UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE *FAKE NEWS* DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SALVADOR
2024

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE *FAKE NEWS* DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho apresentado à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

SALVADOR

2024

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos Matteo e Laura, amores do titio.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE *FAKE NEWS* DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEGAL REFLECTIONS ON THE NECESSARY CONFORMATION OF THE CONCEPT OF FAKE NEWS IN FRONT OF THE FOUNDATION OF FREEDOM OF EXPRESSION

Guilherme de Magalhães Leal Moreira[1]

Carlos Alberto José Barbosa Coutinho[2]

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo tecer necessárias reflexões jurídicas acerca do (re)posicionamento do fundamento constitucional da liberdade de expressão diante do paradigma das *Fake News*, fenômeno atualíssimo decorrente da nova dinâmica informacional trazida pelas redes virtuais. Para tanto, busca-se prioritariamente investigar a fisiologia da liberdade de expressão no campo (filo)jurídico, bem como na própria arquitetura constitucional brasileira para que, ao fim e ao cabo, seja possível refletir o direito ao livre pensamento e suas ramificações na seara de contingências do plano de fundo das *Fake News*, especialmente no que tange à (in)determinação linguística e jurídica deste com fins à sua respectiva coibição jurisdicional. Nesse diapasão, tendo em vista a ausência de lei específica que regulamente o multicitado fenômeno, discute-se, do ponto de vista doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, sob quais termos a coibição às *Fake News* não pode corromper o núcleo essencial da liberdade de expressão, ante a sua imprescindibilidade democrática e inerente capacidade antinômica frente aos indesejados desdobramentos do poder estatal.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, *Fake News*, Jurisprudência, Constituição, Democracia.

ABSTRACT: The present study aims to weave legal reflections on the (re)positioning of the constitutional foundation of freedom of expression in the face of the Fake News paradigm, which appears to be very current as a result of the new informational dynamics brought about by virtual networks. To this end, we seek to primarily investigate the physiology of freedom of expression in the (philo)legal field, as well as in the Brazilian constitutional architecture itself so that, in the end, it is possible to reflect the right to free thought and its ramifications in the field. of contingencies in the background of Fake News, especially with regard to its linguistic and legal (in)determination with the aim of its respective jurisdictional restraint. In this context, in view of the absence of a specific law that regulates the multi-cited characteristics, it is

[1] Discente do curso de Bacharelado em Direito da UCSal – Universidade Católica do Salvador, em curso da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do 9° semestre. Email institucional: guilherme.moreira@ucsal.edu.br

[2]Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), pós-graduado em Direito Processual Civil pelo *Juspodivm* e Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade - PPGEISU/ IHAC/ UFBA.

discussed, from a doctrinal and, above all, jurisprudential point of view, under which terms the prohibition against Fake News cannot corrupt the essential core of freedom of expression , given its democratic indispensability and antinomic capacity in the face of unwanted developments of state power.

Keywords: Freedom of expression, Fake News, Jurisprudence, Constitution, Democracy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA. 2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA. **3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL.** 3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES. **3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade**. **3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão. 4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS *FAKES NEWS*: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA.** 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS *FAKE NEWS*: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018. **4.1.1. O fenômeno das *Fake News* na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado.** 4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL. **CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade trazer necessárias reflexões jurídicas acerca do justo posicionamento do princípio da liberdade de expressão no plano de fundo do fenômeno das *Fake News*. Para tanto, far-se-á necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que fundamenta o conceito e a evolução normativa da liberdade de expressão na contemporaneidade, bem como conceber o que houver de dubiedade a respeito do significado do fenômeno das *Fake News* e, de igual modo, acerca da sua seara de afetação às democracias pós-modernas.

Nesse cerne, importa preponderar que o instituto da liberdade de expressão origina-se, uma vez ausente de elementos interventores, da mais plena comunicação entre o espírito humano da racionalidade e a sua consecutiva capacidade de perceber os fenômenos, bem como, de interpretá-los e verbalizá-los. Trata-se, portanto, de um dado da realidade espontaneamente percebido que, nas suas mais diversas manifestações, revela a heterogeneidade do senso intelectivo humano, no passo em que dá tom à livre criação de iniciativas políticas, religiosas, ideológicas, artísticas e científicas.

Trazendo para uma perspectiva civilizacional, ao anteceder ao conjunto complexo das normas politicamente constituídas, o referido instituto vem sendo imbuído de dificultoso esforço normativo, no transcorrer da história ocidental, para que sua repercussão seja adequadamente suportada em face da necessidade de pacificação social, sobretudo se levado em consideração que a liberdade de expressão é percebida em seus efeitos, ou seja, reformular o seu conteúdo passaria, em última análise, pela necessidade em atingir as suas manifestações.

Por outro lado, sabe-se que as matrizes jurídicas pós-modernas, como a brasileira, são marcadas pela temporalidade das estruturas normativas. Em outras palavras, o sistema normativo contemporâneo, ao ser influenciado pelo binômio "tempo-espaço", possui caráter de fluidez em relação aos mais novos produtos das relações intersubjetivas, fazendo com que direitos já consolidados defrontem-se aos acontecimentos e demais direitos a eles supervenientes, gerando uma contínua necessidade de atualização do seu alcance normativo.

Diante disso, tratando-se o fenômeno das *Fake News* de fato novo e atípico que vem ressignificando o potencial lesivo da liberdade de expressão nas redes sociais para além dos limites já impostos pelos tutelados direitos da personalidade, gerando inaugural atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho tem como objeto central responder o seguinte questionamento: o que é necessário levar em consideração para que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão prepondere sobre a iminente regulamentação jurisdicional do fenômeno das *Fake News*?

Para tanto, o estudo a ser deslindado no decorrer deste trabalho terá, enquanto principais objetivos, o devido esforço propedêutico de posicionamento histórico-constitucional da liberdade de expressão, bem como da vocação etimológica e jurídica do fenômeno das *Fake News*, momento em que finalmente se buscará dimensionar o paradigma observado pelo livre pensamento diante do intercorrente fenômeno multicitado e suas variações observáveis no Brasil (e no exterior), analisando, ainda, posteriormente, a necessidade de que, num cenário normativo de necessária conformação entre 'direito x fato novo', este prefigure sobre aquele.

No aspecto metodológico, por sua vez, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, substanciada em material analítico já publicado, bem como na análise primária de documentação legislativa e jurisprudencial. Além disso, o presente trabalho se baseará no método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo em vista que a relação entre pesquisador e fenômeno pesquisado se dará em influência mútua, desdobrando-se ainda em hipóteses a serem submetidas ao processo de falseamento.

2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA.

A liberdade de expressão, enquanto apanágio da inclinação racional do indivíduo, vem correspondendo, no transitar das experiências civilizacionais – sobretudo àquelas impelidas pela modernidade – na possibilidade concreta de ação individual desentranhada, por sua vez, de condições de existência externas. Isso significa dizer que, para além de todos os preceitos formulados pelas convenções humanas e direcionados a finalidades coletivas, o instituto da liberdade de expressão origina-se e conclui-se em si mesmo, de modo que a sua única condição existencial é o próprio senso intelectivo humano (SILVA, 2000, p. 247 e 248).

Transpondo a obtenção da liberdade de expressão como um dado da realidade antecessor a qualquer convencionalidade societária, observa-se, inclusive, no ramo do estudo dos direitos fundamentais, que a liberdade de expressão, assim como as demais liberdades de vocação individual, constituiu o Estado Moderno como meio de subtração do seu poder. Nos dizeres do filósofo italiano Norberto Bobbio (2004), por exemplo, os direitos de liberdade, componentes dos denominados "direitos de primeira geração" são marcados pelo seu conteúdo negativo, ou seja, acabaram por afetar a fisiologia estatal pré-revolução francesa, evocando o seu não-agir.

Tão relevante é o caráter negativo da liberdade de expressão, aliás, que os seus desdobramentos, como a liberdade de opinião e a própria liberdade de imprensa, servem ao exercício social da cidadania como instrumentos fiscalizatórios supraestatais da atividade política, na medida em que a sua publicidade evoca no seio societário a possibilidade de demandar as suas respectivas expectativas e críticas, gerando uma contínua comunicabilidade antinômica entre o poder estatal e o seu agente constituinte, qual seja a própria sociedade. Acerca do referido fenômeno, ressalta ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e notório doutrinador Luís Roberto Barroso:

> Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povoe a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los (BARROSO, 2004, p. 19).

Não à toa, devido a sua potencialidade antinômica, a liberdade de expressão, na visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin, defensor da famigerada teoria constitutiva, deve ser

concebida juridicamente por uma visão mais ampla e estável, de modo que se entenda o seu valor por si só. Em linhas mais específicas, enquanto a teoria da verdade criada pelo polímata estadunidense Oliver Wendell Holmes visava filtrar o direito ao livre discurso através do seu conteúdo valorativo, maximizando a verdade como finalidade, a perspectiva de Dworkin recai sobre a autonomia do próprio discurso independente do seu direcionamento, de modo que, segundo o autor, trata-se de um exercício civilizatório impossível numa democracia obter um juízo moral pleno a respeito do bem comum sem que essa atividade se constitua através da participação geral e heterogênea dos seus cidadãos, o que denota, em última análise, a importância dialética da liberdade de expressão para o debate público (POST, 2000, p. 236; DWORKIN, 2005, p. 25).

Dada a sua vocação supraestatal, pode-se provisoriamente concluir, portanto, que a liberdade de expressão, ao derivar de uma ordem conatural da natureza humana, independe de qualquer empenho coletivo-racional de formulação, bastando ao Estado – sobretudo o Democrático – admitir a sua relevância em sua ordem jurídica, impondo-lhe limitações provenientes das características teleológicas de cada ordenamento jurídico. Na perspectiva de Dworkin, por exemplo, essa muito influenciada pela filosofia de não-restrição aos direitos fundamentais da Constituição Americana, basta ao Estado, ao lidar juridicamente com a liberdade de expressão, buscar a potencialização da independência moral dos seus cidadãos, senão vejamos:

> Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual (DWORKIN, 2005, p. 26).

Em perspectiva diversa, segundo o filósofo britânico Alexander Meiklejohn, existe uma limitação precípua à liberdade de expressão: o seu desserviço à democracia. De modo explicativo, segundo o autor, a liberdade de expressão deve obter conceituação e tutela constitucional, em regra, para proteção de qualquer discurso, principalmente aquele de caráter dissidente. Entretanto, a proteção ao direito não corrobora a automática proteção ao seu abusivo usufruto, de modo que não pode o Estado permitir a dissipação de discursos que a ele tenham vocação autodestrutiva.

Isso significa dizer que se o Estado compromete-se constitucionalmente a promover uma ordem social democrática, não pode ele admitir a existência de discursos no debate político

que promovam a destruição dessa finalidade, sob pena de assumir para si uma fisiologia que em algum momento lhe gere uma ruptura (MEIKLEJOHN, 1948, p. 13 a 15).

A perspectiva de Meiklejohn, por esse motivo, conecta-se, de certa forma, à plasticidade não-estática da Constituição Brasileira de 1988 que, apesar de conceber plenamente a liberdade de expressão como direito fundamental, tutela implicitamente a vedação ao discurso de ódio e a apologia ao denominado conjunto de "discursos antidemocráticos". Nesse sentido, o jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet afirma que numa interpretação sistemática – aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um regime democrático – a Constituição Brasileira assegurou para a liberdade de expressão uma posição (relativa) preferencial, o que pode ser compreendido como uma preferência *prima facie* – mas não absoluta – que, por sua vez, não obsta o dever do sistema jurídico em garantir a preservação dos demais bem-jurídicos inseridos na sua Carta Magna, como dos direitos da personalidade (SARLET, 2019, p. 1225 e 1226).

Em sentido complementar, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que a garantia constitucional a liberdade de expressão está acompanhada de expressa reserva legal. Isso significa dizer que o exame conceitual da liberdade de expressão em sua justa aplicação pelo Poder Judiciário deve se dar de forma sistemática, de modo a transparecer que a evolução do direito à liberdade de expressão o conduz para a vedação ao conflito entre direitos fundamentais (*Grundrechtskollision*), levando a sua preferência relativa no ordenamento jurídico, em última análise, ao filtro da dignidade humana, elemento integrante do sistema de valores dos direitos (trans)individuais na Constituição Brasileira (MENDES, 1994, p. 298 a 301).

Dessa forma, observa-se que a busca pela conceituação (filo)jurídica do princípio da liberdade de expressão, ao mesmo tempo que perpassa pelo seu reconhecimento enquanto direito prefigurado às convencionalidades coletivas e prioritário no plano de fundo democrático, não furta-se de um enquadramento na sistemática constitucional, de modo que o seu eixo de limitação, como se verá mais adiante, deva encontrar solidez na garantia de outros direitos individuais, desde que garantida a reserva legal do seu exercício jurisdicional.

2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.

Tendo sido bem delineada a seara (filo)jurídica da liberdade de expressão, observa-se que o seu conteúdo enquanto bem-jurídico, assim como a sua desejada aplicação no seio societário perpassam pela indispensável noção de enquadramento do referido instituto na ordenação democrática que o reconhece.

Isto porque, num primeiro momento, a liberdade de expressão aparece como fundamental corolário do sentimento democrático. Nos dizeres de Silva (2009, p. 114) a liberdade da palavra, numa democracia, está voltada para a vida coletiva através da discussão e deliberação de assuntos públicos de bem comum. Nesse cerne, a constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo torna-se, segundo o autor, premissa óbvia – tomada como um dado – de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o sistema democrático atingir a sua finalidade política precípua de satisfação da vontade popular.

Tão antiga e consolidada na literatura política é a importância da liberdade de expressão que, em suas obras republicanas, Maquiavel, um autor reflexo de um período não-democrático, já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar no trecho abaixo reproduzido:

> Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 2000, p. 76)

Por outro lado, num segundo momento, a importância de contrastar o princípio da liberdade de expressão com o plano de fundo democrático existente se dá também com vistas a sua seara de aplicação jurídica. De acordo com Sarlet e Siqueira (2020, p. 545 e 546), na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e de informação nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, mas, também, da operacionalização, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de proteção desses direitos, o que, por sua vez, implica a salvaguarda dos direitos políticos e da democracia e suas instituições.

A perspectiva do autor brasileiro, nessa esteira, fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana é o fundamento estruturante de uma democracia, ao passo que a democracia opera como espécie de garantia organizacional e procedimental da dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 86 e 87). Em sentido confluente, pode-se deduzir que a relação entre

democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora o aumento do potencial democrático numa sociedade possa muitas vezes significar o aumento da liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão, em seu usufruto abusivo, pode acarretar riscos para a democracia o que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão em última instância de análise (MICHELMAN, 2007, p. 58), o que torna necessário calculado equacionamento.

Na democracia brasileira, destacadamente, o problema do conteúdo e limites da liberdade de expressão somente pode ser enfrentado e equacionado, do ponto de vista jurídico, quando existe um consenso (no sentido de uma opinião e prática majoritária) relativamente ao seu sentido e alcance, o que, por sua vez, remete à querela em torno da posição da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais (SARLET; SIQUEIRA, 2019, p. 549 e 550).

Nesse sentido, conforme observaremos mais detalhadamente no próximo capítulo do presente trabalho, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegure um idêntico *status* protetivo à privacidade, intimidade, honra e imagem e à liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, levando a uma interpretação sistemática que não dispensa a constitucionalidade da sua limitação pelo Poder Judiciário (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550 e 551).

3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Objetivando o mais justo estabelecimento da formatação do direito à liberdade de expressão no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no plano do Estado Democrático de Direito vigente, faz-se necessário compreender, prioritariamente, a sua história constitucional, de modo que se possa dimensionar, ao fim deste capítulo, a relevância e extensão do direito à liberdade de expressão diante do binômio espaço-temporal das normas constitucionais pátrias, chegando satisfatoriamente à sua atual fisiologia jurídica, por sua vez fundada na Constituição Cidadã de 1988.

Para tanto, trata-se de dado histórico verificável a ser ressaltado nesta oportunidade que a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro submeteu-se a diversas

variações, decorrentes estas, por certo, do momento histórico-social pelo qual a sociedade brasileira passava quando da adoção de cada Carta Constitucional (DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Isto dito, a contemplação constitucional do direito à liberdade de expressão teve início com a Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, em que havia, através do art. 179, IV do título "Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros.", previsão destacada a respeito da inviolabilidade dos direitos civis de liberdade dos cidadãos brasileiros, fazendo menção expressa ao direito de comunicação de pensamento por palavras e escritos, podendo ainda serem estes últimos publicados pela imprensa, a qual teria a sua atividade garantida sem a dependência de censura (BRASIL, 1824).

Em contrapartida, o próprio dispositivo supramencionado previa a possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de pensamento nos casos e pela forma que a lei determinasse. Tal disposição restritiva, no entanto, apesar de destacar o filtro da legalidade, era cercada de certa imprecisão, tendo em vista que a existência do Poder Moderador, este previsto no Título 5°, Capítulo I da mesma Carta, trazia como direito do Imperador prover a tudo que fosse concernente a segurança interna e externa do Estado, incluindo nisto a manutenção da ordem moral da sociedade brasileira, o que, em última análise, acabava por significar a existência de um censor de alcance ilimitado gerado pelo mesmo texto constitucional (BRASIL, 1824; DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Com a derrubada do Império e a inauguração do regime republicano no Brasil no ano de 1889, fora criada, dois anos depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual manteve em quase total integralidade o texto constitucional do Império acerca da livre manifestação e publicização do pensamento, havendo, no entanto, diferenciação notória decorrente não em face da égide normativa em si, visto que praticamente espelhada na anterior, mas da retirada do Poder Moderador como potencial mecanismo de censura para além do filtro da legalidade (DOS SANTOS, 2016, p. 109 e 110).

Por outro lado, a primeira constituição republicana fora responsável por trazer em seu art. 72, parágrafo 12 a vedação ao anonimato, condição à livre manifestação do pensamento até hoje presente no texto constitucional brasileiro como forma de garantir a responsabilização do emissor de determinada palavra e/ou escrito através da sua obrigatória identificação (BRASIL, 1891).

Já no séc. XX, mais precisamente na década de 30, fora promulgada no ano de 1934 a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, inspirada na Constituição de Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931 e imbuída pela Revolução de 1930 trouxe inovações à proteção da liberdade de pensamento em seu art.113, parágrafo 9, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos e, ao mesmo tempo, permitiu a censura de espetáculos e diversões públicas, como afronta clara ao potencial antagônico da classe artística (BRASIL, 1934; DOS SANTOS, 2016, p. 110).

Três anos depois, como forma de perpetuar-se no poder e inspirado na Constituição autoritária da Polônia de 1935, o então presidente Getúlio Vargas (1882-1954), promoveu um golpe de estado em 1937 e, no mesmo ano, outorgou um novo texto constitucional em que em seu art. 122, inciso 15 – reforçado pelo Decreto-lei no 1.949 – estavam previstas diversas modalidades e mecanismos de censura – inclusive prévia – ao livre pensamento, sob a premissa de garantir a paz, a ordem, bem como a moralidade e a segurança pública (BRASIL, 1937; DOS SANTOS, 2016, p. 110).

Tais previsões constitucionais, assim que vigentes, deram origem a uma série cinzenta de atos institucionais de restrição à liberdade de expressão nas mais diversas ramificações, sobretudo no âmbito da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão e, destacadamente, na própria seara política, ausente do juízo de valor popular (DOS SANTOS, 2016, p. 110 e 111).

Com a deposição de Getúlio pelos militares e a consequente superação do seu regime no ano de 1945, fora promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, um ano depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, reavendo, em seu art. 141, conquistas da Carta Constitucional de 1934, além de trazer destaques quanto a liberdade da convicção religiosa, filosófica e política. Entretanto, no mesmo texto, apesar de expressa consideração das artes como livres no art. 173, a Constituição de 1946, no parágrafo 5° do art.143 destacava que os espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados, dando continuidade às afrontas moralistas ao pensamento artístico oriundas do texto constitucional de 1934 (BRASIL, 1946; DOS SANTOS, 2016, p. 111).

Quase duas décadas depois, com a instalação do Regime Militar no Brasil no ano de 1964, a Constituição de 1946 fora suprimida, dando lugar a um cenário de ausência de proteção constitucional dos direitos fundamentais, marcado este pela publicação dos Atos Institucionais I e II que suprimiram a representatividade política do país (DOS SANTOS, 2016, p. 112).

O novo *status quo* institucional ora instalado se consolidou na Constituição da República Federativa de 1967 que praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação e publicização do pensamento independentemente de censura. No entanto, diferentemente da Constituição de 1946, o texto constitucional em voga naquele período trouxe, no parágrafo 8° do art. 150, a possibilidade de intolerância jurisdicional diante de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967; DOS SANTOS, 2016, p. 112).

Nesse deslinde, foram publicados consecutivos atos institucionais até o Ato Institucional nº 5 – AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do Poder Executivo e tratando qualquer manifestação contrária ao Regime como crime político e contra a segurança nacional, o qual, segundo o próprio ato, estava excluído de qualquer apreciação judicial, devendo ser tratado como uma questão militar (DOS SANTOS, 2016, p. 112).

Ato contínuo, no ano de 1969, a Emenda Constitucional n° 1 foi decretada pela Junta Militar vigente, modificando quase que integralmente a Constituição de 1967, de modo a dar caráter de legalidade constitucional aos atos institucionais. Sobre a Emenda referida, esclarece José Afonso da Silva (2006, p.86):

> Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Assim, sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que a liberdade de expressão, com considerações ao Regime Getulista, sofreu suas maiores represálias constitucionais na história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 112).

No entanto, o contínuo desgaste do Regime Militar nos campos internacional, econômico e político acabou por culminar no processo de redemocratização do Brasil a partir do ano de 1985, processo este consolidado pela Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente no país, trazendo a maior proteção aos direitos fundamentais e democráticos da história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 113).

No que tange ao direito ao direito à liberdade expressão, a Carta Constitucional, ao se definir como signatária efetiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representou uma verdadeira antítese ao regime antecessor, reconhecendo, como cláusulas pétreas, o direito de qualquer cidadão de, indistintamente, formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores

e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

Para bem ilustrar a renovação constitucional supramencionada, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 65):

> A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Nesse deslinde, a liberdade de expressão passou a figurar no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando no art. 5°, IV e IX o caráter de inviolabilidade do direito ao livre pensamento com vedação ao anonimato e, ademais, fazendo-se destaque ao livre exercício das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).

Em disposição consoante, o art. 220 da Constituição Cidadã reforçou o disposto nos dispositivos supramencionados, destacando ainda a vedação ao embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988).

Nesses termos, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente a liberdade de expressão e comunicação como elementos constitutivos do próprio regime institucional vigente, pondo fim à censura anteriormente existente, marcada esta pela relativização normativa do livre pensamento (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

Em contrapartida, ao prever, em seu art. 5º, X a igual proteção aos direitos da personalidade – quais sejam intimidade, vida privada, honra e imagem – bem como promover a vedação ao seu usufruto abusivo, a Constituição de 1988 foi responsável por trazer a mais nova fisiologia do direito à liberdade de expressão, balizado pelo binômio ‘liberdade x responsabilidade’ e, sobretudo, pelo fenômeno da colisão dos direitos fundamentais na operacionalização (infra)constitucional destes, tema a ser analisado no tópico a seguir (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES

De acordo com o notório jurista alemão Robert Alexy, a problemática da colisão dos direitos fundamentais decorre do próprio intento do estudo dos direitos fundamentais em revelar

as estruturas dogmáticas, bem como o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 1999, p. 68).

Em linhas mais específicas, ao substanciar o ideal do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se desdobram simplesmente de dispositivos racionalizados pela ordem jurídica nacional, recepcionando, em verdade, a validez universal dos chamados direitos substanciais que, por seu turno, vinculam certas exigências transnacionais ao texto constitucional de cada país que vão da hierarquização das suas cargas valorativas, até a definição dos seus conteúdos axiológicos (ALEXY, 1999, p. 67).

E é nesse deslinde que surge a necessidade de catalogação dos direitos fundamentais e, consequentemente, da revelação da sua capacidade colidente por via de interpretação constitucional, podendo ser esta capacidade ampla, quando os direitos colidentes têm vocação coletiva, ou estrita, quando o conflito normativo decorre de direitos fundamentais individuais propriamente ditos (ALEXY, 1999, p. 68 e 68).

No caso presentemente estudado, qual seja o direito à liberdade de expressão, a sua capacidade colidente desenvolve caráter evidentemente estrito, isto porque a sua carga valorativa, bem como o seu conteúdo axiológico não podem ocorrer indefinidamente no plano da realidade sem que o seu exercício normativo tenha consequências negativas sobre direito fundamental diverso, sobretudo os direitos da personalidade.

Por esse motivo, a técnica interpretativa da Constituição Federal de 1988 no que tange a colisão dos direitos fundamentais, marcada destacadamente pela Teoria dos Limites dos Limites (*Schranken-Schranken*), não apenas trouxe os direitos da personalidade como colidentes ao exercício da liberdade de expressão, como também definiu a possibilidade do seu usufruto abusivo que, dentre outros prejuízos possíveis, pode ferir diretamente a ordem pública constitucional (DUQUE, 2018, p. 963).

Para bem ilustrar a mecânica destas limitações ver-se-á especificamente a sua operacionalidade (infra)constitucional nos tópicos a este subsequentes, destacando, sobremodo, a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, bem como à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas ao seu alcance normativo.

3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A Teoria dos Limites dos Limites preconiza que, através do princípio da proporcionalidade, deve-se estabelecer a definição de peso para cada um dos direitos

fundamentais em colisão e, assim, estabelecer de qual modo essa definição deve se dar de maneira proporcional para que se possa encontrar, finalmente, o equilíbrio correto entre os direitos fundamentais (DUQUE, 2018, p. 954 e 955).

Em outras palavras, é fundamental à técnica interpretativa constitucional analisar, mediante limitação abstrata, se o benefício alcançado com o sacrifício da aplicação de um direito fundamental não causa um prejuízo desnecessário.

No caso da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão à proteção da personalidade, segundo Alexy (1999, p. 70), a definição elementar da limitação a ela necessária perpassa indiscutivelmente pela irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total, bem como pela onipresença da ponderação entre ambos os direitos colidentes.

Essa interface interpretativa, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao direito à liberdade de expressão uma posição preferencial relativa de exercício em relação aos demais direitos fundamentais em vista da sua teleologia democrática indispensável. Ao mesmo tempo, ocorre na sistemática constitucional, a possibilidade concreta e material dada ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo da dignidade da pessoa humana, de limitar a irradiação do livre pensamento, sob a prerrogativa de que os desdobramentos do senso intelectivo não podem preponderar indefinidamente sobre o indivíduo que intelectualiza sobre si mesmo.

Nessa égide, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos extrapatrimoniais previstos em seu art. 186 faz uma operacionalização infraconstitucional da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo em vista que o dano moral, ao representar o ferimento a uma camada imaterial do titular do direito, abarca a possibilidade do uso indevido da liberdade de expressão através de palavras ou escritos que, por seu turno, exigem a consecutiva reparação nos termos do art. 927 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

O Código Penal, por sua vez, em seu Capítulo V, traz previsão de detenção e multa a quem infringir a honra de outrem. No entanto, na esfera penal, há previsão de aumento de pena baseada na pessoa da sua vítima – como, por exemplo, o Presidente da República ou Ministro do Supremo Tribunal Federal – e se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, como as próprias redes sociais (BRASIL, 1940).

Seguindo a mesma toada discriminatória da tutela dos direitos da personalidade, os Estatutos da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010) e da Pessoa com Deficiência (Lei n° 3.146/2015) regulam infraconstitucionalmente a liberdade de expressão, fazendo definição

expressa à discriminação e preconceito contra os respectivos grupos. Ademais, a Lei dos Crimes Raciais (Lei n° 7.716/1989), recentemente alterada pela Lei n° 14.532/2023, criminaliza a ofensa em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, prevendo aumento de pena ainda quando o crime ocorrer em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação ou quando praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, trazendo limitações práticas ao conteúdo humorístico de cunho racial, mas também ao racismo institucional presentes nos órgãos públicos.

Por fim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual se verá mais detalhadamente no decorrer deste estudo, atualizou a colisão entre a tutela dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão para o campo tecnológico-informacional, trazendo, no seu art. 7º, I e, em consonância ao Código Civil, a inviolabilidade do direito reparatório decorrente de conteúdos gerados por usuários e trazendo como novidade normativa, por outro lado, a neutralidade das redes em si, bem como a isenção dos seus responsáveis por estes mesmos conteúdos (BRASIL, 2014).

3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão

Apesar do abuso do direito à liberdade de expressão obter relação indissociável com a tutela dos direitos da personalidade, para os fins do presente estudo, faz-se necessário destacá-lo brevemente com vistas a dissertar acerca da sua amplitude semântica, sobretudo no contexto das redes sociais e das famigeradas *Fake News* delas oriundas.

De acordo com o art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A liberdade de expressão, portanto, nesse cerco normativo, deve ser exercida, inclusive por inferência lógica da Teoria dos Limites dos Limites, mediante comedimento e razoabilidade em razão de diversos outros direitos caros ao texto constitucional e, inequivocamente, ao próprio Estado Democrático de Direito.

Observe-se então que a possibilidade do abuso do direito à liberdade de expressão, diferentemente da tutela dos direitos da personalidade, possui um núcleo normativo de maior amplitude e com menor definição de alcance, caso em que poderá ser ramificada a sanção ao livre pensamento à tutela de outros direitos constitucionais que não necessariamente o livre desenvolvimento da personalidade.

Aliás, caso o abuso do direito à liberdade de expressão decorresse tão somente do ferimento dos direitos da personalidade, o direito de resposta, referendado pelo inciso V do art.

5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, serviria, em conjunção com a possibilidade indenizatória, como remédio respectivo para a satisfação do ofendido, bem como para a responsabilização civil e penal do ofensor, inclusive no contexto dos meios de comunicação.

No entanto, em verdade, o abuso do direito à liberdade de expressão tem ecoado, sobretudo na era das redes sociais, na insurgência do controle jurisdicional de determinados conteúdos que, apesar de não ofenderem determinado titular de direito concreto e material, obtém uma pretensa finalidade de minar certos valores constitucionais, como o Poder Judiciário e os seus consectários, por exemplo (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 539 e 540).

Sob este novo plano de fundo, as famigeradas *Fake News* têm recebido destaque por se desdobrarem na criação de conteúdos, pretensamente imparciais ou não, que, na interpretação jurisdicional, representam o desvio sistemático da verdade ou contradizem os fatos integralmente, sob a finalidade de destituir a validade de determinado instituto caro ao regime democrático (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 540).

Outrossim, essa realidade emergente se agrava ainda mais, levando em consideração o potencial difusor das redes sociais, bem como a relativização do perfilamento real do ofensor que, apesar de precisar identificar-se na sua atividade virtual em face da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF/88), pode criar intermináveis perfis que não necessariamente representem o perfil real do usuário, tendo proteção, inclusive, do direito à privacidade, tutelado pela Constituição em seu art. 5º, X e preferido infraconstitucionalmente em razão do Marco Civil da Internet (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 545 e 546).

Nesse deslinde, tem-se observado o surgimento de uma inaugural atuação do Poder Judiciário no que concerne ao alcance do abuso do direito à liberdade de expressão, arrastando o seu núcleo de limitação valorativa para as redes sociais, com vistas a discernir, de forma sancionatória, o livre pensamento das famigeradas *Fake News* e suas variações, o que torna imprescindível, para os fins do presente trabalho, dissertar a seguir acerca da (im)possibilidade material deste atualíssimo fenômeno jurisdicional, ressaltando, sobremodo, a necessidade de preservação do núcleo da liberdade de expressão, direito fundamental relativamente preferencial aos demais na Carta Magna Brasileira.

4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS *FAKES NEWS*: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA

A análise ora pretendida da prefiguração do direito à liberdade de expressão no paradigma das *Fake News* perpassa, imperiosamente, pelo esforço antecedente não apenas de buscar a definição conceitual do multicitado fenômeno, como também se desemboca na conseguinte e, ainda mais importante para os fins do presente estudo, perseguição à sua vocação jurídica, de modo que se possa esquadrinhar finalmente a (im)possibilidade material do combate jurisdicional às *Fake News* em face da sua respectiva estabilidade enquanto fato novo passível de regulamentação.

Nessa esteira, conforme Allcott e Gentzkow (2017, p. 211 a 214), apesar de, grosso modo, *Fake News* popularmente significar, do inglês, "notícia falsa", o referido termo, no seu âmbito prático, abarca todas as informações veiculadas e aptas a serem disseminadas instantaneamente em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar o destinatário da mensagem inverídica e provocando, como finalidade precípua, um efeito pretendido sob determinado fragmento da sociedade.

Dessa forma, da pluralidade de manifestações cabíveis às *Fake News*, podem surgir erros intencionais, rumores sem origem em notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa e ainda propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141 a 147; ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214).

Nessa perspectiva, as F*ake News* podem ainda se subdividir em três modalidades gerais quanto à sua forma e pretensão, sendo elas: a) *dis-information*, que ocorre quando a informação falsa e veiculada com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; b) *mis-information*, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; c) *mal-information* que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada "pessoa, organização ou país" (WARDLE, 2017, p. 20).

Todas estas modalidades, à sua maneira, obtém a capacidade de gerar a denominada desordem informacional (*information disorder*) que subsiste na conexão atentatória entre os fatos (falsos ou não) e a narrativa imbricada sobre eles sob determinada finalidade extrínseca, esta geralmente danosa a algo ou alguém (LAZER; BAUM; BENKLER, 2018, p. 1094).

Desta análise conceitual já pode-se deduzir que o fenômeno das *Fake News* tem a capacidade material de, no seu enquadramento jurídico, desembocar casuisticamente na tutela

jurídica dos direitos da personalidade, visto que, dentre as suas finalidades identificáveis, o prejuízo reputacional à indivíduos e coletividades de pessoas é incontroverso. Por outro lado, há de se observar também que, ao se desenvolver sob pretenso contexto, as *Fake News* funcionam também como possíveis agentes de sectarismo, instabilidade político-social e proselitismo ideológico, caso em que o seu efeito danoso pode direcionar-se às vítimas imateriais, as quais a integridade só se pode verificar no âmbito das ideias e valores.

Nessa senda, a vocação jurídica das *Fake News* obtém concretude ante a sua seara de afetação ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, no que tange aos seus efeitos sobre as vítimas imateriais acima descritas, como a própria ideia jurisdicional da democracia plena, a vocação jurídica das *Fake News* perpassa substancialmente pela verificação da (im)possibilidade da tutela judicante de identificar a verdade factual no âmbito do debate público, sobretudo em contextos sensíveis.

Ao mesmo tempo, a vocação jurídica do multicitado fenômeno perpassa por uma limitação conceitual que não alargue indiscriminadamente o alcance dos termos linguísticos (enunciados semânticos) que o caracterizam em sua elasticidade e instabilidade, para que, ao fim e ao cabo, a sua regulação pela esfera jurídica, ante ausência, sobretudo, de regulamentação legislativa específica, não implique na maior restrição às liberdades de expressão e de informação, o que poderá desencadear na definição arbitrária dos rumos do debate público brasileiro pelo Poder Judiciário.(SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS *FAKE NEWS*: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018

Como visto anteriormente, sendo notória a ausência de lei que regule o fenômeno das *Fake News* no seio das suas especificidades, o Poder Judiciário brasileiro tem deslocado profuso esforço para conter os pretensos danos decorrentes da sua ressonância, destacando-se, nessa esteira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a sua verticalidade cognitiva e, sobretudo, a sua prerrogativa constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em especial a própria liberdade de expressão, visto que diretamente afeta ao tema insistentemente deslindado pela Corte.

O referido esforço da tutela jurisdicional, nesse cerne, não apenas revela a necessidade de que se analise exemplificativamente a operacionalidade judicial do controle concreto do multicitado fenômeno em face da sua instabilidade semântica, como também torna imperioso

que seja reflexo à questão a nova carga valorativa da liberdade de expressão no texto constitucional como subproduto das cognições do Supremo acerca das *Fake News*, bem como o impacto desta reconstituição ao Estado Democrático de Direito como um todo.

Para tanto, importa contrastar, a existência de uma posição preteritamente consolidada pelo Supremo, anterior às eleições de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão possui posição preferencial relativa na arquitetura constitucional e que, mais, a sua restrição depende de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo. Isto feito, se observará seguidamente a existência de uma transmutação valorativa do livre pensamento na cognição judiciária, por sua vez marcada por fenômenos concorrentes e decorrentes das eleições de 2018, em que o proselitismo ideológico e as *Fake News* fundiram-se como *modus operandi* único de populismo digital.

Assim esclarecido, como exemplo inicial da primeira via de análise supracitada, pode-se utilizar a própria ADPF n° 130, já sucintamente destacada neste estudo, em que a Suprema Corte pátria decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988. Na fundamentação da decisão, o STF sinonimizou a liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que, segundo a Corte, é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548).

Ademais, no que tange a consagração dos art. 5°, IV e IX e art. 220 da Constituição, argumentou categoricamente o Supremo na ADPF n° 130 que não há liberdade de imprensa pela metade ou praticada em face das tenazes da censura prévia, sob pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Nesse cerne, silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como esta, na visão do STF, recusar a qualificação do referido território virtual como ambiente livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação, este, por sua vez, um notório 'sobredireito' na égide constitucional. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548 e 549).

Já no âmbito da ADPF n° 187, o Supremo, ao referendar a constitucionalidade da denominada "marcha da maconha", vedando a sua criminalização enquanto suposta apologia ao crime, afirmou que tratativas de limitação ao direito de livre expressão e reunião devem passar, necessariamente, pelo crivo da sua constitucionalidade, levando em consideração, sobretudo, que o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à liberdade de expressão (liberdade-fim), desde que pacíficas e ordeiras, tratam-se de pré-condições necessárias à ativa participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões no âmbito do aparelho

do Estado, devendo ser soberano o zelo constitucional em proteger a promoção de atos de proselitismo pela sociedade civil, inclusive em oponibilidade ao exercício do Poder Público e os seus respectivos agentes (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 549 e 550).

Pondo fim a esta apreciação jurisprudencial precedente, merece destaque a decisão paradigmática do STF para o tema em epígrafe no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451 (ADI n° 4451) em que foi declarada inconstitucional, antes das eleições de 2018, lei eleitoral (Lei n° 9.504/1997) que buscava a vedação de sátiras e críticas a candidatos feitas por emissoras de rádio e televisão (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 559 a 561). Para tanto, importa ressaltar que, em consonância ao que já fora teoricamente deslindado até o momento a respeito do ambiente apropriado para a proliferação das famigeradas *Fake News*, tratam-se as eleições ali regulamentadas de notório contexto sensível.

Isto dito, a Suprema Corte, em sua marcante cognição, considerou errônea a opção do legislador em colocar a lisura do pleito eleitoral como hierarquicamente superior às liberdades de expressão, incluindo a liberdade artística, de modo a atingir inclusive o núcleo essencial das referidas liberdades, desrespeitando a sua posição preferencial no texto constitucional, que subsiste por motivos histórico-civilizacionais, sendo, ademais, fundamental para o exercício de outras liberdades e, sobretudo, para o pleno exercício da democracia.

No âmbito deste entendimento da Corte, merece ainda destaque o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes que consignou voto no sentido de que não há permissão a ser deduzida do texto constitucional com o fulcro de limitar preventivamente o conteúdo do debate público por conta de conjecturas em torno de eventuais efeitos que a divulgação de determinados conteúdos possa vir a ter na esfera pública (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).

Ademais, delimitando a possibilidade material de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão, afirmou o Ministro que a liberdade de crítica deve ser plena e irrestrita, não havendo razão para que as práticas dela decorrentes sejam interrompidas no período eleitoral, até mesmo pelo fato de que eventuais abusos serão sempre passíveis de eventual responsabilização cível ou mesmo criminal por terem cunho injurioso, difamatório ou mesmo configurarem calúnia. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).

Em sentido confluente, entendeu o então Ministro e decano da Corte Celso de Mello: “nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento” (BRASIL, 2018, p. 18).

Ao tratar especificamente das *Fake News*, o Ministro Luís Fux fundamentou, por seu turno, que a questão adquiriu um espaço maior, para quem a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, de modo a frisar a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão, que abarca a veiculação de opiniões e crítica e o falseamento doloso da verdade que causa danos graves e irreversíveis às suas vítimas. Para tanto, o Ministro, em sua cognição, não se desincumbiu de definir as especificidades do falseamento da verdade nos parâmetros das *Fake News* e nem mesmo adentrou no terreno valorativo do que seria a verdade no âmbito do debate político (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 564 *apud* BRASIL, 2018, p. 63 a 73).

Dessa forma, na multicitada decisão paradigmática, fora estabelecida pela Corte, assim como em outras oportunidades, a cognição de que há uma relação de retroalimentação entre a liberdade de expressão e a democracia, da qual a intervenção judicial só pode ser benigna se for absolutamente subsidiária e fulcrada nos limites impostos pela própria Constituição.

Por outro lado, o STF, apesar de deslindar passageiramente acerca da hipótese de incidência das *Fake News* como abuso de direito à liberdade de expressão, sobretudo no processo eleitoral, não fora capaz, nesta decisão, de definir as suas lacunas de regulação, deixando ainda em aberto o seu alcance semântico, o que torna imperiosa, para os fins do presente trabalho, a análise de decisões atualíssimas da própria Corte arrastadas pela eclosão definitiva do fenômeno das *Fake News* após as eleições de 2018, marco temporal que fez com que a iniciativa de controle do Poder Judiciário se tornasse indispensável, mesmo que inequivocamente problemática.

Inicialmente, merece destaque a decisão do Supremo no bojo do Recurso Extraordinário n° 1075412 com definição de tese de repercussão geral, Tema n° 995. Nela, a Corte definiu parâmetros para a responsabilização de veículos midiáticos sobre falas dos seus entrevistados que atribuam falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sendo elas: I) se à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; II) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).

Na decisão, o fundamento da tese fixada fora que, apesar da vedação constitucional à censura prévia, é admissível ao Poder Judiciário a possibilidade posterior de análise e responsabilização das empresas jornalísticas, inclusive mediante remoção de conteúdos por informações atentatórias aos direitos da personalidade, visto que salvaguardam um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas e externas (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).

