lgbts-sao-incompletos/>. Acesso em: 8 jan. 2024.
- SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- SCHÄFER, Jürgen; ANSTÖTZ, Stephan. § 130. In: SCHÄFER, Jürgen (org.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 4. Auflage. München: C.H. Beck, v. 3, 2021.

- SCHREIBER, Markus. *Strafbarkeit politischer Fake News: Zugleich eine Untersuchung zum materiell-rechtlichen Umgang mit der Informationswahrheit in Zeiten demokratiegefährdender Postfaktizität*. Berlin: Duncker & Humblot, 2022.
- SCHRÖDER, Horst. Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte? *Juristen Zeitung*, [s.l.], v. 22, n. 17, p. 522-525, 1967.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch? *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 166, p. 620-640, 2019.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Versuch über die Begriffe von Verbrechen und Strafe, Rechtsgut und Deliktsstruktur. In: SALIGER, Frank (org.). *Rechtsstaatliches Strafrecht: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 701-714.
- SINI, Rozina. Queen's Speech: Is the Queen wearing an EU hat? *BBC News*, [s.l.], 21 jun. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-40356113>. Acesso em: 8 jan. 2024.
- SIQUEIRA, Flávia; SOARES, Hugo. Vacinação compulsória? Sobre os limites da atuação do Estado no combate à Covid-19. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 81, p. 28-60, 2021.
- SOARES, Hugo. Sobre a vida e sobrevivência da teoria do bem jurídico: um ensaio crítico em diálogo com o livro "Ainda vive a teoria do bem jurídico?", de Humberto Souza Santos. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 190-209, 2022. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2022v7n1p190-209.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev; SCHITTENHELM, Ulrike. § 130. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst (org.). *Strafgesetzbuch*. 30. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Die Sinnhaftigkeit eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs – exemplifiziert am Beispiel der Beschimpfung religiöser Bekenntnisse. In: STUCKENBERG, Carl-Friedrich; GÄRDITZ, Klaus Ferdinand (org.). *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat: Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. p. 31-48.
- STRATENWERTH, Günter. Zum Begriff des „Rechtsgutes“. In: ESER, Albin (org.). *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 1998. p. 377-392. (= Sobre o conceito de "bem jurídico". Tradução: Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101-115.)
- TOMA, Josef. *Zur Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des Billigens, Leugnens und Verharmlosens von Völkermord und Menschlichkeitsverbrechen*. Hamburg: Dr. Kovac, 2014.

VIEIRA, Eli. Favoráveis à criminalização das “fake news”, Ministros do STF usaram notícia falsa em lei de homofobia. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 14 abr. 2022. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/favoraveis-a-criminalizacao-das-fake-news-ministros-do-stf-usaram-noticia-falsa-em-lei-de-homofobia/>. Acesso em: 8 jan. 2024.

WASCHKUHN, Arno. *Kritischer Rationalismus: Sozialwissenschaftliche und politiktheoretische Konzepte einer liberalen Philosophie der offenen Gesellschaft*. Berlin: De Gruyter, 2018.

ZABEL, Benno. Soll das Strafrecht Erinnerungen schützen? Einige Anmerkungen zum Verhältnis von Norm und Geschichte am Beispiel des Auschwitz-Leugnens gem. § 130 Abs. 3 StGB. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 122, n. 4, 2010, p. 834-853, 2010. DOI: 10.1515/zstw.2010.834.

## Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

### Sobre o autor:

**Hugo Soares** | E-mail: [hsoares14@gmail.com](mailto:hsoares14@gmail.com)

Mestre (Universidade de Lisboa/Portugal) e Doutorando em Direito (Humboldt-Universität zu Berlin/Alemanha).

Recebimento: 05.12.2023

Aprovação: 08.01.2024