A decisão, nesse diapasão, merece destaque ao contrariar os atos investigativo e especulativo próprios do jornalismo, sobretudo pelo fato de que um jornalista não tem como saber o que será dito pelo entrevistado, sendo este, aliás, a razão da entrevista. Como exemplo, a entrevista dada por Roberto Jefferson no ano de 2005 que, posteriormente, gerou o famigerado caso do Mensalão, caso fosse dada na égide desta decisão do STF, teria sido tolhida e punida, ante ausência de comprovação, até aquele momento, das afirmações do então deputado federal.

Por outro lado, merecem atenção as consequências do Tema n° 995, no que se diz respeito a possiblidade iminente de que as mídias sociais e, especialmente os veículos de comunicação, passem a realizar autocensura sob temor de responsabilização posterior da tutela jurisdicional, tornando impossível à plena atividade jornalística, o que, inclusive, fere a cognição do próprio Supremo no bojo da ADPF n° 130, além do próprio Marco Civil da Internet. Tal cenário, aliás, fora perfeitamente apontado pelo então Ministro e Relator do caso, Marco Aurélio Mello que, vencido, afirmou o seguinte:

> Parafraseando Voltaire, pode-se discordar do que é divulgado, mas não se pode limitar o direito de divulgar. Responsabilizar a imprensa não é a forma ideal de combate à divulgação de entrevista, ainda que inadequado o que dito pelo entrevistado. O Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho à censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer a análise, formando as próprias conclusões. Somente é possível chegar-se a uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas em discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, 2020, p. 2).

Portanto, já no âmbito do Tema n° 995 se observa a tentativa do Supremo Tribunal Federal de coibir a disseminação das *fake News*, incorrendo para isso, no entanto, no comprometimento da liberdade de imprensa e informação que, enquanto consectários da liberdade de expressão, deveriam obter preferência na arquitetura constitucional brasileira. Mais, a tentativa de coibição do STF revela a própria instabilidade semântica das *Fake News*, visto que, do ponto de vista jurisdicional, em que a sobrevivência do debate público é prioritária, não há como o Poder Judiciário consolidar para si a verdade real sem sentença transitada em julgado, tendo que se valer da subjetividade de cada juiz ou ainda editor que, temendo represálias posteriores, evitará a publicação de determinada entrevista.

Dando seguimento à presente análise, merece igual apontamento a decisão, desta vez do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no âmbito da Representação Eleitoral n° 0601372-57 do ano de 2022. Naquela oportunidade, sob a premissa de causar "desordem informacional", o Tribunal Eleitoral decidiu pela liminar remoção de um vídeo de 2017 do canal de entretenimento denominado como 'Brasil Paralelo' em que eram apontados os escândalos políticos ocorrentes

durante o Governo Lula (2003-2010), sem citar necessariamente a participação e/ou anuência do até então presidenciável nestes mesmos esquemas.

O Ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, ao trazer a referida premissa à égide do julgamento enquanto fundamento principal do seu voto, destacou que, apesar dos fatos narrados no vídeo removido serem verdadeiros, haveria neles uma ambiguidade dolosa que poderia levar os eleitores, naquele contexto sensível de eleições, a uma conclusão falsa do todo narrado, isto é a possível associação do à época presidenciável Luís Inácio Lula da Silva à esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro ocorridos durante as suas administrações pretéritas (BRASIL, 2022, n.p).

Em outras palavras, de acordo com a cognição do Ministro, a qual fora acompanhada majoritariamente pelos seus pares, o vídeo do Brasil Paralelo, mesmo que verossímil à realidade no que tange à observação dos fatos, estaria imbuído de desordem informacional, tendo, assim, a potencialidade, naquele cenário contingente, de prejudicar a autodeterminação coletiva do eleitorado comum que, por sua vez, não teria a capacidade de discernir os fatos reais da narrativa descontextualizada presente no vídeo (BRASIL, 2022, n.p).

Acerca desta decisão do TSE se observa, *prima facie*, a adoção da modalidade de desinformação '*mal-information'* já apresentada neste estudo, em que a premissa informacional é verdadeira, mas a sua motivação extrínseca atenta danosamente os direitos da personalidade do seu alvo, gerando desordem informacional sobre este. Nessa esteira, merece ressalva o fato de que estaria o TSE desviando-se dos limites impostos pela Constituição ao livre pensamento mediante conceito que ao menos reflete às bases gerais da ciência jurídica, fazendo parte, em verdade, de um ramo do estudo sociológico ainda inconclusivo ante a própria intercorrência temporal do fenômeno das *Fake News* (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 540 e 541).

Nesse âmbito, se reluz a imprescindibilidade do princípio constitucional da legalidade previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna Brasileira, ao evocar, em homenagem à previsibilidade e à estabilidade das normas e decisões judiciais, a inexistência de crime sem lei anterior que a defina, nem de pena respectiva sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).

Por outro lado, apesar do abarcamento teórico que envolve a desordem informacional esclarecer as maledicências da ambiguidade dolosa atrelada ao aspecto narrativo da informação, não insurge da mesma teoria a ideia de que o controle ou ainda a presunção de adequação do senso intelectivo da sociedade civil pelo Poder Judiciário seja o remédio proporcional ao fenômeno.

Desta forma, deve restar preferível, partindo de um cenário ideal de menor intervenção possível da tutela jurisdicional no que tange ao debate público, que a vontade livre dos cidadãos, sobretudo em período eleitoral, se perfaça do seu mais desentranhado autoconvencimento, o que, na égide da internet, apresenta possibilidade concreta se observado a profusão de informações de diferentes fontes e vieses dispostas imediatamente aos seus usuários, não sendo razoável, para tanto, a restritividade externa desse movimento, sob pena de que surtam os efeitos contrários à pretensão judicial.

Findando a presente análise, portanto, imperioso conferir a existência de notável atipicidade valorativa que vem sendo prestada pelo Judiciário, em especial a sua Maior Corte Judicante, ao direito fundamental à liberdade de expressão, ao alargar a seara de limitação do seu exercício, o que significa, por inferência lógica, a predominância de elementos restritivos estranhos – e ausentes de definição semântica – ao livre pensamento e sua respectiva circulação, para além daqueles taxativamente definidos na Carga Magna pátria, os quais, como já visto, fornecem preferência relativa e concreta ao livre pensamento em nossa arquitetura constitucional.

Outrossim, por serem as *Fake News* um fenômeno de incidência internacional, faz-se ilustrativo tecer ainda, com vistas a estabelecer contrastes mais aprofundados acerca da atipicidade acima apontada, breves comparativos entre o enfrentamento ao multicitado fenômeno na jurisprudência brasileira e na americana que, especificamente, possui semelhante circunstância de eclosão em face das eleições de 2016 que elegeram o presidente Donald J. Trump.

4.1.1. O fenômeno das *Fake News* na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado

De acordo com o doutrinador brasileiro Paulo Dourado de Gusmão, o direito comparado, enquanto método de espelhamento de legislações e jurisprudências de países diferentes, pode, quando atrelado ao ramo da sociologia jurídica, demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos, realizando, em última instância, a indicação dos fatores sociais das transformações jurídicas e a respectiva resultante destas mesmas transformações no âmbito da sociedade civil de cada país, sem que, para isso, recaia no equívoco da universalização dos sistema jurídicos (GUSMÃO, 1973, p. 18 e 19).

E é nesse âmbito que se concentra a finalidade deste tópico, no passo em que serão trazidos, como efeito comparativo, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos que

demonstrem o seu comportamento jurisdicional diante do corrente fenômeno das *Fake News*, destacando ainda o grau de relativização valorativa do direito à liberdade de expressão pelo judiciário estadunidense frente do fenômeno mencionado e respeitando, sobretudo, as suas particularidades constitucionais.

Antes, importa destacar, para fins de contextualização, que a partir das eleições do ano de 2016 que consagrou o candidato *outsider* Donald J. Trump como o 45.º presidente dos Estados Unidos, eclodiu na política americana a existência das *Fake News* como potencial *modus operandi* de vantagem político-social, sobretudo para descredibilização de instituições tradicionais, como a grande mídia, com fins à corroboração de proselitismos ideológicos, assim como para a inflamação da polarização no ambiente político estadunidense, este já essencialmente bipartidarista e, portanto, suscetível a circunstâncias sectaristas. Acerca deste fenômeno, denominaram ainda Bernadini e Vieira Costa (2020, p. 388 e 389) como o momento de fundação da era da pós-verdade, senão vejamos:

> O Dicionário Oxford definiu o termo pós-verdade como a palavra do ano de 2016, pós-eleições de Trump nos Estados Unidos, o que reacendeu os estudos do impacto das fake news na democracia eleitoral. Assim, caracterizou a pós-verdade como "relativa a circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais". O fenômeno da pós-verdade e das fake news está intrinsecamente ligado a uma refutação da ciência e uma aceitação de discursos inflamados por preconceitos, intolerâncias e táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da sociedade civil e da opinião pública, lançando mão de manobras populistas e extremistas.

Para tanto, o comportamento da tutela jurisdicional americana frente ao discorrido fenômeno, apesar de declarada preocupação, caminhou para uma proteção mais categórica da liberdade de expressão, demonstrando, em última análise, a efetividade do seu sistema de precedentes que insistentemente sobrepõe as diretrizes da Primeira Emenda em face da tentativa, por qualquer autoridade constituída, de restrição de determinados conteúdos.

Em linhas mais específicas, na jurisprudência americana, consagrada pela verticalidade cognitiva da sua Suprema Corte no caso '*Brandenburg v. Ohio*', para que haja a restrição do direito à liberdade de expressão é necessário que o elemento central da fala ou escrito a ser censurado se desemboque no denominado '*Imminent Lawless action'* que, por sua vez, significa a presença de uma clara incitação à violência (*Fighting words*) ou iminente ação ilegal, independente do conteúdo em si das palavras proferidas, as quais não deve a tutela jurisdicional impor qualquer juízo de valor (ROSA, 2021, p. 26 a 28). Para bem corroborar o referido, vejamos trecho da cognição proferida pela Suprema Corte americana no caso '*Brandenburg v. Ohio*':

> *The Court's Per Curiam opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution* [3]

Tal cognição, portanto, visa privilegiar a perspectiva de que os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com o próprio fomento do livre pensamento, uma vez que, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade – e não ao Estado – fazer juízo de valor sobre quais ideias irão granjear a sua simpatia (ROSA, 2021, p. 28).

Em vista disso, no ano de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso *'United States vs. Stevens'* (2010)[4], em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que editava vídeos em redes sociais de combates entre cães da raça pitbull, foi condenado por uma lei do Estado da Pensilvânia por "vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial".

Valendo-se da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade, a Corte Americana declarou, naquela ocasião, a incompatibilidade da lei estadual em face da Primeira Emenda por exigir a legislação que determinada categoria do discurso devesse passar por uma análise de seu valor axiológico em face dos custos sociais que potencialmente imporia à sociedade. Atendendo a uma perspectiva antinômica da liberdade de expressão, no entanto, argumentou a Corte que os benefícios das restrições ao Governo pelo livre pensamento superam os seus potenciais prejuízos à sociedade (ROSA, 2021, p. 33 e 34).

Adentrando finalmente no contexto deslindado na introdução deste tópico, cabe destaque a recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso 'Gonzalez v Google' [5]no ano de 2023 em que a parte autora requeria a responsabilização da empresa *Google* pela não restrição de conteúdos em sua plataforma ligados ao Estado Islâmico, sendo esta inação supostamente influenciadora da morte de Nohemi Gonzalez, uma cidadã americana, pelo grupo terrorista, no ano de 2015 (ROSA, 2021, p. 36).

---

[3] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. "Brandenburg v. Ohio". Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 31 de maio de 2024.

[4] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. "United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)". A íntegra do caso está disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>. Acesso em 31 de maio de 2024.

[5] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. "Gonzalez v Google". Disponível em <www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2024.

Na oportunidade, apesar de compreender a especificidade danosa do caso nos termos da *Fighting words*, decidiu a Suprema Corte pela não responsabilização da *Google*, tendo em vista que cognição em contrário originaria um efeito cascata de ações judiciais cujo objeto seria terceirização da responsabilidade dos usuários para o meios comunicativos dos quais eles utilizam – incluindo nestes as próprias redes sociais – independentemente de aferição do nexo de incentivo à violência por parte das empresas (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).

Nessa senda, decidiu a Suprema Corte pela apreciação da Seção 230 da Lei de Decência nas Comunicações (*Communications Decency Act*) que garante, desde 1996, que provedores de serviços de internet desfrutem de imunidade legal pelo conteúdo proferido pelos seus usuários, impedindo, sobretudo, mecanismos de autocensura feitas por estas empresas como forma de evitar potenciais prejuízos judiciais (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).

No caso deslindado, já se observa, uma diferença entre a cognição dos supremos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos, visto que o primeiro optou, no bojo do Tema n° 995, pela atribuição de verificação da verdade e da danosidade de falas de entrevistados aos veículos de comunicação que realizassem as entrevistas, terceirizando indiretamente a tutela de censura de conteúdos a empresas privadas e, mais, proferindo juízo de valor sobre o que pode ou não ser veiculado em face dos direitos da personalidade.

A Suprema Corte Americana, por sua vez, homenageando a Primeira Emenda da sua Constituição em detrimento do seu próprio poder jurisdicional, ressaltou a obrigação das plataformas digitais de remover propaganda terrorista, não opinando, no entanto, pela sua consecutiva responsabilização em face da casual disseminação de conteúdos desta natureza, para que se evite, em última análise, um ambiente de promoção de ideias cerceado por iminentes instrumentos impostos de autocensura.

Por fim deste exame comparativo, entretanto, merece destaque a cognição da Corte Suprema Americana no bojo do caso '*NetChoice v. Paxton*' [6]cujo objeto fora, em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da *House Bill 20*, Lei do Texas que tinha como finalidade a proibição de que empresas de mídia social com 50 milhões ou mais de usuários pudessem restringir postagens com base em pontos de vista acerca de veracidade ou viés, exigindo ainda que as plataformas divulgassem publicamente informações sobre como e quando moderam o conteúdo e criassem processos para que os usuários pudessem contestar decisões editoriais específicas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

[6] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. "NetChoice v. Paxton". Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.

No fundamento da sua decisão, a Corte curiosamente pugnou pela preservação de mais de 70 anos de jurisprudências em torno da operacionalidade da Primeira Emenda, isto porque a referida, na medida em que protege a liberdade de expressão e a livre associação enquanto direitos fundamentais, tutela também o livre exercício de julgamento editorial, sobretudo se levado em consideração a tendência constitucional americana de prestar autonomia às relações contratuais na égide das propriedades privadas, tais como as próprias empresas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

Ademais, segundo o Tribunal, no passo em que a Primeira Emenda restringe o direito de interferência do Estado ao livre exercício do pensamento, nisto também se inclui o direito dos entes federados de promover a ampliação do discurso a um certo fragmento de usuários em face do viés do seu discurso ou de suposta desvantagem nos ambientes das mídias sociais que, supostamente, tenham uma posição dominante contrária (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 12 e 13).

Dessa forma, apesar do Estado do Texas afirmar que os requisitos de restrição servem ao interesse de garantir que o público tenha acesso a diversos fontes de informação, não há, segundo a Corte, direito válido de modular o viés editorial das plataformas por interesses no próprio conteúdo veiculado, sob pena de não refletir o escrutínio da Primeira Emenda que exige a neutralidade do Estado nesta questão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 13 e 14).

A jurisprudência do TSE, por sua vez, no bojo Representação Eleitoral n° 0601372-57, com vistas a sanar potencial desordem informacional, retirou a autoridade editorial da plataforma Brasil Paralelo sobre conteúdo verdadeiro, arrastando para si o dever de definir quais informações e quais vieses narrativos comprometem ou não a capacidade de autoconvencimento da sociedade civil. Nesse cerne, ao contrário da Suprema Corte Americana, o Tribunal Eleitoral Brasileiro opta pela deslegitimação da soberania editorial dos provedores das redes sociais, agindo como filtro de veracidade e propensão narrativa.

Em face do todo aqui exposto, observa-se, portanto, como produto do presente juízo comparado, evidentes diferenças entre as preocupações e o *modus operandi* para a coibição das *Fake News* na jurisprudência americana e brasileira, visto que enquanto a primeira vem privilegiando a estabilidade do direito à liberdade de expressão numa conduta de não-intervenção, a segunda apresenta uma preocupação sistemática a respeito do referido fenômeno, de modo a buscar o seu enquadramento semântico como forma de reconstituir a valoração da liberdade de expressão na sua arquitetura constitucional, caminho este que merece reflexões jurídicas indispensáveis, como se verá a seguir.

4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL

Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, em seu ensaio 'A Verdade e a Política', para a mais justa compreensão da realidade, bem como para que se evitem nuances indeterminadas entre aquilo que é ficto e palpável, é necessário, sobretudo, consolidar conceitual e semanticamente aquilo que se obtém como verdade (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

Para tanto, segundo a filósofa, coexistem dois tipos de verdade: a verdade real e a verdade factual. A primeira decorre do conteúdo autoevidente da matemática e da filosofia, apresentando caráter despótico e coercitivo, pois, enquanto produto da mera percepção daquilo que é incontroverso, impede que o debate entre os homens ocorra, o que poderia acabar por constituir versões a respeito da mesma obviedade (ARAÚJO, 2023, p. 5 e 6).

Por outro lado, a verdade factual, a qual nos interessa especialmente, é própria do mundo dos homens e da política, no passo em que o seu desenvolvimento ocorre através da comunicação e da experiência de muitos, fazendo com que fatos e opiniões, embora distintos, constituam o mesmo universo: o domínio público. Em outras palavras, a textura do domínio público e sua verdade inerente são constituídas por fatos e eventos, formando verdades contingentes, cuja disjunção lógica faz com que seu oposto seja plausível, mediante necessária interpretação (ARENDT, 2016 p. 225).

Contudo, a própria filósofa destaca que a instabilidade da verdade factual não pode, em hipótese alguma, submeter-se a perspectiva *nietzschiana* da verdade como fruto meramente decorrente da interpretação de alguém sobre determinada situação, o que acabaria por arrastar a verdade e os fatos objetivos para o precipício da falsidade deliberada. Em verdade, quando há de se entender a proeminência da verdade factual no debate público deve-se, prioritariamente considerar a comunicabilidade política por excelência, na qual os fatos em si não estão em disputa, mas os juízos de valor dele decorrentes legitimam o pressuposto da pluralidade e, por consequência, possibilitam o autoconvencimento dos homens (PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 97 e 98; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

E é nessa esteira que surge a noção elucidativa do "mercado livre de ideias", concebida pelo célebre juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr, na qual a propagação livre de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, habilitando-os a identificar a verdade factual, rejeitar a mentira

contraproducente e produzir e propagar conhecimentos orientadores (POST, 2000, p. 235 e 236).

Para tanto, destaca Holmes Jr que, mesmo na proeminência da livre circulação de ideias, na qual a verdade factual surge como principal objeto desejado, podem haver demais princípios que, por sua vez, regulem os casos em que a manifestação de pensamento represente perigo evidente e capaz de produzir males gravíssimos (POST, 2000, p. 236).

Contemplando tal perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, através da inteligência dos seu art. art. 5º (incisos IV, IX e XIV) e art. 220, assegurou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que não exercidas em abusividade e se confluentes, na medida da sua prevalência relativa, com a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez disposto no art. 5º, inc. X.

Dessa forma, recaindo sobre a interpretação constitucional da colisão dos direitos fundamentais, decidiu o constituinte originário que, na extensão fisiológica do seu exercício, obteria o livre pensamento e os seus consectários preferência apriorística em relação aos demais direitos tutelados no texto constitucional, cuja declinação dependeria de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo, critérios estes produzidos como forma de proteção categórica ao aspecto essencialmente democrático do multicitado instituto. (BARROSO, 2005, p. 103; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).

Arrastando esta questão para o plano de fundo das *Fake News*, foco do presente trabalho, observa-se, em outro viés analítico, que a proliferação sistemática da distorção da verdade vem, na égide das redes sociais, gerando fenômenos de sequestro da razão, ao colocar nichos da sociedade civil em um círculo vicioso de engano e proposital sectarismo, tudo isto fomentado pela dinâmica acelerada e incalculavelmente expansiva da *internet*.

Por outro lado, há de se considerar, de igual modo, que deve-se também aos provedores de serviço de internet, na qual proliferam-se as *Fake News*, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a livre circulação de notícias, ideias, análises, sátiras e demais manifestações não mais dependem do fulcro intermediador dos veículos de comunicação até então predominantes – como as grandes redes de televisão – impondo ao poder estatal e os seus representantes uma relação cada vez mais direta com os seus representados (DIMOLIUS; MARTINS, 2006, p. 274).

Essa nova configuração da dinâmica político-social, por seu turno, homenageia os vínculos mais precípuos da democracia, tendo em vista que a possibilidade dos cidadãos de

fiscalizarem e se oporem diretamente aos atos do Poder Público reforça o conteúdo negativo da liberdade de expressão, cuja finalidade precípua é gerar uma comunicabilidade antinômica entre a estrutura estatal e o seu agente constituinte, limitando a possibilidade de arbitrariedades deste primeiro (BARROSO, 2004, p. 19 e 20).

Daí surge, nos dizeres de Machado (2007, p. 473 e 474), a seara objetiva do livre pensamento, este conectado ao seu exercício funcional, qual seja a sua capacidade de prover o desenvolvimento contínuo da opinião pública e do engajamento da participação política, elementos indispensáveis em um país que, do ponto de vista historicista, constituiu a sua atual Carta Magna em resposta popular à mais de 20 anos de cerceamento das liberdades políticas e (trans)individuais.

Nessa seara, merece destaque o fato de que a democratização do acesso à internet e de todo o fluxo informacional que nela se processa, – na qual ocorre uma intervenção ativa por parte de indivíduos e grupos que não integram órgãos da mídia convencional – vem levando o debate público a uma intensa e irreversível descentralização informacional, minando ainda, em última análise, o predomínio de determinados setores da comunicação em relação ao discurso, bem como em relação a seleção de determinadas informações mais ou menos relevantes de acordo com a aptidão editorial (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 566 *apud* WAACK, 2018, p. 124).

Deste mesmo fenômeno corrente, por outro lado, insurge a ausência de acuracidade das informações porventura disseminadas. Do ponto de vista da razoabilidade, no entanto, é notório que este aspecto negativo deve-se lidar, sobremodo, com (re)orientação cultural, tendo em vista que não é materialmente possível cobrar de todo cidadão a avaliação crítica profunda relativa a cada informação acessada, em razão da larga desigualdade em termos de capacidade informacional no Brasil, esta historicamente intensificada pela dependência dos grandes veículos de mídia (BALEM, 2017, p. 5).

Em razão de todo exposto, merece reflexão, *prima facie*, a cada mais vez dificultosa atividade jurisdicional de manter a higidez do binômio liberdade de expressão/democracia sem recair na sua consecutiva reconstituição, em razão do atualíssimo perigo resultante da manipulação virtual deliberada por pessoas ou grupos de interesse, imbuídos por ideologias nebulosas que, quase sempre, refletem a nostalgia de indesejados períodos do passado nacional.

Por outro lado, para defender alegadamente uma ideia imaterial de democracia, não é desejável que o Poder Judiciário, sobretudo a sua Suprema Corte, combata o deslindado fenômeno, fazendo-se valer, para tanto, da restrição do alcance normativo da liberdade de

expressão através de conceito – *in casu*, as *Fake News* – que, além de não refletir as diretrizes gerais da sua Constituição, – quiçá das ciências jurídicas gerais – obtém profunda plasticidade semântica, fato este que submeterá a cognição jurisdicional brasileira, inevitavelmente, a um labirinto de completa indeterminação.

Nesse sentido, valiosas são as lições de Oliveira (2009, p. 95 e 96) ao dizer, subsidiado nas noções de Ronald Dworkin, que o fenômeno da indeterminação linguística no Direito faz com que as decisões judiciais obtenham imprevisível discricionariedade, comprometendo a estabilidade e coerência exigíveis ao neoconstitucionalismo. Do contrário, sob o manto de certeza do Direito, se tornam aplicáveis as normas igualitariamente a todos e, individualmente, se torna possível a atribuição da justiça imprescindível à liberdade civil, no passo em que se faz garantida uma relativa previsibilidade jurisdicional frente aos ditamos da sua carta constitucional respectiva.

Reforçando este questionamento, necessário se levar em consideração que a restrição à liberdade de expressão perpassa, na coibição jurisdicional direcionada às *Fake News*, pela necessidade de que os órgãos sancionatórios realizem juízo de valor acerca do que é dito ou disseminado. Nesse caso, por se tratarem as *Fake News* não apenas de veracidade, mas de narrativa includente, há uma dificuldade que pareia o seu enfrentamento figurado na capacidade casuística dos tribunais em distinguir o polêmico do falso, o que diz respeito não apenas ao problema de como e em que medida se desemboca uma maior ou menor capacidade crítica dos indivíduos, mas também se deve à própria natureza disjuntiva da verdade factual, na qual, inclusive, permite-se um juízo íntimo de retratação (ARENDT, 2016, p. 231 e 232).

Esta problemática, aliás, já obtém, como visto, precedente nas decisões do TSE que, na égide da Representação Eleitoral n° 0601372-57, teve que utilizar-se de notável discricionariedade linguística como recurso valorativo para conter uma narrativa polêmica, mas palpável, acerca de fatos verossímeis, sob a premissa de incorrer essa em suposta desordem informacional.

Portanto, em qualquer perspectiva, seja pela possibilidade material de conter o discurso pelo valor das suas premissas ou, ainda, pela proeminência do seu poder de ressonância, estará a tutela jurisdicional defrontando-se com o brocardo jurídico '*Ad impossibilia nemo tenetur'* que expõe ao Poder Judiciário a conformação das suas possiblidades de regulamentação, sob pena de gerar precedentes de instabilidade mais gravosos que a problemática a qual se pugnou confrontar (LEFEBVRE D'OVIDIO; 2020, p. 120).

Para sedimentar as presentes reflexões, portanto, sabe-se que as *Fake News*, por sua estrutura inaugural no tecido da sociedade tenderão a gerar, em algum momento, a reconstituição axiológica da liberdade de expressão pela via legal, o que cumprirá, naturalmente, o ciclo de (re)modelação dos direitos fundamentais sob a égide das matrizes jurídicas temporal e espacialmente dinâmicas.

Contudo, havendo ainda lacuna legislativa para tal reconstituição, a iminente ideia da restrição ao livre pensamento figurada no seu conteúdo, ao invés da sua rígida prefiguração constitucional, como vem pretendendo o Judiciário Brasileiro, remete, em verdade, à necessidade de que se reforce a contínua vigilância em relação aos perigos da formação de uma ordem *orwelliana* [7]pelo Estado que determinaria o que é verdade e o que não é – inclusive sobre si mesmo – baseando-se em pressupostos analiticamente indeterminados, o que impedirá, em última análise, a circulação de discursos dissidentes, fazendo-se assumir ainda ao poder estatal a feição de uma nova forma de dominação, esta fulcrada no sequestro do debate público e, portanto, da busca pela verdade factual em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, sob a ótica propedêutica-constitucional, as necessárias reflexões jurídicas atinentes à regulação das *Fake News* diante do fundamento da liberdade de expressão, direito fundamental encravado no texto constitucional brasileiro.

Para tanto, tendo em vista a ausência de legislação específica que sedimentasse o cerco normativo do presente estudo, teve que se recorrer ao que há de mais profuso, em termos de jurisprudência – inclusive internacional – acerca desta inaugural colisão entre 'fato novo' e 'direito'. Não apenas isto, o presente trabalho comprometeu-se cabalmente em circunstanciar a necessidade de prefiguração da liberdade de expressão não apenas no campo jurídico, mas na esteira da sua imprescindibilidade política, cuja democracia se funda.

Nesse cerne, imperioso se faz concluir, não havendo ressalvas quanto a possibilidade de regulação legislativa das *Fake News*, que a conformação da coibição deste fenômeno, por hora, pelo poder jurisdicional, esta indiscutivelmente ameaçadora ao livre escoamento do debate público, perpassa, fundamentalmente, pela obtenção da liberdade de expressão como núcleo

[7] Na ordem orwelliana, preconizada pelo escritor inglês George Orwell na sua obra distópica "1984", o poder estatal age como um mecanismo de falsificação do passado e do presente, no passo em que desvirtualiza a capacidade de expressão dos seus dissidentes, transformando o discurso em um produto monopolístico e inescapável do Estado, este denominado como "Ministério da Verdade".

essencial passível de preferência à cognição judiciária. Em outras palavras, para que sejam devidamente reguladas as *Fake News* deve-se, *prima facie*, conceber os limites materiais desta atividade, com vistas à proteção do alcance axiológico do livre pensamento, este fundamental às instituições democráticas e ao, mesmo tempo, historicamente frágil e de onerosa (re)conquista.

Mais do que isso, faz-se necessário compreender, em certo grau e sob certa égide normativa, a presunção caótica do debate público que, quase nunca, entregará pacificamente os desdobramentos do seu desenvolvimento, de modo que as suas inflamadas disjunções, naquilo que for possível, devem ser prestadas à sociedade civil como parte do processo autorregulatório da democracia, eximindo, naquilo que for possível, a intervenção do judiciário que, em face da sua matriz centralizadora, tenderá, em algum momento, pela preterição de determinada corrente aparentemente mais nociva, mas não necessariamente ilegal, prejudicando, em última análise, a obtenção da verdade factual e do autoconvencimento coletivo em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista De Direito Administrativo, 217, 67–79. 1999.

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. **Social Media and Fake News in the 2016 Election**. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.

ARAÚJO, Leonardo Aires. **A distinção entre a verdade filosófica e a verdade factual, na ótica arendtiana**. Revista Ponto de Vista, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 01–08, 2023. DOI: 10.47328/rpv.v12i2.16444.

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. 8ªed.São Paulo: Perspectiva, 2016.

BALEM, Isadora Forgiarini. **O Impacto das fake news e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democrática.** Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, 8-10, nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./Mar. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade – Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação**. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.

BECKER, Daniel; FILHO, Humberto Chiesi; BRETZ, Luiza Pontes de Miranda. **Gonzalez v. Google e Twitter v. Taamneh: lições da Scotus sobre responsabilizar plataformas.** Conjur. 2023. Acesso em: 31.05.2024.

BERNARDINI, Ana Júlia Bonzanini; VIEIRA COSTA, Andressa Liegi. **POPULISMO E FAKE NEWS NA ERA DA PÓS-VERDADE: COMPARAÇÕES ENTRE ESTADOS UNIDOS, HUNGRIA E BRASIL**. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 28 | p. 385-412 | jan./jun. 2020 | E-ISSN 2359-2419

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1824). Lex: **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824.

BRASIL. Constituição (1891). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de fevereiro de 1891.

BRASIL. Constituição (1934) Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934.

BRASIL. Constituição (1937) Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937.

BRASIL. Constituição (1946). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946.

BRASIL. Constituição (1967) Lex: **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1967.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República [1988].

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. União: Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. BRASIL: Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4451, Voto. Min. Celso de Mello**. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4451, Voto. Min. Luiz Fux**. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1075412, Voto. Min. Rel. Marco Aurélio**. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. RE 1075412, rel. Min. Marco Aurélio**. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Repr 0601372-57, Voto. Min. Ricardo Lewandowski**. j. 13.10.2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2006.

DUQUE, M. S., & Nascimento, I. M. A. do. **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS**. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 4(2), 949–968. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. "**NetChoice v. Paxton**". Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Direito Comparado**. In: Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, nº 17, p.15-19, jan./abr. 1973.

HAVARD LAW SCHOOL. **Compelling speech The Supreme Court soon will decide if social media platforms must allow certain kinds of speech on their platforms.** By Rachel Reed. United States (USA). 2024.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro de Mello Aleixo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEFEBVRE D'OVIDIO, Francesco. ***Ad impossibilia nemo tenetur*. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder**. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder, The Journal of European Economic History, ISSN 2499-8281, Associazione Bancaria Italiana, Roma, Vol. 49, Iss. 2, pp. 117-123

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de programação televisiva: notas sobre seus limites constitucionais negativos**. In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free Speech: And its relation to self-government.** New York: Harper & Brothers, 1948.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem**. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, a.31, n° 122 maio/jul. 1994.

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

MICHELMAN, Frank I. **Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. **Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009.

PEREIRA DA SILVA, Jorge. **'Fake news' conquistam 2017**. O Jornal Económico, 17 novembro 2017.

POST, Robert. **"Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence"**, Yale Law School Schlarship, 2000, 2355-2376.

ROSA, Pamela Dourado Kletlinger. **O futuro da liberdade de expressão na era digital: moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no bojo do inquérito das fake news**. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

SARLET, Ingo Wolfang. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS.** Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: O CASO DAS ASSIM CHAMADAS "FAKE NEWS" NAS REDES SOCIAIS EM PERÍODO ELEITORAL NO BRASIL.** Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. **Democracia e Liberdade de Expressão Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra.** UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS. SÃO PAULO/SP. 2009.

TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. **Defining "Fake News"**, Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 137-153, 2018.

WAACK, William. **Fake News: uma visão político-jornalística**. in: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.), Fake News e Regulação, São Paulo: RT, 2018.

WARDLE, Claire. **Information Disorder**. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: Council of Europe, 2017.

Relatório do Software Anti-plágio CopySpider
Para mais detalhes sobre o CopySpider, acesse: https://copyspider.com.br

Instruções
Este relatório apresenta na próxima página uma tabela na qual cada linha associa o conteúdo do arquivo de entrada com um documento encontrado na internet (para "Busca em arquivos da internet") ou do arquivo de entrada com outro arquivo em seu computador (para "Pesquisa em arquivos locais"). A quantidade de termos comuns representa um fator utilizado no cálculo de Similaridade dos arquivos sendo comparados. Quanto maior a quantidade de termos comuns, maior a similaridade entre os arquivos. É importante destacar que o limite de 3% representa uma estatística de semelhança e não um "índice de plágio". Por exemplo, documentos que citam de forma direta (transcrição) outros documentos, podem ter uma similaridade maior do que 3% e ainda assim não podem ser caracterizados como plágio. Há sempre a necessidade do avaliador fazer uma análise para decidir se as semelhanças encontradas caracterizam ou não o problema de plágio ou mesmo de erro de formatação ou adequação às normas de referências bibliográficas. Para cada par de arquivos, apresenta-se uma comparação dos termos semelhantes, os quais aparecem em vermelho.
Veja também:
Analisando o resultado do CopySpider
Qual o percentual aceitável para ser considerado plágio?

Versão do CopySpider: 2.3.0
Relatório gerado por: guilherme.moreira@ucsal.edu.br
Modo: web / normal

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf X https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/522	333	2,31
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf X https://pressbooks.cuny.edu/landmarkcases/chapter/case-summary-brandenburg-v-ohio	98	0,73
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf X https://periodicos.uniso.br/reu/article/download/5285/4829/17681	78	0,52
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf X https://kevinlyles.digital.uic.edu/lyles/brandenburg-v-ohio	107	0,44
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf X https://revista.fatectq.edu.br/interfacetecnologica/article/view/1168	49	0,36
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf X https://www.acluohio.org/en/cases/brandenburg-v-ohio-395-us-444-1969	33	0,25
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf X https://www.verywellmind.com/how-to-ignore-the-news-and-whether-or-not-you-should-5221463	3	0,02
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf X https://mcelroytutoring.com/blog-post.php?id=4165	1	0,00
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf X https://www.thesaurus.com/browse/ignore	0	0,00
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf X https://www.coursehero.com/file/p4rnucn/QUESTION-18-In-Brandenburg-v-Ohio-in-1969-the-US-Supreme-Court-used-a-two	0	0,00

Arquivos com problema de download

https://quizlet.com/75580736/brandenburg-v-ohio-flash-cards	Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403 - Server returned HTTP response code: 403 for URL: https://quizlet.com/75580736/brandenburg-v-ohio-flash-cards

https://www.civiced.org/resourcecenter/lesson.php%3Flesson%3D29%26section%3Dcases	Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece que o documento foi removido do site ou nunca existiu. HTTP response code: 404 - https://www.civiced.org/resourcecenter/lesson.php%3Flesson%3D29%26section%3Dcases

Arquivos com problema de conversão

https://www.oyez.org/cases/1968/492	Não foi possível converter o arquivo. É recomendável converter o arquivo para texto manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos).

==========

Arquivo 1: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Arquivo 2: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/522 (2237 termos)
Termos comuns: 333
Similaridade: 2,31%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento
https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/522 (2237 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SALVADOR
2024
GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho apresentado à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

SALVADOR
2024

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos
Matteo e Laura, amores do titio.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEGAL REFLECTIONS ON THE NECESSARY CONFORMATION OF THE CONCEPT OF FAKE NEWS IN FRONT OF THE FOUNDATION OF FREEDOM OF EXPRESSION

Guilherme de Magalhães Leal Moreira1
Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO
O presente estudo tem como objetivo tecer necessárias reflexões jurídicas acerca do (re)posicionamento do fundamento constitucional da liberdade de expressão diante do paradigma das Fake News, fenômeno atualíssimo decorrente da nova dinâmica informacional trazida pelas redes virtuais. Para tanto, busca-se prioritariamente investigar a fisiologia da liberdade de expressão no campo (filo)jurídico, bem como na própria arquitetura constitucional brasileira para que, ao fim e ao cabo, seja possível refletir o direito ao livre pensamento e suas ramificações na seara de contingências do plano de fundo das Fake News, especialmente no que tange à (in)determinação linguística e jurídica deste com fins à sua respectiva coibição jurisdicional. Nesse diapasão, tendo em vista a ausência de lei específica que regulamente o multicitado fenômeno, discute-se, do ponto de vista doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, sob quais termos a coibição às Fake News não pode corromper o núcleo essencial da liberdade de expressão, ante a sua imprescindibilidade democrática e inerente capacidade antinômica frente aos indesejados desdobramentos do poder estatal.
Palavras-chave: Liberdade de expressão, Fake News, Jurisprudência, Constituição, Democracia.

ABSTRACT: The present study aims to weave legal reflections on the (re)positioning of the constitutional foundation of freedom of expression in the face of the Fake News paradigm, which appears to be very current as a result of the new informational dynamics brought about by virtual networks. To this end, we seek to primarily investigate the physiology of freedom of expression in the (philo)legal field, as well as in the Brazilian constitutional architecture itself

so that, in the end, it is possible to reflect the right to free thought and its ramifications in the field. of contingencies in the background of Fake News, especially with regard to its linguistic and legal (in)determination with the aim of its respective jurisdictional restraint. In this context, in view of the absence of a specific law that regulates the multi-cited characteristics, it is

1 Discente do curso de Bacharelado em Direito da UCSal ? Universidade Católica do Salvador, em curso da
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do 9° semestre. Email institucional: guilherme.moreira@ucsal.edu.br
2Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), pós-graduado em Direito
Processual Civil pelo Juspodivm e Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade - PPGEISU/ IHAC/
UFBA.
5

discussed, from a doctrinal and, above all, jurisprudential point of view, under which terms the prohibition against Fake News cannot corrupt the essential core of freedom of expression , given its democratic indispensability and antinomic capacity in the face of unwanted developments of state power.
Keywords: Freedom of expression, Fake News, Jurisprudence, Constitution, Democracy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA. 2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA. 3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL. 3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES. 3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. 3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão. 4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA. 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018. 4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado. 4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade trazer necessárias reflexões jurídicas acerca do justo posicionamento do princípio da liberdade de expressão no plano de fundo do fenômeno

das Fake News. Para tanto, far-se-á necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que fundamenta o conceito e a evolução normativa da liberdade de expressão na contemporaneidade, bem como conceber o que houver de dubiedade a respeito do significado do fenômeno das Fake News e, de igual modo, acerca da sua seara de afetação às democracias pós-modernas.
Nesse cerne, importa preponderar que o instituto da liberdade de expressão origina-se, uma vez ausente de elementos interventores, da mais plena comunicação entre o espírito humano da racionalidade e a sua consecutiva capacidade de perceber os fenômenos, bem como, de interpretá-los e verbalizá-los. Trata-se, portanto, de um dado da realidade espontaneamente percebido que, nas suas mais diversas manifestações, revela a heterogeneidade do senso intelectivo humano, no passo em que dá tom à livre criação de iniciativas políticas, religiosas, ideológicas, artísticas e científicas.
6

Trazendo para uma perspectiva civilizacional, ao anteceder ao conjunto complexo das normas politicamente constituídas, o referido instituto vem sendo imbuído de dificultoso esforço normativo, no transcorrer da história ocidental, para que sua repercussão seja adequadamente suportada em face da necessidade de pacificação social, sobretudo se levado em consideração que a liberdade de expressão é percebida em seus efeitos, ou seja, reformular o seu conteúdo passaria, em última análise, pela necessidade em atingir as suas manifestações. Por outro lado, sabe-se que as matrizes jurídicas pós-modernas, como a brasileira, são marcadas pela temporalidade das estruturas normativas. Em outras palavras, o sistema normativo contemporâneo, ao ser influenciado pelo binômio ?tempo-espaço?, possui caráter de fluidez em relação aos mais novos produtos das relações intersubjetivas, fazendo com que direitos já consolidados defrontem-se aos acontecimentos e demais direitos a eles supervenientes, gerando uma contínua necessidade de atualização do seu alcance normativo. Diante disso, tratando-se o fenômeno das Fake News de fato novo e atípico que vem ressignificando o potencial lesivo da liberdade de expressão nas redes sociais para além dos limites já impostos pelos tutelados direitos da personalidade, gerando inaugural atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho tem como objeto central responder o seguinte questionamento: o que é necessário levar em consideração para que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão prepondere sobre a iminente regulamentação jurisdicional do fenômeno das Fake News?
Para tanto, o estudo a ser deslindado no decorrer deste trabalho terá, enquanto principais objetivos, o devido esforço propedêutico de posicionamento histórico-constitucional da liberdade de expressão, bem como da vocação etimológica e jurídica do fenômeno das Fake News, momento em que finalmente se buscará dimensionar o paradigma observado pelo livre pensamento diante do intercorrente fenômeno multicitado e suas variações observáveis no Brasil (e no exterior), analisando, ainda, posteriormente, a necessidade de que, num cenário normativo de necessária conformação entre ?direito x fato novo?, este prefigure sobre aquele.
No aspecto metodológico, por sua vez, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, substanciada em material analítico já publicado, bem como na análise primária de documentação legislativa e jurisprudencial. Além disso, o presente trabalho se baseará no método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo em vista que a relação entre pesquisador e

fenômeno pesquisado se dará em influência mútua, desdobrando-se ainda em hipóteses a serem submetidas ao processo de falseamento.

7

2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA.

A liberdade de expressão, enquanto apanágio da inclinação racional do indivíduo, vem correspondendo, no transitar das experiências civilizacionais ? sobretudo àquelas impelidas pela modernidade ? na possibilidade concreta de ação individual desentranhada, por sua vez, de condições de existência externas. Isso significa dizer que, para além de todos os preceitos formulados pelas convenções humanas e direcionados a finalidades coletivas, o instituto da liberdade de expressão origina-se e conclui-se em si mesmo, de modo que a sua única condição existencial é o próprio senso intelectivo humano (SILVA, 2000, p. 247 e 248).

Transpondo a obtenção da liberdade de expressão como um dado da realidade antecessor a qualquer convencionalidade societária, observa-se, inclusive, no ramo do estudo dos direitos fundamentais, que a liberdade de expressão, assim como as demais liberdades de vocação individual, constituiu o Estado Moderno como meio de subtração do seu poder. Nos dizeres do filósofo italiano Norberto Bobbio (2004), por exemplo, os direitos de liberdade, componentes dos denominados ?direitos de primeira geração? são marcados pelo seu conteúdo negativo, ou seja, acabaram por afetar a fisiologia estatal pré-revolução francesa, evocando o seu não-agir.

Tão relevante é o caráter negativo da liberdade de expressão, aliás, que os seus desdobramentos, como a liberdade de opinião e a própria liberdade de imprensa, servem ao exercício social da cidadania como instrumentos fiscalizatórios supraestatais da atividade política, na medida em que a sua publicidade evoca no seio societário a possibilidade de demandar as suas respectivas expectativas e críticas, gerando uma contínua comunicabilidade antinômica entre o poder estatal e o seu agente constituinte, qual seja a própria sociedade.

Acerca do referido fenômeno, ressalta ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e notório doutrinador Luís Roberto Barroso:

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povoe a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los (BARROSO, 2004, p. 19).

Não à toa, devido a sua potencialidade antinômica, a liberdade de expressão, na visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin, defensor da famigerada teoria constitutiva, deve ser

8

concebida juridicamente por uma visão mais ampla e estável, de modo que se entenda o seu valor por si só. Em linhas mais específicas, enquanto a teoria da verdade criada pelo polímata estadunidense Oliver Wendell Holmes visava filtrar o direito ao livre discurso através do seu conteúdo valorativo, maximizando a verdade como finalidade, a perspectiva de Dworkin recai sobre a autonomia do próprio discurso independente do seu direcionamento, de modo que, segundo o autor, trata-se de um exercício civilizatório impossível numa democracia obter um juízo moral pleno a respeito do bem comum sem que essa atividade se constitua através da participação geral e heterogênea dos seus cidadãos, o que denota, em última análise, a importância dialética da liberdade de expressão para o debate público (POST, 2000, p. 236; DWORKIN, 2005, p. 25).
Dada a sua vocação supraestatal, pode-se provisoriamente concluir, portanto, que a liberdade de expressão, ao derivar de uma ordem conatural da natureza humana, independe de qualquer empenho coletivo-racional de formulação, bastando ao Estado ? sobretudo o Democrático ? admitir a sua relevância em sua ordem jurídica, impondo-lhe limitações provenientes das características teleológicas de cada ordenamento jurídico. Na perspectiva de Dworkin, por exemplo, essa muito influenciada pela filosofia de não-restrição aos direitos fundamentais da Constituição Americana, basta ao Estado, ao lidar juridicamente com a liberdade de expressão, buscar a potencialização da independência moral dos seus cidadãos, senão vejamos:
Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual (DWORKIN, 2005, p. 26).

Em perspectiva diversa, segundo o filósofo britânico Alexander Meiklejohn, existe uma limitação precípua à liberdade de expressão: o seu desserviço à democracia. De modo explicativo, segundo o autor, a liberdade de expressão deve obter conceituação e tutela constitucional, em regra, para proteção de qualquer discurso, principalmente aquele de caráter dissidente. Entretanto, a proteção ao direito não corrobora a automática proteção ao seu abusivo usufruto, de modo que não pode o Estado permitir a dissipação de discursos que a ele tenham vocação autodestrutiva.
Isso significa dizer que se o Estado compromete-se constitucionalmente a promover uma ordem social democrática, não pode ele admitir a existência de discursos no debate político
9

que promovam a destruição dessa finalidade, sob pena de assumir para si uma fisiologia que em algum momento lhe gere uma ruptura (MEIKLEJOHN, 1948, p. 13 a 15).
A perspectiva de Meiklejohn, por esse motivo, conecta-se, de certa forma, à plasticidade não-estática da Constituição Brasileira de 1988 que, apesar de conceber plenamente a liberdade de expressão como direito fundamental, tutela implicitamente a vedação ao discurso de ódio e a apologia ao denominado conjunto de ?discursos antidemocráticos?. Nesse sentido, o jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet afirma que numa interpretação sistemática ? aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um

regime democrático ? a Constituição Brasileira assegurou para a liberdade de expressão uma posição (relativa) preferencial, o que pode ser compreendido como uma preferência prima facie ? mas não absoluta ? que, por sua vez, não obsta o dever do sistema jurídico em garantir a preservação dos demais bem-jurídicos inseridos na sua Carta Magna, como dos direitos da personalidade (SARLET, 2019, p. 1225 e 1226).

Em sentido complementar, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que a garantia constitucional a liberdade de expressão está acompanhada de expressa reserva legal. Isso significa dizer que o exame conceitual da liberdade de expressão em sua justa aplicação pelo Poder Judiciário deve se dar de forma sistemática, de modo a transparecer que a evolução do direito à liberdade de expressão o conduz para a vedação ao conflito entre direitos fundamentais (Grundrechtskollision), levando a sua preferência relativa no ordenamento jurídico, em última análise, ao filtro da dignidade humana, elemento integrante do sistema de valores dos direitos (trans)individuais na Constituição Brasileira (MENDES, 1994, p. 298 a 301).

Dessa forma, observa-se que a busca pela conceituação (filo)jurídica do princípio da liberdade de expressão, ao mesmo tempo que perpassa pelo seu reconhecimento enquanto direito prefigurado às convencionalidades coletivas e prioritário no plano de fundo democrático, não furta-se de um enquadramento na sistemática constitucional, de modo que o seu eixo de limitação, como se verá mais adiante, deva encontrar solidez na garantia de outros direitos individuais, desde que garantida a reserva legal do seu exercício jurisdicional.

2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.

10

Tendo sido bem delineada a seara (filo)jurídica da liberdade de expressão, observa-se que o seu conteúdo enquanto bem-jurídico, assim como a sua desejada aplicação no seio societário perpassam pela indispensável noção de enquadramento do referido instituto na ordenação democrática que o reconhece.

Isto porque, num primeiro momento, a liberdade de expressão aparece como fundamental corolário do sentimento democrático. Nos dizeres de Silva (2009, p. 114) a liberdade da palavra, numa democracia, está voltada para a vida coletiva através da discussão e deliberação de assuntos públicos de bem comum. Nesse cerne, a constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo torna-se, segundo o autor, premissa óbvia ? tomada como um dado ? de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o sistema democrático atingir a sua finalidade política precípua de satisfação da vontade popular.

Tão antiga e consolidada na literatura política é a importância da liberdade de expressão que, em suas obras republicanas, Maquiavel, um autor reflexo de um período não-democrático, já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar no trecho abaixo reproduzido:

Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela

discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 2000, p. 76)

Por outro lado, num segundo momento, a importância de contrastar o princípio da liberdade de expressão com o plano de fundo democrático existente se dá também com vistas a sua seara de aplicação jurídica. De acordo com Sarlet e Siqueira (2020, p. 545 e 546), na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e de informação nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, mas, também, da operacionalização, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de proteção desses direitos, o que, por sua vez, implica a salvaguarda dos direitos políticos e da democracia e suas instituições.
A perspectiva do autor brasileiro, nessa esteira, fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana é o fundamento estruturante de uma democracia, ao passo que a democracia opera como espécie de garantia organizacional e procedimental da dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 86 e 87). Em sentido confluente, pode-se deduzir que a relação entre
11

democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora o aumento do potencial democrático numa sociedade possa muitas vezes significar o aumento da liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão, em seu usufruto abusivo, pode acarretar riscos para a democracia o que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão em última instância de análise (MICHELMAN, 2007, p. 58), o que torna necessário calculado equacionamento.
Na democracia brasileira, destacadamente, o problema do conteúdo e limites da liberdade de expressão somente pode ser enfrentado e equacionado, do ponto de vista jurídico, quando existe um consenso (no sentido de uma opinião e prática majoritária) relativamente ao seu sentido e alcance, o que, por sua vez, remete à querela em torno da posição da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais (SARLET; SIQUEIRA, 2019, p. 549 e 550).
Nesse sentido, conforme observaremos mais detalhadamente no próximo capítulo do presente trabalho, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegure um idêntico status protetivo à privacidade, intimidade, honra e imagem e à liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, levando a uma interpretação sistemática que não dispensa a constitucionalidade da sua limitação pelo Poder Judiciário (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550 e 551).

3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Objetivando o mais justo estabelecimento da formatação do direito à liberdade de expressão no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no plano do Estado Democrático de Direito vigente, faz-se necessário compreender, prioritariamente, a sua história

constitucional, de modo que se possa dimensionar, ao fim deste capítulo, a relevância e extensão do direito à liberdade de expressão diante do binômio espaço-temporal das normas constitucionais pátrias, chegando satisfatoriamente à sua atual fisiologia jurídica, por sua vez fundada na Constituição Cidadã de 1988.
Para tanto, trata-se de dado histórico verificável a ser ressaltado nesta oportunidade que a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro submeteu-se a diversas
12

variações, decorrentes estas, por certo, do momento histórico-social pelo qual a sociedade brasileira passava quando da adoção de cada Carta Constitucional (DOS SANTOS, 2016, p. 108).
Isto dito, a contemplação constitucional do direito à liberdade de expressão teve início com a Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, em que havia, através do art. 179, IV do título ?Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros.?, previsão destacada a respeito da inviolabilidade dos direitos civis de liberdade dos cidadãos brasileiros, fazendo menção expressa ao direito de comunicação de pensamento por palavras e escritos, podendo ainda serem estes últimos publicados pela imprensa, a qual teria a sua atividade garantida sem a dependência de censura (BRASIL, 1824).
Em contrapartida, o próprio dispositivo supramencionado previa a possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de pensamento nos casos e pela forma que a lei determinasse. Tal disposição restritiva, no entanto, apesar de destacar o filtro da legalidade, era cercada de certa imprecisão, tendo em vista que a existência do Poder Moderador, este previsto no Título 5°, Capítulo I da mesma Carta, trazia como direito do Imperador prover a tudo que fosse concernente a segurança interna e externa do Estado, incluindo nisto a manutenção da ordem moral da sociedade brasileira, o que, em última análise, acabava por significar a existência de um censor de alcance ilimitado gerado pelo mesmo texto constitucional (BRASIL, 1824; DOS SANTOS, 2016, p. 108).
Com a derrubada do Império e a inauguração do regime republicano no Brasil no ano de 1889, fora criada, dois anos depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual manteve em quase total integralidade o texto constitucional do Império acerca da livre manifestação e publicização do pensamento, havendo, no entanto, diferenciação notória decorrente não em face da égide normativa em si, visto que praticamente espelhada na anterior, mas da retirada do Poder Moderador como potencial mecanismo de censura para além do filtro da legalidade (DOS SANTOS, 2016, p. 109 e 110).
Por outro lado, a primeira constituição republicana fora responsável por trazer em seu art. 72, parágrafo 12 a vedação ao anonimato, condição à livre manifestação do pensamento até hoje presente no texto constitucional brasileiro como forma de garantir a responsabilização do emissor de determinada palavra e/ou escrito através da sua obrigatória identificação (BRASIL, 1891).
13

Já no séc. XX, mais precisamente na década de 30, fora promulgada no ano de 1934 a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, inspirada na Constituição de

Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931 e imbuída pela Revolução de 1930 trouxe inovações à proteção da liberdade de pensamento em seu art.113, parágrafo 9, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos e, ao mesmo tempo, permitiu a censura de espetáculos e diversões públicas, como afronta clara ao potencial antagônico da classe artística (BRASIL, 1934; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Três anos depois, como forma de perpetuar-se no poder e inspirado na Constituição autoritária da Polônia de 1935, o então presidente Getúlio Vargas (1882-1954), promoveu um golpe de estado em 1937 e, no mesmo ano, outorgou um novo texto constitucional em que em seu art. 122, inciso 15 ? reforçado pelo Decreto-lei no 1.949 ? estavam previstas diversas modalidades e mecanismos de censura ? inclusive prévia ? ao livre pensamento, sob a premissa de garantir a paz, a ordem, bem como a moralidade e a segurança pública (BRASIL, 1937; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Tais previsões constitucionais, assim que vigentes, deram origem a uma série cinzenta de atos institucionais de restrição à liberdade de expressão nas mais diversas ramificações, sobretudo no âmbito da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão e, destacadamente, na própria seara política, ausente do juízo de valor popular (DOS SANTOS, 2016, p. 110 e 111).
Com a deposição de Getúlio pelos militares e a consequente superação do seu regime no ano de 1945, fora promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, um ano depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, reavendo, em seu art. 141, conquistas da Carta Constitucional de 1934, além de trazer destaques quanto a liberdade da convicção religiosa, filosófica e política. Entretanto, no mesmo texto, apesar de expressa consideração das artes como livres no art. 173, a Constituição de 1946, no parágrafo 5° do art.143 destacava que os espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados, dando continuidade às afrontas moralistas ao pensamento artístico oriundas do texto constitucional de 1934 (BRASIL, 1946; DOS SANTOS, 2016, p. 111).
Quase duas décadas depois, com a instalação do Regime Militar no Brasil no ano de 1964, a Constituição de 1946 fora suprimida, dando lugar a um cenário de ausência de proteção constitucional dos direitos fundamentais, marcado este pela publicação dos Atos Institucionais I e II que suprimiram a representatividade política do país (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
14

O novo status quo institucional ora instalado se consolidou na Constituição da República Federativa de 1967 que praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação e publicização do pensamento independentemente de censura. No entanto, diferentemente da Constituição de 1946, o texto constitucional em voga naquele período trouxe, no parágrafo 8° do art. 150, a possibilidade de intolerância jurisdicional diante de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967; DOS SANTOS, 2016, p. 112).
Nesse deslinde, foram publicados consecutivos atos institucionais até o Ato Institucional nº 5 ? AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do Poder Executivo e tratando qualquer manifestação contrária ao Regime como crime político e contra a segurança nacional, o qual, segundo o próprio ato, estava excluído de qualquer apreciação judicial, devendo ser tratado como uma questão militar (DOS

SANTOS, 2016, p. 112).
Ato contínuo, no ano de 1969, a Emenda Constitucional n° 1 foi decretada pela Junta Militar vigente, modificando quase que integralmente a Constituição de 1967, de modo a dar caráter de legalidade constitucional aos atos institucionais. Sobre a Emenda referida, esclarece José Afonso da Silva (2006, p.86):

> Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Assim, sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que a liberdade de expressão, com considerações ao Regime Getulista, sofreu suas maiores represálias constitucionais na história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
No entanto, o contínuo desgaste do Regime Militar nos campos internacional, econômico e político acabou por culminar no processo de redemocratização do Brasil a partir do ano de 1985, processo este consolidado pela Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente no país, trazendo a maior proteção aos direitos fundamentais e democráticos da história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 113).
No que tange ao direito ao direito à liberdade expressão, a Carta Constitucional, ao se definir como signatária efetiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representou uma verdadeira antítese ao regime antecessor, reconhecendo, como cláusulas pétreas, o direito de qualquer cidadão de, indistintamente, formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores
15

e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação (DOS SANTOS, 2016, p. 114).
Para bem ilustrar a renovação constitucional supramencionada, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 65):

> A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Nesse deslinde, a liberdade de expressão passou a figurar no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando no art. 5°, IV e IX o caráter de inviolabilidade do direito ao livre pensamento com vedação ao anonimato e, ademais, fazendo-se destaque ao livre exercício das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).
Em disposição consoante, o art. 220 da Constituição Cidadã reforçou o disposto nos dispositivos supramencionados, destacando ainda a vedação ao embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988).
Nesses termos, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente

a liberdade de expressão e comunicação como elementos constitutivos do próprio regime institucional vigente, pondo fim à censura anteriormente existente, marcada esta pela relativização normativa do livre pensamento (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

Em contrapartida, ao prever, em seu art. 5º, X a igual proteção aos direitos da personalidade ? quais sejam intimidade, vida privada, honra e imagem ? bem como promover a vedação ao seu usufruto abusivo, a Constituição de 1988 foi responsável por trazer a mais nova fisiologia do direito à liberdade de expressão, balizado pelo binômio ?liberdade x responsabilidade? e, sobretudo, pelo fenômeno da colisão dos direitos fundamentais na operacionalização (infra)constitucional destes, tema a ser analisado no tópico a seguir (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES

De acordo com o notório jurista alemão Robert Alexy, a problemática da colisão dos direitos fundamentais decorre do próprio intento do estudo dos direitos fundamentais em revelar

16

as estruturas dogmáticas, bem como o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 1999, p. 68).

Em linhas mais específicas, ao substanciar o ideal do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se desdobram simplesmente de dispositivos racionalizados pela ordem jurídica nacional, recepcionando, em verdade, a validez universal dos chamados direitos substanciais que, por seu turno, vinculam certas exigências transnacionais ao texto constitucional de cada país que vão da hierarquização das suas cargas valorativas, até a definição dos seus conteúdos axiológicos (ALEXY, 1999, p. 67).

E é nesse deslinde que surge a necessidade de catalogação dos direitos fundamentais e, consequentemente, da revelação da sua capacidade colidente por via de interpretação constitucional, podendo ser esta capacidade ampla, quando os direitos colidentes têm vocação coletiva, ou estrita, quando o conflito normativo decorre de direitos fundamentais individuais propriamente ditos (ALEXY, 1999, p. 68 e 68).

No caso presentemente estudado, qual seja o direito à liberdade de expressão, a sua capacidade colidente desenvolve caráter evidentemente estrito, isto porque a sua carga valorativa, bem como o seu conteúdo axiológico não podem ocorrer indefinidamente no plano da realidade sem que o seu exercício normativo tenha consequências negativas sobre direito fundamental diverso, sobretudo os direitos da personalidade.

Por esse motivo, a técnica interpretativa da Constituição Federal de 1988 no que tange a colisão dos direitos fundamentais, marcada destacadamente pela Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), não apenas trouxe os direitos da personalidade como colidentes ao exercício da liberdade de expressão, como também definiu a possibilidade do seu usufruto abusivo que, dentre outros prejuízos possíveis, pode ferir diretamente a ordem pública constitucional (DUQUE, 2018, p. 963).

Para bem ilustrar a mecânica destas limitações ver-se-á especificamente a sua operacionalidade (infra)constitucional nos tópicos a este subsequentes, destacando, sobremodo, a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, bem como à

clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas ao seu alcance normativo.

3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A Teoria dos Limites dos Limites preconiza que, através do princípio da proporcionalidade, deve-se estabelecer a definição de peso para cada um dos direitos

17

fundamentais em colisão e, assim, estabelecer de qual modo essa definição deve se dar de maneira proporcional para que se possa encontrar, finalmente, o equilíbrio correto entre os direitos fundamentais (DUQUE, 2018, p. 954 e 955).

Em outras palavras, é fundamental à técnica interpretativa constitucional analisar, mediante limitação abstrata, se o benefício alcançado com o sacrifício da aplicação de um direito fundamental não causa um prejuízo desnecessário.

No caso da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão à proteção da personalidade, segundo Alexy (1999, p. 70), a definição elementar da limitação a ela necessária perpassa indiscutivelmente pela irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total, bem como pela onipresença da ponderação entre ambos os direitos colidentes.

Essa interface interpretativa, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao direito à liberdade de expressão uma posição preferencial relativa de exercício em relação aos demais direitos fundamentais em vista da sua teleologia democrática indispensável.

Ao mesmo tempo, ocorre na sistemática constitucional, a possibilidade concreta e material dada ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo da dignidade da pessoa humana, de limitar a irradiação do livre pensamento, sob a prerrogativa de que os desdobramentos do senso intelectivo não podem preponderar indefinidamente sobre o indivíduo que intelectualiza sobre si mesmo.

Nessa égide, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos extrapatrimoniais previstos em seu art. 186 faz uma operacionalização infraconstitucional da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo em vista que o dano moral, ao representar o ferimento a uma camada imaterial do titular do direito, abarca a possibilidade do uso indevido da liberdade de expressão através de palavras ou escritos que, por seu turno, exigem a consecutiva reparação nos termos do art. 927 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

O Código Penal, por sua vez, em seu Capítulo V, traz previsão de detenção e multa a quem infringir a honra de outrem. No entanto, na esfera penal, há previsão de aumento de pena baseada na pessoa da sua vítima ? como, por exemplo, o Presidente da República ou Ministro do Supremo Tribunal Federal ? e se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, como as próprias redes sociais (BRASIL, 1940).

Seguindo a mesma toada discriminatória da tutela dos direitos da personalidade, os Estatutos da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010) e da Pessoa com Deficiência (Lei n° 3.146/2015) regulam infraconstitucionalmente a liberdade de expressão, fazendo definição

18

expressa à discriminação e preconceito contra os respectivos grupos. Ademais, a Lei dos Crimes

Raciais (Lei n° 7.716/1989), recentemente alterada pela Lei n° 14.532/2023, criminaliza a ofensa em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, prevendo aumento de pena ainda quando o crime ocorrer em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação ou quando praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, trazendo limitações práticas ao conteúdo humorístico de cunho racial, mas também ao racismo institucional presentes nos órgãos públicos.
Por fim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual se verá mais detalhadamente no decorrer deste estudo, atualizou a colisão entre a tutela dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão para o campo tecnológico-informacional, trazendo, no seu art. 7º, I e, em consonância ao Código Civil, a inviolabilidade do direito reparatório decorrente de conteúdos gerados por usuários e trazendo como novidade normativa, por outro lado, a neutralidade das redes em si, bem como a isenção dos seus responsáveis por estes mesmos conteúdos (BRASIL, 2014).

3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão
Apesar do abuso do direito à liberdade de expressão obter relação indissociável com a tutela dos direitos da personalidade, para os fins do presente estudo, faz-se necessário destacá-lo brevemente com vistas a dissertar acerca da sua amplitude semântica, sobretudo no contexto das redes sociais e das famigeradas Fake News delas oriundas.
De acordo com o art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A liberdade de expressão, portanto, nesse cerco normativo, deve ser exercida, inclusive por inferência lógica da Teoria dos Limites dos Limites, mediante comedimento e razoabilidade em razão de diversos outros direitos caros ao texto constitucional e, inequivocamente, ao próprio Estado Democrático de Direito.
Observe-se então que a possibilidade do abuso do direito à liberdade de expressão, diferentemente da tutela dos direitos da personalidade, possui um núcleo normativo de maior amplitude e com menor definição de alcance, caso em que poderá ser ramificada a sanção ao livre pensamento à tutela de outros direitos constitucionais que não necessariamente o livre desenvolvimento da personalidade.
Aliás, caso o abuso do direito à liberdade de expressão decorresse tão somente do ferimento dos direitos da personalidade, o direito de resposta, referendado pelo inciso V do art. 19

5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, serviria, em conjunção com a possibilidade indenizatória, como remédio respectivo para a satisfação do ofendido, bem como para a responsabilização civil e penal do ofensor, inclusive no contexto dos meios de comunicação.
No entanto, em verdade, o abuso do direito à liberdade de expressão tem ecoado, sobretudo na era das redes sociais, na insurgência do controle jurisdicional de determinados conteúdos que, apesar de não ofenderem determinado titular de direito concreto e material, obtém uma pretensa finalidade de minar certos valores constitucionais, como o Poder Judiciário e os seus consectários, por exemplo (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 539 e 540).
Sob este novo plano de fundo, as famigeradas Fake News têm recebido destaque por se

desdobrarem na criação de conteúdos, pretensamente imparciais ou não, que, na interpretação jurisdicional, representam o desvio sistemático da verdade ou contradizem os fatos integralmente, sob a finalidade de destituir a validade de determinado instituto caro ao regime democrático (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 540).
Outrossim, essa realidade emergente se agrava ainda mais, levando em consideração o potencial difusor das redes sociais, bem como a relativização do perfilamento real do ofensor que, apesar de precisar identificar-se na sua atividade virtual em face da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF/88), pode criar intermináveis perfis que não necessariamente representem o perfil real do usuário, tendo proteção, inclusive, do direito à privacidade, tutelado pela Constituição em seu art. 5º, X e preferido infraconstitucionalmente em razão do Marco Civil da Internet (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 545 e 546).
Nesse deslinde, tem-se observado o surgimento de uma inaugural atuação do Poder Judiciário no que concerne ao alcance do abuso do direito à liberdade de expressão, arrastando o seu núcleo de limitação valorativa para as redes sociais, com vistas a discernir, de forma sancionatória, o livre pensamento das famigeradas Fake News e suas variações, o que torna imprescindível, para os fins do presente trabalho, dissertar a seguir acerca da (im)possibilidade material deste atualíssimo fenômeno jurisdicional, ressaltando, sobremodo, a necessidade de preservação do núcleo da liberdade de expressão, direito fundamental relativamente preferencial aos demais na Carta Magna Brasileira.

4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA
20

A análise ora pretendida da prefiguração do direito à liberdade de expressão no paradigma das Fake News perpassa, imperiosamente, pelo esforço antecedente não apenas de buscar a definição conceitual do multicitado fenômeno, como também se desemboca na conseguinte e, ainda mais importante para os fins do presente estudo, perseguição à sua vocação jurídica, de modo que se possa esquadrinhar finalmente a (im)possibilidade material do combate jurisdicional às Fake News em face da sua respectiva estabilidade enquanto fato novo passível de regulamentação.
Nessa esteira, conforme Allcott e Gentzkow (2017, p. 211 a 214), apesar de, grosso modo, Fake News popularmente significar, do inglês, ?notícia falsa?, o referido termo, no seu âmbito prático, abarca todas as informações veiculadas e aptas a serem disseminadas instantaneamente em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar o destinatário da mensagem inverídica e provocando, como finalidade precípua, um efeito pretendido sob determinado fragmento da sociedade.
Dessa forma, da pluralidade de manifestações cabíveis às Fake News, podem surgir erros intencionais, rumores sem origem em notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa e ainda propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141 a 147; ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214).
Nessa perspectiva, as Fake News podem ainda se subdividir em três modalidades gerais

quanto à sua forma e pretensão, sendo elas: a) dis-information, que ocorre quando a informação falsa e veiculada com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; b) mis-information, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; c) mal-information que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada ?pessoa, organização ou país? (WARDLE, 2017, p. 20).
Todas estas modalidades, à sua maneira, obtém a capacidade de gerar a denominada desordem informacional (information disorder) que subsiste na conexão atentatória entre os fatos (falsos ou não) e a narrativa imbricada sobre eles sob determinada finalidade extrínseca, esta geralmente danosa a algo ou alguém (LAZER; BAUM; BENKLER, 2018, p. 1094).
Desta análise conceitual já pode-se deduzir que o fenômeno das Fake News tem a capacidade material de, no seu enquadramento jurídico, desembocar casuisticamente na tutela
21

jurídica dos direitos da personalidade, visto que, dentre as suas finalidades identificáveis, o prejuízo reputacional à indivíduos e coletividades de pessoas é incontroverso. Por outro lado, há de se observar também que, ao se desenvolver sob pretenso contexto, as Fake News funcionam também como possíveis agentes de sectarismo, instabilidade político-social e proselitismo ideológico, caso em que o seu efeito danoso pode direcionar-se às vítimas imateriais, as quais a integridade só se pode verificar no âmbito das ideias e valores.
Nessa senda, a vocação jurídica das Fake News obtém concretude ante a sua seara de afetação ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, no que tange aos seus efeitos sobre as vítimas imateriais acima descritas, como a própria ideia jurisdicional da democracia plena, a vocação jurídica das Fake News perpassa substancialmente pela verificação da (im)possibilidade da tutela judicante de identificar a verdade factual no âmbito do debate público, sobretudo em contextos sensíveis.
Ao mesmo tempo, a vocação jurídica do multicitado fenômeno perpassa por uma limitação conceitual que não alargue indiscriminadamente o alcance dos termos linguísticos (enunciados semânticos) que o caracterizam em sua elasticidade e instabilidade, para que, ao fim e ao cabo, a sua regulação pela esfera jurídica, ante ausência, sobretudo, de regulamentação legislativa específica, não implique na maior restrição às liberdades de expressão e de informação, o que poderá desencadear na definição arbitrária dos rumos do debate público brasileiro pelo Poder Judiciário.(SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018

Como visto anteriormente, sendo notória a ausência de lei que regule o fenômeno das Fake News no seio das suas especificidades, o Poder Judiciário brasileiro tem deslocado profuso esforço para conter os pretensos danos decorrentes da sua ressonância, destacando-se, nessa esteira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a sua verticalidade cognitiva e, sobretudo, a sua prerrogativa constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em especial a própria liberdade de expressão, visto que diretamente afeta ao tema insistentemente deslindado pela

Corte.
O referido esforço da tutela jurisdicional, nesse cerne, não apenas revela a necessidade de que se analise exemplificativamente a operacionalidade judicial do controle concreto do multicitado fenômeno em face da sua instabilidade semântica, como também torna imperioso
22

que seja reflexo à questão a nova carga valorativa da liberdade de expressão no texto constitucional como subproduto das cognições do Supremo acerca das Fake News, bem como o impacto desta reconstituição ao Estado Democrático de Direito como um todo.
Para tanto, importa contrastar, a existência de uma posição preteritamente consolidada pelo Supremo, anterior às eleições de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão possui posição preferencial relativa na arquitetura constitucional e que, mais, a sua restrição depende de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo. Isto feito, se observará seguidamente a existência de uma transmutação valorativa do livre pensamento na cognição judiciária, por sua vez marcada por fenômenos concorrentes e decorrentes das eleições de 2018, em que o proselitismo ideológico e as Fake News fundiram-se como modus operandi único de populismo digital.
Assim esclarecido, como exemplo inicial da primeira via de análise supracitada, pode-se utilizar a própria ADPF n° 130, já sucintamente destacada neste estudo, em que a Suprema Corte pátria decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988.
Na fundamentação da decisão, o STF sinonimizou a liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que, segundo a Corte, é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548).
Ademais, no que tange a consagração dos art. 5°, IV e IX e art. 220 da Constituição, argumentou categoricamente o Supremo na ADPF n° 130 que não há liberdade de imprensa pela metade ou praticada em face das tenazes da censura prévia, sob pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Nesse cerne, silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como esta, na visão do STF, recusar a qualificação do referido território virtual como ambiente livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação, este, por sua vez, um notório ?sobredireito? na égide constitucional. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548 e 549).
Já no âmbito da ADPF n° 187, o Supremo, ao referendar a constitucionalidade da denominada ?marcha da maconha?, vedando a sua criminalização enquanto suposta apologia ao crime, afirmou que tratativas de limitação ao direito de livre expressão e reunião devem passar, necessariamente, pelo crivo da sua constitucionalidade, levando em consideração, sobretudo, que o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à liberdade de expressão (liberdade-fim), desde que pacíficas e ordeiras, tratam-se de pré-condições necessárias à ativa participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões no âmbito do aparelho
23

do Estado, devendo ser soberano o zelo constitucional em proteger a promoção de atos de proselitismo pela sociedade civil, inclusive em oponibilidade ao exercício do Poder Público e os seus respectivos agentes (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 549 e 550).

Pondo fim a esta apreciação jurisprudencial precedente, merece destaque a decisão paradigmática do STF para o tema em epígrafe no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451 (ADI n° 4451) em que foi declarada inconstitucional, antes das eleições de 2018, lei eleitoral (Lei n° 9.504/1997) que buscava a vedação de sátiras e críticas a candidatos feitas por emissoras de rádio e televisão (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 559 a 561).
Para tanto, importa ressaltar que, em consonância ao que já fora teoricamente deslindado até o momento a respeito do ambiente apropriado para a proliferação das famigeradas Fake News, tratam-se as eleições ali regulamentadas de notório contexto sensível.
Isto dito, a Suprema Corte, em sua marcante cognição, considerou errônea a opção do legislador em colocar a lisura do pleito eleitoral como hierarquicamente superior às liberdades de expressão, incluindo a liberdade artística, de modo a atingir inclusive o núcleo essencial das referidas liberdades, desrespeitando a sua posição preferencial no texto constitucional, que subsiste por motivos histórico-civilizacionais, sendo, ademais, fundamental para o exercício de outras liberdades e, sobretudo, para o pleno exercício da democracia.
No âmbito deste entendimento da Corte, merece ainda destaque o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes que consignou voto no sentido de que não há permissão a ser deduzida do texto constitucional com o fulcro de limitar preventivamente o conteúdo do debate público por conta de conjecturas em torno de eventuais efeitos que a divulgação de determinados conteúdos possa vir a ter na esfera pública (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Ademais, delimitando a possibilidade material de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão, afirmou o Ministro que a liberdade de crítica deve ser plena e irrestrita, não havendo razão para que as práticas dela decorrentes sejam interrompidas no período eleitoral, até mesmo pelo fato de que eventuais abusos serão sempre passíveis de eventual responsabilização cível ou mesmo criminal por terem cunho injurioso, difamatório ou mesmo configurarem calúnia. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Em sentido confluente, entendeu o então Ministro e decano da Corte Celso de Mello:
?nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento? (BRASIL, 2018, p. 18).
24

Ao tratar especificamente das Fake News, o Ministro Luís Fux fundamentou, por seu turno, que a questão adquiriu um espaço maior, para quem a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, de modo a frisar a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão, que abarca a veiculação de opiniões e crítica e o falseamento doloso da verdade que causa danos graves e irreversíveis às suas vítimas. Para tanto, o Ministro, em sua cognição, não se desincumbiu de definir as especificidades do falseamento da verdade nos parâmetros das Fake News e nem mesmo adentrou no terreno valorativo do que seria a verdade no âmbito do debate político (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 564 apud BRASIL, 2018, p. 63 a 73).
Dessa forma, na multicitada decisão paradigmática, fora estabelecida pela Corte, assim como em outras oportunidades, a cognição de que há uma relação de retroalimentação entre a liberdade de expressão e a democracia, da qual a intervenção judicial só pode ser benigna se for

absolutamente subsidiária e fulcrada nos limites impostos pela própria Constituição.
Por outro lado, o STF, apesar de deslindar passageiramente acerca da hipótese de incidência das Fake News como abuso de direito à liberdade de expressão, sobretudo no processo eleitoral, não fora capaz, nesta decisão, de definir as suas lacunas de regulação, deixando ainda em aberto o seu alcance semântico, o que torna imperiosa, para os fins do presente trabalho, a análise de decisões atualíssimas da própria Corte arrastadas pela eclosão definitiva do fenômeno das Fake News após as eleições de 2018, marco temporal que fez com que a iniciativa de controle do Poder Judiciário se tornasse indispensável, mesmo que inequivocamente problemática.
Inicialmente, merece destaque a decisão do Supremo no bojo do Recurso Extraordinário n° 1075412 com definição de tese de repercussão geral, Tema n° 995. Nela, a Corte definiu parâmetros para a responsabilização de veículos midiáticos sobre falas dos seus entrevistados que atribuam falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sendo elas: I) se à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; II) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
Na decisão, o fundamento da tese fixada fora que, apesar da vedação constitucional à censura prévia, é admissível ao Poder Judiciário a possibilidade posterior de análise e responsabilização das empresas jornalísticas, inclusive mediante remoção de conteúdos por informações atentatórias aos direitos da personalidade, visto que salvaguardam um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas e externas (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
25

A decisão, nesse diapasão, merece destaque ao contrariar os atos investigativo e especulativo próprios do jornalismo, sobretudo pelo fato de que um jornalista não tem como saber o que será dito pelo entrevistado, sendo este, aliás, a razão da entrevista. Como exemplo, a entrevista dada por Roberto Jefferson no ano de 2005 que, posteriormente, gerou o famigerado caso do Mensalão, caso fosse dada na égide desta decisão do STF, teria sido tolhida e punida, ante ausência de comprovação, até aquele momento, das afirmações do então deputado federal.
Por outro lado, merecem atenção as consequências do Tema n° 995, no que se diz respeito a possiblidade iminente de que as mídias sociais e, especialmente os veículos de comunicação, passem a realizar autocensura sob temor de responsabilização posterior da tutela jurisdicional, tornando impossível à plena atividade jornalística, o que, inclusive, fere a cognição do próprio Supremo no bojo da ADPF n° 130, além do próprio Marco Civil da Internet. Tal cenário, aliás, fora perfeitamente apontado pelo então Ministro e Relator do caso, Marco Aurélio Mello que, vencido, afirmou o seguinte:
Parafraseando Voltaire, pode-se discordar do que é divulgado, mas não se pode limitar o direito de divulgar. Responsabilizar a imprensa não é a forma ideal de combate à divulgação de entrevista, ainda que inadequado o que dito pelo entrevistado. O Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho à censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer a análise, formando as próprias conclusões. Somente é possível chegar-se a uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas em discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, 2020, p. 2).

Portanto, já no âmbito do Tema n° 995 se observa a tentativa do Supremo Tribunal Federal de coibir a disseminação das fake News, incorrendo para isso, no entanto, no comprometimento da liberdade de imprensa e informação que, enquanto consectários da liberdade de expressão, deveriam obter preferência na arquitetura constitucional brasileira.
Mais, a tentativa de coibição do STF revela a própria instabilidade semântica das Fake News, visto que, do ponto de vista jurisdicional, em que a sobrevivência do debate público é prioritária, não há como o Poder Judiciário consolidar para si a verdade real sem sentença transitada em julgado, tendo que se valer da subjetividade de cada juiz ou ainda editor que, temendo represálias posteriores, evitará a publicação de determinada entrevista.
Dando seguimento à presente análise, merece igual apontamento a decisão, desta vez do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no âmbito da Representação Eleitoral n° 0601372-57 do ano de 2022. Naquela oportunidade, sob a premissa de causar ?desordem informacional?, o Tribunal Eleitoral decidiu pela liminar remoção de um vídeo de 2017 do canal de entretenimento denominado como ?Brasil Paralelo? em que eram apontados os escândalos políticos ocorrentes
26

durante o Governo Lula (2003-2010), sem citar necessariamente a participação e/ou anuência do até então presidenciável nestes mesmos esquemas.
O Ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, ao trazer a referida premissa à égide do julgamento enquanto fundamento principal do seu voto, destacou que, apesar dos fatos narrados no vídeo removido serem verdadeiros, haveria neles uma ambiguidade dolosa que poderia levar os eleitores, naquele contexto sensível de eleições, a uma conclusão falsa do todo narrado, isto é a possível associação do à época presidenciável Luís Inácio Lula da Silva à esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro ocorridos durante as suas administrações pretéritas (BRASIL, 2022, n.p).
Em outras palavras, de acordo com a cognição do Ministro, a qual fora acompanhada majoritariamente pelos seus pares, o vídeo do Brasil Paralelo, mesmo que verossímil à realidade no que tange à observação dos fatos, estaria imbuído de desordem informacional, tendo, assim, a potencialidade, naquele cenário contingente, de prejudicar a autodeterminação coletiva do eleitorado comum que, por sua vez, não teria a capacidade de discernir os fatos reais da narrativa descontextualizada presente no vídeo (BRASIL, 2022, n.p).
Acerca desta decisão do TSE se observa, prima facie, a adoção da modalidade de desinformação ?mal-information? já apresentada neste estudo, em que a premissa informacional é verdadeira, mas a sua motivação extrínseca atenta danosamente os direitos da personalidade do seu alvo, gerando desordem informacional sobre este. Nessa esteira, merece ressalva o fato de que estaria o TSE desviando-se dos limites impostos pela Constituição ao livre pensamento mediante conceito que ao menos reflete às bases gerais da ciência jurídica, fazendo parte, em verdade, de um ramo do estudo sociológico ainda inconclusivo ante a própria intercorrência temporal do fenômeno das Fake News (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 540 e 541).
Nesse âmbito, se reluz a imprescindibilidade do princípio constitucional da legalidade previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna Brasileira, ao evocar, em homenagem à previsibilidade e à estabilidade das normas e decisões judiciais, a inexistência de crime sem

lei anterior que a defina, nem de pena respectiva sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).
Por outro lado, apesar do abarcamento teórico que envolve a desordem informacional esclarecer as maledicências da ambiguidade dolosa atrelada ao aspecto narrativo da informação, não insurge da mesma teoria a ideia de que o controle ou ainda a presunção de adequação do senso intelectivo da sociedade civil pelo Poder Judiciário seja o remédio proporcional ao fenômeno.
27

Desta forma, deve restar preferível, partindo de um cenário ideal de menor intervenção possível da tutela jurisdicional no que tange ao debate público, que a vontade livre dos cidadãos, sobretudo em período eleitoral, se perfaça do seu mais desentranhado autoconvencimento, o que, na égide da internet, apresenta possibilidade concreta se observado a profusão de informações de diferentes fontes e vieses dispostas imediatamente aos seus usuários, não sendo razoável, para tanto, a restritividade externa desse movimento, sob pena de que surtam os efeitos contrários à pretensão judicial.
Findando a presente análise, portanto, imperioso conferir a existência de notável atipicidade valorativa que vem sendo prestada pelo Judiciário, em especial a sua Maior Corte Judicante, ao direito fundamental à liberdade de expressão, ao alargar a seara de limitação do seu exercício, o que significa, por inferência lógica, a predominância de elementos restritivos estranhos ? e ausentes de definição semântica ? ao livre pensamento e sua respectiva circulação, para além daqueles taxativamente definidos na Carga Magna pátria, os quais, como já visto, fornecem preferência relativa e concreta ao livre pensamento em nossa arquitetura constitucional.
Outrossim, por serem as Fake News um fenômeno de incidência internacional, faz-se ilustrativo tecer ainda, com vistas a estabelecer contrastes mais aprofundados acerca da atipicidade acima apontada, breves comparativos entre o enfrentamento ao multicitado fenômeno na jurisprudência brasileira e na americana que, especificamente, possui semelhante circunstância de eclosão em face das eleições de 2016 que elegeram o presidente Donald J. Trump.

4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado
De acordo com o doutrinador brasileiro Paulo Dourado de Gusmão, o direito comparado, enquanto método de espelhamento de legislações e jurisprudências de países diferentes, pode, quando atrelado ao ramo da sociologia jurídica, demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos, realizando, em última instância, a indicação dos fatores sociais das transformações jurídicas e a respectiva resultante destas mesmas transformações no âmbito da sociedade civil de cada país, sem que, para isso, recaia no equívoco da universalização dos sistema jurídicos (GUSMÃO, 1973, p. 18 e 19).
E é nesse âmbito que se concentra a finalidade deste tópico, no passo em que serão trazidos, como efeito comparativo, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos que
28

demonstrem o seu comportamento jurisdicional diante do corrente fenômeno das Fake News,

destacando ainda o grau de relativização valorativa do direito à liberdade de expressão pelo judiciário estadunidense frente do fenômeno mencionado e respeitando, sobretudo, as suas particularidades constitucionais.
Antes, importa destacar, para fins de contextualização, que a partir das eleições do ano de 2016 que consagrou o candidato outsider Donald J. Trump como o 45.º presidente dos Estados Unidos, eclodiu na política americana a existência das Fake News como potencial modus operandi de vantagem político-social, sobretudo para descredibilização de instituições tradicionais, como a grande mídia, com fins à corroboração de proselitismos ideológicos, assim como para a inflamação da polarização no ambiente político estadunidense, este já essencialmente bipartidarista e, portanto, suscetível a circunstâncias sectaristas. Acerca deste fenômeno, denominaram ainda Bernadini e Vieira Costa (2020, p. 388 e 389) como o momento de fundação da era da pós-verdade, senão vejamos:
O Dicionário Oxford definiu o termo pós-verdade como a palavra do ano de 2016, pós-eleições de Trump nos Estados Unidos, o que reacendeu os estudos do impacto das fake news na democracia eleitoral. Assim, caracterizou a pós-verdade como ?relativa a circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais?. O fenômeno da pós-verdade e das fake news está intrinsecamente ligado a uma refutação da ciência e uma aceitação de discursos inflamados por preconceitos, intolerâncias e táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da sociedade civil e da opinião pública, lançando mão de manobras populistas e extremistas.

Para tanto, o comportamento da tutela jurisdicional americana frente ao discorrido fenômeno, apesar de declarada preocupação, caminhou para uma proteção mais categórica da liberdade de expressão, demonstrando, em última análise, a efetividade do seu sistema de precedentes que insistentemente sobrepõe as diretrizes da Primeira Emenda em face da tentativa, por qualquer autoridade constituída, de restrição de determinados conteúdos.
Em linhas mais específicas, na jurisprudência americana, consagrada pela verticalidade cognitiva da sua Suprema Corte no caso ?Brandenburg v. Ohio?, para que haja a restrição do direito à liberdade de expressão é necessário que o elemento central da fala ou escrito a ser censurado se desemboque no denominado ?Imminent Lawless action? que, por sua vez, significa a presença de uma clara incitação à violência (Fighting words) ou iminente ação ilegal, independente do conteúdo em si das palavras proferidas, as quais não deve a tutela jurisdicional impor qualquer juízo de valor (ROSA, 2021, p. 26 a 28). Para bem corroborar o referido, vejamos trecho da cognição proferida pela Suprema Corte americana no caso ?Brandenburg v. Ohio?:
29

The Court's Per Curiam opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure

to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution 3

Tal cognição, portanto, visa privilegiar a perspectiva de que os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com o próprio fomento do livre pensamento, uma vez que, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade ? e não ao Estado ? fazer juízo de valor sobre quais ideias irão granjear a sua simpatia (ROSA, 2021, p. 28).
Em vista disso, no ano de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso ?United States vs. Stevens? (2010)4, em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que editava vídeos em redes sociais de combates entre cães da raça pitbull, foi condenado por uma lei do Estado da Pensilvânia por ?vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial?.
Valendo-se da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade, a Corte Americana declarou, naquela ocasião, a incompatibilidade da lei estadual em face da Primeira Emenda por exigir a legislação que determinada categoria do discurso devesse passar por uma análise de seu valor axiológico em face dos custos sociais que potencialmente imporia à sociedade.
Atendendo a uma perspectiva antinômica da liberdade de expressão, no entanto, argumentou a Corte que os benefícios das restrições ao Governo pelo livre pensamento superam os seus potenciais prejuízos à sociedade (ROSA, 2021, p. 33 e 34).
Adentrando finalmente no contexto deslindado na introdução deste tópico, cabe destaque a recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso ?Gonzalez v Google? 5no ano de 2023 em que a parte autora requeria a responsabilização da empresa Google pela não restrição de conteúdos em sua plataforma ligados ao Estado Islâmico, sendo esta inação supostamente influenciadora da morte de Nohemi Gonzalez, uma cidadã americana, pelo grupo terrorista, no ano de 2015 (ROSA, 2021, p. 36).

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Brandenburg v. Ohio?. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 31 de maio de 2024.
4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)?. A íntegra do caso está disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>. Acesso em 31 de maio de 2024.
5 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Gonzalez v Google?. Disponível em <www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2024.
30

Na oportunidade, apesar de compreender a especificidade danosa do caso nos termos da Fighting words, decidiu a Suprema Corte pela não responsabilização da Google, tendo em vista que cognição em contrário originaria um efeito cascata de ações judiciais cujo objeto seria terceirização da responsabilidade dos usuários para o meios comunicativos dos quais eles utilizam ? incluindo nestes as próprias redes sociais ? independentemente de aferição do nexo de incentivo à violência por parte das empresas (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
Nessa senda, decidiu a Suprema Corte pela apreciação da Seção 230 da Lei de Decência

nas Comunicações (Communications Decency Act) que garante, desde 1996, que provedores de serviços de internet desfrutem de imunidade legal pelo conteúdo proferido pelos seus usuários, impedindo, sobretudo, mecanismos de autocensura feitas por estas empresas como forma de evitar potenciais prejuízos judiciais (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
No caso deslindado, já se observa, uma diferença entre a cognição dos supremos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos, visto que o primeiro optou, no bojo do Tema n° 995, pela atribuição de verificação da verdade e da danosidade de falas de entrevistados aos veículos de comunicação que realizassem as entrevistas, terceirizando indiretamente a tutela de censura de conteúdos a empresas privadas e, mais, proferindo juízo de valor sobre o que pode ou não ser veiculado em face dos direitos da personalidade.
A Suprema Corte Americana, por sua vez, homenageando a Primeira Emenda da sua Constituição em detrimento do seu próprio poder jurisdicional, ressaltou a obrigação das plataformas digitais de remover propaganda terrorista, não opinando, no entanto, pela sua consecutiva responsabilização em face da casual disseminação de conteúdos desta natureza, para que se evite, em última análise, um ambiente de promoção de ideias cerceado por iminentes instrumentos impostos de autocensura.
Por fim deste exame comparativo, entretanto, merece destaque a cognição da Corte Suprema Americana no bojo do caso ?NetChoice v. Paxton? 6cujo objeto fora, em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da House Bill 20, Lei do Texas que tinha como finalidade a proibição de que empresas de mídia social com 50 milhões ou mais de usuários pudessem restringir postagens com base em pontos de vista acerca de veracidade ou viés, exigindo ainda que as plataformas divulgassem publicamente informações sobre como e quando moderam o conteúdo e criassem processos para que os usuários pudessem contestar decisões editoriais específicas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
31

No fundamento da sua decisão, a Corte curiosamente pugnou pela preservação de mais de 70 anos de jurisprudências em torno da operacionalidade da Primeira Emenda, isto porque a referida, na medida em que protege a liberdade de expressão e a livre associação enquanto direitos fundamentais, tutela também o livre exercício de julgamento editorial, sobretudo se levado em consideração a tendência constitucional americana de prestar autonomia às relações contratuais na égide das propriedades privadas, tais como as próprias empresas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).
Ademais, segundo o Tribunal, no passo em que a Primeira Emenda restringe o direito de interferência do Estado ao livre exercício do pensamento, nisto também se inclui o direito dos entes federados de promover a ampliação do discurso a um certo fragmento de usuários em face do viés do seu discurso ou de suposta desvantagem nos ambientes das mídias sociais que, supostamente, tenham uma posição dominante contrária (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 12 e 13).
Dessa forma, apesar do Estado do Texas afirmar que os requisitos de restrição servem ao interesse de garantir que o público tenha acesso a diversos fontes de informação, não há,

segundo a Corte, direito válido de modular o viés editorial das plataformas por interesses no próprio conteúdo veiculado, sob pena de não refletir o escrutínio da Primeira Emenda que exige a neutralidade do Estado nesta questão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 13 e 14).
A jurisprudência do TSE, por sua vez, no bojo Representação Eleitoral n° 0601372-57, com vistas a sanar potencial desordem informacional, retirou a autoridade editorial da plataforma Brasil Paralelo sobre conteúdo verdadeiro, arrastando para si o dever de definir quais informações e quais vieses narrativos comprometem ou não a capacidade de autoconvencimento da sociedade civil. Nesse cerne, ao contrário da Suprema Corte Americana, o Tribunal Eleitoral Brasileiro opta pela deslegitimação da soberania editorial dos provedores das redes sociais, agindo como filtro de veracidade e propensão narrativa.
Em face do todo aqui exposto, observa-se, portanto, como produto do presente juízo comparado, evidentes diferenças entre as preocupações e o modus operandi para a coibição das Fake News na jurisprudência americana e brasileira, visto que enquanto a primeira vem privilegiando a estabilidade do direito à liberdade de expressão numa conduta de não-intervenção, a segunda apresenta uma preocupação sistemática a respeito do referido fenômeno, de modo a buscar o seu enquadramento semântico como forma de reconstituir a valoração da liberdade de expressão na sua arquitetura constitucional, caminho este que merece reflexões jurídicas indispensáveis, como se verá a seguir.
32

4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL

Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, em seu ensaio ?A Verdade e a Política?, para a mais justa compreensão da realidade, bem como para que se evitem nuances indeterminadas entre aquilo que é ficto e palpável, é necessário, sobretudo, consolidar conceitual e semanticamente aquilo que se obtém como verdade (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
Para tanto, segundo a filósofa, coexistem dois tipos de verdade: a verdade real e a verdade factual. A primeira decorre do conteúdo autoevidente da matemática e da filosofia, apresentando caráter despótico e coercitivo, pois, enquanto produto da mera percepção daquilo que é incontroverso, impede que o debate entre os homens ocorra, o que poderia acabar por constituir versões a respeito da mesma obviedade (ARAÚJO, 2023, p. 5 e 6).
Por outro lado, a verdade factual, a qual nos interessa especialmente, é própria do mundo dos homens e da política, no passo em que o seu desenvolvimento ocorre através da comunicação e da experiência de muitos, fazendo com que fatos e opiniões, embora distintos, constituam o mesmo universo: o domínio público. Em outras palavras, a textura do domínio público e sua verdade inerente são constituídas por fatos e eventos, formando verdades contingentes, cuja disjunção lógica faz com que seu oposto seja plausível, mediante necessária interpretação (ARENDT, 2016 p. 225).
Contudo, a própria filósofa destaca que a instabilidade da verdade factual não pode, em hipótese alguma, submeter-se a perspectiva nietzschiana da verdade como fruto meramente decorrente da interpretação de alguém sobre determinada situação, o que acabaria por arrastar a verdade e os fatos objetivos para o precipício da falsidade deliberada. Em verdade, quando há

de se entender a proeminência da verdade factual no debate público deve-se, prioritariamente considerar a comunicabilidade política por excelência, na qual os fatos em si não estão em disputa, mas os juízos de valor dele decorrentes legitimam o pressuposto da pluralidade e, por consequência, possibilitam o autoconvencimento dos homens (PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 97 e 98; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
E é nessa esteira que surge a noção elucidativa do ?mercado livre de ideias?, concebida pelo célebre juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr, na qual a propagação livre de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, habilitando-os a identificar a verdade factual, rejeitar a mentira
33

contraproducente e produzir e propagar conhecimentos orientadores (POST, 2000, p. 235 e 236).
Para tanto, destaca Holmes Jr que, mesmo na proeminência da livre circulação de ideias, na qual a verdade factual surge como principal objeto desejado, podem haver demais princípios que, por sua vez, regulem os casos em que a manifestação de pensamento represente perigo evidente e capaz de produzir males gravíssimos (POST, 2000, p. 236).
Contemplando tal perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, através da inteligência dos seu art. art. 5º (incisos IV, IX e XIV) e art. 220, assegurou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que não exercidas em abusividade e se confluentes, na medida da sua prevalência relativa, com a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez disposto no art. 5º, inc. X.
Dessa forma, recaindo sobre a interpretação constitucional da colisão dos direitos fundamentais, decidiu o constituinte originário que, na extensão fisiológica do seu exercício, obteria o livre pensamento e os seus consectários preferência apriorística em relação aos demais direitos tutelados no texto constitucional, cuja declinação dependeria de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo, critérios estes produzidos como forma de proteção categórica ao aspecto essencialmente democrático do multicitado instituto. (BARROSO, 2005, p. 103; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Arrastando esta questão para o plano de fundo das Fake News, foco do presente trabalho, observa-se, em outro viés analítico, que a proliferação sistemática da distorção da verdade vem, na égide das redes sociais, gerando fenômenos de sequestro da razão, ao colocar nichos da sociedade civil em um círculo vicioso de engano e proposital sectarismo, tudo isto fomentado pela dinâmica acelerada e incalculavelmente expansiva da internet.
Por outro lado, há de se considerar, de igual modo, que deve-se também aos provedores de serviço de internet, na qual proliferam-se as Fake News, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a livre circulação de notícias, ideias, análises, sátiras e demais manifestações não mais dependem do fulcro intermediador dos veículos de comunicação até então predominantes ? como as grandes redes de televisão ? impondo ao poder estatal e os seus representantes uma relação cada vez mais direta com os seus representados (DIMOLIUS; MARTINS, 2006, p. 274).
Essa nova configuração da dinâmica político-social, por seu turno, homenageia os vínculos mais precípuos da democracia, tendo em vista que a possibilidade dos cidadãos de

34

fiscalizarem e se oporem diretamente aos atos do Poder Público reforça o conteúdo negativo da liberdade de expressão, cuja finalidade precípua é gerar uma comunicabilidade antinômica entre a estrutura estatal e o seu agente constituinte, limitando a possibilidade de arbitrariedades deste primeiro (BARROSO, 2004, p. 19 e 20).

Daí surge, nos dizeres de Machado (2007, p. 473 e 474), a seara objetiva do livre pensamento, este conectado ao seu exercício funcional, qual seja a sua capacidade de prover o desenvolvimento contínuo da opinião pública e do engajamento da participação política, elementos indispensáveis em um país que, do ponto de vista historicista, constituiu a sua atual Carta Magna em resposta popular à mais de 20 anos de cerceamento das liberdades políticas e (trans)individuais.

Nessa seara, merece destaque o fato de que a democratização do acesso à internet e de todo o fluxo informacional que nela se processa, ? na qual ocorre uma intervenção ativa por parte de indivíduos e grupos que não integram órgãos da mídia convencional ? vem levando o debate público a uma intensa e irreversível descentralização informacional, minando ainda, em última análise, o predomínio de determinados setores da comunicação em relação ao discurso, bem como em relação a seleção de determinadas informações mais ou menos relevantes de acordo com a aptidão editorial (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 566 apud WAACK, 2018, p. 124).

Deste mesmo fenômeno corrente, por outro lado, insurge a ausência de acuracidade das informações porventura disseminadas. Do ponto de vista da razoabilidade, no entanto, é notório que este aspecto negativo deve-se lidar, sobremodo, com (re)orientação cultural, tendo em vista que não é materialmente possível cobrar de todo cidadão a avaliação crítica profunda relativa a cada informação acessada, em razão da larga desigualdade em termos de capacidade informacional no Brasil, esta historicamente intensificada pela dependência dos grandes veículos de mídia (BALEM, 2017, p. 5).

Em razão de todo exposto, merece reflexão, prima facie, a cada mais vez dificultosa atividade jurisdicional de manter a higidez do binômio liberdade de expressão/democracia sem recair na sua consecutiva reconstituição, em razão do atualíssimo perigo resultante da manipulação virtual deliberada por pessoas ou grupos de interesse, imbuídos por ideologias nebulosas que, quase sempre, refletem a nostalgia de indesejados períodos do passado nacional.

Por outro lado, para defender alegadamente uma ideia imaterial de democracia, não é desejável que o Poder Judiciário, sobretudo a sua Suprema Corte, combata o deslindado fenômeno, fazendo-se valer, para tanto, da restrição do alcance normativo da liberdade de

35

expressão através de conceito ? in casu, as Fake News ? que, além de não refletir as diretrizes gerais da sua Constituição, ? quiçá das ciências jurídicas gerais ? obtém profunda plasticidade semântica, fato este que submeterá a cognição jurisdicional brasileira, inevitavelmente, a um labirinto de completa indeterminação.

Nesse sentido, valiosas são as lições de Oliveira (2009, p. 95 e 96) ao dizer, subsidiado nas noções de Ronald Dworkin, que o fenômeno da indeterminação linguística no Direito faz com que as decisões judiciais obtenham imprevisível discricionariedade, comprometendo a

estabilidade e coerência exigíveis ao neoconstitucionalismo. Do contrário, sob o manto de certeza do Direito, se tornam aplicáveis as normas igualitariamente a todos e, individualmente, se torna possível a atribuição da justiça imprescindível à liberdade civil, no passo em que se faz garantida uma relativa previsibilidade jurisdicional frente aos ditamos da sua carta constitucional respectiva.
Reforçando este questionamento, necessário se levar em consideração que a restrição à liberdade de expressão perpassa, na coibição jurisdicional direcionada às Fake News, pela necessidade de que os órgãos sancionatórios realizem juízo de valor acerca do que é dito ou disseminado. Nesse caso, por se tratarem as Fake News não apenas de veracidade, mas de narrativa includente, há uma dificuldade que pareia o seu enfrentamento figurado na capacidade casuística dos tribunais em distinguir o polêmico do falso, o que diz respeito não apenas ao problema de como e em que medida se desemboca uma maior ou menor capacidade crítica dos indivíduos, mas também se deve à própria natureza disjuntiva da verdade factual, na qual, inclusive, permite-se um juízo íntimo de retratação (ARENDT, 2016, p. 231 e 232).
Esta problemática, aliás, já obtém, como visto, precedente nas decisões do TSE que, na égide da Representação Eleitoral n° 0601372-57, teve que utilizar-se de notável discricionariedade linguística como recurso valorativo para conter uma narrativa polêmica, mas palpável, acerca de fatos verossímeis, sob a premissa de incorrer essa em suposta desordem informacional.
Portanto, em qualquer perspectiva, seja pela possibilidade material de conter o discurso pelo valor das suas premissas ou, ainda, pela proeminência do seu poder de ressonância, estará a tutela jurisdicional defrontando-se com o brocardo jurídico ?Ad impossibilia nemo tenetur? que expõe ao Poder Judiciário a conformação das suas possiblidades de regulamentação, sob pena de gerar precedentes de instabilidade mais gravosos que a problemática a qual se pugnou confrontar (LEFEBVRE D?OVIDIO; 2020, p. 120).
36

Para sedimentar as presentes reflexões, portanto, sabe-se que as Fake News, por sua estrutura inaugural no tecido da sociedade tenderão a gerar, em algum momento, a reconstituição axiológica da liberdade de expressão pela via legal, o que cumprirá, naturalmente, o ciclo de (re)modelação dos direitos fundamentais sob a égide das matrizes jurídicas temporal e espacialmente dinâmicas.
Contudo, havendo ainda lacuna legislativa para tal reconstituição, a iminente ideia da restrição ao livre pensamento figurada no seu conteúdo, ao invés da sua rígida prefiguração constitucional, como vem pretendendo o Judiciário Brasileiro, remete, em verdade, à necessidade de que se reforce a contínua vigilância em relação aos perigos da formação de uma ordem orwelliana 7pelo Estado que determinaria o que é verdade e o que não é ? inclusive sobre si mesmo ? baseando-se em pressupostos analiticamente indeterminados, o que impedirá, em última análise, a circulação de discursos dissidentes, fazendo-se assumir ainda ao poder estatal a feição de uma nova forma de dominação, esta fulcrada no sequestro do debate público e, portanto, da busca pela verdade factual em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, sob a ótica propedêutica-constitucional,

as necessárias reflexões jurídicas atinentes à regulação das Fake News diante do fundamento da liberdade de expressão, direito fundamental encravado no texto constitucional brasileiro.
Para tanto, tendo em vista a ausência de legislação específica que sedimentasse o cerco normativo do presente estudo, teve que se recorrer ao que há de mais profuso, em termos de jurisprudência ? inclusive internacional ? acerca desta inaugural colisão entre ?fato novo? e ?direito?. Não apenas isto, o presente trabalho comprometeu-se cabalmente em circunstanciar a necessidade de prefiguração da liberdade de expressão não apenas no campo jurídico, mas na esteira da sua imprescindibilidade política, cuja democracia se funda.
Nesse cerne, imperioso se faz concluir, não havendo ressalvas quanto a possibilidade de regulação legislativa das Fake News, que a conformação da coibição deste fenômeno, por hora, pelo poder jurisdicional, esta indiscutivelmente ameaçadora ao livre escoamento do debate público, perpassa, fundamentalmente, pela obtenção da liberdade de expressão como núcleo

7 Na ordem orwelliana, preconizada pelo escritor inglês George Orwell na sua obra distópica ?1984?, o poder
estatal age como um mecanismo de falsificação do passado e do presente, no passo em que desvirtualiza a
capacidade de expressão dos seus dissidentes, transformando o discurso em um produto monopolístico e inescapável do Estado, este denominado como ?Ministério da Verdade?.
37

essencial passível de preferência à cognição judiciária. Em outras palavras, para que sejam devidamente reguladas as Fake News deve-se, prima facie, conceber os limites materiais desta atividade, com vistas à proteção do alcance axiológico do livre pensamento, este fundamental às instituições democráticas e ao, mesmo tempo, historicamente frágil e de onerosa (re)conquista.
Mais do que isso, faz-se necessário compreender, em certo grau e sob certa égide normativa, a presunção caótica do debate público que, quase nunca, entregará pacificamente os desdobramentos do seu desenvolvimento, de modo que as suas inflamadas disjunções, naquilo que for possível, devem ser prestadas à sociedade civil como parte do processo autorregulatório da democracia, eximindo, naquilo que for possível, a intervenção do judiciário que, em face da sua matriz centralizadora, tenderá, em algum momento, pela preterição de determinada corrente aparentemente mais nociva, mas não necessariamente ilegal, prejudicando, em última análise, a obtenção da verdade factual e do autoconvencimento coletivo em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista De Direito Administrativo, 217, 67?79. 1999.
ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.
ARAÚJO, Leonardo Aires. A distinção entre a verdade filosófica e a verdade factual, na ótica arendtiana. Revista Ponto de Vista, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 01?08, 2023. DOI: 10.47328/rpv.v12i2.16444.

ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. 8ªed.São Paulo: Perspectiva, 2016.
BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das fake news e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democrática. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, 8-10, nov. 2017.
BARROSO, Luís Roberto. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./Mar. 2004.
BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade ? Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
38

BECKER, Daniel; FILHO, Humberto Chiesi; BRETZ, Luiza Pontes de Miranda. Gonzalez v. Google e Twitter v. Taamneh: lições da Scotus sobre responsabilizar plataformas. Conjur. 2023. Acesso em: 31.05.2024.
BERNARDINI, Ana Júlia Bonzanini; VIEIRA COSTA, Andressa Liegi. POPULISMO E FAKE NEWS NA ERA DA PÓS-VERDADE: COMPARAÇÕES ENTRE ESTADOS UNIDOS, HUNGRIA E BRASIL. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 28 | p. 385-412 | jan./jun. 2020 | E-ISSN 2359-2419
BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. ? Nova ed. ? Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.
BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891.
BRASIL. Constituição (1934) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.
BRASIL. Constituição (1937) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.
BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.
BRASIL. Constituição (1967) Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República [1988].
BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. BRASIL: Brasília, DF.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno,

j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, Voto. Min. Rel. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
39

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repr 0601372-57, Voto. Min. Ricardo Lewandowski. j. 13.10.2022.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2006.
DUQUE, M. S., & Nascimento, I. M. A. do. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 4(2), 949?968. 2018.
DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 2005.
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. In: Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, nº 17, p.15-19, jan./abr. 1973.
HAVARD LAW SCHOOL. Compelling speech The Supreme Court soon will decide if social media platforms must allow certain kinds of speech on their platforms. By Rachel Reed. United States (USA). 2024.
HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro de Mello Aleixo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LEFEBVRE D?OVIDIO, Francesco. Ad impossibilia nemo tenetur. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder, The Journal of European Economic History, ISSN 2499-8281, Associazione Bancaria Italiana, Roma, Vol. 49, Iss. 2, pp. 117-123
MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MAQUIAVEL, Nicolau. Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
MEIKLEJOHN, Alexander. Free Speech: And its relation to self-government. New York: Harper & Brothers, 1948.
MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, a.31, n° 122 maio/jul. 1994.
40

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009.
PEREIRA DA SILVA, Jorge. ?Fake news? conquistam 2017. O Jornal Económico, 17 novembro 2017.
POST, Robert. ?Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence?, Yale Law School Schlarship, 2000, 2355-2376.
ROSA, Pamela Dourado Kletlinger. O futuro da liberdade de expressão na era digital: moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no bojo do inquérito das fake news. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
SARLET, Ingo Wolfang. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: O CASO DAS ASSIM CHAMADAS ?FAKE NEWS? NAS REDES SOCIAIS EM PERÍODO ELEITORAL NO BRASIL. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e Liberdade de Expressão Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS. SÃO PAULO/SP. 2009.
TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. Defining ?Fake News?, Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 137-153, 2018.
WAACK, William. Fake News: uma visão político-jornalística. in: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.), Fake News e Regulação, São Paulo: RT, 2018.
WARDLE, Claire. Information Disorder. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: Council of Europe, 2017.

==========

Arquivo 1: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)

Arquivo 2: https://pressbooks.cuny.edu/landmarkcases/chapter/case-summary-brandenburg-v-ohio (942 termos)

Termos comuns: 98

Similaridade: 0,73%

O texto abaixo é o conteúdo do documento TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://pressbooks.cuny.edu/landmarkcases/chapter/case-summary-brandenburg-v-ohio (942 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SALVADOR
2024
GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho apresentado à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

SALVADOR
2024

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos
Matteo e Laura, amores do titio.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEGAL REFLECTIONS ON THE NECESSARY CONFORMATION OF THE CONCEPT OF FAKE NEWS IN FRONT OF THE FOUNDATION OF FREEDOM OF EXPRESSION

Guilherme de Magalhães Leal Moreira1
Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO
O presente estudo tem como objetivo tecer necessárias reflexões jurídicas acerca do (re)posicionamento do fundamento constitucional da liberdade de expressão diante do paradigma das Fake News, fenômeno atualíssimo decorrente da nova dinâmica informacional trazida pelas redes virtuais. Para tanto, busca-se prioritariamente investigar a fisiologia da liberdade de expressão no campo (filo)jurídico, bem como na própria arquitetura constitucional brasileira para que, ao fim e ao cabo, seja possível refletir o direito ao livre pensamento e suas ramificações na seara de contingências do plano de fundo das Fake News, especialmente no que tange à (in)determinação linguística e jurídica deste com fins à sua respectiva coibição jurisdicional. Nesse diapasão, tendo em vista a ausência de lei específica que regulamente o multicitado fenômeno, discute-se, do ponto de vista doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, sob quais termos a coibição às Fake News não pode corromper o núcleo essencial da liberdade de expressão, ante a sua imprescindibilidade democrática e inerente capacidade antinômica frente aos indesejados desdobramentos do poder estatal.
Palavras-chave: Liberdade de expressão, Fake News, Jurisprudência, Constituição, Democracia.

ABSTRACT: The present study aims to weave legal reflections on the (re)positioning of the constitutional foundation of freedom of expression in the face of the Fake News paradigm, which appears to be very current as a result of the new informational dynamics brought about by virtual networks. To this end, we seek to primarily investigate the physiology of freedom of

expression in the (philo)legal field, as well as in the Brazilian constitutional architecture itself so that, in the end, it is possible to reflect the right to free thought and its ramifications in the field. of contingencies in the background of Fake News, especially with regard to its linguistic and legal (in)determination with the aim of its respective jurisdictional restraint. In this context, in view of the absence of a specific law that regulates the multi-cited characteristics, it is

1 Discente do curso de Bacharelado em Direito da UCSal ? Universidade Católica do Salvador, em curso da
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do 9° semestre. Email institucional:
guilherme.moreira@ucsal.edu.br
2Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), pós-graduado em Direito
Processual Civil pelo Juspodivm e Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade - PPGEISU/ IHAC/
UFBA.

discussed, from a doctrinal and, above all, jurisprudential point of view, under which terms the prohibition against Fake News cannot corrupt the essential core of freedom of expression , given its democratic indispensability and antinomic capacity in the face of unwanted developments of state power.
Keywords: Freedom of expression, Fake News, Jurisprudence, Constitution, Democracy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA. 2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA. 3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL. 3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES. 3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. 3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão. 4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA. 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018. 4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado. 4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade trazer necessárias reflexões jurídicas acerca do

justo posicionamento do princípio da liberdade de expressão no plano de fundo do fenômeno das Fake News. Para tanto, far-se-á necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que fundamenta o conceito e a evolução normativa da liberdade de expressão na contemporaneidade, bem como conceber o que houver de dubiedade a respeito do significado do fenômeno das Fake News e, de igual modo, acerca da sua seara de afetação às democracias pós-modernas.
Nesse cerne, importa preponderar que o instituto da liberdade de expressão origina-se, uma vez ausente de elementos interventores, da mais plena comunicação entre o espírito humano da racionalidade e a sua consecutiva capacidade de perceber os fenômenos, bem como, de interpretá-los e verbalizá-los. Trata-se, portanto, de um dado da realidade espontaneamente percebido que, nas suas mais diversas manifestações, revela a heterogeneidade do senso intelectivo humano, no passo em que dá tom à livre criação de iniciativas políticas, religiosas, ideológicas, artísticas e científicas.
6

Trazendo para uma perspectiva civilizacional, ao anteceder ao conjunto complexo das normas politicamente constituídas, o referido instituto vem sendo imbuído de dificultoso esforço normativo, no transcorrer da história ocidental, para que sua repercussão seja adequadamente suportada em face da necessidade de pacificação social, sobretudo se levado em consideração que a liberdade de expressão é percebida em seus efeitos, ou seja, reformular o seu conteúdo passaria, em última análise, pela necessidade em atingir as suas manifestações.
Por outro lado, sabe-se que as matrizes jurídicas pós-modernas, como a brasileira, são marcadas pela temporalidade das estruturas normativas. Em outras palavras, o sistema normativo contemporâneo, ao ser influenciado pelo binômio ?tempo-espaço?, possui caráter de fluidez em relação aos mais novos produtos das relações intersubjetivas, fazendo com que direitos já consolidados defrontem-se aos acontecimentos e demais direitos a eles supervenientes, gerando uma contínua necessidade de atualização do seu alcance normativo.
Diante disso, tratando-se o fenômeno das Fake News de fato novo e atípico que vem ressignificando o potencial lesivo da liberdade de expressão nas redes sociais para além dos limites já impostos pelos tutelados direitos da personalidade, gerando inaugural atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho tem como objeto central responder o seguinte questionamento: o que é necessário levar em consideração para que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão prepondere sobre a iminente regulamentação jurisdicional do fenômeno das Fake News?
Para tanto, o estudo a ser deslindado no decorrer deste trabalho terá, enquanto principais objetivos, o devido esforço propedêutico de posicionamento histórico-constitucional da liberdade de expressão, bem como da vocação etimológica e jurídica do fenômeno das Fake News, momento em que finalmente se buscará dimensionar o paradigma observado pelo livre pensamento diante do intercorrente fenômeno multicitado e suas variações observáveis no Brasil (e no exterior), analisando, ainda, posteriormente, a necessidade de que, num cenário normativo de necessária conformação entre ?direito x fato novo?, este prefigure sobre aquele.
No aspecto metodológico, por sua vez, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, substanciada em material analítico já publicado, bem como na análise primária de documentação legislativa e jurisprudencial. Além disso, o presente trabalho se baseará no

método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo em vista que a relação entre pesquisador e fenômeno pesquisado se dará em influência mútua, desdobrando-se ainda em hipóteses a serem submetidas ao processo de falseamento.

7

2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA.

A liberdade de expressão, enquanto apanágio da inclinação racional do indivíduo, vem correspondendo, no transitar das experiências civilizacionais ? sobretudo àquelas impelidas pela modernidade ? na possibilidade concreta de ação individual desentranhada, por sua vez, de condições de existência externas. Isso significa dizer que, para além de todos os preceitos formulados pelas convenções humanas e direcionados a finalidades coletivas, o instituto da liberdade de expressão origina-se e conclui-se em si mesmo, de modo que a sua única condição existencial é o próprio senso intelectivo humano (SILVA, 2000, p. 247 e 248).

Transpondo a obtenção da liberdade de expressão como um dado da realidade antecessor a qualquer convencionalidade societária, observa-se, inclusive, no ramo do estudo dos direitos fundamentais, que a liberdade de expressão, assim como as demais liberdades de vocação individual, constituiu o Estado Moderno como meio de subtração do seu poder. Nos dizeres do filósofo italiano Norberto Bobbio (2004), por exemplo, os direitos de liberdade, componentes dos denominados ?direitos de primeira geração? são marcados pelo seu conteúdo negativo, ou seja, acabaram por afetar a fisiologia estatal pré-revolução francesa, evocando o seu não-agir.

Tão relevante é o caráter negativo da liberdade de expressão, aliás, que os seus desdobramentos, como a liberdade de opinião e a própria liberdade de imprensa, servem ao exercício social da cidadania como instrumentos fiscalizatórios supraestatais da atividade política, na medida em que a sua publicidade evoca no seio societário a possibilidade de demandar as suas respectivas expectativas e críticas, gerando uma contínua comunicabilidade antinômica entre o poder estatal e o seu agente constituinte, qual seja a própria sociedade.

Acerca do referido fenômeno, ressalta ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e notório doutrinador Luís Roberto Barroso:

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povoe a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los (BARROSO, 2004, p. 19).

Não à toa, devido a sua potencialidade antinômica, a liberdade de expressão, na visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin, defensor da famigerada teoria constitutiva, deve ser

8

concebida juridicamente por uma visão mais ampla e estável, de modo que se entenda o seu valor por si só. Em linhas mais específicas, enquanto a teoria da verdade criada pelo polímata estadunidense Oliver Wendell Holmes visava filtrar o direito ao livre discurso através do seu conteúdo valorativo, maximizando a verdade como finalidade, a perspectiva de Dworkin recai sobre a autonomia do próprio discurso independente do seu direcionamento, de modo que, segundo o autor, trata-se de um exercício civilizatório impossível numa democracia obter um juízo moral pleno a respeito do bem comum sem que essa atividade se constitua através da participação geral e heterogênea dos seus cidadãos, o que denota, em última análise, a importância dialética da liberdade de expressão para o debate público (POST, 2000, p. 236; DWORKIN, 2005, p. 25).

Dada a sua vocação supraestatal, pode-se provisoriamente concluir, portanto, que a liberdade de expressão, ao derivar de uma ordem conatural da natureza humana, independe de qualquer empenho coletivo-racional de formulação, bastando ao Estado ? sobretudo o Democrático ? admitir a sua relevância em sua ordem jurídica, impondo-lhe limitações provenientes das características teleológicas de cada ordenamento jurídico. Na perspectiva de Dworkin, por exemplo, essa muito influenciada pela filosofia de não-restrição aos direitos fundamentais da Constituição Americana, basta ao Estado, ao lidar juridicamente com a liberdade de expressão, buscar a potencialização da independência moral dos seus cidadãos, senão vejamos:

Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual (DWORKIN, 2005, p. 26).

Em perspectiva diversa, segundo o filósofo britânico Alexander Meiklejohn, existe uma limitação precípua à liberdade de expressão: o seu desserviço à democracia. De modo explicativo, segundo o autor, a liberdade de expressão deve obter conceituação e tutela constitucional, em regra, para proteção de qualquer discurso, principalmente aquele de caráter dissidente. Entretanto, a proteção ao direito não corrobora a automática proteção ao seu abusivo usufruto, de modo que não pode o Estado permitir a dissipação de discursos que a ele tenham vocação autodestrutiva.

Isso significa dizer que se o Estado compromete-se constitucionalmente a promover uma ordem social democrática, não pode ele admitir a existência de discursos no debate político
9

que promovam a destruição dessa finalidade, sob pena de assumir para si uma fisiologia que em algum momento lhe gere uma ruptura (MEIKLEJOHN, 1948, p. 13 a 15).

A perspectiva de Meiklejohn, por esse motivo, conecta-se, de certa forma, à plasticidade não-estática da Constituição Brasileira de 1988 que, apesar de conceber plenamente a liberdade de expressão como direito fundamental, tutela implicitamente a vedação ao discurso de ódio e a apologia ao denominado conjunto de ?discursos antidemocráticos?. Nesse sentido, o jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet afirma que numa interpretação sistemática ? aliada ainda ao

fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um regime democrático ? a Constituição Brasileira assegurou para a liberdade de expressão uma posição (relativa) preferencial, o que pode ser compreendido como uma preferência prima facie ? mas não absoluta ? que, por sua vez, não obsta o dever do sistema jurídico em garantir a preservação dos demais bem-jurídicos inseridos na sua Carta Magna, como dos direitos da personalidade (SARLET, 2019, p. 1225 e 1226).

Em sentido complementar, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que a garantia constitucional a liberdade de expressão está acompanhada de expressa reserva legal. Isso significa dizer que o exame conceitual da liberdade de expressão em sua justa aplicação pelo Poder Judiciário deve se dar de forma sistemática, de modo a transparecer que a evolução do direito à liberdade de expressão o conduz para a vedação ao conflito entre direitos fundamentais (Grundrechtskollision), levando a sua preferência relativa no ordenamento jurídico, em última análise, ao filtro da dignidade humana, elemento integrante do sistema de valores dos direitos (trans)individuais na Constituição Brasileira (MENDES, 1994, p. 298 a 301).

Dessa forma, observa-se que a busca pela conceituação (filo)jurídica do princípio da liberdade de expressão, ao mesmo tempo que perpassa pelo seu reconhecimento enquanto direito prefigurado às convencionalidades coletivas e prioritário no plano de fundo democrático, não furta-se de um enquadramento na sistemática constitucional, de modo que o seu eixo de limitação, como se verá mais adiante, deva encontrar solidez na garantia de outros direitos individuais, desde que garantida a reserva legal do seu exercício jurisdicional.

2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.

10

Tendo sido bem delineada a seara (filo)jurídica da liberdade de expressão, observa-se que o seu conteúdo enquanto bem-jurídico, assim como a sua desejada aplicação no seio societário perpassam pela indispensável noção de enquadramento do referido instituto na ordenação democrática que o reconhece.

Isto porque, num primeiro momento, a liberdade de expressão aparece como fundamental corolário do sentimento democrático. Nos dizeres de Silva (2009, p. 114) a liberdade da palavra, numa democracia, está voltada para a vida coletiva através da discussão e deliberação de assuntos públicos de bem comum. Nesse cerne, a constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo torna-se, segundo o autor, premissa óbvia ? tomada como um dado ? de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o sistema democrático atingir a sua finalidade política precípua de satisfação da vontade popular.

Tão antiga e consolidada na literatura política é a importância da liberdade de expressão que, em suas obras republicanas, Maquiavel, um autor reflexo de um período não-democrático, já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar no trecho abaixo reproduzido:

Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o

seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 2000, p. 76)

Por outro lado, num segundo momento, a importância de contrastar o princípio da liberdade de expressão com o plano de fundo democrático existente se dá também com vistas a sua seara de aplicação jurídica. De acordo com Sarlet e Siqueira (2020, p. 545 e 546), na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e de informação nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, mas, também, da operacionalização, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de proteção desses direitos, o que, por sua vez, implica a salvaguarda dos direitos políticos e da democracia e suas instituições.
A perspectiva do autor brasileiro, nessa esteira, fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana é o fundamento estruturante de uma democracia, ao passo que a democracia opera como espécie de garantia organizacional e procedimental da dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 86 e 87). Em sentido confluente, pode-se deduzir que a relação entre
11

democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora o aumento do potencial democrático numa sociedade possa muitas vezes significar o aumento da liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão, em seu usufruto abusivo, pode acarretar riscos para a democracia o que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão em última instância de análise (MICHELMAN, 2007, p. 58), o que torna necessário calculado equacionamento.
Na democracia brasileira, destacadamente, o problema do conteúdo e limites da liberdade de expressão somente pode ser enfrentado e equacionado, do ponto de vista jurídico, quando existe um consenso (no sentido de uma opinião e prática majoritária) relativamente ao seu sentido e alcance, o que, por sua vez, remete à querela em torno da posição da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais (SARLET; SIQUEIRA, 2019, p. 549 e 550).
Nesse sentido, conforme observaremos mais detalhadamente no próximo capítulo do presente trabalho, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegure um idêntico status protetivo à privacidade, intimidade, honra e imagem e à liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, levando a uma interpretação sistemática que não dispensa a constitucionalidade da sua limitação pelo Poder Judiciário (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550 e 551).

3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Objetivando o mais justo estabelecimento da formatação do direito à liberdade de expressão no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no plano do Estado Democrático

de Direito vigente, faz-se necessário compreender, prioritariamente, a sua história constitucional, de modo que se possa dimensionar, ao fim deste capítulo, a relevância e extensão do direito à liberdade de expressão diante do binômio espaço-temporal das normas constitucionais pátrias, chegando satisfatoriamente à sua atual fisiologia jurídica, por sua vez fundada na Constituição Cidadã de 1988.

Para tanto, trata-se de dado histórico verificável a ser ressaltado nesta oportunidade que a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro submeteu-se a diversas
12

variações, decorrentes estas, por certo, do momento histórico-social pelo qual a sociedade brasileira passava quando da adoção de cada Carta Constitucional (DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Isto dito, a contemplação constitucional do direito à liberdade de expressão teve início com a Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, em que havia, através do art. 179, IV do título ?Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros.?, previsão destacada a respeito da inviolabilidade dos direitos civis de liberdade dos cidadãos brasileiros, fazendo menção expressa ao direito de comunicação de pensamento por palavras e escritos, podendo ainda serem estes últimos publicados pela imprensa, a qual teria a sua atividade garantida sem a dependência de censura (BRASIL, 1824).

Em contrapartida, o próprio dispositivo supramencionado previa a possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de pensamento nos casos e pela forma que a lei determinasse. Tal disposição restritiva, no entanto, apesar de destacar o filtro da legalidade, era cercada de certa imprecisão, tendo em vista que a existência do Poder Moderador, este previsto no Título 5°, Capítulo I da mesma Carta, trazia como direito do Imperador prover a tudo que fosse concernente a segurança interna e externa do Estado, incluindo nisto a manutenção da ordem moral da sociedade brasileira, o que, em última análise, acabava por significar a existência de um censor de alcance ilimitado gerado pelo mesmo texto constitucional (BRASIL, 1824; DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Com a derrubada do Império e a inauguração do regime republicano no Brasil no ano de 1889, fora criada, dois anos depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual manteve em quase total integralidade o texto constitucional do Império acerca da livre manifestação e publicização do pensamento, havendo, no entanto, diferenciação notória decorrente não em face da égide normativa em si, visto que praticamente espelhada na anterior, mas da retirada do Poder Moderador como potencial mecanismo de censura para além do filtro da legalidade (DOS SANTOS, 2016, p. 109 e 110).

Por outro lado, a primeira constituição republicana fora responsável por trazer em seu art. 72, parágrafo 12 a vedação ao anonimato, condição à livre manifestação do pensamento até hoje presente no texto constitucional brasileiro como forma de garantir a responsabilização do emissor de determinada palavra e/ou escrito através da sua obrigatória identificação (BRASIL, 1891).
13

Já no séc. XX, mais precisamente na década de 30, fora promulgada no ano de 1934 a

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, inspirada na Constituição de Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931 e imbuída pela Revolução de 1930 trouxe inovações à proteção da liberdade de pensamento em seu art.113, parágrafo 9, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos e, ao mesmo tempo, permitiu a censura de espetáculos e diversões públicas, como afronta clara ao potencial antagônico da classe artística (BRASIL, 1934; DOS SANTOS, 2016, p. 110).

Três anos depois, como forma de perpetuar-se no poder e inspirado na Constituição autoritária da Polônia de 1935, o então presidente Getúlio Vargas (1882-1954), promoveu um golpe de estado em 1937 e, no mesmo ano, outorgou um novo texto constitucional em que em seu art. 122, inciso 15 ? reforçado pelo Decreto-lei no 1.949 ? estavam previstas diversas modalidades e mecanismos de censura ? inclusive prévia ? ao livre pensamento, sob a premissa de garantir a paz, a ordem, bem como a moralidade e a segurança pública (BRASIL, 1937; DOS SANTOS, 2016, p. 110).

Tais previsões constitucionais, assim que vigentes, deram origem a uma série cinzenta de atos institucionais de restrição à liberdade de expressão nas mais diversas ramificações, sobretudo no âmbito da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão e, destacadamente, na própria seara política, ausente do juízo de valor popular (DOS SANTOS, 2016, p. 110 e 111).

Com a deposição de Getúlio pelos militares e a consequente superação do seu regime no ano de 1945, fora promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, um ano depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, reavendo, em seu art. 141, conquistas da Carta Constitucional de 1934, além de trazer destaques quanto a liberdade da convicção religiosa, filosófica e política. Entretanto, no mesmo texto, apesar de expressa consideração das artes como livres no art. 173, a Constituição de 1946, no parágrafo 5° do art.143 destacava que os espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados, dando continuidade às afrontas moralistas ao pensamento artístico oriundas do texto constitucional de 1934 (BRASIL, 1946; DOS SANTOS, 2016, p. 111).

Quase duas décadas depois, com a instalação do Regime Militar no Brasil no ano de 1964, a Constituição de 1946 fora suprimida, dando lugar a um cenário de ausência de proteção constitucional dos direitos fundamentais, marcado este pela publicação dos Atos Institucionais I e II que suprimiram a representatividade política do país (DOS SANTOS, 2016, p. 112).

14

O novo status quo institucional ora instalado se consolidou na Constituição da República Federativa de 1967 que praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação e publicização do pensamento independentemente de censura. No entanto, diferentemente da Constituição de 1946, o texto constitucional em voga naquele período trouxe, no parágrafo 8° do art. 150, a possibilidade de intolerância jurisdicional diante de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967; DOS SANTOS, 2016, p. 112).

Nesse deslinde, foram publicados consecutivos atos institucionais até o Ato Institucional nº 5 ? AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do Poder Executivo e tratando qualquer manifestação contrária ao Regime como crime político e contra a segurança nacional, o qual, segundo o próprio ato, estava

excluído de qualquer apreciação judicial, devendo ser tratado como uma questão militar (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
Ato contínuo, no ano de 1969, a Emenda Constitucional n° 1 foi decretada pela Junta Militar vigente, modificando quase que integralmente a Constituição de 1967, de modo a dar caráter de legalidade constitucional aos atos institucionais. Sobre a Emenda referida, esclarece José Afonso da Silva (2006, p.86):
Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Assim, sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que a liberdade de expressão, com considerações ao Regime Getulista, sofreu suas maiores represálias constitucionais na história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
No entanto, o contínuo desgaste do Regime Militar nos campos internacional, econômico e político acabou por culminar no processo de redemocratização do Brasil a partir do ano de 1985, processo este consolidado pela Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente no país, trazendo a maior proteção aos direitos fundamentais e democráticos da história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 113).
No que tange ao direito ao direito à liberdade expressão, a Carta Constitucional, ao se definir como signatária efetiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representou uma verdadeira antítese ao regime antecessor, reconhecendo, como cláusulas pétreas, o direito de qualquer cidadão de, indistintamente, formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores
15

e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação (DOS SANTOS, 2016, p. 114).
Para bem ilustrar a renovação constitucional supramencionada, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 65):
A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Nesse deslinde, a liberdade de expressão passou a figurar no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando no art. 5°, IV e IX o caráter de inviolabilidade do direito ao livre pensamento com vedação ao anonimato e, ademais, fazendo-se destaque ao livre exercício das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).
Em disposição consoante, o art. 220 da Constituição Cidadã reforçou o disposto nos dispositivos supramencionados, destacando ainda a vedação ao embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988).

Nesses termos, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente a liberdade de expressão e comunicação como elementos constitutivos do próprio regime institucional vigente, pondo fim à censura anteriormente existente, marcada esta pela relativização normativa do livre pensamento (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

Em contrapartida, ao prever, em seu art. 5º, X a igual proteção aos direitos da personalidade ? quais sejam intimidade, vida privada, honra e imagem ? bem como promover a vedação ao seu usufruto abusivo, a Constituição de 1988 foi responsável por trazer a mais nova fisiologia do direito à liberdade de expressão, balizado pelo binômio ?liberdade x responsabilidade? e, sobretudo, pelo fenômeno da colisão dos direitos fundamentais na operacionalização (infra)constitucional destes, tema a ser analisado no tópico a seguir (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES

De acordo com o notório jurista alemão Robert Alexy, a problemática da colisão dos direitos fundamentais decorre do próprio intento do estudo dos direitos fundamentais em revelar

16

as estruturas dogmáticas, bem como o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 1999, p. 68).

Em linhas mais específicas, ao substanciar o ideal do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se desdobram simplesmente de dispositivos racionalizados pela ordem jurídica nacional, recepcionando, em verdade, a validez universal dos chamados direitos substanciais que, por seu turno, vinculam certas exigências transnacionais ao texto constitucional de cada país que vão da hierarquização das suas cargas valorativas, até a definição dos seus conteúdos axiológicos (ALEXY, 1999, p. 67).

E é nesse deslinde que surge a necessidade de catalogação dos direitos fundamentais e, consequentemente, da revelação da sua capacidade colidente por via de interpretação constitucional, podendo ser esta capacidade ampla, quando os direitos colidentes têm vocação coletiva, ou estrita, quando o conflito normativo decorre de direitos fundamentais individuais propriamente ditos (ALEXY, 1999, p. 68 e 68).

No caso presentemente estudado, qual seja o direito à liberdade de expressão, a sua capacidade colidente desenvolve caráter evidentemente estrito, isto porque a sua carga valorativa, bem como o seu conteúdo axiológico não podem ocorrer indefinidamente no plano da realidade sem que o seu exercício normativo tenha consequências negativas sobre direito fundamental diverso, sobretudo os direitos da personalidade.

Por esse motivo, a técnica interpretativa da Constituição Federal de 1988 no que tange a colisão dos direitos fundamentais, marcada destacadamente pela Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), não apenas trouxe os direitos da personalidade como colidentes ao exercício da liberdade de expressão, como também definiu a possibilidade do seu usufruto abusivo que, dentre outros prejuízos possíveis, pode ferir diretamente a ordem pública constitucional (DUQUE, 2018, p. 963).

Para bem ilustrar a mecânica destas limitações ver-se-á especificamente a sua operacionalidade (infra)constitucional nos tópicos a este subsequentes, destacando, sobremodo,

a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, bem como à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas ao seu alcance normativo.

3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A Teoria dos Limites dos Limites preconiza que, através do princípio da proporcionalidade, deve-se estabelecer a definição de peso para cada um dos direitos
17

fundamentais em colisão e, assim, estabelecer de qual modo essa definição deve se dar de maneira proporcional para que se possa encontrar, finalmente, o equilíbrio correto entre os direitos fundamentais (DUQUE, 2018, p. 954 e 955).

Em outras palavras, é fundamental à técnica interpretativa constitucional analisar, mediante limitação abstrata, se o benefício alcançado com o sacrifício da aplicação de um direito fundamental não causa um prejuízo desnecessário.

No caso da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão à proteção da personalidade, segundo Alexy (1999, p. 70), a definição elementar da limitação a ela necessária perpassa indiscutivelmente pela irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total, bem como pela onipresença da ponderação entre ambos os direitos colidentes.

Essa interface interpretativa, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao direito à liberdade de expressão uma posição preferencial relativa de exercício em relação aos demais direitos fundamentais em vista da sua teleologia democrática indispensável.

Ao mesmo tempo, ocorre na sistemática constitucional, a possibilidade concreta e material dada ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo da dignidade da pessoa humana, de limitar a irradiação do livre pensamento, sob a prerrogativa de que os desdobramentos do senso intelectivo não podem preponderar indefinidamente sobre o indivíduo que intelectualiza sobre si mesmo.

Nessa égide, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos extrapatrimoniais previstos em seu art. 186 faz uma operacionalização infraconstitucional da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo em vista que o dano moral, ao representar o ferimento a uma camada imaterial do titular do direito, abarca a possibilidade do uso indevido da liberdade de expressão através de palavras ou escritos que, por seu turno, exigem a consecutiva reparação nos termos do art. 927 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

O Código Penal, por sua vez, em seu Capítulo V, traz previsão de detenção e multa a quem infringir a honra de outrem. No entanto, na esfera penal, há previsão de aumento de pena baseada na pessoa da sua vítima ? como, por exemplo, o Presidente da República ou Ministro do Supremo Tribunal Federal ? e se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, como as próprias redes sociais (BRASIL, 1940).

Seguindo a mesma toada discriminatória da tutela dos direitos da personalidade, os Estatutos da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010) e da Pessoa com Deficiência (Lei n° 3.146/2015) regulam infraconstitucionalmente a liberdade de expressão, fazendo definição
18

expressa à discriminação e preconceito contra os respectivos grupos. Ademais, a Lei dos Crimes Raciais (Lei n° 7.716/1989), recentemente alterada pela Lei n° 14.532/2023, criminaliza a ofensa em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, prevendo aumento de pena ainda quando o crime ocorrer em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação ou quando praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, trazendo limitações práticas ao conteúdo humorístico de cunho racial, mas também ao racismo institucional presentes nos órgãos públicos.
Por fim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual se verá mais detalhadamente no decorrer deste estudo, atualizou a colisão entre a tutela dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão para o campo tecnológico-informacional, trazendo, no seu art. 7º, I e, em consonância ao Código Civil, a inviolabilidade do direito reparatório decorrente de conteúdos gerados por usuários e trazendo como novidade normativa, por outro lado, a neutralidade das redes em si, bem como a isenção dos seus responsáveis por estes mesmos conteúdos (BRASIL, 2014).

3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão
Apesar do abuso do direito à liberdade de expressão obter relação indissociável com a tutela dos direitos da personalidade, para os fins do presente estudo, faz-se necessário destacá-lo brevemente com vistas a dissertar acerca da sua amplitude semântica, sobretudo no contexto das redes sociais e das famigeradas Fake News delas oriundas.
De acordo com o art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A liberdade de expressão, portanto, nesse cerco normativo, deve ser exercida, inclusive por inferência lógica da Teoria dos Limites dos Limites, mediante comedimento e razoabilidade em razão de diversos outros direitos caros ao texto constitucional e, inequivocamente, ao próprio Estado Democrático de Direito.
Observe-se então que a possibilidade do abuso do direito à liberdade de expressão, diferentemente da tutela dos direitos da personalidade, possui um núcleo normativo de maior amplitude e com menor definição de alcance, caso em que poderá ser ramificada a sanção ao livre pensamento à tutela de outros direitos constitucionais que não necessariamente o livre desenvolvimento da personalidade.
Aliás, caso o abuso do direito à liberdade de expressão decorresse tão somente do ferimento dos direitos da personalidade, o direito de resposta, referendado pelo inciso V do art. 19

5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, serviria, em conjunção com a possibilidade indenizatória, como remédio respectivo para a satisfação do ofendido, bem como para a responsabilização civil e penal do ofensor, inclusive no contexto dos meios de comunicação.
No entanto, em verdade, o abuso do direito à liberdade de expressão tem ecoado, sobretudo na era das redes sociais, na insurgência do controle jurisdicional de determinados conteúdos que, apesar de não ofenderem determinado titular de direito concreto e material, obtém uma pretensa finalidade de minar certos valores constitucionais, como o Poder Judiciário e os seus consectários, por exemplo (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 539 e 540).

Sob este novo plano de fundo, as famigeradas Fake News têm recebido destaque por se desdobrarem na criação de conteúdos, pretensamente imparciais ou não, que, na interpretação jurisdicional, representam o desvio sistemático da verdade ou contradizem os fatos integralmente, sob a finalidade de destituir a validade de determinado instituto caro ao regime democrático (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 540).
Outrossim, essa realidade emergente se agrava ainda mais, levando em consideração o potencial difusor das redes sociais, bem como a relativização do perfilamento real do ofensor que, apesar de precisar identificar-se na sua atividade virtual em face da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF/88), pode criar intermináveis perfis que não necessariamente representem o perfil real do usuário, tendo proteção, inclusive, do direito à privacidade, tutelado pela Constituição em seu art. 5º, X e preferido infraconstitucionalmente em razão do Marco Civil da Internet (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 545 e 546).
Nesse deslinde, tem-se observado o surgimento de uma inaugural atuação do Poder Judiciário no que concerne ao alcance do abuso do direito à liberdade de expressão, arrastando o seu núcleo de limitação valorativa para as redes sociais, com vistas a discernir, de forma sancionatória, o livre pensamento das famigeradas Fake News e suas variações, o que torna imprescindível, para os fins do presente trabalho, dissertar a seguir acerca da (im)possibilidade material deste atualíssimo fenômeno jurisdicional, ressaltando, sobremodo, a necessidade de preservação do núcleo da liberdade de expressão, direito fundamental relativamente preferencial aos demais na Carta Magna Brasileira.

4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA
20

A análise ora pretendida da prefiguração do direito à liberdade de expressão no paradigma das Fake News perpassa, imperiosamente, pelo esforço antecedente não apenas de buscar a definição conceitual do multicitado fenômeno, como também se desemboca na conseguinte e, ainda mais importante para os fins do presente estudo, perseguição à sua vocação jurídica, de modo que se possa esquadrinhar finalmente a (im)possibilidade material do combate jurisdicional às Fake News em face da sua respectiva estabilidade enquanto fato novo passível de regulamentação.
Nessa esteira, conforme Allcott e Gentzkow (2017, p. 211 a 214), apesar de, grosso modo, Fake News popularmente significar, do inglês, ?notícia falsa?, o referido termo, no seu âmbito prático, abarca todas as informações veiculadas e aptas a serem disseminadas instantaneamente em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar o destinatário da mensagem inverídica e provocando, como finalidade precípua, um efeito pretendido sob determinado fragmento da sociedade.
Dessa forma, da pluralidade de manifestações cabíveis às Fake News, podem surgir erros intencionais, rumores sem origem em notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa e ainda propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141 a 147; ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214).

Nessa perspectiva, as Fake News podem ainda se subdividir em três modalidades gerais quanto à sua forma e pretensão, sendo elas: a) dis-information, que ocorre quando a informação falsa e veiculada com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; b) mis-information, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; c) mal-information que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada ?pessoa, organização ou país? (WARDLE, 2017, p. 20).

Todas estas modalidades, à sua maneira, obtém a capacidade de gerar a denominada desordem informacional (information disorder) que subsiste na conexão atentatória entre os fatos (falsos ou não) e a narrativa imbricada sobre eles sob determinada finalidade extrínseca, esta geralmente danosa a algo ou alguém (LAZER; BAUM; BENKLER, 2018, p. 1094).

Desta análise conceitual já pode-se deduzir que o fenômeno das Fake News tem a capacidade material de, no seu enquadramento jurídico, desembocar casuisticamente na tutela

21

jurídica dos direitos da personalidade, visto que, dentre as suas finalidades identificáveis, o prejuízo reputacional à indivíduos e coletividades de pessoas é incontroverso. Por outro lado, há de se observar também que, ao se desenvolver sob pretenso contexto, as Fake News funcionam também como possíveis agentes de sectarismo, instabilidade político-social e proselitismo ideológico, caso em que o seu efeito danoso pode direcionar-se às vítimas imateriais, as quais a integridade só se pode verificar no âmbito das ideias e valores.

Nessa senda, a vocação jurídica das Fake News obtém concretude ante a sua seara de afetação ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, no que tange aos seus efeitos sobre as vítimas imateriais acima descritas, como a própria ideia jurisdicional da democracia plena, a vocação jurídica das Fake News perpassa substancialmente pela verificação da (im)possibilidade da tutela judicante de identificar a verdade factual no âmbito do debate público, sobretudo em contextos sensíveis.

Ao mesmo tempo, a vocação jurídica do multicitado fenômeno perpassa por uma limitação conceitual que não alargue indiscriminadamente o alcance dos termos linguísticos (enunciados semânticos) que o caracterizam em sua elasticidade e instabilidade, para que, ao fim e ao cabo, a sua regulação pela esfera jurídica, ante ausência, sobretudo, de regulamentação legislativa específica, não implique na maior restrição às liberdades de expressão e de informação, o que poderá desencadear na definição arbitrária dos rumos do debate público brasileiro pelo Poder Judiciário.(SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018

Como visto anteriormente, sendo notória a ausência de lei que regule o fenômeno das Fake News no seio das suas especificidades, o Poder Judiciário brasileiro tem deslocado profuso esforço para conter os pretensos danos decorrentes da sua ressonância, destacando-se, nessa esteira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a sua verticalidade cognitiva e, sobretudo, a sua prerrogativa constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em especial a própria

liberdade de expressão, visto que diretamente afeta ao tema insistentemente deslindado pela Corte.
O referido esforço da tutela jurisdicional, nesse cerne, não apenas revela a necessidade de que se analise exemplificativamente a operacionalidade judicial do controle concreto do multicitado fenômeno em face da sua instabilidade semântica, como também torna imperioso
22

que seja reflexo à questão a nova carga valorativa da liberdade de expressão no texto constitucional como subproduto das cognições do Supremo acerca das Fake News, bem como o impacto desta reconstituição ao Estado Democrático de Direito como um todo.
Para tanto, importa contrastar, a existência de uma posição preteritamente consolidada pelo Supremo, anterior às eleições de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão possui posição preferencial relativa na arquitetura constitucional e que, mais, a sua restrição depende de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo. Isto feito, se observará seguidamente a existência de uma transmutação valorativa do livre pensamento na cognição judiciária, por sua vez marcada por fenômenos concorrentes e decorrentes das eleições de 2018, em que o proselitismo ideológico e as Fake News fundiram-se como modus operandi único de populismo digital.
Assim esclarecido, como exemplo inicial da primeira via de análise supracitada, pode-se utilizar a própria ADPF n° 130, já sucintamente destacada neste estudo, em que a Suprema Corte pátria decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988.
Na fundamentação da decisão, o STF sinonimizou a liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que, segundo a Corte, é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548).
Ademais, no que tange a consagração dos art. 5°, IV e IX e art. 220 da Constituição, argumentou categoricamente o Supremo na ADPF n° 130 que não há liberdade de imprensa pela metade ou praticada em face das tenazes da censura prévia, sob pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Nesse cerne, silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como esta, na visão do STF, recusar a qualificação do referido território virtual como ambiente livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação, este, por sua vez, um notório ?sobredireito? na égide constitucional. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548 e 549).
Já no âmbito da ADPF n° 187, o Supremo, ao referendar a constitucionalidade da denominada ?marcha da maconha?, vedando a sua criminalização enquanto suposta apologia ao crime, afirmou que tratativas de limitação ao direito de livre expressão e reunião devem passar, necessariamente, pelo crivo da sua constitucionalidade, levando em consideração, sobretudo, que o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à liberdade de expressão (liberdade-fim), desde que pacíficas e ordeiras, tratam-se de pré-condições necessárias à ativa participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões no âmbito do aparelho
23

do Estado, devendo ser soberano o zelo constitucional em proteger a promoção de atos de proselitismo pela sociedade civil, inclusive em oponibilidade ao exercício do Poder Público e

os seus respectivos agentes (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 549 e 550).
Pondo fim a esta apreciação jurisprudencial precedente, merece destaque a decisão paradigmática do STF para o tema em epígrafe no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451 (ADI n° 4451) em que foi declarada inconstitucional, antes das eleições de 2018, lei eleitoral (Lei n° 9.504/1997) que buscava a vedação de sátiras e críticas a candidatos feitas por emissoras de rádio e televisão (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 559 a 561).
Para tanto, importa ressaltar que, em consonância ao que já fora teoricamente deslindado até o momento a respeito do ambiente apropriado para a proliferação das famigeradas Fake News, tratam-se as eleições ali regulamentadas de notório contexto sensível.
Isto dito, a Suprema Corte, em sua marcante cognição, considerou errônea a opção do legislador em colocar a lisura do pleito eleitoral como hierarquicamente superior às liberdades de expressão, incluindo a liberdade artística, de modo a atingir inclusive o núcleo essencial das referidas liberdades, desrespeitando a sua posição preferencial no texto constitucional, que subsiste por motivos histórico-civilizacionais, sendo, ademais, fundamental para o exercício de outras liberdades e, sobretudo, para o pleno exercício da democracia.
No âmbito deste entendimento da Corte, merece ainda destaque o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes que consignou voto no sentido de que não há permissão a ser deduzida do texto constitucional com o fulcro de limitar preventivamente o conteúdo do debate público por conta de conjecturas em torno de eventuais efeitos que a divulgação de determinados conteúdos possa vir a ter na esfera pública (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Ademais, delimitando a possibilidade material de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão, afirmou o Ministro que a liberdade de crítica deve ser plena e irrestrita, não havendo razão para que as práticas dela decorrentes sejam interrompidas no período eleitoral, até mesmo pelo fato de que eventuais abusos serão sempre passíveis de eventual responsabilização cível ou mesmo criminal por terem cunho injurioso, difamatório ou mesmo configurarem calúnia. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Em sentido confluente, entendeu o então Ministro e decano da Corte Celso de Mello: ?nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento? (BRASIL, 2018, p. 18).
24

Ao tratar especificamente das Fake News, o Ministro Luís Fux fundamentou, por seu turno, que a questão adquiriu um espaço maior, para quem a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, de modo a frisar a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão, que abarca a veiculação de opiniões e crítica e o falseamento doloso da verdade que causa danos graves e irreversíveis às suas vítimas. Para tanto, o Ministro, em sua cognição, não se desincumbiu de definir as especificidades do falseamento da verdade nos parâmetros das Fake News e nem mesmo adentrou no terreno valorativo do que seria a verdade no âmbito do debate político (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 564 apud BRASIL, 2018, p. 63 a 73).
Dessa forma, na multicitada decisão paradigmática, fora estabelecida pela Corte, assim como em outras oportunidades, a cognição de que há uma relação de retroalimentação entre a

liberdade de expressão e a democracia, da qual a intervenção judicial só pode ser benigna se for absolutamente subsidiária e fulcrada nos limites impostos pela própria Constituição.
Por outro lado, o STF, apesar de deslindar passageiramente acerca da hipótese de incidência das Fake News como abuso de direito à liberdade de expressão, sobretudo no processo eleitoral, não fora capaz, nesta decisão, de definir as suas lacunas de regulação, deixando ainda em aberto o seu alcance semântico, o que torna imperiosa, para os fins do presente trabalho, a análise de decisões atualíssimas da própria Corte arrastadas pela eclosão definitiva do fenômeno das Fake News após as eleições de 2018, marco temporal que fez com que a iniciativa de controle do Poder Judiciário se tornasse indispensável, mesmo que inequivocamente problemática.
Inicialmente, merece destaque a decisão do Supremo no bojo do Recurso Extraordinário n° 1075412 com definição de tese de repercussão geral, Tema n° 995. Nela, a Corte definiu parâmetros para a responsabilização de veículos midiáticos sobre falas dos seus entrevistados que atribuam falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sendo elas: I) se à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; II) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
Na decisão, o fundamento da tese fixada fora que, apesar da vedação constitucional à censura prévia, é admissível ao Poder Judiciário a possibilidade posterior de análise e responsabilização das empresas jornalísticas, inclusive mediante remoção de conteúdos por informações atentatórias aos direitos da personalidade, visto que salvaguardam um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas e externas (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
25

A decisão, nesse diapasão, merece destaque ao contrariar os atos investigativo e especulativo próprios do jornalismo, sobretudo pelo fato de que um jornalista não tem como saber o que será dito pelo entrevistado, sendo este, aliás, a razão da entrevista. Como exemplo, a entrevista dada por Roberto Jefferson no ano de 2005 que, posteriormente, gerou o famigerado caso do Mensalão, caso fosse dada na égide desta decisão do STF, teria sido tolhida e punida, ante ausência de comprovação, até aquele momento, das afirmações do então deputado federal.
Por outro lado, merecem atenção as consequências do Tema n° 995, no que se diz respeito a possiblidade iminente de que as mídias sociais e, especialmente os veículos de comunicação, passem a realizar autocensura sob temor de responsabilização posterior da tutela jurisdicional, tornando impossível à plena atividade jornalística, o que, inclusive, fere a cognição do próprio Supremo no bojo da ADPF n° 130, além do próprio Marco Civil da Internet. Tal cenário, aliás, fora perfeitamente apontado pelo então Ministro e Relator do caso, Marco Aurélio Mello que, vencido, afirmou o seguinte:
Parafraseando Voltaire, pode-se discordar do que é divulgado, mas não se pode limitar o direito de divulgar. Responsabilizar a imprensa não é a forma ideal de combate à divulgação de entrevista, ainda que inadequado o que dito pelo entrevistado. O Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho à censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer a análise, formando as próprias conclusões. Somente é possível chegar-se a uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas em discussões geradas a partir das

diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, 2020, p. 2).

Portanto, já no âmbito do Tema n° 995 se observa a tentativa do Supremo Tribunal Federal de coibir a disseminação das fake News, incorrendo para isso, no entanto, no comprometimento da liberdade de imprensa e informação que, enquanto consectários da liberdade de expressão, deveriam obter preferência na arquitetura constitucional brasileira.
Mais, a tentativa de coibição do STF revela a própria instabilidade semântica das Fake News, visto que, do ponto de vista jurisdicional, em que a sobrevivência do debate público é prioritária, não há como o Poder Judiciário consolidar para si a verdade real sem sentença transitada em julgado, tendo que se valer da subjetividade de cada juiz ou ainda editor que, temendo represálias posteriores, evitará a publicação de determinada entrevista.
Dando seguimento à presente análise, merece igual apontamento a decisão, desta vez do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no âmbito da Representação Eleitoral n° 0601372-57 do ano de 2022. Naquela oportunidade, sob a premissa de causar ?desordem informacional?, o Tribunal Eleitoral decidiu pela liminar remoção de um vídeo de 2017 do canal de entretenimento denominado como ?Brasil Paralelo? em que eram apontados os escândalos políticos ocorrentes
26

durante o Governo Lula (2003-2010), sem citar necessariamente a participação e/ou anuência do até então presidenciável nestes mesmos esquemas.
O Ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, ao trazer a referida premissa à égide do julgamento enquanto fundamento principal do seu voto, destacou que, apesar dos fatos narrados no vídeo removido serem verdadeiros, haveria neles uma ambiguidade dolosa que poderia levar os eleitores, naquele contexto sensível de eleições, a uma conclusão falsa do todo narrado, isto é a possível associação do à época presidenciável Luís Inácio Lula da Silva à esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro ocorridos durante as suas administrações pretéritas (BRASIL, 2022, n.p).
Em outras palavras, de acordo com a cognição do Ministro, a qual fora acompanhada majoritariamente pelos seus pares, o vídeo do Brasil Paralelo, mesmo que verossímil à realidade no que tange à observação dos fatos, estaria imbuído de desordem informacional, tendo, assim, a potencialidade, naquele cenário contingente, de prejudicar a autodeterminação coletiva do eleitorado comum que, por sua vez, não teria a capacidade de discernir os fatos reais da narrativa descontextualizada presente no vídeo (BRASIL, 2022, n.p).
Acerca desta decisão do TSE se observa, prima facie, a adoção da modalidade de desinformação ?mal-information? já apresentada neste estudo, em que a premissa informacional é verdadeira, mas a sua motivação extrínseca atenta danosamente os direitos da personalidade do seu alvo, gerando desordem informacional sobre este. Nessa esteira, merece ressalva o fato de que estaria o TSE desviando-se dos limites impostos pela Constituição ao livre pensamento mediante conceito que ao menos reflete às bases gerais da ciência jurídica, fazendo parte, em verdade, de um ramo do estudo sociológico ainda inconclusivo ante a própria intercorrência temporal do fenômeno das Fake News (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 540 e 541).
Nesse âmbito, se reluz a imprescindibilidade do princípio constitucional da legalidade previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna Brasileira, ao evocar, em homenagem

à previsibilidade e à estabilidade das normas e decisões judiciais, a inexistência de crime sem lei anterior que a defina, nem de pena respectiva sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).
Por outro lado, apesar do abarcamento teórico que envolve a desordem informacional esclarecer as maledicências da ambiguidade dolosa atrelada ao aspecto narrativo da informação, não insurge da mesma teoria a ideia de que o controle ou ainda a presunção de adequação do senso intelectivo da sociedade civil pelo Poder Judiciário seja o remédio proporcional ao fenômeno.
27

Desta forma, deve restar preferível, partindo de um cenário ideal de menor intervenção possível da tutela jurisdicional no que tange ao debate público, que a vontade livre dos cidadãos, sobretudo em período eleitoral, se perfaça do seu mais desentranhado autoconvencimento, o que, na égide da internet, apresenta possibilidade concreta se observado a profusão de informações de diferentes fontes e vieses dispostas imediatamente aos seus usuários, não sendo razoável, para tanto, a restritividade externa desse movimento, sob pena de que surtam os efeitos contrários à pretensão judicial.
Findando a presente análise, portanto, imperioso conferir a existência de notável atipicidade valorativa que vem sendo prestada pelo Judiciário, em especial a sua Maior Corte Judicante, ao direito fundamental à liberdade de expressão, ao alargar a seara de limitação do seu exercício, o que significa, por inferência lógica, a predominância de elementos restritivos estranhos ? e ausentes de definição semântica ? ao livre pensamento e sua respectiva circulação, para além daqueles taxativamente definidos na Carga Magna pátria, os quais, como já visto, fornecem preferência relativa e concreta ao livre pensamento em nossa arquitetura constitucional.
Outrossim, por serem as Fake News um fenômeno de incidência internacional, faz-se ilustrativo tecer ainda, com vistas a estabelecer contrastes mais aprofundados acerca da atipicidade acima apontada, breves comparativos entre o enfrentamento ao multicitado fenômeno na jurisprudência brasileira e na americana que, especificamente, possui semelhante circunstância de eclosão em face das eleições de 2016 que elegeram o presidente Donald J. Trump.

4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado
De acordo com o doutrinador brasileiro Paulo Dourado de Gusmão, o direito comparado, enquanto método de espelhamento de legislações e jurisprudências de países diferentes, pode, quando atrelado ao ramo da sociologia jurídica, demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos, realizando, em última instância, a indicação dos fatores sociais das transformações jurídicas e a respectiva resultante destas mesmas transformações no âmbito da sociedade civil de cada país, sem que, para isso, recaia no equívoco da universalização dos sistema jurídicos (GUSMÃO, 1973, p. 18 e 19).
E é nesse âmbito que se concentra a finalidade deste tópico, no passo em que serão trazidos, como efeito comparativo, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos que
28

demonstrem o seu comportamento jurisdicional diante do corrente fenômeno das Fake News, destacando ainda o grau de relativização valorativa do direito à liberdade de expressão pelo judiciário estadunidense frente do fenômeno mencionado e respeitando, sobretudo, as suas particularidades constitucionais.
Antes, importa destacar, para fins de contextualização, que a partir das eleições do ano de 2016 que consagrou o candidato outsider Donald J. Trump como o 45.º presidente dos Estados Unidos, eclodiu na política americana a existência das Fake News como potencial modus operandi de vantagem político-social, sobretudo para descredibilização de instituições tradicionais, como a grande mídia, com fins à corroboração de proselitismos ideológicos, assim como para a inflamação da polarização no ambiente político estadunidense, este já essencialmente bipartidarista e, portanto, suscetível a circunstâncias sectaristas. Acerca deste fenômeno, denominaram ainda Bernadini e Vieira Costa (2020, p. 388 e 389) como o momento de fundação da era da pós-verdade, senão vejamos:
O Dicionário Oxford definiu o termo pós-verdade como a palavra do ano de 2016, pós-eleições de Trump nos Estados Unidos, o que reacendeu os estudos do impacto das fake news na democracia eleitoral. Assim, caracterizou a pós-verdade como ?relativa a circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais?. O fenômeno da pós-verdade e das fake news está intrinsecamente ligado a uma refutação da ciência e uma aceitação de discursos inflamados por preconceitos, intolerâncias e táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da sociedade civil e da opinião pública, lançando mão de manobras populistas e extremistas.

Para tanto, o comportamento da tutela jurisdicional americana frente ao discorrido fenômeno, apesar de declarada preocupação, caminhou para uma proteção mais categórica da liberdade de expressão, demonstrando, em última análise, a efetividade do seu sistema de precedentes que insistentemente sobrepõe as diretrizes da Primeira Emenda em face da tentativa, por qualquer autoridade constituída, de restrição de determinados conteúdos.
Em linhas mais específicas, na jurisprudência americana, consagrada pela verticalidade cognitiva da sua Suprema Corte no caso ?Brandenburg v. Ohio?, para que haja a restrição do direito à liberdade de expressão é necessário que o elemento central da fala ou escrito a ser censurado se desemboque no denominado ?Imminent Lawless action? que, por sua vez, significa a presença de uma clara incitação à violência (Fighting words) ou iminente ação ilegal, independente do conteúdo em si das palavras proferidas, as quais não deve a tutela jurisdicional impor qualquer juízo de valor (ROSA, 2021, p. 26 a 28). Para bem corroborar o referido, vejamos trecho da cognição proferida pela Suprema Corte americana no caso ?Brandenburg v. Ohio?:
29

The Court's Per Curiam opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not

that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution 3

Tal cognição, portanto, visa privilegiar a perspectiva de que os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com o próprio fomento do livre pensamento, uma vez que, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade ? e não ao Estado ? fazer juízo de valor sobre quais ideias irão granjear a sua simpatia (ROSA, 2021, p. 28).
Em vista disso, no ano de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso ?United States vs. Stevens? (2010)4, em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que editava vídeos em redes sociais de combates entre cães da raça pitbull, foi condenado por uma lei do Estado da Pensilvânia por ?vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial?.
Valendo-se da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade, a Corte Americana declarou, naquela ocasião, a incompatibilidade da lei estadual em face da Primeira Emenda por exigir a legislação que determinada categoria do discurso devesse passar por uma análise de seu valor axiológico em face dos custos sociais que potencialmente imporia à sociedade.
Atendendo a uma perspectiva antinômica da liberdade de expressão, no entanto, argumentou a Corte que os benefícios das restrições ao Governo pelo livre pensamento superam os seus potenciais prejuízos à sociedade (ROSA, 2021, p. 33 e 34).
Adentrando finalmente no contexto deslindado na introdução deste tópico, cabe destaque a recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso ?Gonzalez v Google? 5no ano de 2023 em que a parte autora requeria a responsabilização da empresa Google pela não restrição de conteúdos em sua plataforma ligados ao Estado Islâmico, sendo esta inação supostamente influenciadora da morte de Nohemi Gonzalez, uma cidadã americana, pelo grupo terrorista, no ano de 2015 (ROSA, 2021, p. 36).

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Brandenburg v. Ohio?. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 31 de maio de 2024.
4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)?. A íntegra do caso está
disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>. Acesso em 31 de maio de 2024.
5 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Gonzalez v Google?. Disponível em <www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2024.
30

Na oportunidade, apesar de compreender a especificidade danosa do caso nos termos da Fighting words, decidiu a Suprema Corte pela não responsabilização da Google, tendo em vista que cognição em contrário originaria um efeito cascata de ações judiciais cujo objeto seria terceirização da responsabilidade dos usuários para o meios comunicativos dos quais eles utilizam ? incluindo nestes as próprias redes sociais ? independentemente de aferição do nexo de incentivo à violência por parte das empresas (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).

Nessa senda, decidiu a Suprema Corte pela apreciação da Seção 230 da Lei de Decência nas Comunicações (Communications Decency Act) que garante, desde 1996, que provedores de serviços de internet desfrutem de imunidade legal pelo conteúdo proferido pelos seus usuários, impedindo, sobretudo, mecanismos de autocensura feitas por estas empresas como forma de evitar potenciais prejuízos judiciais (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
No caso deslindado, já se observa, uma diferença entre a cognição dos supremos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos, visto que o primeiro optou, no bojo do Tema n° 995, pela atribuição de verificação da verdade e da danosidade de falas de entrevistados aos veículos de comunicação que realizassem as entrevistas, terceirizando indiretamente a tutela de censura de conteúdos a empresas privadas e, mais, proferindo juízo de valor sobre o que pode ou não ser veiculado em face dos direitos da personalidade.
A Suprema Corte Americana, por sua vez, homenageando a Primeira Emenda da sua Constituição em detrimento do seu próprio poder jurisdicional, ressaltou a obrigação das plataformas digitais de remover propaganda terrorista, não opinando, no entanto, pela sua consecutiva responsabilização em face da casual disseminação de conteúdos desta natureza, para que se evite, em última análise, um ambiente de promoção de ideias cerceado por iminentes instrumentos impostos de autocensura.
Por fim deste exame comparativo, entretanto, merece destaque a cognição da Corte Suprema Americana no bojo do caso ?NetChoice v. Paxton? 6cujo objeto fora, em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da House Bill 20, Lei do Texas que tinha como finalidade a proibição de que empresas de mídia social com 50 milhões ou mais de usuários pudessem restringir postagens com base em pontos de vista acerca de veracidade ou viés, exigindo ainda que as plataformas divulgassem publicamente informações sobre como e quando moderam o conteúdo e criassem processos para que os usuários pudessem contestar decisões editoriais específicas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
31

No fundamento da sua decisão, a Corte curiosamente pugnou pela preservação de mais de 70 anos de jurisprudências em torno da operacionalidade da Primeira Emenda, isto porque a referida, na medida em que protege a liberdade de expressão e a livre associação enquanto direitos fundamentais, tutela também o livre exercício de julgamento editorial, sobretudo se levado em consideração a tendência constitucional americana de prestar autonomia às relações contratuais na égide das propriedades privadas, tais como as próprias empresas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).
Ademais, segundo o Tribunal, no passo em que a Primeira Emenda restringe o direito de interferência do Estado ao livre exercício do pensamento, nisto também se inclui o direito dos entes federados de promover a ampliação do discurso a um certo fragmento de usuários em face do viés do seu discurso ou de suposta desvantagem nos ambientes das mídias sociais que, supostamente, tenham uma posição dominante contrária (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 12 e 13).
Dessa forma, apesar do Estado do Texas afirmar que os requisitos de restrição servem

ao interesse de garantir que o público tenha acesso a diversos fontes de informação, não há, segundo a Corte, direito válido de modular o viés editorial das plataformas por interesses no próprio conteúdo veiculado, sob pena de não refletir o escrutínio da Primeira Emenda que exige a neutralidade do Estado nesta questão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 13 e 14).
A jurisprudência do TSE, por sua vez, no bojo Representação Eleitoral n° 0601372-57, com vistas a sanar potencial desordem informacional, retirou a autoridade editorial da plataforma Brasil Paralelo sobre conteúdo verdadeiro, arrastando para si o dever de definir quais informações e quais vieses narrativos comprometem ou não a capacidade de autoconvencimento da sociedade civil. Nesse cerne, ao contrário da Suprema Corte Americana, o Tribunal Eleitoral Brasileiro opta pela deslegitimação da soberania editorial dos provedores das redes sociais, agindo como filtro de veracidade e propensão narrativa.
Em face do todo aqui exposto, observa-se, portanto, como produto do presente juízo comparado, evidentes diferenças entre as preocupações e o modus operandi para a coibição das Fake News na jurisprudência americana e brasileira, visto que enquanto a primeira vem privilegiando a estabilidade do direito à liberdade de expressão numa conduta de não-intervenção, a segunda apresenta uma preocupação sistemática a respeito do referido fenômeno, de modo a buscar o seu enquadramento semântico como forma de reconstituir a valoração da liberdade de expressão na sua arquitetura constitucional, caminho este que merece reflexões jurídicas indispensáveis, como se verá a seguir.
32

4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL

Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, em seu ensaio ?A Verdade e a Política?, para a mais justa compreensão da realidade, bem como para que se evitem nuances indeterminadas entre aquilo que é ficto e palpável, é necessário, sobretudo, consolidar conceitual e semanticamente aquilo que se obtém como verdade (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
Para tanto, segundo a filósofa, coexistem dois tipos de verdade: a verdade real e a verdade factual. A primeira decorre do conteúdo autoevidente da matemática e da filosofia, apresentando caráter despótico e coercitivo, pois, enquanto produto da mera percepção daquilo que é incontroverso, impede que o debate entre os homens ocorra, o que poderia acabar por constituir versões a respeito da mesma obviedade (ARAÚJO, 2023, p. 5 e 6).
Por outro lado, a verdade factual, a qual nos interessa especialmente, é própria do mundo dos homens e da política, no passo em que o seu desenvolvimento ocorre através da comunicação e da experiência de muitos, fazendo com que fatos e opiniões, embora distintos, constituam o mesmo universo: o domínio público. Em outras palavras, a textura do domínio público e sua verdade inerente são constituídas por fatos e eventos, formando verdades contingentes, cuja disjunção lógica faz com que seu oposto seja plausível, mediante necessária interpretação (ARENDT, 2016 p. 225).
Contudo, a própria filósofa destaca que a instabilidade da verdade factual não pode, em hipótese alguma, submeter-se a perspectiva nietzschiana da verdade como fruto meramente decorrente da interpretação de alguém sobre determinada situação, o que acabaria por arrastar

a verdade e os fatos objetivos para o precipício da falsidade deliberada. Em verdade, quando há de se entender a proeminência da verdade factual no debate público deve-se, prioritariamente considerar a comunicabilidade política por excelência, na qual os fatos em si não estão em disputa, mas os juízos de valor dele decorrentes legitimam o pressuposto da pluralidade e, por consequência, possibilitam o autoconvencimento dos homens (PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 97 e 98; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
E é nessa esteira que surge a noção elucidativa do ?mercado livre de ideias?, concebida pelo célebre juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr, na qual a propagação livre de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, habilitando-os a identificar a verdade factual, rejeitar a mentira
33

contraproducente e produzir e propagar conhecimentos orientadores (POST, 2000, p. 235 e 236).
Para tanto, destaca Holmes Jr que, mesmo na proeminência da livre circulação de ideias, na qual a verdade factual surge como principal objeto desejado, podem haver demais princípios que, por sua vez, regulem os casos em que a manifestação de pensamento represente perigo evidente e capaz de produzir males gravíssimos (POST, 2000, p. 236).
Contemplando tal perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, através da inteligência dos seu art. art. 5º (incisos IV, IX e XIV) e art. 220, assegurou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que não exercidas em abusividade e se confluentes, na medida da sua prevalência relativa, com a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez disposto no art. 5º, inc. X.
Dessa forma, recaindo sobre a interpretação constitucional da colisão dos direitos fundamentais, decidiu o constituinte originário que, na extensão fisiológica do seu exercício, obteria o livre pensamento e os seus consectários preferência apriorística em relação aos demais direitos tutelados no texto constitucional, cuja declinação dependeria de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo, critérios estes produzidos como forma de proteção categórica ao aspecto essencialmente democrático do multicitado instituto. (BARROSO, 2005, p. 103; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Arrastando esta questão para o plano de fundo das Fake News, foco do presente trabalho, observa-se, em outro viés analítico, que a proliferação sistemática da distorção da verdade vem, na égide das redes sociais, gerando fenômenos de sequestro da razão, ao colocar nichos da sociedade civil em um círculo vicioso de engano e proposital sectarismo, tudo isto fomentado pela dinâmica acelerada e incalculavelmente expansiva da internet.
Por outro lado, há de se considerar, de igual modo, que deve-se também aos provedores de serviço de internet, na qual proliferam-se as Fake News, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a livre circulação de notícias, ideias, análises, sátiras e demais manifestações não mais dependem do fulcro intermediador dos veículos de comunicação até então predominantes ? como as grandes redes de televisão ? impondo ao poder estatal e os seus representantes uma relação cada vez mais direta com os seus representados (DIMOLIUS; MARTINS, 2006, p. 274).
Essa nova configuração da dinâmica político-social, por seu turno, homenageia os

vínculos mais precípuos da democracia, tendo em vista que a possibilidade dos cidadãos de
34

fiscalizarem e se oporem diretamente aos atos do Poder Público reforça o conteúdo negativo da liberdade de expressão, cuja finalidade precípua é gerar uma comunicabilidade antinômica entre a estrutura estatal e o seu agente constituinte, limitando a possibilidade de arbitrariedades deste primeiro (BARROSO, 2004, p. 19 e 20).
Daí surge, nos dizeres de Machado (2007, p. 473 e 474), a seara objetiva do livre pensamento, este conectado ao seu exercício funcional, qual seja a sua capacidade de prover o desenvolvimento contínuo da opinião pública e do engajamento da participação política, elementos indispensáveis em um país que, do ponto de vista historicista, constituiu a sua atual Carta Magna em resposta popular à mais de 20 anos de cerceamento das liberdades políticas e (trans)individuais.
Nessa seara, merece destaque o fato de que a democratização do acesso à internet e de todo o fluxo informacional que nela se processa, ? na qual ocorre uma intervenção ativa por parte de indivíduos e grupos que não integram órgãos da mídia convencional ? vem levando o debate público a uma intensa e irreversível descentralização informacional, minando ainda, em última análise, o predomínio de determinados setores da comunicação em relação ao discurso, bem como em relação a seleção de determinadas informações mais ou menos relevantes de acordo com a aptidão editorial (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 566 apud WAACK, 2018, p. 124).
Deste mesmo fenômeno corrente, por outro lado, insurge a ausência de acuracidade das informações porventura disseminadas. Do ponto de vista da razoabilidade, no entanto, é notório que este aspecto negativo deve-se lidar, sobremodo, com (re)orientação cultural, tendo em vista que não é materialmente possível cobrar de todo cidadão a avaliação crítica profunda relativa a cada informação acessada, em razão da larga desigualdade em termos de capacidade informacional no Brasil, esta historicamente intensificada pela dependência dos grandes veículos de mídia (BALEM, 2017, p. 5).
Em razão de todo exposto, merece reflexão, prima facie, a cada mais vez dificultosa atividade jurisdicional de manter a higidez do binômio liberdade de expressão/democracia sem recair na sua consecutiva reconstituição, em razão do atualíssimo perigo resultante da manipulação virtual deliberada por pessoas ou grupos de interesse, imbuídos por ideologias nebulosas que, quase sempre, refletem a nostalgia de indesejados períodos do passado nacional.
Por outro lado, para defender alegadamente uma ideia imaterial de democracia, não é desejável que o Poder Judiciário, sobretudo a sua Suprema Corte, combata o deslindado fenômeno, fazendo-se valer, para tanto, da restrição do alcance normativo da liberdade de
35

expressão através de conceito ? in casu, as Fake News ? que, além de não refletir as diretrizes gerais da sua Constituição, ? quiçá das ciências jurídicas gerais ? obtém profunda plasticidade semântica, fato este que submeterá a cognição jurisdicional brasileira, inevitavelmente, a um labirinto de completa indeterminação.
Nesse sentido, valiosas são as lições de Oliveira (2009, p. 95 e 96) ao dizer, subsidiado nas noções de Ronald Dworkin, que o fenômeno da indeterminação linguística no Direito faz

com que as decisões judiciais obtenham imprevisível discricionariedade, comprometendo a estabilidade e coerência exigíveis ao neoconstitucionalismo. Do contrário, sob o manto de certeza do Direito, se tornam aplicáveis as normas igualitariamente a todos e, individualmente, se torna possível a atribuição da justiça imprescindível à liberdade civil, no passo em que se faz garantida uma relativa previsibilidade jurisdicional frente aos ditamos da sua carta constitucional respectiva.
Reforçando este questionamento, necessário se levar em consideração que a restrição à liberdade de expressão perpassa, na coibição jurisdicional direcionada às Fake News, pela necessidade de que os órgãos sancionatórios realizem juízo de valor acerca do que é dito ou disseminado. Nesse caso, por se tratarem as Fake News não apenas de veracidade, mas de narrativa includente, há uma dificuldade que pareia o seu enfrentamento figurado na capacidade casuística dos tribunais em distinguir o polêmico do falso, o que diz respeito não apenas ao problema de como e em que medida se desemboca uma maior ou menor capacidade crítica dos indivíduos, mas também se deve à própria natureza disjuntiva da verdade factual, na qual, inclusive, permite-se um juízo íntimo de retratação (ARENDT, 2016, p. 231 e 232).
Esta problemática, aliás, já obtém, como visto, precedente nas decisões do TSE que, na égide da Representação Eleitoral n° 0601372-57, teve que utilizar-se de notável discricionariedade linguística como recurso valorativo para conter uma narrativa polêmica, mas palpável, acerca de fatos verossímeis, sob a premissa de incorrer essa em suposta desordem informacional.
Portanto, em qualquer perspectiva, seja pela possibilidade material de conter o discurso pelo valor das suas premissas ou, ainda, pela proeminência do seu poder de ressonância, estará a tutela jurisdicional defrontando-se com o brocardo jurídico ?Ad impossibilia nemo tenetur? que expõe ao Poder Judiciário a conformação das suas possiblidades de regulamentação, sob pena de gerar precedentes de instabilidade mais gravosos que a problemática a qual se pugnou confrontar (LEFEBVRE D?OVIDIO; 2020, p. 120).
36

Para sedimentar as presentes reflexões, portanto, sabe-se que as Fake News, por sua estrutura inaugural no tecido da sociedade tenderão a gerar, em algum momento, a reconstituição axiológica da liberdade de expressão pela via legal, o que cumprirá, naturalmente, o ciclo de (re)modelação dos direitos fundamentais sob a égide das matrizes jurídicas temporal e espacialmente dinâmicas.
Contudo, havendo ainda lacuna legislativa para tal reconstituição, a iminente ideia da restrição ao livre pensamento figurada no seu conteúdo, ao invés da sua rígida prefiguração constitucional, como vem pretendendo o Judiciário Brasileiro, remete, em verdade, à necessidade de que se reforce a contínua vigilância em relação aos perigos da formação de uma ordem orwelliana 7pelo Estado que determinaria o que é verdade e o que não é ? inclusive sobre si mesmo ? baseando-se em pressupostos analiticamente indeterminados, o que impedirá, em última análise, a circulação de discursos dissidentes, fazendo-se assumir ainda ao poder estatal a feição de uma nova forma de dominação, esta fulcrada no sequestro do debate público e, portanto, da busca pela verdade factual em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, sob a ótica propedêutica-constitucional, as necessárias reflexões jurídicas atinentes à regulação das Fake News diante do fundamento da liberdade de expressão, direito fundamental encravado no texto constitucional brasileiro.
Para tanto, tendo em vista a ausência de legislação específica que sedimentasse o cerco normativo do presente estudo, teve que se recorrer ao que há de mais profuso, em termos de jurisprudência ? inclusive internacional ? acerca desta inaugural colisão entre ?fato novo? e ?direito?. Não apenas isto, o presente trabalho comprometeu-se cabalmente em circunstanciar a necessidade de prefiguração da liberdade de expressão não apenas no campo jurídico, mas na esteira da sua imprescindibilidade política, cuja democracia se funda.
Nesse cerne, imperioso se faz concluir, não havendo ressalvas quanto a possibilidade de regulação legislativa das Fake News, que a conformação da coibição deste fenômeno, por hora, pelo poder jurisdicional, esta indiscutivelmente ameaçadora ao livre escoamento do debate público, perpassa, fundamentalmente, pela obtenção da liberdade de expressão como núcleo

7 Na ordem orwelliana, preconizada pelo escritor inglês George Orwell na sua obra distópica ?1984?, o poder
estatal age como um mecanismo de falsificação do passado e do presente, no passo em que desvirtualiza a
capacidade de expressão dos seus dissidentes, transformando o discurso em um produto monopolístico e inescapável do Estado, este denominado como ?Ministério da Verdade?.
37

essencial passível de preferência à cognição judiciária. Em outras palavras, para que sejam devidamente reguladas as Fake News deve-se, prima facie, conceber os limites materiais desta atividade, com vistas à proteção do alcance axiológico do livre pensamento, este fundamental às instituições democráticas e ao, mesmo tempo, historicamente frágil e de onerosa (re)conquista.
Mais do que isso, faz-se necessário compreender, em certo grau e sob certa égide normativa, a presunção caótica do debate público que, quase nunca, entregará pacificamente os desdobramentos do seu desenvolvimento, de modo que as suas inflamadas disjunções, naquilo que for possível, devem ser prestadas à sociedade civil como parte do processo autorregulatório da democracia, eximindo, naquilo que for possível, a intervenção do judiciário que, em face da sua matriz centralizadora, tenderá, em algum momento, pela preterição de determinada corrente aparentemente mais nociva, mas não necessariamente ilegal, prejudicando, em última análise, a obtenção da verdade factual e do autoconvencimento coletivo em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista De Direito Administrativo, 217, 67?79. 1999.
ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.
ARAÚJO, Leonardo Aires. A distinção entre a verdade filosófica e a verdade factual, na ótica arendtiana. Revista Ponto de Vista, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 01?08, 2023. DOI: 10.47328/rpv.

v12i2.16444.
ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. 8ªed.São Paulo: Perspectiva, 2016.
BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das fake news e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democrática. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, 8-10, nov. 2017.
BARROSO, Luís Roberto. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./Mar. 2004.
BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade ? Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
38

BECKER, Daniel; FILHO, Humberto Chiesi; BRETZ, Luiza Pontes de Miranda. Gonzalez v. Google e Twitter v. Taamneh: lições da Scotus sobre responsabilizar plataformas. Conjur. 2023. Acesso em: 31.05.2024.
BERNARDINI, Ana Júlia Bonzanini; VIEIRA COSTA, Andressa Liegi. POPULISMO E FAKE NEWS NA ERA DA PÓS-VERDADE: COMPARAÇÕES ENTRE ESTADOS UNIDOS, HUNGRIA E BRASIL. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 28 | p. 385-412 | jan./jun. 2020 | E-ISSN 2359-2419
BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. ? Nova ed. ? Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.
BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891.
BRASIL. Constituição (1934) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.
BRASIL. Constituição (1937) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.
BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.
BRASIL. Constituição (1967) Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República [1988].
BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. BRASIL: Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, Voto. Min. Rel. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
39

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repr 0601372-57, Voto. Min. Ricardo Lewandowski. j. 13.10.2022.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2006.
DUQUE, M. S., & Nascimento, I. M. A. do. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 4(2), 949?968. 2018.
DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 2005.
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. In: Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, nº 17, p.15-19, jan./abr. 1973.
HAVARD LAW SCHOOL. Compelling speech The Supreme Court soon will decide if social media platforms must allow certain kinds of speech on their platforms. By Rachel Reed. United States (USA). 2024.
HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro de Mello Aleixo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LEFEBVRE D?OVIDIO, Francesco. Ad impossibilia nemo tenetur. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder, The Journal of European Economic History, ISSN 2499-8281, Associazione Bancaria Italiana, Roma, Vol. 49, Iss. 2, pp. 117-123
MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MAQUIAVEL, Nicolau. Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
MEIKLEJOHN, Alexander. Free Speech: And its relation to self-government. New York: Harper & Brothers, 1948.
MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de

comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, a.31, n° 122 maio/jul. 1994.
40

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009.
PEREIRA DA SILVA, Jorge. ?Fake news? conquistam 2017. O Jornal Económico, 17 novembro 2017.
POST, Robert. ?Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence?, Yale Law School Schlarship, 2000, 2355-2376.
ROSA, Pamela Dourado Kletlinger. O futuro da liberdade de expressão na era digital: moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no bojo do inquérito das fake news. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
SARLET, Ingo Wolfang. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: O CASO DAS ASSIM CHAMADAS ?FAKE NEWS? NAS REDES SOCIAIS EM PERÍODO ELEITORAL NO BRASIL. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e Liberdade de Expressão Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS. SÃO PAULO/SP. 2009.
TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. Defining ?Fake News?, Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 137-153, 2018.
WAACK, William. Fake News: uma visão político-jornalística. in: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.), Fake News e Regulação, São Paulo: RT, 2018.
WARDLE, Claire. Information Disorder. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: Council of Europe, 2017.

==========

Arquivo 1: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Arquivo 2: https://periodicos.uniso.br/reu/article/download/5285/4829/17681 (2328 termos)
Termos comuns: 78
Similaridade: 0,52%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento
https://periodicos.uniso.br/reu/article/download/5285/4829/17681 (2328 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SALVADOR
2024
GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho apresentado à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

SALVADOR
2024

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos
Matteo e Laura, amores do titio.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEGAL REFLECTIONS ON THE NECESSARY CONFORMATION OF THE CONCEPT OF FAKE NEWS IN FRONT OF THE FOUNDATION OF FREEDOM OF EXPRESSION

Guilherme de Magalhães Leal Moreira1
Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO
O presente estudo tem como objetivo tecer necessárias reflexões jurídicas acerca do (re)posicionamento do fundamento constitucional da liberdade de expressão diante do paradigma das Fake News, fenômeno atualíssimo decorrente da nova dinâmica informacional trazida pelas redes virtuais. Para tanto, busca-se prioritariamente investigar a fisiologia da liberdade de expressão no campo (filo)jurídico, bem como na própria arquitetura constitucional brasileira para que, ao fim e ao cabo, seja possível refletir o direito ao livre pensamento e suas ramificações na seara de contingências do plano de fundo das Fake News, especialmente no que tange à (in)determinação linguística e jurídica deste com fins à sua respectiva coibição jurisdicional. Nesse diapasão, tendo em vista a ausência de lei específica que regulamente o multicitado fenômeno, discute-se, do ponto de vista doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, sob quais termos a coibição às Fake News não pode corromper o núcleo essencial da liberdade de expressão, ante a sua imprescindibilidade democrática e inerente capacidade antinômica frente aos indesejados desdobramentos do poder estatal.
Palavras-chave: Liberdade de expressão, Fake News, Jurisprudência, Constituição, Democracia.

ABSTRACT: The present study aims to weave legal reflections on the (re)positioning of the constitutional foundation of freedom of expression in the face of the Fake News paradigm, which appears to be very current as a result of the new informational dynamics brought about by virtual networks. To this end, we seek to primarily investigate the physiology of freedom of expression in the (philo)legal field, as well as in the Brazilian constitutional architecture itself

so that, in the end, it is possible to reflect the right to free thought and its ramifications in the field. of contingencies in the background of Fake News, especially with regard to its linguistic and legal (in)determination with the aim of its respective jurisdictional restraint. In this context, in view of the absence of a specific law that regulates the multi-cited characteristics, it is

1 Discente do curso de Bacharelado em Direito da UCSal ? Universidade Católica do Salvador, em curso da
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do 9° semestre. Email institucional: guilherme.moreira@ucsal.edu.br
2Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), pós-graduado em Direito
Processual Civil pelo Juspodivm e Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade - PPGEISU/ IHAC/
UFBA.
5

discussed, from a doctrinal and, above all, jurisprudential point of view, under which terms the prohibition against Fake News cannot corrupt the essential core of freedom of expression , given its democratic indispensability and antinomic capacity in the face of unwanted developments of state power.
Keywords: Freedom of expression, Fake News, Jurisprudence, Constitution, Democracy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA. 2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA. 3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL. 3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES. 3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. 3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão. 4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA. 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018. 4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado. 4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade trazer necessárias reflexões jurídicas acerca do justo posicionamento do princípio da liberdade de expressão no plano de fundo do fenômeno

das Fake News. Para tanto, far-se-á necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que fundamenta o conceito e a evolução normativa da liberdade de expressão na contemporaneidade, bem como conceber o que houver de dubiedade a respeito do significado do fenômeno das Fake News e, de igual modo, acerca da sua seara de afetação às democracias pós-modernas.
Nesse cerne, importa preponderar que o instituto da liberdade de expressão origina-se, uma vez ausente de elementos interventores, da mais plena comunicação entre o espírito humano da racionalidade e a sua consecutiva capacidade de perceber os fenômenos, bem como, de interpretá-los e verbalizá-los. Trata-se, portanto, de um dado da realidade espontaneamente percebido que, nas suas mais diversas manifestações, revela a heterogeneidade do senso intelectivo humano, no passo em que dá tom à livre criação de iniciativas políticas, religiosas, ideológicas, artísticas e científicas.
6

Trazendo para uma perspectiva civilizacional, ao anteceder ao conjunto complexo das normas politicamente constituídas, o referido instituto vem sendo imbuído de dificultoso esforço normativo, no transcorrer da história ocidental, para que sua repercussão seja adequadamente suportada em face da necessidade de pacificação social, sobretudo se levado em consideração que a liberdade de expressão é percebida em seus efeitos, ou seja, reformular o seu conteúdo passaria, em última análise, pela necessidade em atingir as suas manifestações.
Por outro lado, sabe-se que as matrizes jurídicas pós-modernas, como a brasileira, são marcadas pela temporalidade das estruturas normativas. Em outras palavras, o sistema normativo contemporâneo, ao ser influenciado pelo binômio ?tempo-espaço?, possui caráter de fluidez em relação aos mais novos produtos das relações intersubjetivas, fazendo com que direitos já consolidados defrontem-se aos acontecimentos e demais direitos a eles supervenientes, gerando uma contínua necessidade de atualização do seu alcance normativo.
Diante disso, tratando-se o fenômeno das Fake News de fato novo e atípico que vem ressignificando o potencial lesivo da liberdade de expressão nas redes sociais para além dos limites já impostos pelos tutelados direitos da personalidade, gerando inaugural atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho tem como objeto central responder o seguinte questionamento: o que é necessário levar em consideração para que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão prepondere sobre a iminente regulamentação jurisdicional do fenômeno das Fake News?
Para tanto, o estudo a ser deslindado no decorrer deste trabalho terá, enquanto principais objetivos, o devido esforço propedêutico de posicionamento histórico-constitucional da liberdade de expressão, bem como da vocação etimológica e jurídica do fenômeno das Fake News, momento em que finalmente se buscará dimensionar o paradigma observado pelo livre pensamento diante do intercorrente fenômeno multicitado e suas variações observáveis no Brasil (e no exterior), analisando, ainda, posteriormente, a necessidade de que, num cenário normativo de necessária conformação entre ?direito x fato novo?, este prefigure sobre aquele.
No aspecto metodológico, por sua vez, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, substanciada em material analítico já publicado, bem como na análise primária de documentação legislativa e jurisprudencial. Além disso, o presente trabalho se baseará no método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo em vista que a relação entre pesquisador e

fenômeno pesquisado se dará em influência mútua, desdobrando-se ainda em hipóteses a serem submetidas ao processo de falseamento.

7

2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA.

A liberdade de expressão, enquanto apanágio da inclinação racional do indivíduo, vem correspondendo, no transitar das experiências civilizacionais ? sobretudo àquelas impelidas pela modernidade ? na possibilidade concreta de ação individual desentranhada, por sua vez, de condições de existência externas. Isso significa dizer que, para além de todos os preceitos formulados pelas convenções humanas e direcionados a finalidades coletivas, o instituto da liberdade de expressão origina-se e conclui-se em si mesmo, de modo que a sua única condição existencial é o próprio senso intelectivo humano (SILVA, 2000, p. 247 e 248).

Transpondo a obtenção da liberdade de expressão como um dado da realidade antecessor a qualquer convencionalidade societária, observa-se, inclusive, no ramo do estudo dos direitos fundamentais, que a liberdade de expressão, assim como as demais liberdades de vocação individual, constituiu o Estado Moderno como meio de subtração do seu poder. Nos dizeres do filósofo italiano Norberto Bobbio (2004), por exemplo, os direitos de liberdade, componentes dos denominados ?direitos de primeira geração? são marcados pelo seu conteúdo negativo, ou seja, acabaram por afetar a fisiologia estatal pré-revolução francesa, evocando o seu não-agir.

Tão relevante é o caráter negativo da liberdade de expressão, aliás, que os seus desdobramentos, como a liberdade de opinião e a própria liberdade de imprensa, servem ao exercício social da cidadania como instrumentos fiscalizatórios supraestatais da atividade política, na medida em que a sua publicidade evoca no seio societário a possibilidade de demandar as suas respectivas expectativas e críticas, gerando uma contínua comunicabilidade antinômica entre o poder estatal e o seu agente constituinte, qual seja a própria sociedade.

Acerca do referido fenômeno, ressalta ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e notório doutrinador Luís Roberto Barroso:

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povoe a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los (BARROSO, 2004, p. 19).

Não à toa, devido a sua potencialidade antinômica, a liberdade de expressão, na visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin, defensor da famigerada teoria constitutiva, deve ser

8

concebida juridicamente por uma visão mais ampla e estável, de modo que se entenda o seu valor por si só. Em linhas mais específicas, enquanto a teoria da verdade criada pelo polímata estadunidense Oliver Wendell Holmes visava filtrar o direito ao livre discurso através do seu conteúdo valorativo, maximizando a verdade como finalidade, a perspectiva de Dworkin recai sobre a autonomia do próprio discurso independente do seu direcionamento, de modo que, segundo o autor, trata-se de um exercício civilizatório impossível numa democracia obter um juízo moral pleno a respeito do bem comum sem que essa atividade se constitua através da participação geral e heterogênea dos seus cidadãos, o que denota, em última análise, a importância dialética da liberdade de expressão para o debate público (POST, 2000, p. 236; DWORKIN, 2005, p. 25).

Dada a sua vocação supraestatal, pode-se provisoriamente concluir, portanto, que a liberdade de expressão, ao derivar de uma ordem conatural da natureza humana, independe de qualquer empenho coletivo-racional de formulação, bastando ao Estado ? sobretudo o Democrático ? admitir a sua relevância em sua ordem jurídica, impondo-lhe limitações provenientes das características teleológicas de cada ordenamento jurídico. Na perspectiva de Dworkin, por exemplo, essa muito influenciada pela filosofia de não-restrição aos direitos fundamentais da Constituição Americana, basta ao Estado, ao lidar juridicamente com a liberdade de expressão, buscar a potencialização da independência moral dos seus cidadãos, senão vejamos:

Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual (DWORKIN, 2005, p. 26).

Em perspectiva diversa, segundo o filósofo britânico Alexander Meiklejohn, existe uma limitação precípua à liberdade de expressão: o seu desserviço à democracia. De modo explicativo, segundo o autor, a liberdade de expressão deve obter conceituação e tutela constitucional, em regra, para proteção de qualquer discurso, principalmente aquele de caráter dissidente. Entretanto, a proteção ao direito não corrobora a automática proteção ao seu abusivo usufruto, de modo que não pode o Estado permitir a dissipação de discursos que a ele tenham vocação autodestrutiva.

Isso significa dizer que se o Estado compromete-se constitucionalmente a promover uma ordem social democrática, não pode ele admitir a existência de discursos no debate político
9

que promovam a destruição dessa finalidade, sob pena de assumir para si uma fisiologia que em algum momento lhe gere uma ruptura (MEIKLEJOHN, 1948, p. 13 a 15).

A perspectiva de Meiklejohn, por esse motivo, conecta-se, de certa forma, à plasticidade não-estática da Constituição Brasileira de 1988 que, apesar de conceber plenamente a liberdade de expressão como direito fundamental, tutela implicitamente a vedação ao discurso de ódio e a apologia ao denominado conjunto de ?discursos antidemocráticos?. Nesse sentido, o jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet afirma que numa interpretação sistemática ? aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um

regime democrático ? a Constituição Brasileira assegurou para a liberdade de expressão uma posição (relativa) preferencial, o que pode ser compreendido como uma preferência prima facie ? mas não absoluta ? que, por sua vez, não obsta o dever do sistema jurídico em garantir a preservação dos demais bem-jurídicos inseridos na sua Carta Magna, como dos direitos da personalidade (SARLET, 2019, p. 1225 e 1226).

Em sentido complementar, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que a garantia constitucional a liberdade de expressão está acompanhada de expressa reserva legal. Isso significa dizer que o exame conceitual da liberdade de expressão em sua justa aplicação pelo Poder Judiciário deve se dar de forma sistemática, de modo a transparecer que a evolução do direito à liberdade de expressão o conduz para a vedação ao conflito entre direitos fundamentais (Grundrechtskollision), levando a sua preferência relativa no ordenamento jurídico, em última análise, ao filtro da dignidade humana, elemento integrante do sistema de valores dos direitos (trans)individuais na Constituição Brasileira (MENDES, 1994, p. 298 a 301).

Dessa forma, observa-se que a busca pela conceituação (filo)jurídica do princípio da liberdade de expressão, ao mesmo tempo que perpassa pelo seu reconhecimento enquanto direito prefigurado às convencionalidades coletivas e prioritário no plano de fundo democrático, não furta-se de um enquadramento na sistemática constitucional, de modo que o seu eixo de limitação, como se verá mais adiante, deva encontrar solidez na garantia de outros direitos individuais, desde que garantida a reserva legal do seu exercício jurisdicional.

2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.

10

Tendo sido bem delineada a seara (filo)jurídica da liberdade de expressão, observa-se que o seu conteúdo enquanto bem-jurídico, assim como a sua desejada aplicação no seio societário perpassam pela indispensável noção de enquadramento do referido instituto na ordenação democrática que o reconhece.

Isto porque, num primeiro momento, a liberdade de expressão aparece como fundamental corolário do sentimento democrático. Nos dizeres de Silva (2009, p. 114) a liberdade da palavra, numa democracia, está voltada para a vida coletiva através da discussão e deliberação de assuntos públicos de bem comum. Nesse cerne, a constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo torna-se, segundo o autor, premissa óbvia ? tomada como um dado ? de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o sistema democrático atingir a sua finalidade política precípua de satisfação da vontade popular.

Tão antiga e consolidada na literatura política é a importância da liberdade de expressão que, em suas obras republicanas, Maquiavel, um autor reflexo de um período não-democrático, já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar no trecho abaixo reproduzido:

Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela

discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 2000, p. 76)

Por outro lado, num segundo momento, a importância de contrastar o princípio da liberdade de expressão com o plano de fundo democrático existente se dá também com vistas a sua seara de aplicação jurídica. De acordo com Sarlet e Siqueira (2020, p. 545 e 546), na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e de informação nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, mas, também, da operacionalização, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de proteção desses direitos, o que, por sua vez, implica a salvaguarda dos direitos políticos e da democracia e suas instituições.
A perspectiva do autor brasileiro, nessa esteira, fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana é o fundamento estruturante de uma democracia, ao passo que a democracia opera como espécie de garantia organizacional e procedimental da dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 86 e 87). Em sentido confluente, pode-se deduzir que a relação entre
11

democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora o aumento do potencial democrático numa sociedade possa muitas vezes significar o aumento da liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão, em seu usufruto abusivo, pode acarretar riscos para a democracia o que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão em última instância de análise (MICHELMAN, 2007, p. 58), o que torna necessário calculado equacionamento.
Na democracia brasileira, destacadamente, o problema do conteúdo e limites da liberdade de expressão somente pode ser enfrentado e equacionado, do ponto de vista jurídico, quando existe um consenso (no sentido de uma opinião e prática majoritária) relativamente ao seu sentido e alcance, o que, por sua vez, remete à querela em torno da posição da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais (SARLET; SIQUEIRA, 2019, p. 549 e 550).
Nesse sentido, conforme observaremos mais detalhadamente no próximo capítulo do presente trabalho, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegure um idêntico status protetivo à privacidade, intimidade, honra e imagem e à liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, levando a uma interpretação sistemática que não dispensa a constitucionalidade da sua limitação pelo Poder Judiciário (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550 e 551).

3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Objetivando o mais justo estabelecimento da formatação do direito à liberdade de expressão no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no plano do Estado Democrático de Direito vigente, faz-se necessário compreender, prioritariamente, a sua história

constitucional, de modo que se possa dimensionar, ao fim deste capítulo, a relevância e extensão do direito à liberdade de expressão diante do binômio espaço-temporal das normas constitucionais pátrias, chegando satisfatoriamente à sua atual fisiologia jurídica, por sua vez fundada na Constituição Cidadã de 1988.

Para tanto, trata-se de dado histórico verificável a ser ressaltado nesta oportunidade que a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro submeteu-se a diversas
12

variações, decorrentes estas, por certo, do momento histórico-social pelo qual a sociedade brasileira passava quando da adoção de cada Carta Constitucional (DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Isto dito, a contemplação constitucional do direito à liberdade de expressão teve início com a Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, em que havia, através do art. 179, IV do título ?Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros.?, previsão destacada a respeito da inviolabilidade dos direitos civis de liberdade dos cidadãos brasileiros, fazendo menção expressa ao direito de comunicação de pensamento por palavras e escritos, podendo ainda serem estes últimos publicados pela imprensa, a qual teria a sua atividade garantida sem a dependência de censura (BRASIL, 1824).

Em contrapartida, o próprio dispositivo supramencionado previa a possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de pensamento nos casos e pela forma que a lei determinasse. Tal disposição restritiva, no entanto, apesar de destacar o filtro da legalidade, era cercada de certa imprecisão, tendo em vista que a existência do Poder Moderador, este previsto no Título 5°, Capítulo I da mesma Carta, trazia como direito do Imperador prover a tudo que fosse concernente a segurança interna e externa do Estado, incluindo nisto a manutenção da ordem moral da sociedade brasileira, o que, em última análise, acabava por significar a existência de um censor de alcance ilimitado gerado pelo mesmo texto constitucional (BRASIL, 1824; DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Com a derrubada do Império e a inauguração do regime republicano no Brasil no ano de 1889, fora criada, dois anos depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual manteve em quase total integralidade o texto constitucional do Império acerca da livre manifestação e publicização do pensamento, havendo, no entanto, diferenciação notória decorrente não em face da égide normativa em si, visto que praticamente espelhada na anterior, mas da retirada do Poder Moderador como potencial mecanismo de censura para além do filtro da legalidade (DOS SANTOS, 2016, p. 109 e 110).

Por outro lado, a primeira constituição republicana fora responsável por trazer em seu art. 72, parágrafo 12 a vedação ao anonimato, condição à livre manifestação do pensamento até hoje presente no texto constitucional brasileiro como forma de garantir a responsabilização do emissor de determinada palavra e/ou escrito através da sua obrigatória identificação (BRASIL, 1891).
13

Já no séc. XX, mais precisamente na década de 30, fora promulgada no ano de 1934 a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, inspirada na Constituição de

Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931 e imbuída pela Revolução de 1930 trouxe inovações à proteção da liberdade de pensamento em seu art.113, parágrafo 9, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos e, ao mesmo tempo, permitiu a censura de espetáculos e diversões públicas, como afronta clara ao potencial antagônico da classe artística (BRASIL, 1934; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Três anos depois, como forma de perpetuar-se no poder e inspirado na Constituição autoritária da Polônia de 1935, o então presidente Getúlio Vargas (1882-1954), promoveu um golpe de estado em 1937 e, no mesmo ano, outorgou um novo texto constitucional em que em seu art. 122, inciso 15 ? reforçado pelo Decreto-lei no 1.949 ? estavam previstas diversas modalidades e mecanismos de censura ? inclusive prévia ? ao livre pensamento, sob a premissa de garantir a paz, a ordem, bem como a moralidade e a segurança pública (BRASIL, 1937; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Tais previsões constitucionais, assim que vigentes, deram origem a uma série cinzenta de atos institucionais de restrição à liberdade de expressão nas mais diversas ramificações, sobretudo no âmbito da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão e, destacadamente, na própria seara política, ausente do juízo de valor popular (DOS SANTOS, 2016, p. 110 e 111).
Com a deposição de Getúlio pelos militares e a consequente superação do seu regime no ano de 1945, fora promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, um ano depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, reavendo, em seu art. 141, conquistas da Carta Constitucional de 1934, além de trazer destaques quanto a liberdade da convicção religiosa, filosófica e política. Entretanto, no mesmo texto, apesar de expressa consideração das artes como livres no art. 173, a Constituição de 1946, no parágrafo 5° do art.143 destacava que os espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados, dando continuidade às afrontas moralistas ao pensamento artístico oriundas do texto constitucional de 1934 (BRASIL, 1946; DOS SANTOS, 2016, p. 111).
Quase duas décadas depois, com a instalação do Regime Militar no Brasil no ano de 1964, a Constituição de 1946 fora suprimida, dando lugar a um cenário de ausência de proteção constitucional dos direitos fundamentais, marcado este pela publicação dos Atos Institucionais I e II que suprimiram a representatividade política do país (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
14

O novo status quo institucional ora instalado se consolidou na Constituição da República Federativa de 1967 que praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação e publicização do pensamento independentemente de censura. No entanto, diferentemente da Constituição de 1946, o texto constitucional em voga naquele período trouxe, no parágrafo 8° do art. 150, a possibilidade de intolerância jurisdicional diante de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967; DOS SANTOS, 2016, p. 112).
Nesse deslinde, foram publicados consecutivos atos institucionais até o Ato Institucional nº 5 ? AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do Poder Executivo e tratando qualquer manifestação contrária ao Regime como crime político e contra a segurança nacional, o qual, segundo o próprio ato, estava excluído de qualquer apreciação judicial, devendo ser tratado como uma questão militar (DOS

SANTOS, 2016, p. 112).
Ato contínuo, no ano de 1969, a Emenda Constitucional n° 1 foi decretada pela Junta Militar vigente, modificando quase que integralmente a Constituição de 1967, de modo a dar caráter de legalidade constitucional aos atos institucionais. Sobre a Emenda referida, esclarece José Afonso da Silva (2006, p.86):

> Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Assim, sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que a liberdade de expressão, com considerações ao Regime Getulista, sofreu suas maiores represálias constitucionais na história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
No entanto, o contínuo desgaste do Regime Militar nos campos internacional, econômico e político acabou por culminar no processo de redemocratização do Brasil a partir do ano de 1985, processo este consolidado pela Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente no país, trazendo a maior proteção aos direitos fundamentais e democráticos da história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 113).
No que tange ao direito ao direito à liberdade expressão, a Carta Constitucional, ao se definir como signatária efetiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representou uma verdadeira antítese ao regime antecessor, reconhecendo, como cláusulas pétreas, o direito de qualquer cidadão de, indistintamente, formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores
15

e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação (DOS SANTOS, 2016, p. 114).
Para bem ilustrar a renovação constitucional supramencionada, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 65):

> A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Nesse deslinde, a liberdade de expressão passou a figurar no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando no art. 5°, IV e IX o caráter de inviolabilidade do direito ao livre pensamento com vedação ao anonimato e, ademais, fazendo-se destaque ao livre exercício das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).
Em disposição consoante, o art. 220 da Constituição Cidadã reforçou o disposto nos dispositivos supramencionados, destacando ainda a vedação ao embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988).
Nesses termos, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente

a liberdade de expressão e comunicação como elementos constitutivos do próprio regime institucional vigente, pondo fim à censura anteriormente existente, marcada esta pela relativização normativa do livre pensamento (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

Em contrapartida, ao prever, em seu art. 5º, X a igual proteção aos direitos da personalidade ? quais sejam intimidade, vida privada, honra e imagem ? bem como promover a vedação ao seu usufruto abusivo, a Constituição de 1988 foi responsável por trazer a mais nova fisiologia do direito à liberdade de expressão, balizado pelo binômio ?liberdade x responsabilidade? e, sobretudo, pelo fenômeno da colisão dos direitos fundamentais na operacionalização (infra)constitucional destes, tema a ser analisado no tópico a seguir (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES

De acordo com o notório jurista alemão Robert Alexy, a problemática da colisão dos direitos fundamentais decorre do próprio intento do estudo dos direitos fundamentais em revelar

16

as estruturas dogmáticas, bem como o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 1999, p. 68).

Em linhas mais específicas, ao substanciar o ideal do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se desdobram simplesmente de dispositivos racionalizados pela ordem jurídica nacional, recepcionando, em verdade, a validez universal dos chamados direitos substanciais que, por seu turno, vinculam certas exigências transnacionais ao texto constitucional de cada país que vão da hierarquização das suas cargas valorativas, até a definição dos seus conteúdos axiológicos (ALEXY, 1999, p. 67).

E é nesse deslinde que surge a necessidade de catalogação dos direitos fundamentais e, consequentemente, da revelação da sua capacidade colidente por via de interpretação constitucional, podendo ser esta capacidade ampla, quando os direitos colidentes têm vocação coletiva, ou estrita, quando o conflito normativo decorre de direitos fundamentais individuais propriamente ditos (ALEXY, 1999, p. 68 e 68).

No caso presentemente estudado, qual seja o direito à liberdade de expressão, a sua capacidade colidente desenvolve caráter evidentemente estrito, isto porque a sua carga valorativa, bem como o seu conteúdo axiológico não podem ocorrer indefinidamente no plano da realidade sem que o seu exercício normativo tenha consequências negativas sobre direito fundamental diverso, sobretudo os direitos da personalidade.

Por esse motivo, a técnica interpretativa da Constituição Federal de 1988 no que tange a colisão dos direitos fundamentais, marcada destacadamente pela Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), não apenas trouxe os direitos da personalidade como colidentes ao exercício da liberdade de expressão, como também definiu a possibilidade do seu usufruto abusivo que, dentre outros prejuízos possíveis, pode ferir diretamente a ordem pública constitucional (DUQUE, 2018, p. 963).

Para bem ilustrar a mecânica destas limitações ver-se-á especificamente a sua operacionalidade (infra)constitucional nos tópicos a este subsequentes, destacando, sobremodo, a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, bem como à

clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas ao seu alcance normativo.

3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A Teoria dos Limites dos Limites preconiza que, através do princípio da proporcionalidade, deve-se estabelecer a definição de peso para cada um dos direitos
17

fundamentais em colisão e, assim, estabelecer de qual modo essa definição deve se dar de maneira proporcional para que se possa encontrar, finalmente, o equilíbrio correto entre os direitos fundamentais (DUQUE, 2018, p. 954 e 955).

Em outras palavras, é fundamental à técnica interpretativa constitucional analisar, mediante limitação abstrata, se o benefício alcançado com o sacrifício da aplicação de um direito fundamental não causa um prejuízo desnecessário.

No caso da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão à proteção da personalidade, segundo Alexy (1999, p. 70), a definição elementar da limitação a ela necessária perpassa indiscutivelmente pela irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total, bem como pela onipresença da ponderação entre ambos os direitos colidentes.

Essa interface interpretativa, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao direito à liberdade de expressão uma posição preferencial relativa de exercício em relação aos demais direitos fundamentais em vista da sua teleologia democrática indispensável.

Ao mesmo tempo, ocorre na sistemática constitucional, a possibilidade concreta e material dada ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo da dignidade da pessoa humana, de limitar a irradiação do livre pensamento, sob a prerrogativa de que os desdobramentos do senso intelectivo não podem preponderar indefinidamente sobre o indivíduo que intelectualiza sobre si mesmo.

Nessa égide, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos extrapatrimoniais previstos em seu art. 186 faz uma operacionalização infraconstitucional da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo em vista que o dano moral, ao representar o ferimento a uma camada imaterial do titular do direito, abarca a possibilidade do uso indevido da liberdade de expressão através de palavras ou escritos que, por seu turno, exigem a consecutiva reparação nos termos do art. 927 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

O Código Penal, por sua vez, em seu Capítulo V, traz previsão de detenção e multa a quem infringir a honra de outrem. No entanto, na esfera penal, há previsão de aumento de pena baseada na pessoa da sua vítima ? como, por exemplo, o Presidente da República ou Ministro do Supremo Tribunal Federal ? e se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, como as próprias redes sociais (BRASIL, 1940).

Seguindo a mesma toada discriminatória da tutela dos direitos da personalidade, os Estatutos da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010) e da Pessoa com Deficiência (Lei n° 3.146/2015) regulam infraconstitucionalmente a liberdade de expressão, fazendo definição
18

expressa à discriminação e preconceito contra os respectivos grupos. Ademais, a Lei dos Crimes

Raciais (Lei n° 7.716/1989), recentemente alterada pela Lei n° 14.532/2023, criminaliza a ofensa em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, prevendo aumento de pena ainda quando o crime ocorrer em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação ou quando praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, trazendo limitações práticas ao conteúdo humorístico de cunho racial, mas também ao racismo institucional presentes nos órgãos públicos.
Por fim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual se verá mais detalhadamente no decorrer deste estudo, atualizou a colisão entre a tutela dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão para o campo tecnológico-informacional, trazendo, no seu art. 7º, I e, em consonância ao Código Civil, a inviolabilidade do direito reparatório decorrente de conteúdos gerados por usuários e trazendo como novidade normativa, por outro lado, a neutralidade das redes em si, bem como a isenção dos seus responsáveis por estes mesmos conteúdos (BRASIL, 2014).

3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão
Apesar do abuso do direito à liberdade de expressão obter relação indissociável com a tutela dos direitos da personalidade, para os fins do presente estudo, faz-se necessário destacá-lo brevemente com vistas a dissertar acerca da sua amplitude semântica, sobretudo no contexto das redes sociais e das famigeradas Fake News delas oriundas.
De acordo com o art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A liberdade de expressão, portanto, nesse cerco normativo, deve ser exercida, inclusive por inferência lógica da Teoria dos Limites dos Limites, mediante comedimento e razoabilidade em razão de diversos outros direitos caros ao texto constitucional e, inequivocamente, ao próprio Estado Democrático de Direito.
Observe-se então que a possibilidade do abuso do direito à liberdade de expressão, diferentemente da tutela dos direitos da personalidade, possui um núcleo normativo de maior amplitude e com menor definição de alcance, caso em que poderá ser ramificada a sanção ao livre pensamento à tutela de outros direitos constitucionais que não necessariamente o livre desenvolvimento da personalidade.
Aliás, caso o abuso do direito à liberdade de expressão decorresse tão somente do ferimento dos direitos da personalidade, o direito de resposta, referendado pelo inciso V do art. 19

5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, serviria, em conjunção com a possibilidade indenizatória, como remédio respectivo para a satisfação do ofendido, bem como para a responsabilização civil e penal do ofensor, inclusive no contexto dos meios de comunicação.
No entanto, em verdade, o abuso do direito à liberdade de expressão tem ecoado, sobretudo na era das redes sociais, na insurgência do controle jurisdicional de determinados conteúdos que, apesar de não ofenderem determinado titular de direito concreto e material, obtém uma pretensa finalidade de minar certos valores constitucionais, como o Poder Judiciário e os seus consectários, por exemplo (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 539 e 540).
Sob este novo plano de fundo, as famigeradas Fake News têm recebido destaque por se

desdobrarem na criação de conteúdos, pretensamente imparciais ou não, que, na interpretação jurisdicional, representam o desvio sistemático da verdade ou contradizem os fatos integralmente, sob a finalidade de destituir a validade de determinado instituto caro ao regime democrático (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 540).
Outrossim, essa realidade emergente se agrava ainda mais, levando em consideração o potencial difusor das redes sociais, bem como a relativização do perfilamento real do ofensor que, apesar de precisar identificar-se na sua atividade virtual em face da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF/88), pode criar intermináveis perfis que não necessariamente representem o perfil real do usuário, tendo proteção, inclusive, do direito à privacidade, tutelado pela Constituição em seu art. 5º, X e preferido infraconstitucionalmente em razão do Marco Civil da Internet (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 545 e 546).
Nesse deslinde, tem-se observado o surgimento de uma inaugural atuação do Poder Judiciário no que concerne ao alcance do abuso do direito à liberdade de expressão, arrastando o seu núcleo de limitação valorativa para as redes sociais, com vistas a discernir, de forma sancionatória, o livre pensamento das famigeradas Fake News e suas variações, o que torna imprescindível, para os fins do presente trabalho, dissertar a seguir acerca da (im)possibilidade material deste atualíssimo fenômeno jurisdicional, ressaltando, sobremodo, a necessidade de preservação do núcleo da liberdade de expressão, direito fundamental relativamente preferencial aos demais na Carta Magna Brasileira.

4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA
20

A análise ora pretendida da prefiguração do direito à liberdade de expressão no paradigma das Fake News perpassa, imperiosamente, pelo esforço antecedente não apenas de buscar a definição conceitual do multicitado fenômeno, como também se desemboca na conseguinte e, ainda mais importante para os fins do presente estudo, perseguição à sua vocação jurídica, de modo que se possa esquadrinhar finalmente a (im)possibilidade material do combate jurisdicional às Fake News em face da sua respectiva estabilidade enquanto fato novo passível de regulamentação.
Nessa esteira, conforme Allcott e Gentzkow (2017, p. 211 a 214), apesar de, grosso modo, Fake News popularmente significar, do inglês, ?notícia falsa?, o referido termo, no seu âmbito prático, abarca todas as informações veiculadas e aptas a serem disseminadas instantaneamente em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar o destinatário da mensagem inverídica e provocando, como finalidade precípua, um efeito pretendido sob determinado fragmento da sociedade.
Dessa forma, da pluralidade de manifestações cabíveis às Fake News, podem surgir erros intencionais, rumores sem origem em notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa e ainda propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141 a 147; ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214).
Nessa perspectiva, as Fake News podem ainda se subdividir em três modalidades gerais

quanto à sua forma e pretensão, sendo elas: a) dis-information, que ocorre quando a informação falsa e veiculada com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; b) mis-information, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; c) mal-information que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada ?pessoa, organização ou país? (WARDLE, 2017, p. 20).

Todas estas modalidades, à sua maneira, obtém a capacidade de gerar a denominada desordem informacional (information disorder) que subsiste na conexão atentatória entre os fatos (falsos ou não) e a narrativa imbricada sobre eles sob determinada finalidade extrínseca, esta geralmente danosa a algo ou alguém (LAZER; BAUM; BENKLER, 2018, p. 1094).

Desta análise conceitual já pode-se deduzir que o fenômeno das Fake News tem a capacidade material de, no seu enquadramento jurídico, desembocar casuisticamente na tutela

21

jurídica dos direitos da personalidade, visto que, dentre as suas finalidades identificáveis, o prejuízo reputacional à indivíduos e coletividades de pessoas é incontroverso. Por outro lado, há de se observar também que, ao se desenvolver sob pretenso contexto, as Fake News funcionam também como possíveis agentes de sectarismo, instabilidade político-social e proselitismo ideológico, caso em que o seu efeito danoso pode direcionar-se às vítimas imateriais, as quais a integridade só se pode verificar no âmbito das ideias e valores.

Nessa senda, a vocação jurídica das Fake News obtém concretude ante a sua seara de afetação ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, no que tange aos seus efeitos sobre as vítimas imateriais acima descritas, como a própria ideia jurisdicional da democracia plena, a vocação jurídica das Fake News perpassa substancialmente pela verificação da (im)possibilidade da tutela judicante de identificar a verdade factual no âmbito do debate público, sobretudo em contextos sensíveis.

Ao mesmo tempo, a vocação jurídica do multicitado fenômeno perpassa por uma limitação conceitual que não alargue indiscriminadamente o alcance dos termos linguísticos (enunciados semânticos) que o caracterizam em sua elasticidade e instabilidade, para que, ao fim e ao cabo, a sua regulação pela esfera jurídica, ante ausência, sobretudo, de regulamentação legislativa específica, não implique na maior restrição às liberdades de expressão e de informação, o que poderá desencadear na definição arbitrária dos rumos do debate público brasileiro pelo Poder Judiciário.(SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018

Como visto anteriormente, sendo notória a ausência de lei que regule o fenômeno das Fake News no seio das suas especificidades, o Poder Judiciário brasileiro tem deslocado profuso esforço para conter os pretensos danos decorrentes da sua ressonância, destacando-se, nessa esteira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a sua verticalidade cognitiva e, sobretudo, a sua prerrogativa constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em especial a própria liberdade de expressão, visto que diretamente afeta ao tema insistentemente deslindado pela

Corte.
O referido esforço da tutela jurisdicional, nesse cerne, não apenas revela a necessidade de que se analise exemplificativamente a operacionalidade judicial do controle concreto do multicitado fenômeno em face da sua instabilidade semântica, como também torna imperioso
22

que seja reflexo à questão a nova carga valorativa da liberdade de expressão no texto constitucional como subproduto das cognições do Supremo acerca das Fake News, bem como o impacto desta reconstituição ao Estado Democrático de Direito como um todo.
Para tanto, importa contrastar, a existência de uma posição preteritamente consolidada pelo Supremo, anterior às eleições de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão possui posição preferencial relativa na arquitetura constitucional e que, mais, a sua restrição depende de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo. Isto feito, se observará seguidamente a existência de uma transmutação valorativa do livre pensamento na cognição judiciária, por sua vez marcada por fenômenos concorrentes e decorrentes das eleições de 2018, em que o proselitismo ideológico e as Fake News fundiram-se como modus operandi único de populismo digital.
Assim esclarecido, como exemplo inicial da primeira via de análise supracitada, pode-se utilizar a própria ADPF n° 130, já sucintamente destacada neste estudo, em que a Suprema Corte pátria decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988. Na fundamentação da decisão, o STF sinonimizou a liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que, segundo a Corte, é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548).
Ademais, no que tange a consagração dos art. 5°, IV e IX e art. 220 da Constituição, argumentou categoricamente o Supremo na ADPF n° 130 que não há liberdade de imprensa pela metade ou praticada em face das tenazes da censura prévia, sob pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Nesse cerne, silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como esta, na visão do STF, recusar a qualificação do referido território virtual como ambiente livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação, este, por sua vez, um notório ?sobredireito? na égide constitucional. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548 e 549).
Já no âmbito da ADPF n° 187, o Supremo, ao referendar a constitucionalidade da denominada ?marcha da maconha?, vedando a sua criminalização enquanto suposta apologia ao crime, afirmou que tratativas de limitação ao direito de livre expressão e reunião devem passar, necessariamente, pelo crivo da sua constitucionalidade, levando em consideração, sobretudo, que o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à liberdade de expressão (liberdade-fim), desde que pacíficas e ordeiras, tratam-se de pré-condições necessárias à ativa participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões no âmbito do aparelho
23

do Estado, devendo ser soberano o zelo constitucional em proteger a promoção de atos de proselitismo pela sociedade civil, inclusive em oponibilidade ao exercício do Poder Público e os seus respectivos agentes (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 549 e 550).

Pondo fim a esta apreciação jurisprudencial precedente, merece destaque a decisão paradigmática do STF para o tema em epígrafe no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451 (ADI n° 4451) em que foi declarada inconstitucional, antes das eleições de 2018, lei eleitoral (Lei n° 9.504/1997) que buscava a vedação de sátiras e críticas a candidatos feitas por emissoras de rádio e televisão (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 559 a 561).
Para tanto, importa ressaltar que, em consonância ao que já fora teoricamente deslindado até o momento a respeito do ambiente apropriado para a proliferação das famigeradas Fake News, tratam-se as eleições ali regulamentadas de notório contexto sensível.
Isto dito, a Suprema Corte, em sua marcante cognição, considerou errônea a opção do legislador em colocar a lisura do pleito eleitoral como hierarquicamente superior às liberdades de expressão, incluindo a liberdade artística, de modo a atingir inclusive o núcleo essencial das referidas liberdades, desrespeitando a sua posição preferencial no texto constitucional, que subsiste por motivos histórico-civilizacionais, sendo, ademais, fundamental para o exercício de outras liberdades e, sobretudo, para o pleno exercício da democracia.
No âmbito deste entendimento da Corte, merece ainda destaque o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes que consignou voto no sentido de que não há permissão a ser deduzida do texto constitucional com o fulcro de limitar preventivamente o conteúdo do debate público por conta de conjecturas em torno de eventuais efeitos que a divulgação de determinados conteúdos possa vir a ter na esfera pública (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Ademais, delimitando a possibilidade material de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão, afirmou o Ministro que a liberdade de crítica deve ser plena e irrestrita, não havendo razão para que as práticas dela decorrentes sejam interrompidas no período eleitoral, até mesmo pelo fato de que eventuais abusos serão sempre passíveis de eventual responsabilização cível ou mesmo criminal por terem cunho injurioso, difamatório ou mesmo configurarem calúnia. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Em sentido confluente, entendeu o então Ministro e decano da Corte Celso de Mello: ?nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento? (BRASIL, 2018, p. 18).
24

Ao tratar especificamente das Fake News, o Ministro Luís Fux fundamentou, por seu turno, que a questão adquiriu um espaço maior, para quem a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, de modo a frisar a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão, que abarca a veiculação de opiniões e crítica e o falseamento doloso da verdade que causa danos graves e irreversíveis às suas vítimas. Para tanto, o Ministro, em sua cognição, não se desincumbiu de definir as especificidades do falseamento da verdade nos parâmetros das Fake News e nem mesmo adentrou no terreno valorativo do que seria a verdade no âmbito do debate político (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 564 apud BRASIL, 2018, p. 63 a 73).
Dessa forma, na multicitada decisão paradigmática, fora estabelecida pela Corte, assim como em outras oportunidades, a cognição de que há uma relação de retroalimentação entre a liberdade de expressão e a democracia, da qual a intervenção judicial só pode ser benigna se for

absolutamente subsidiária e fulcrada nos limites impostos pela própria Constituição.
Por outro lado, o STF, apesar de deslindar passageiramente acerca da hipótese de incidência das Fake News como abuso de direito à liberdade de expressão, sobretudo no processo eleitoral, não fora capaz, nesta decisão, de definir as suas lacunas de regulação, deixando ainda em aberto o seu alcance semântico, o que torna imperiosa, para os fins do presente trabalho, a análise de decisões atualíssimas da própria Corte arrastadas pela eclosão definitiva do fenômeno das Fake News após as eleições de 2018, marco temporal que fez com que a iniciativa de controle do Poder Judiciário se tornasse indispensável, mesmo que inequivocamente problemática.
Inicialmente, merece destaque a decisão do Supremo no bojo do Recurso Extraordinário n° 1075412 com definição de tese de repercussão geral, Tema n° 995. Nela, a Corte definiu parâmetros para a responsabilização de veículos midiáticos sobre falas dos seus entrevistados que atribuam falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sendo elas: I) se à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; II) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
Na decisão, o fundamento da tese fixada fora que, apesar da vedação constitucional à censura prévia, é admissível ao Poder Judiciário a possibilidade posterior de análise e responsabilização das empresas jornalísticas, inclusive mediante remoção de conteúdos por informações atentatórias aos direitos da personalidade, visto que salvaguardam um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas e externas (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
25

A decisão, nesse diapasão, merece destaque ao contrariar os atos investigativo e especulativo próprios do jornalismo, sobretudo pelo fato de que um jornalista não tem como saber o que será dito pelo entrevistado, sendo este, aliás, a razão da entrevista. Como exemplo, a entrevista dada por Roberto Jefferson no ano de 2005 que, posteriormente, gerou o famigerado caso do Mensalão, caso fosse dada na égide desta decisão do STF, teria sido tolhida e punida, ante ausência de comprovação, até aquele momento, das afirmações do então deputado federal.
Por outro lado, merecem atenção as consequências do Tema n° 995, no que se diz respeito a possiblidade iminente de que as mídias sociais e, especialmente os veículos de comunicação, passem a realizar autocensura sob temor de responsabilização posterior da tutela jurisdicional, tornando impossível à plena atividade jornalística, o que, inclusive, fere a cognição do próprio Supremo no bojo da ADPF n° 130, além do próprio Marco Civil da Internet. Tal cenário, aliás, fora perfeitamente apontado pelo então Ministro e Relator do caso, Marco Aurélio Mello que, vencido, afirmou o seguinte:
Parafraseando Voltaire, pode-se discordar do que é divulgado, mas não se pode limitar o direito de divulgar. Responsabilizar a imprensa não é a forma ideal de combate à divulgação de entrevista, ainda que inadequado o que dito pelo entrevistado. O Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho à censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer a análise, formando as próprias conclusões. Somente é possível chegar-se a uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas em discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, 2020, p. 2).

Portanto, já no âmbito do Tema n° 995 se observa a tentativa do Supremo Tribunal Federal de coibir a disseminação das fake News, incorrendo para isso, no entanto, no comprometimento da liberdade de imprensa e informação que, enquanto consectários da liberdade de expressão, deveriam obter preferência na arquitetura constitucional brasileira.
Mais, a tentativa de coibição do STF revela a própria instabilidade semântica das Fake News, visto que, do ponto de vista jurisdicional, em que a sobrevivência do debate público é prioritária, não há como o Poder Judiciário consolidar para si a verdade real sem sentença transitada em julgado, tendo que se valer da subjetividade de cada juiz ou ainda editor que, temendo represálias posteriores, evitará a publicação de determinada entrevista.
Dando seguimento à presente análise, merece igual apontamento a decisão, desta vez do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no âmbito da Representação Eleitoral n° 0601372-57 do ano de 2022. Naquela oportunidade, sob a premissa de causar ?desordem informacional?, o Tribunal Eleitoral decidiu pela liminar remoção de um vídeo de 2017 do canal de entretenimento denominado como ?Brasil Paralelo? em que eram apontados os escândalos políticos ocorrentes
26

durante o Governo Lula (2003-2010), sem citar necessariamente a participação e/ou anuência do até então presidenciável nestes mesmos esquemas.
O Ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, ao trazer a referida premissa à égide do julgamento enquanto fundamento principal do seu voto, destacou que, apesar dos fatos narrados no vídeo removido serem verdadeiros, haveria neles uma ambiguidade dolosa que poderia levar os eleitores, naquele contexto sensível de eleições, a uma conclusão falsa do todo narrado, isto é a possível associação do à época presidenciável Luís Inácio Lula da Silva à esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro ocorridos durante as suas administrações pretéritas (BRASIL, 2022, n.p).
Em outras palavras, de acordo com a cognição do Ministro, a qual fora acompanhada majoritariamente pelos seus pares, o vídeo do Brasil Paralelo, mesmo que verossímil à realidade no que tange à observação dos fatos, estaria imbuído de desordem informacional, tendo, assim, a potencialidade, naquele cenário contingente, de prejudicar a autodeterminação coletiva do eleitorado comum que, por sua vez, não teria a capacidade de discernir os fatos reais da narrativa descontextualizada presente no vídeo (BRASIL, 2022, n.p).
Acerca desta decisão do TSE se observa, prima facie, a adoção da modalidade de desinformação ?mal-information? já apresentada neste estudo, em que a premissa informacional é verdadeira, mas a sua motivação extrínseca atenta danosamente os direitos da personalidade do seu alvo, gerando desordem informacional sobre este. Nessa esteira, merece ressalva o fato de que estaria o TSE desviando-se dos limites impostos pela Constituição ao livre pensamento mediante conceito que ao menos reflete às bases gerais da ciência jurídica, fazendo parte, em verdade, de um ramo do estudo sociológico ainda inconclusivo ante a própria intercorrência temporal do fenômeno das Fake News (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 540 e 541).
Nesse âmbito, se reluz a imprescindibilidade do princípio constitucional da legalidade previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna Brasileira, ao evocar, em homenagem à previsibilidade e à estabilidade das normas e decisões judiciais, a inexistência de crime sem

lei anterior que a defina, nem de pena respectiva sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).
Por outro lado, apesar do abarcamento teórico que envolve a desordem informacional esclarecer as maledicências da ambiguidade dolosa atrelada ao aspecto narrativo da informação, não insurge da mesma teoria a ideia de que o controle ou ainda a presunção de adequação do senso intelectivo da sociedade civil pelo Poder Judiciário seja o remédio proporcional ao fenômeno.
27

Desta forma, deve restar preferível, partindo de um cenário ideal de menor intervenção possível da tutela jurisdicional no que tange ao debate público, que a vontade livre dos cidadãos, sobretudo em período eleitoral, se perfaça do seu mais desentranhado autoconvencimento, o que, na égide da internet, apresenta possibilidade concreta se observado a profusão de informações de diferentes fontes e vieses dispostas imediatamente aos seus usuários, não sendo razoável, para tanto, a restritividade externa desse movimento, sob pena de que surtam os efeitos contrários à pretensão judicial.
Findando a presente análise, portanto, imperioso conferir a existência de notável atipicidade valorativa que vem sendo prestada pelo Judiciário, em especial a sua Maior Corte Judicante, ao direito fundamental à liberdade de expressão, ao alargar a seara de limitação do seu exercício, o que significa, por inferência lógica, a predominância de elementos restritivos estranhos ? e ausentes de definição semântica ? ao livre pensamento e sua respectiva circulação, para além daqueles taxativamente definidos na Carga Magna pátria, os quais, como já visto, fornecem preferência relativa e concreta ao livre pensamento em nossa arquitetura constitucional.
Outrossim, por serem as Fake News um fenômeno de incidência internacional, faz-se ilustrativo tecer ainda, com vistas a estabelecer contrastes mais aprofundados acerca da atipicidade acima apontada, breves comparativos entre o enfrentamento ao multicitado fenômeno na jurisprudência brasileira e na americana que, especificamente, possui semelhante circunstância de eclosão em face das eleições de 2016 que elegeram o presidente Donald J. Trump.

4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado
De acordo com o doutrinador brasileiro Paulo Dourado de Gusmão, o direito comparado, enquanto método de espelhamento de legislações e jurisprudências de países diferentes, pode, quando atrelado ao ramo da sociologia jurídica, demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos, realizando, em última instância, a indicação dos fatores sociais das transformações jurídicas e a respectiva resultante destas mesmas transformações no âmbito da sociedade civil de cada país, sem que, para isso, recaia no equívoco da universalização dos sistema jurídicos (GUSMÃO, 1973, p. 18 e 19).
E é nesse âmbito que se concentra a finalidade deste tópico, no passo em que serão trazidos, como efeito comparativo, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos que
28

demonstrem o seu comportamento jurisdicional diante do corrente fenômeno das Fake News,

destacando ainda o grau de relativização valorativa do direito à liberdade de expressão pelo judiciário estadunidense frente do fenômeno mencionado e respeitando, sobretudo, as suas particularidades constitucionais.
Antes, importa destacar, para fins de contextualização, que a partir das eleições do ano de 2016 que consagrou o candidato outsider Donald J. Trump como o 45.º presidente dos Estados Unidos, eclodiu na política americana a existência das Fake News como potencial modus operandi de vantagem político-social, sobretudo para descredibilização de instituições tradicionais, como a grande mídia, com fins à corroboração de proselitismos ideológicos, assim como para a inflamação da polarização no ambiente político estadunidense, este já essencialmente bipartidarista e, portanto, suscetível a circunstâncias sectaristas. Acerca deste fenômeno, denominaram ainda Bernadini e Vieira Costa (2020, p. 388 e 389) como o momento de fundação da era da pós-verdade, senão vejamos:
O Dicionário Oxford definiu o termo pós-verdade como a palavra do ano de 2016, pós-eleições de Trump nos Estados Unidos, o que reacendeu os estudos do impacto das fake news na democracia eleitoral. Assim, caracterizou a pós-verdade como ?relativa a circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais?. O fenômeno da pós-verdade e das fake news está intrinsecamente ligado a uma refutação da ciência e uma aceitação de discursos inflamados por preconceitos, intolerâncias e táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da sociedade civil e da opinião pública, lançando mão de manobras populistas e extremistas.

Para tanto, o comportamento da tutela jurisdicional americana frente ao discorrido fenômeno, apesar de declarada preocupação, caminhou para uma proteção mais categórica da liberdade de expressão, demonstrando, em última análise, a efetividade do seu sistema de precedentes que insistentemente sobrepõe as diretrizes da Primeira Emenda em face da tentativa, por qualquer autoridade constituída, de restrição de determinados conteúdos.
Em linhas mais específicas, na jurisprudência americana, consagrada pela verticalidade cognitiva da sua Suprema Corte no caso ?Brandenburg v. Ohio?, para que haja a restrição do direito à liberdade de expressão é necessário que o elemento central da fala ou escrito a ser censurado se desemboque no denominado ?Imminent Lawless action? que, por sua vez, significa a presença de uma clara incitação à violência (Fighting words) ou iminente ação ilegal, independente do conteúdo em si das palavras proferidas, as quais não deve a tutela jurisdicional impor qualquer juízo de valor (ROSA, 2021, p. 26 a 28). Para bem corroborar o referido, vejamos trecho da cognição proferida pela Suprema Corte americana no caso ?Brandenburg v. Ohio?:
29

The Court's Per Curiam opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure

to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution 3

Tal cognição, portanto, visa privilegiar a perspectiva de que os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com o próprio fomento do livre pensamento, uma vez que, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade ? e não ao Estado ? fazer juízo de valor sobre quais ideias irão granjear a sua simpatia (ROSA, 2021, p. 28).
Em vista disso, no ano de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso ?United States vs. Stevens? (2010)4, em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que editava vídeos em redes sociais de combates entre cães da raça pitbull, foi condenado por uma lei do Estado da Pensilvânia por ?vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial?.
Valendo-se da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade, a Corte Americana declarou, naquela ocasião, a incompatibilidade da lei estadual em face da Primeira Emenda por exigir a legislação que determinada categoria do discurso devesse passar por uma análise de seu valor axiológico em face dos custos sociais que potencialmente imporia à sociedade.
Atendendo a uma perspectiva antinômica da liberdade de expressão, no entanto, argumentou a Corte que os benefícios das restrições ao Governo pelo livre pensamento superam os seus potenciais prejuízos à sociedade (ROSA, 2021, p. 33 e 34).
Adentrando finalmente no contexto deslindado na introdução deste tópico, cabe destaque a recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso ?Gonzalez v Google? 5no ano de 2023 em que a parte autora requeria a responsabilização da empresa Google pela não restrição de conteúdos em sua plataforma ligados ao Estado Islâmico, sendo esta inação supostamente influenciadora da morte de Nohemi Gonzalez, uma cidadã americana, pelo grupo terrorista, no ano de 2015 (ROSA, 2021, p. 36).

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Brandenburg v. Ohio?. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 31 de maio de 2024.
4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)?. A íntegra do caso está
disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>. Acesso em 31 de maio de 2024.
5 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Gonzalez v Google?. Disponível em <www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2024.
30

Na oportunidade, apesar de compreender a especificidade danosa do caso nos termos da Fighting words, decidiu a Suprema Corte pela não responsabilização da Google, tendo em vista que cognição em contrário originaria um efeito cascata de ações judiciais cujo objeto seria terceirização da responsabilidade dos usuários para o meios comunicativos dos quais eles utilizam ? incluindo nestes as próprias redes sociais ? independentemente de aferição do nexo de incentivo à violência por parte das empresas (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
Nessa senda, decidiu a Suprema Corte pela apreciação da Seção 230 da Lei de Decência

nas Comunicações (Communications Decency Act) que garante, desde 1996, que provedores de serviços de internet desfrutem de imunidade legal pelo conteúdo proferido pelos seus usuários, impedindo, sobretudo, mecanismos de autocensura feitas por estas empresas como forma de evitar potenciais prejuízos judiciais (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
No caso deslindado, já se observa, uma diferença entre a cognição dos supremos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos, visto que o primeiro optou, no bojo do Tema n° 995, pela atribuição de verificação da verdade e da danosidade de falas de entrevistados aos veículos de comunicação que realizassem as entrevistas, terceirizando indiretamente a tutela de censura de conteúdos a empresas privadas e, mais, proferindo juízo de valor sobre o que pode ou não ser veiculado em face dos direitos da personalidade.
A Suprema Corte Americana, por sua vez, homenageando a Primeira Emenda da sua Constituição em detrimento do seu próprio poder jurisdicional, ressaltou a obrigação das plataformas digitais de remover propaganda terrorista, não opinando, no entanto, pela sua consecutiva responsabilização em face da casual disseminação de conteúdos desta natureza, para que se evite, em última análise, um ambiente de promoção de ideias cerceado por iminentes instrumentos impostos de autocensura.
Por fim deste exame comparativo, entretanto, merece destaque a cognição da Corte Suprema Americana no bojo do caso ?NetChoice v. Paxton? 6cujo objeto fora, em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da House Bill 20, Lei do Texas que tinha como finalidade a proibição de que empresas de mídia social com 50 milhões ou mais de usuários pudessem restringir postagens com base em pontos de vista acerca de veracidade ou viés, exigindo ainda que as plataformas divulgassem publicamente informações sobre como e quando moderam o conteúdo e criassem processos para que os usuários pudessem contestar decisões editoriais específicas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
31

No fundamento da sua decisão, a Corte curiosamente pugnou pela preservação de mais de 70 anos de jurisprudências em torno da operacionalidade da Primeira Emenda, isto porque a referida, na medida em que protege a liberdade de expressão e a livre associação enquanto direitos fundamentais, tutela também o livre exercício de julgamento editorial, sobretudo se levado em consideração a tendência constitucional americana de prestar autonomia às relações contratuais na égide das propriedades privadas, tais como as próprias empresas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).
Ademais, segundo o Tribunal, no passo em que a Primeira Emenda restringe o direito de interferência do Estado ao livre exercício do pensamento, nisto também se inclui o direito dos entes federados de promover a ampliação do discurso a um certo fragmento de usuários em face do viés do seu discurso ou de suposta desvantagem nos ambientes das mídias sociais que, supostamente, tenham uma posição dominante contrária (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 12 e 13).
Dessa forma, apesar do Estado do Texas afirmar que os requisitos de restrição servem ao interesse de garantir que o público tenha acesso a diversos fontes de informação, não há,

segundo a Corte, direito válido de modular o viés editorial das plataformas por interesses no próprio conteúdo veiculado, sob pena de não refletir o escrutínio da Primeira Emenda que exige a neutralidade do Estado nesta questão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 13 e 14).
A jurisprudência do TSE, por sua vez, no bojo Representação Eleitoral n° 0601372-57, com vistas a sanar potencial desordem informacional, retirou a autoridade editorial da plataforma Brasil Paralelo sobre conteúdo verdadeiro, arrastando para si o dever de definir quais informações e quais vieses narrativos comprometem ou não a capacidade de autoconvencimento da sociedade civil. Nesse cerne, ao contrário da Suprema Corte Americana, o Tribunal Eleitoral Brasileiro opta pela deslegitimação da soberania editorial dos provedores das redes sociais, agindo como filtro de veracidade e propensão narrativa.
Em face do todo aqui exposto, observa-se, portanto, como produto do presente juízo comparado, evidentes diferenças entre as preocupações e o modus operandi para a coibição das Fake News na jurisprudência americana e brasileira, visto que enquanto a primeira vem privilegiando a estabilidade do direito à liberdade de expressão numa conduta de não-intervenção, a segunda apresenta uma preocupação sistemática a respeito do referido fenômeno, de modo a buscar o seu enquadramento semântico como forma de reconstituir a valoração da liberdade de expressão na sua arquitetura constitucional, caminho este que merece reflexões jurídicas indispensáveis, como se verá a seguir.
32

4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL

Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, em seu ensaio ?A Verdade e a Política?, para a mais justa compreensão da realidade, bem como para que se evitem nuances indeterminadas entre aquilo que é ficto e palpável, é necessário, sobretudo, consolidar conceitual e semanticamente aquilo que se obtém como verdade (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
Para tanto, segundo a filósofa, coexistem dois tipos de verdade: a verdade real e a verdade factual. A primeira decorre do conteúdo autoevidente da matemática e da filosofia, apresentando caráter despótico e coercitivo, pois, enquanto produto da mera percepção daquilo que é incontroverso, impede que o debate entre os homens ocorra, o que poderia acabar por constituir versões a respeito da mesma obviedade (ARAÚJO, 2023, p. 5 e 6).
Por outro lado, a verdade factual, a qual nos interessa especialmente, é própria do mundo dos homens e da política, no passo em que o seu desenvolvimento ocorre através da comunicação e da experiência de muitos, fazendo com que fatos e opiniões, embora distintos, constituam o mesmo universo: o domínio público. Em outras palavras, a textura do domínio público e sua verdade inerente são constituídas por fatos e eventos, formando verdades contingentes, cuja disjunção lógica faz com que seu oposto seja plausível, mediante necessária interpretação (ARENDT, 2016 p. 225).
Contudo, a própria filósofa destaca que a instabilidade da verdade factual não pode, em hipótese alguma, submeter-se a perspectiva nietzschiana da verdade como fruto meramente decorrente da interpretação de alguém sobre determinada situação, o que acabaria por arrastar a verdade e os fatos objetivos para o precipício da falsidade deliberada. Em verdade, quando há

de se entender a proeminência da verdade factual no debate público deve-se, prioritariamente considerar a comunicabilidade política por excelência, na qual os fatos em si não estão em disputa, mas os juízos de valor dele decorrentes legitimam o pressuposto da pluralidade e, por consequência, possibilitam o autoconvencimento dos homens (PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 97 e 98; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
E é nessa esteira que surge a noção elucidativa do ?mercado livre de ideias?, concebida pelo célebre juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr, na qual a propagação livre de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, habilitando-os a identificar a verdade factual, rejeitar a mentira
33

contraproducente e produzir e propagar conhecimentos orientadores (POST, 2000, p. 235 e 236).
Para tanto, destaca Holmes Jr que, mesmo na proeminência da livre circulação de ideias, na qual a verdade factual surge como principal objeto desejado, podem haver demais princípios que, por sua vez, regulem os casos em que a manifestação de pensamento represente perigo evidente e capaz de produzir males gravíssimos (POST, 2000, p. 236).
Contemplando tal perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, através da inteligência dos seu art. art. 5º (incisos IV, IX e XIV) e art. 220, assegurou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que não exercidas em abusividade e se confluentes, na medida da sua prevalência relativa, com a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez disposto no art. 5º, inc. X.
Dessa forma, recaindo sobre a interpretação constitucional da colisão dos direitos fundamentais, decidiu o constituinte originário que, na extensão fisiológica do seu exercício, obteria o livre pensamento e os seus consectários preferência apriorística em relação aos demais direitos tutelados no texto constitucional, cuja declinação dependeria de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo, critérios estes produzidos como forma de proteção categórica ao aspecto essencialmente democrático do multicitado instituto. (BARROSO, 2005, p. 103; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Arrastando esta questão para o plano de fundo das Fake News, foco do presente trabalho, observa-se, em outro viés analítico, que a proliferação sistemática da distorção da verdade vem, na égide das redes sociais, gerando fenômenos de sequestro da razão, ao colocar nichos da sociedade civil em um círculo vicioso de engano e proposital sectarismo, tudo isto fomentado pela dinâmica acelerada e incalculavelmente expansiva da internet.
Por outro lado, há de se considerar, de igual modo, que deve-se também aos provedores de serviço de internet, na qual proliferam-se as Fake News, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a livre circulação de notícias, ideias, análises, sátiras e demais manifestações não mais dependem do fulcro intermediador dos veículos de comunicação até então predominantes ? como as grandes redes de televisão ? impondo ao poder estatal e os seus representantes uma relação cada vez mais direta com os seus representados (DIMOLIUS; MARTINS, 2006, p. 274).
Essa nova configuração da dinâmica político-social, por seu turno, homenageia os vínculos mais precípuos da democracia, tendo em vista que a possibilidade dos cidadãos de

34

fiscalizarem e se oporem diretamente aos atos do Poder Público reforça o conteúdo negativo da liberdade de expressão, cuja finalidade precípua é gerar uma comunicabilidade antinômica entre a estrutura estatal e o seu agente constituinte, limitando a possibilidade de arbitrariedades deste primeiro (BARROSO, 2004, p. 19 e 20).
Daí surge, nos dizeres de Machado (2007, p. 473 e 474), a seara objetiva do livre pensamento, este conectado ao seu exercício funcional, qual seja a sua capacidade de prover o desenvolvimento contínuo da opinião pública e do engajamento da participação política, elementos indispensáveis em um país que, do ponto de vista historicista, constituiu a sua atual Carta Magna em resposta popular à mais de 20 anos de cerceamento das liberdades políticas e (trans)individuais.
Nessa seara, merece destaque o fato de que a democratização do acesso à internet e de todo o fluxo informacional que nela se processa, ? na qual ocorre uma intervenção ativa por parte de indivíduos e grupos que não integram órgãos da mídia convencional ? vem levando o debate público a uma intensa e irreversível descentralização informacional, minando ainda, em última análise, o predomínio de determinados setores da comunicação em relação ao discurso, bem como em relação a seleção de determinadas informações mais ou menos relevantes de acordo com a aptidão editorial (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 566 apud WAACK, 2018, p. 124).
Deste mesmo fenômeno corrente, por outro lado, insurge a ausência de acuracidade das informações porventura disseminadas. Do ponto de vista da razoabilidade, no entanto, é notório que este aspecto negativo deve-se lidar, sobremodo, com (re)orientação cultural, tendo em vista que não é materialmente possível cobrar de todo cidadão a avaliação crítica profunda relativa a cada informação acessada, em razão da larga desigualdade em termos de capacidade informacional no Brasil, esta historicamente intensificada pela dependência dos grandes veículos de mídia (BALEM, 2017, p. 5).
Em razão de todo exposto, merece reflexão, prima facie, a cada mais vez dificultosa atividade jurisdicional de manter a higidez do binômio liberdade de expressão/democracia sem recair na sua consecutiva reconstituição, em razão do atualíssimo perigo resultante da manipulação virtual deliberada por pessoas ou grupos de interesse, imbuídos por ideologias nebulosas que, quase sempre, refletem a nostalgia de indesejados períodos do passado nacional.
Por outro lado, para defender alegadamente uma ideia imaterial de democracia, não é desejável que o Poder Judiciário, sobretudo a sua Suprema Corte, combata o deslindado fenômeno, fazendo-se valer, para tanto, da restrição do alcance normativo da liberdade de
35

expressão através de conceito ? in casu, as Fake News ? que, além de não refletir as diretrizes gerais da sua Constituição, ? quiçá das ciências jurídicas gerais ? obtém profunda plasticidade semântica, fato este que submeterá a cognição jurisdicional brasileira, inevitavelmente, a um labirinto de completa indeterminação.
Nesse sentido, valiosas são as lições de Oliveira (2009, p. 95 e 96) ao dizer, subsidiado nas noções de Ronald Dworkin, que o fenômeno da indeterminação linguística no Direito faz com que as decisões judiciais obtenham imprevisível discricionariedade, comprometendo a

estabilidade e coerência exigíveis ao neoconstitucionalismo. Do contrário, sob o manto de certeza do Direito, se tornam aplicáveis as normas igualitariamente a todos e, individualmente, se torna possível a atribuição da justiça imprescindível à liberdade civil, no passo em que se faz garantida uma relativa previsibilidade jurisdicional frente aos ditamos da sua carta constitucional respectiva.
Reforçando este questionamento, necessário se levar em consideração que a restrição à liberdade de expressão perpassa, na coibição jurisdicional direcionada às Fake News, pela necessidade de que os órgãos sancionatórios realizem juízo de valor acerca do que é dito ou disseminado. Nesse caso, por se tratarem as Fake News não apenas de veracidade, mas de narrativa includente, há uma dificuldade que pareia o seu enfrentamento figurado na capacidade casuística dos tribunais em distinguir o polêmico do falso, o que diz respeito não apenas ao problema de como e em que medida se desemboca uma maior ou menor capacidade crítica dos indivíduos, mas também se deve à própria natureza disjuntiva da verdade factual, na qual, inclusive, permite-se um juízo íntimo de retratação (ARENDT, 2016, p. 231 e 232).
Esta problemática, aliás, já obtém, como visto, precedente nas decisões do TSE que, na égide da Representação Eleitoral n° 0601372-57, teve que utilizar-se de notável discricionariedade linguística como recurso valorativo para conter uma narrativa polêmica, mas palpável, acerca de fatos verossímeis, sob a premissa de incorrer essa em suposta desordem informacional.
Portanto, em qualquer perspectiva, seja pela possibilidade material de conter o discurso pelo valor das suas premissas ou, ainda, pela proeminência do seu poder de ressonância, estará a tutela jurisdicional defrontando-se com o brocardo jurídico ?Ad impossibilia nemo tenetur? que expõe ao Poder Judiciário a conformação das suas possiblidades de regulamentação, sob pena de gerar precedentes de instabilidade mais gravosos que a problemática a qual se pugnou confrontar (LEFEBVRE D?OVIDIO; 2020, p. 120).
36

Para sedimentar as presentes reflexões, portanto, sabe-se que as Fake News, por sua estrutura inaugural no tecido da sociedade tenderão a gerar, em algum momento, a reconstituição axiológica da liberdade de expressão pela via legal, o que cumprirá, naturalmente, o ciclo de (re)modelação dos direitos fundamentais sob a égide das matrizes jurídicas temporal e espacialmente dinâmicas.
Contudo, havendo ainda lacuna legislativa para tal reconstituição, a iminente ideia da restrição ao livre pensamento figurada no seu conteúdo, ao invés da sua rígida prefiguração constitucional, como vem pretendendo o Judiciário Brasileiro, remete, em verdade, à necessidade de que se reforce a contínua vigilância em relação aos perigos da formação de uma ordem orwelliana 7pelo Estado que determinaria o que é verdade e o que não é ? inclusive sobre si mesmo ? baseando-se em pressupostos analiticamente indeterminados, o que impedirá, em última análise, a circulação de discursos dissidentes, fazendo-se assumir ainda ao poder estatal a feição de uma nova forma de dominação, esta fulcrada no sequestro do debate público e, portanto, da busca pela verdade factual em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, sob a ótica propedêutica-constitucional,

as necessárias reflexões jurídicas atinentes à regulação das Fake News diante do fundamento da liberdade de expressão, direito fundamental encravado no texto constitucional brasileiro. Para tanto, tendo em vista a ausência de legislação específica que sedimentasse o cerco normativo do presente estudo, teve que se recorrer ao que há de mais profuso, em termos de jurisprudência ? inclusive internacional ? acerca desta inaugural colisão entre ?fato novo? e ?direito?. Não apenas isto, o presente trabalho comprometeu-se cabalmente em circunstanciar a necessidade de prefiguração da liberdade de expressão não apenas no campo jurídico, mas na esteira da sua imprescindibilidade política, cuja democracia se funda.
Nesse cerne, imperioso se faz concluir, não havendo ressalvas quanto a possibilidade de regulação legislativa das Fake News, que a conformação da coibição deste fenômeno, por hora, pelo poder jurisdicional, esta indiscutivelmente ameaçadora ao livre escoamento do debate público, perpassa, fundamentalmente, pela obtenção da liberdade de expressão como núcleo

7 Na ordem orwelliana, preconizada pelo escritor inglês George Orwell na sua obra distópica ?1984?, o poder
estatal age como um mecanismo de falsificação do passado e do presente, no passo em que desvirtualiza a
capacidade de expressão dos seus dissidentes, transformando o discurso em um produto monopolístico e inescapável do Estado, este denominado como ?Ministério da Verdade?.
37

essencial passível de preferência à cognição judiciária. Em outras palavras, para que sejam devidamente reguladas as Fake News deve-se, prima facie, conceber os limites materiais desta atividade, com vistas à proteção do alcance axiológico do livre pensamento, este fundamental às instituições democráticas e ao, mesmo tempo, historicamente frágil e de onerosa (re)conquista.
Mais do que isso, faz-se necessário compreender, em certo grau e sob certa égide normativa, a presunção caótica do debate público que, quase nunca, entregará pacificamente os desdobramentos do seu desenvolvimento, de modo que as suas inflamadas disjunções, naquilo que for possível, devem ser prestadas à sociedade civil como parte do processo autorregulatório da democracia, eximindo, naquilo que for possível, a intervenção do judiciário que, em face da sua matriz centralizadora, tenderá, em algum momento, pela preterição de determinada corrente aparentemente mais nociva, mas não necessariamente ilegal, prejudicando, em última análise, a obtenção da verdade factual e do autoconvencimento coletivo em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista De Direito Administrativo, 217, 67?79. 1999.
ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.
ARAÚJO, Leonardo Aires. A distinção entre a verdade filosófica e a verdade factual, na ótica arendtiana. Revista Ponto de Vista, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 01?08, 2023. DOI: 10.47328/rpv.v12i2.16444.

ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. 8ªed.São Paulo: Perspectiva, 2016.
BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das fake news e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democrática. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, 8-10, nov. 2017.
BARROSO, Luís Roberto. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./Mar. 2004.
BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade ? Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
38

BECKER, Daniel; FILHO, Humberto Chiesi; BRETZ, Luiza Pontes de Miranda. Gonzalez v. Google e Twitter v. Taamneh: lições da Scotus sobre responsabilizar plataformas. Conjur. 2023. Acesso em: 31.05.2024.
BERNARDINI, Ana Júlia Bonzanini; VIEIRA COSTA, Andressa Liegi. POPULISMO E FAKE NEWS NA ERA DA PÓS-VERDADE: COMPARAÇÕES ENTRE ESTADOS UNIDOS, HUNGRIA E BRASIL. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 28 | p. 385-412 | jan./jun. 2020 | E-ISSN 2359-2419
BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. ? Nova ed. ? Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.
BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891.
BRASIL. Constituição (1934) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.
BRASIL. Constituição (1937) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.
BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.
BRASIL. Constituição (1967) Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República [1988].
BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. BRASIL: Brasília, DF.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno,

j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, Voto. Min. Rel. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
39

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repr 0601372-57, Voto. Min. Ricardo Lewandowski. j. 13.10.2022.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2006.
DUQUE, M. S., & Nascimento, I. M. A. do. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 4(2), 949?968. 2018.
DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 2005.
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. In: Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, nº 17, p.15-19, jan./abr. 1973.
HAVARD LAW SCHOOL. Compelling speech The Supreme Court soon will decide if social media platforms must allow certain kinds of speech on their platforms. By Rachel Reed. United States (USA). 2024.
HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro de Mello Aleixo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LEFEBVRE D?OVIDIO, Francesco. Ad impossibilia nemo tenetur. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder, The Journal of European Economic History, ISSN 2499-8281, Associazione Bancaria Italiana, Roma, Vol. 49, Iss. 2, pp. 117-123
MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MAQUIAVEL, Nicolau. Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
MEIKLEJOHN, Alexander. Free Speech: And its relation to self-government. New York: Harper & Brothers, 1948.
MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, a.31, n° 122 maio/jul. 1994.
40

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009.
PEREIRA DA SILVA, Jorge. ?Fake news? conquistam 2017. O Jornal Económico, 17 novembro 2017.
POST, Robert. ?Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence?, Yale Law School Schlarship, 2000, 2355-2376.
ROSA, Pamela Dourado Kletlinger. O futuro da liberdade de expressão na era digital: moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no bojo do inquérito das fake news. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
SARLET, Ingo Wolfang. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: O CASO DAS ASSIM CHAMADAS ?FAKE NEWS? NAS REDES SOCIAIS EM PERÍODO ELEITORAL NO BRASIL. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e Liberdade de Expressão Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS. SÃO PAULO/SP. 2009.
TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. Defining ?Fake News?, Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 137-153, 2018.
WAACK, William. Fake News: uma visão político-jornalística. in: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.), Fake News e Regulação, São Paulo: RT, 2018.
WARDLE, Claire. Information Disorder. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: Council of Europe, 2017.

==========

Arquivo 1: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Arquivo 2: https://kevinlyles.digital.uic.edu/lyles/brandenburg-v-ohio (11790 termos)
Termos comuns: 107
Similaridade: 0,44%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento
https://kevinlyles.digital.uic.edu/lyles/brandenburg-v-ohio (11790 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SALVADOR
2024
GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho apresentado à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

SALVADOR
2024

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos
Matteo e Laura, amores do titio.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEGAL REFLECTIONS ON THE NECESSARY CONFORMATION OF THE CONCEPT OF FAKE NEWS IN FRONT OF THE FOUNDATION OF FREEDOM OF EXPRESSION

Guilherme de Magalhães Leal Moreira1
Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO
O presente estudo tem como objetivo tecer necessárias reflexões jurídicas acerca do (re)posicionamento do fundamento constitucional da liberdade de expressão diante do paradigma das Fake News, fenômeno atualíssimo decorrente da nova dinâmica informacional trazida pelas redes virtuais. Para tanto, busca-se prioritariamente investigar a fisiologia da liberdade de expressão no campo (filo)jurídico, bem como na própria arquitetura constitucional brasileira para que, ao fim e ao cabo, seja possível refletir o direito ao livre pensamento e suas ramificações na seara de contingências do plano de fundo das Fake News, especialmente no que tange à (in)determinação linguística e jurídica deste com fins à sua respectiva coibição jurisdicional. Nesse diapasão, tendo em vista a ausência de lei específica que regulamente o multicitado fenômeno, discute-se, do ponto de vista doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, sob quais termos a coibição às Fake News não pode corromper o núcleo essencial da liberdade de expressão, ante a sua imprescindibilidade democrática e inerente capacidade antinômica frente aos indesejados desdobramentos do poder estatal.
Palavras-chave: Liberdade de expressão, Fake News, Jurisprudência, Constituição, Democracia.

ABSTRACT: The present study aims to weave legal reflections on the (re)positioning of the constitutional foundation of freedom of expression in the face of the Fake News paradigm, which appears to be very current as a result of the new informational dynamics brought about by virtual networks. To this end, we seek to primarily investigate the physiology of freedom of expression in the (philo)legal field, as well as in the Brazilian constitutional architecture itself

so that, in the end, it is possible to reflect the right to free thought and its ramifications in the field. of contingencies in the background of Fake News, especially with regard to its linguistic and legal (in)determination with the aim of its respective jurisdictional restraint. In this context, in view of the absence of a specific law that regulates the multi-cited characteristics, it is

1 Discente do curso de Bacharelado em Direito da UCSal ? Universidade Católica do Salvador, em curso da
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do 9° semestre. Email institucional:
guilherme.moreira@ucsal.edu.br
2Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), pós-graduado em Direito
Processual Civil pelo Juspodivm e Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade - PPGEISU/ IHAC/
UFBA.
5

discussed, from a doctrinal and, above all, jurisprudential point of view, under which terms the prohibition against Fake News cannot corrupt the essential core of freedom of expression , given its democratic indispensability and antinomic capacity in the face of unwanted developments of state power.
Keywords: Freedom of expression, Fake News, Jurisprudence, Constitution, Democracy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA. 2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA. 3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL. 3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES. 3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. 3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão. 4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA. 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018. 4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado. 4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade trazer necessárias reflexões jurídicas acerca do justo posicionamento do princípio da liberdade de expressão no plano de fundo do fenômeno

das Fake News. Para tanto, far-se-á necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que fundamenta o conceito e a evolução normativa da liberdade de expressão na contemporaneidade, bem como conceber o que houver de dubiedade a respeito do significado do fenômeno das Fake News e, de igual modo, acerca da sua seara de afetação às democracias pós-modernas.

Nesse cerne, importa preponderar que o instituto da liberdade de expressão origina-se, uma vez ausente de elementos interventores, da mais plena comunicação entre o espírito humano da racionalidade e a sua consecutiva capacidade de perceber os fenômenos, bem como, de interpretá-los e verbalizá-los. Trata-se, portanto, de um dado da realidade espontaneamente percebido que, nas suas mais diversas manifestações, revela a heterogeneidade do senso intelectivo humano, no passo em que dá tom à livre criação de iniciativas políticas, religiosas, ideológicas, artísticas e científicas.

6

Trazendo para uma perspectiva civilizacional, ao anteceder ao conjunto complexo das normas politicamente constituídas, o referido instituto vem sendo imbuído de dificultoso esforço normativo, no transcorrer da história ocidental, para que sua repercussão seja adequadamente suportada em face da necessidade de pacificação social, sobretudo se levado em consideração que a liberdade de expressão é percebida em seus efeitos, ou seja, reformular o seu conteúdo passaria, em última análise, pela necessidade em atingir as suas manifestações.

Por outro lado, sabe-se que as matrizes jurídicas pós-modernas, como a brasileira, são marcadas pela temporalidade das estruturas normativas. Em outras palavras, o sistema normativo contemporâneo, ao ser influenciado pelo binômio ?tempo-espaço?, possui caráter de fluidez em relação aos mais novos produtos das relações intersubjetivas, fazendo com que direitos já consolidados defrontem-se aos acontecimentos e demais direitos a eles supervenientes, gerando uma contínua necessidade de atualização do seu alcance normativo.

Diante disso, tratando-se o fenômeno das Fake News de fato novo e atípico que vem ressignificando o potencial lesivo da liberdade de expressão nas redes sociais para além dos limites já impostos pelos tutelados direitos da personalidade, gerando inaugural atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho tem como objeto central responder o seguinte questionamento: o que é necessário levar em consideração para que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão prepondere sobre a iminente regulamentação jurisdicional do fenômeno das Fake News?

Para tanto, o estudo a ser deslindado no decorrer deste trabalho terá, enquanto principais objetivos, o devido esforço propedêutico de posicionamento histórico-constitucional da liberdade de expressão, bem como da vocação etimológica e jurídica do fenômeno das Fake News, momento em que finalmente se buscará dimensionar o paradigma observado pelo livre pensamento diante do intercorrente fenômeno multicitado e suas variações observáveis no Brasil (e no exterior), analisando, ainda, posteriormente, a necessidade de que, num cenário normativo de necessária conformação entre ?direito x fato novo?, este prefigure sobre aquele.

No aspecto metodológico, por sua vez, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, substanciada em material analítico já publicado, bem como na análise primária de documentação legislativa e jurisprudencial. Além disso, o presente trabalho se baseará no método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo em vista que a relação entre pesquisador e

fenômeno pesquisado se dará em influência mútua, desdobrando-se ainda em hipóteses a serem submetidas ao processo de falseamento.

7

2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA.

A liberdade de expressão, enquanto apanágio da inclinação racional do indivíduo, vem correspondendo, no transitar das experiências civilizacionais ? sobretudo àquelas impelidas pela modernidade ? na possibilidade concreta de ação individual desentranhada, por sua vez, de condições de existência externas. Isso significa dizer que, para além de todos os preceitos formulados pelas convenções humanas e direcionados a finalidades coletivas, o instituto da liberdade de expressão origina-se e conclui-se em si mesmo, de modo que a sua única condição existencial é o próprio senso intelectivo humano (SILVA, 2000, p. 247 e 248).

Transpondo a obtenção da liberdade de expressão como um dado da realidade antecessor a qualquer convencionalidade societária, observa-se, inclusive, no ramo do estudo dos direitos fundamentais, que a liberdade de expressão, assim como as demais liberdades de vocação individual, constituiu o Estado Moderno como meio de subtração do seu poder. Nos dizeres do filósofo italiano Norberto Bobbio (2004), por exemplo, os direitos de liberdade, componentes dos denominados ?direitos de primeira geração? são marcados pelo seu conteúdo negativo, ou seja, acabaram por afetar a fisiologia estatal pré-revolução francesa, evocando o seu não-agir.

Tão relevante é o caráter negativo da liberdade de expressão, aliás, que os seus desdobramentos, como a liberdade de opinião e a própria liberdade de imprensa, servem ao exercício social da cidadania como instrumentos fiscalizatórios supraestatais da atividade política, na medida em que a sua publicidade evoca no seio societário a possibilidade de demandar as suas respectivas expectativas e críticas, gerando uma contínua comunicabilidade antinômica entre o poder estatal e o seu agente constituinte, qual seja a própria sociedade.

Acerca do referido fenômeno, ressalta ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e notório doutrinador Luís Roberto Barroso:

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povoe a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los (BARROSO, 2004, p. 19).

Não à toa, devido a sua potencialidade antinômica, a liberdade de expressão, na visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin, defensor da famigerada teoria constitutiva, deve ser

8

concebida juridicamente por uma visão mais ampla e estável, de modo que se entenda o seu valor por si só. Em linhas mais específicas, enquanto a teoria da verdade criada pelo polímata estadunidense Oliver Wendell Holmes visava filtrar o direito ao livre discurso através do seu conteúdo valorativo, maximizando a verdade como finalidade, a perspectiva de Dworkin recai sobre a autonomia do próprio discurso independente do seu direcionamento, de modo que, segundo o autor, trata-se de um exercício civilizatório impossível numa democracia obter um juízo moral pleno a respeito do bem comum sem que essa atividade se constitua através da participação geral e heterogênea dos seus cidadãos, o que denota, em última análise, a importância dialética da liberdade de expressão para o debate público (POST, 2000, p. 236; DWORKIN, 2005, p. 25).

Dada a sua vocação supraestatal, pode-se provisoriamente concluir, portanto, que a liberdade de expressão, ao derivar de uma ordem conatural da natureza humana, independe de qualquer empenho coletivo-racional de formulação, bastando ao Estado ? sobretudo o Democrático ? admitir a sua relevância em sua ordem jurídica, impondo-lhe limitações provenientes das características teleológicas de cada ordenamento jurídico. Na perspectiva de Dworkin, por exemplo, essa muito influenciada pela filosofia de não-restrição aos direitos fundamentais da Constituição Americana, basta ao Estado, ao lidar juridicamente com a liberdade de expressão, buscar a potencialização da independência moral dos seus cidadãos, senão vejamos:

Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual (DWORKIN, 2005, p. 26).

Em perspectiva diversa, segundo o filósofo britânico Alexander Meiklejohn, existe uma limitação precípua à liberdade de expressão: o seu desserviço à democracia. De modo explicativo, segundo o autor, a liberdade de expressão deve obter conceituação e tutela constitucional, em regra, para proteção de qualquer discurso, principalmente aquele de caráter dissidente. Entretanto, a proteção ao direito não corrobora a automática proteção ao seu abusivo usufruto, de modo que não pode o Estado permitir a dissipação de discursos que a ele tenham vocação autodestrutiva.

Isso significa dizer que se o Estado compromete-se constitucionalmente a promover uma ordem social democrática, não pode ele admitir a existência de discursos no debate político
9

que promovam a destruição dessa finalidade, sob pena de assumir para si uma fisiologia que em algum momento lhe gere uma ruptura (MEIKLEJOHN, 1948, p. 13 a 15).

A perspectiva de Meiklejohn, por esse motivo, conecta-se, de certa forma, à plasticidade não-estática da Constituição Brasileira de 1988 que, apesar de conceber plenamente a liberdade de expressão como direito fundamental, tutela implicitamente a vedação ao discurso de ódio e a apologia ao denominado conjunto de ?discursos antidemocráticos?. Nesse sentido, o jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet afirma que numa interpretação sistemática ? aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um

regime democrático ? a Constituição Brasileira assegurou para a liberdade de expressão uma posição (relativa) preferencial, o que pode ser compreendido como uma preferência prima facie ? mas não absoluta ? que, por sua vez, não obsta o dever do sistema jurídico em garantir a preservação dos demais bem-jurídicos inseridos na sua Carta Magna, como dos direitos da personalidade (SARLET, 2019, p. 1225 e 1226).

Em sentido complementar, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que a garantia constitucional a liberdade de expressão está acompanhada de expressa reserva legal. Isso significa dizer que o exame conceitual da liberdade de expressão em sua justa aplicação pelo Poder Judiciário deve se dar de forma sistemática, de modo a transparecer que a evolução do direito à liberdade de expressão o conduz para a vedação ao conflito entre direitos fundamentais (Grundrechtskollision), levando a sua preferência relativa no ordenamento jurídico, em última análise, ao filtro da dignidade humana, elemento integrante do sistema de valores dos direitos (trans)individuais na Constituição Brasileira (MENDES, 1994, p. 298 a 301).

Dessa forma, observa-se que a busca pela conceituação (filo)jurídica do princípio da liberdade de expressão, ao mesmo tempo que perpassa pelo seu reconhecimento enquanto direito prefigurado às convencionalidades coletivas e prioritário no plano de fundo democrático, não furta-se de um enquadramento na sistemática constitucional, de modo que o seu eixo de limitação, como se verá mais adiante, deva encontrar solidez na garantia de outros direitos individuais, desde que garantida a reserva legal do seu exercício jurisdicional.

2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.

10

Tendo sido bem delineada a seara (filo)jurídica da liberdade de expressão, observa-se que o seu conteúdo enquanto bem-jurídico, assim como a sua desejada aplicação no seio societário perpassam pela indispensável noção de enquadramento do referido instituto na ordenação democrática que o reconhece.

Isto porque, num primeiro momento, a liberdade de expressão aparece como fundamental corolário do sentimento democrático. Nos dizeres de Silva (2009, p. 114) a liberdade da palavra, numa democracia, está voltada para a vida coletiva através da discussão e deliberação de assuntos públicos de bem comum. Nesse cerne, a constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo torna-se, segundo o autor, premissa óbvia ? tomada como um dado ? de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o sistema democrático atingir a sua finalidade política precípua de satisfação da vontade popular.

Tão antiga e consolidada na literatura política é a importância da liberdade de expressão que, em suas obras republicanas, Maquiavel, um autor reflexo de um período não-democrático, já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar no trecho abaixo reproduzido:

Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela

discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 2000, p. 76)

Por outro lado, num segundo momento, a importância de contrastar o princípio da liberdade de expressão com o plano de fundo democrático existente se dá também com vistas a sua seara de aplicação jurídica. De acordo com Sarlet e Siqueira (2020, p. 545 e 546), na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e de informação nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, mas, também, da operacionalização, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de proteção desses direitos, o que, por sua vez, implica a salvaguarda dos direitos políticos e da democracia e suas instituições.
A perspectiva do autor brasileiro, nessa esteira, fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana é o fundamento estruturante de uma democracia, ao passo que a democracia opera como espécie de garantia organizacional e procedimental da dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 86 e 87). Em sentido confluente, pode-se deduzir que a relação entre
11

democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora o aumento do potencial democrático numa sociedade possa muitas vezes significar o aumento da liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão, em seu usufruto abusivo, pode acarretar riscos para a democracia o que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão em última instância de análise (MICHELMAN, 2007, p. 58), o que torna necessário calculado equacionamento.
Na democracia brasileira, destacadamente, o problema do conteúdo e limites da liberdade de expressão somente pode ser enfrentado e equacionado, do ponto de vista jurídico, quando existe um consenso (no sentido de uma opinião e prática majoritária) relativamente ao seu sentido e alcance, o que, por sua vez, remete à querela em torno da posição da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais (SARLET; SIQUEIRA, 2019, p. 549 e 550).
Nesse sentido, conforme observaremos mais detalhadamente no próximo capítulo do presente trabalho, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegure um idêntico status protetivo à privacidade, intimidade, honra e imagem e à liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, levando a uma interpretação sistemática que não dispensa a constitucionalidade da sua limitação pelo Poder Judiciário (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550 e 551).

3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Objetivando o mais justo estabelecimento da formatação do direito à liberdade de expressão no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no plano do Estado Democrático de Direito vigente, faz-se necessário compreender, prioritariamente, a sua história

constitucional, de modo que se possa dimensionar, ao fim deste capítulo, a relevância e extensão do direito à liberdade de expressão diante do binômio espaço-temporal das normas constitucionais pátrias, chegando satisfatoriamente à sua atual fisiologia jurídica, por sua vez fundada na Constituição Cidadã de 1988.

Para tanto, trata-se de dado histórico verificável a ser ressaltado nesta oportunidade que a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro submeteu-se a diversas
12

variações, decorrentes estas, por certo, do momento histórico-social pelo qual a sociedade brasileira passava quando da adoção de cada Carta Constitucional (DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Isto dito, a contemplação constitucional do direito à liberdade de expressão teve início com a Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, em que havia, através do art. 179, IV do título ?Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros.?, previsão destacada a respeito da inviolabilidade dos direitos civis de liberdade dos cidadãos brasileiros, fazendo menção expressa ao direito de comunicação de pensamento por palavras e escritos, podendo ainda serem estes últimos publicados pela imprensa, a qual teria a sua atividade garantida sem a dependência de censura (BRASIL, 1824).

Em contrapartida, o próprio dispositivo supramencionado previa a possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de pensamento nos casos e pela forma que a lei determinasse. Tal disposição restritiva, no entanto, apesar de destacar o filtro da legalidade, era cercada de certa imprecisão, tendo em vista que a existência do Poder Moderador, este previsto no Título 5°, Capítulo I da mesma Carta, trazia como direito do Imperador prover a tudo que fosse concernente a segurança interna e externa do Estado, incluindo nisto a manutenção da ordem moral da sociedade brasileira, o que, em última análise, acabava por significar a existência de um censor de alcance ilimitado gerado pelo mesmo texto constitucional (BRASIL, 1824; DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Com a derrubada do Império e a inauguração do regime republicano no Brasil no ano de 1889, fora criada, dois anos depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual manteve em quase total integralidade o texto constitucional do Império acerca da livre manifestação e publicização do pensamento, havendo, no entanto, diferenciação notória decorrente não em face da égide normativa em si, visto que praticamente espelhada na anterior, mas da retirada do Poder Moderador como potencial mecanismo de censura para além do filtro da legalidade (DOS SANTOS, 2016, p. 109 e 110).

Por outro lado, a primeira constituição republicana fora responsável por trazer em seu art. 72, parágrafo 12 a vedação ao anonimato, condição à livre manifestação do pensamento até hoje presente no texto constitucional brasileiro como forma de garantir a responsabilização do emissor de determinada palavra e/ou escrito através da sua obrigatória identificação (BRASIL, 1891).
13

Já no séc. XX, mais precisamente na década de 30, fora promulgada no ano de 1934 a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, inspirada na Constituição de

Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931 e imbuída pela Revolução de 1930 trouxe inovações à proteção da liberdade de pensamento em seu art.113, parágrafo 9, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos e, ao mesmo tempo, permitiu a censura de espetáculos e diversões públicas, como afronta clara ao potencial antagônico da classe artística (BRASIL, 1934; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Três anos depois, como forma de perpetuar-se no poder e inspirado na Constituição autoritária da Polônia de 1935, o então presidente Getúlio Vargas (1882-1954), promoveu um golpe de estado em 1937 e, no mesmo ano, outorgou um novo texto constitucional em que em seu art. 122, inciso 15 ? reforçado pelo Decreto-lei no 1.949 ? estavam previstas diversas modalidades e mecanismos de censura ? inclusive prévia ? ao livre pensamento, sob a premissa de garantir a paz, a ordem, bem como a moralidade e a segurança pública (BRASIL, 1937; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Tais previsões constitucionais, assim que vigentes, deram origem a uma série cinzenta de atos institucionais de restrição à liberdade de expressão nas mais diversas ramificações, sobretudo no âmbito da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão e, destacadamente, na própria seara política, ausente do juízo de valor popular (DOS SANTOS, 2016, p. 110 e 111).
Com a deposição de Getúlio pelos militares e a consequente superação do seu regime no ano de 1945, fora promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, um ano depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, reavendo, em seu art. 141, conquistas da Carta Constitucional de 1934, além de trazer destaques quanto a liberdade da convicção religiosa, filosófica e política. Entretanto, no mesmo texto, apesar de expressa consideração das artes como livres no art. 173, a Constituição de 1946, no parágrafo 5° do art.143 destacava que os espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados, dando continuidade às afrontas moralistas ao pensamento artístico oriundas do texto constitucional de 1934 (BRASIL, 1946; DOS SANTOS, 2016, p. 111).
Quase duas décadas depois, com a instalação do Regime Militar no Brasil no ano de 1964, a Constituição de 1946 fora suprimida, dando lugar a um cenário de ausência de proteção constitucional dos direitos fundamentais, marcado este pela publicação dos Atos Institucionais I e II que suprimiram a representatividade política do país (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
14

O novo status quo institucional ora instalado se consolidou na Constituição da República Federativa de 1967 que praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação e publicização do pensamento independentemente de censura. No entanto, diferentemente da Constituição de 1946, o texto constitucional em voga naquele período trouxe, no parágrafo 8° do art. 150, a possibilidade de intolerância jurisdicional diante de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967; DOS SANTOS, 2016, p. 112).
Nesse deslinde, foram publicados consecutivos atos institucionais até o Ato Institucional nº 5 ? AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do Poder Executivo e tratando qualquer manifestação contrária ao Regime como crime político e contra a segurança nacional, o qual, segundo o próprio ato, estava excluído de qualquer apreciação judicial, devendo ser tratado como uma questão militar (DOS

SANTOS, 2016, p. 112).
Ato contínuo, no ano de 1969, a Emenda Constitucional n° 1 foi decretada pela Junta Militar vigente, modificando quase que integralmente a Constituição de 1967, de modo a dar caráter de legalidade constitucional aos atos institucionais. Sobre a Emenda referida, esclarece José Afonso da Silva (2006, p.86):

> Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Assim, sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que a liberdade de expressão, com considerações ao Regime Getulista, sofreu suas maiores represálias constitucionais na história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
No entanto, o contínuo desgaste do Regime Militar nos campos internacional, econômico e político acabou por culminar no processo de redemocratização do Brasil a partir do ano de 1985, processo este consolidado pela Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente no país, trazendo a maior proteção aos direitos fundamentais e democráticos da história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 113).
No que tange ao direito ao direito à liberdade expressão, a Carta Constitucional, ao se definir como signatária efetiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representou uma verdadeira antítese ao regime antecessor, reconhecendo, como cláusulas pétreas, o direito de qualquer cidadão de, indistintamente, formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores
15

e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação (DOS SANTOS, 2016, p. 114).
Para bem ilustrar a renovação constitucional supramencionada, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 65):

> A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Nesse deslinde, a liberdade de expressão passou a figurar no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando no art. 5°, IV e IX o caráter de inviolabilidade do direito ao livre pensamento com vedação ao anonimato e, ademais, fazendo-se destaque ao livre exercício das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).
Em disposição consoante, o art. 220 da Constituição Cidadã reforçou o disposto nos dispositivos supramencionados, destacando ainda a vedação ao embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988).
Nesses termos, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente

a liberdade de expressão e comunicação como elementos constitutivos do próprio regime institucional vigente, pondo fim à censura anteriormente existente, marcada esta pela relativização normativa do livre pensamento (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

Em contrapartida, ao prever, em seu art. 5º, X a igual proteção aos direitos da personalidade ? quais sejam intimidade, vida privada, honra e imagem ? bem como promover a vedação ao seu usufruto abusivo, a Constituição de 1988 foi responsável por trazer a mais nova fisiologia do direito à liberdade de expressão, balizado pelo binômio ?liberdade x responsabilidade? e, sobretudo, pelo fenômeno da colisão dos direitos fundamentais na operacionalização (infra)constitucional destes, tema a ser analisado no tópico a seguir (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES

De acordo com o notório jurista alemão Robert Alexy, a problemática da colisão dos direitos fundamentais decorre do próprio intento do estudo dos direitos fundamentais em revelar

16

as estruturas dogmáticas, bem como o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 1999, p. 68).

Em linhas mais específicas, ao substanciar o ideal do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se desdobram simplesmente de dispositivos racionalizados pela ordem jurídica nacional, recepcionando, em verdade, a validez universal dos chamados direitos substanciais que, por seu turno, vinculam certas exigências transnacionais ao texto constitucional de cada país que vão da hierarquização das suas cargas valorativas, até a definição dos seus conteúdos axiológicos (ALEXY, 1999, p. 67).

E é nesse deslinde que surge a necessidade de catalogação dos direitos fundamentais e, consequentemente, da revelação da sua capacidade colidente por via de interpretação constitucional, podendo ser esta capacidade ampla, quando os direitos colidentes têm vocação coletiva, ou estrita, quando o conflito normativo decorre de direitos fundamentais individuais propriamente ditos (ALEXY, 1999, p. 68 e 68).

No caso presentemente estudado, qual seja o direito à liberdade de expressão, a sua capacidade colidente desenvolve caráter evidentemente estrito, isto porque a sua carga valorativa, bem como o seu conteúdo axiológico não podem ocorrer indefinidamente no plano da realidade sem que o seu exercício normativo tenha consequências negativas sobre direito fundamental diverso, sobretudo os direitos da personalidade.

Por esse motivo, a técnica interpretativa da Constituição Federal de 1988 no que tange a colisão dos direitos fundamentais, marcada destacadamente pela Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), não apenas trouxe os direitos da personalidade como colidentes ao exercício da liberdade de expressão, como também definiu a possibilidade do seu usufruto abusivo que, dentre outros prejuízos possíveis, pode ferir diretamente a ordem pública constitucional (DUQUE, 2018, p. 963).

Para bem ilustrar a mecânica destas limitações ver-se-á especificamente a sua operacionalidade (infra)constitucional nos tópicos a este subsequentes, destacando, sobremodo, a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, bem como à

clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas ao seu alcance normativo.

3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A Teoria dos Limites dos Limites preconiza que, através do princípio da proporcionalidade, deve-se estabelecer a definição de peso para cada um dos direitos
17

fundamentais em colisão e, assim, estabelecer de qual modo essa definição deve se dar de maneira proporcional para que se possa encontrar, finalmente, o equilíbrio correto entre os direitos fundamentais (DUQUE, 2018, p. 954 e 955).

Em outras palavras, é fundamental à técnica interpretativa constitucional analisar, mediante limitação abstrata, se o benefício alcançado com o sacrifício da aplicação de um direito fundamental não causa um prejuízo desnecessário.

No caso da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão à proteção da personalidade, segundo Alexy (1999, p. 70), a definição elementar da limitação a ela necessária perpassa indiscutivelmente pela irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total, bem como pela onipresença da ponderação entre ambos os direitos colidentes.

Essa interface interpretativa, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao direito à liberdade de expressão uma posição preferencial relativa de exercício em relação aos demais direitos fundamentais em vista da sua teleologia democrática indispensável.

Ao mesmo tempo, ocorre na sistemática constitucional, a possibilidade concreta e material dada ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo da dignidade da pessoa humana, de limitar a irradiação do livre pensamento, sob a prerrogativa de que os desdobramentos do senso intelectivo não podem preponderar indefinidamente sobre o indivíduo que intelectualiza sobre si mesmo.

Nessa égide, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos extrapatrimoniais previstos em seu art. 186 faz uma operacionalização infraconstitucional da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo em vista que o dano moral, ao representar o ferimento a uma camada imaterial do titular do direito, abarca a possibilidade do uso indevido da liberdade de expressão através de palavras ou escritos que, por seu turno, exigem a consecutiva reparação nos termos do art. 927 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

O Código Penal, por sua vez, em seu Capítulo V, traz previsão de detenção e multa a quem infringir a honra de outrem. No entanto, na esfera penal, há previsão de aumento de pena baseada na pessoa da sua vítima ? como, por exemplo, o Presidente da República ou Ministro do Supremo Tribunal Federal ? e se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, como as próprias redes sociais (BRASIL, 1940).

Seguindo a mesma toada discriminatória da tutela dos direitos da personalidade, os Estatutos da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010) e da Pessoa com Deficiência (Lei n° 3.146/2015) regulam infraconstitucionalmente a liberdade de expressão, fazendo definição
18

expressa à discriminação e preconceito contra os respectivos grupos. Ademais, a Lei dos Crimes

Raciais (Lei n° 7.716/1989), recentemente alterada pela Lei n° 14.532/2023, criminaliza a ofensa em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, prevendo aumento de pena ainda quando o crime ocorrer em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação ou quando praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, trazendo limitações práticas ao conteúdo humorístico de cunho racial, mas também ao racismo institucional presentes nos órgãos públicos.
Por fim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual se verá mais detalhadamente no decorrer deste estudo, atualizou a colisão entre a tutela dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão para o campo tecnológico-informacional, trazendo, no seu art. 7º, I e, em consonância ao Código Civil, a inviolabilidade do direito reparatório decorrente de conteúdos gerados por usuários e trazendo como novidade normativa, por outro lado, a neutralidade das redes em si, bem como a isenção dos seus responsáveis por estes mesmos conteúdos (BRASIL, 2014).

3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão
Apesar do abuso do direito à liberdade de expressão obter relação indissociável com a tutela dos direitos da personalidade, para os fins do presente estudo, faz-se necessário destacá-lo brevemente com vistas a dissertar acerca da sua amplitude semântica, sobretudo no contexto das redes sociais e das famigeradas Fake News delas oriundas.
De acordo com o art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A liberdade de expressão, portanto, nesse cerco normativo, deve ser exercida, inclusive por inferência lógica da Teoria dos Limites dos Limites, mediante comedimento e razoabilidade em razão de diversos outros direitos caros ao texto constitucional e, inequivocamente, ao próprio Estado Democrático de Direito.
Observe-se então que a possibilidade do abuso do direito à liberdade de expressão, diferentemente da tutela dos direitos da personalidade, possui um núcleo normativo de maior amplitude e com menor definição de alcance, caso em que poderá ser ramificada a sanção ao livre pensamento à tutela de outros direitos constitucionais que não necessariamente o livre desenvolvimento da personalidade.
Aliás, caso o abuso do direito à liberdade de expressão decorresse tão somente do ferimento dos direitos da personalidade, o direito de resposta, referendado pelo inciso V do art. 19

5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, serviria, em conjunção com a possibilidade indenizatória, como remédio respectivo para a satisfação do ofendido, bem como para a responsabilização civil e penal do ofensor, inclusive no contexto dos meios de comunicação.
No entanto, em verdade, o abuso do direito à liberdade de expressão tem ecoado, sobretudo na era das redes sociais, na insurgência do controle jurisdicional de determinados conteúdos que, apesar de não ofenderem determinado titular de direito concreto e material, obtém uma pretensa finalidade de minar certos valores constitucionais, como o Poder Judiciário e os seus consectários, por exemplo (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 539 e 540).
Sob este novo plano de fundo, as famigeradas Fake News têm recebido destaque por se

desdobrarem na criação de conteúdos, pretensamente imparciais ou não, que, na interpretação jurisdicional, representam o desvio sistemático da verdade ou contradizem os fatos integralmente, sob a finalidade de destituir a validade de determinado instituto caro ao regime democrático (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 540).
Outrossim, essa realidade emergente se agrava ainda mais, levando em consideração o potencial difusor das redes sociais, bem como a relativização do perfilamento real do ofensor que, apesar de precisar identificar-se na sua atividade virtual em face da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF/88), pode criar intermináveis perfis que não necessariamente representem o perfil real do usuário, tendo proteção, inclusive, do direito à privacidade, tutelado pela Constituição em seu art. 5º, X e preferido infraconstitucionalmente em razão do Marco Civil da Internet (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 545 e 546).
Nesse deslinde, tem-se observado o surgimento de uma inaugural atuação do Poder Judiciário no que concerne ao alcance do abuso do direito à liberdade de expressão, arrastando o seu núcleo de limitação valorativa para as redes sociais, com vistas a discernir, de forma sancionatória, o livre pensamento das famigeradas Fake News e suas variações, o que torna imprescindível, para os fins do presente trabalho, dissertar a seguir acerca da (im)possibilidade material deste atualíssimo fenômeno jurisdicional, ressaltando, sobremodo, a necessidade de preservação do núcleo da liberdade de expressão, direito fundamental relativamente preferencial aos demais na Carta Magna Brasileira.

4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA
20

A análise ora pretendida da prefiguração do direito à liberdade de expressão no paradigma das Fake News perpassa, imperiosamente, pelo esforço antecedente não apenas de buscar a definição conceitual do multicitado fenômeno, como também se desemboca na conseguinte e, ainda mais importante para os fins do presente estudo, perseguição à sua vocação jurídica, de modo que se possa esquadrinhar finalmente a (im)possibilidade material do combate jurisdicional às Fake News em face da sua respectiva estabilidade enquanto fato novo passível de regulamentação.
Nessa esteira, conforme Allcott e Gentzkow (2017, p. 211 a 214), apesar de, grosso modo, Fake News popularmente significar, do inglês, ?notícia falsa?, o referido termo, no seu âmbito prático, abarca todas as informações veiculadas e aptas a serem disseminadas instantaneamente em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar o destinatário da mensagem inverídica e provocando, como finalidade precípua, um efeito pretendido sob determinado fragmento da sociedade.
Dessa forma, da pluralidade de manifestações cabíveis às Fake News, podem surgir erros intencionais, rumores sem origem em notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa e ainda propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141 a 147; ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214).
Nessa perspectiva, as Fake News podem ainda se subdividir em três modalidades gerais

quanto à sua forma e pretensão, sendo elas: a) dis-information, que ocorre quando a informação falsa e veiculada com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; b) mis-information, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; c) mal-information que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada ?pessoa, organização ou país? (WARDLE, 2017, p. 20).

Todas estas modalidades, à sua maneira, obtém a capacidade de gerar a denominada desordem informacional (information disorder) que subsiste na conexão atentatória entre os fatos (falsos ou não) e a narrativa imbricada sobre eles sob determinada finalidade extrínseca, esta geralmente danosa a algo ou alguém (LAZER; BAUM; BENKLER, 2018, p. 1094).

Desta análise conceitual já pode-se deduzir que o fenômeno das Fake News tem a capacidade material de, no seu enquadramento jurídico, desembocar casuisticamente na tutela

21

jurídica dos direitos da personalidade, visto que, dentre as suas finalidades identificáveis, o prejuízo reputacional à indivíduos e coletividades de pessoas é incontroverso. Por outro lado, há de se observar também que, ao se desenvolver sob pretenso contexto, as Fake News funcionam também como possíveis agentes de sectarismo, instabilidade político-social e proselitismo ideológico, caso em que o seu efeito danoso pode direcionar-se às vítimas imateriais, as quais a integridade só se pode verificar no âmbito das ideias e valores.

Nessa senda, a vocação jurídica das Fake News obtém concretude ante a sua seara de afetação ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, no que tange aos seus efeitos sobre as vítimas imateriais acima descritas, como a própria ideia jurisdicional da democracia plena, a vocação jurídica das Fake News perpassa substancialmente pela verificação da (im)possibilidade da tutela judicante de identificar a verdade factual no âmbito do debate público, sobretudo em contextos sensíveis.

Ao mesmo tempo, a vocação jurídica do multicitado fenômeno perpassa por uma limitação conceitual que não alargue indiscriminadamente o alcance dos termos linguísticos (enunciados semânticos) que o caracterizam em sua elasticidade e instabilidade, para que, ao fim e ao cabo, a sua regulação pela esfera jurídica, ante ausência, sobretudo, de regulamentação legislativa específica, não implique na maior restrição às liberdades de expressão e de informação, o que poderá desencadear na definição arbitrária dos rumos do debate público brasileiro pelo Poder Judiciário.(SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018

Como visto anteriormente, sendo notória a ausência de lei que regule o fenômeno das Fake News no seio das suas especificidades, o Poder Judiciário brasileiro tem deslocado profuso esforço para conter os pretensos danos decorrentes da sua ressonância, destacando-se, nessa esteira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a sua verticalidade cognitiva e, sobretudo, a sua prerrogativa constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em especial a própria liberdade de expressão, visto que diretamente afeta ao tema insistentemente deslindado pela

Corte.
O referido esforço da tutela jurisdicional, nesse cerne, não apenas revela a necessidade de que se analise exemplificativamente a operacionalidade judicial do controle concreto do multicitado fenômeno em face da sua instabilidade semântica, como também torna imperioso
22

que seja reflexo à questão a nova carga valorativa da liberdade de expressão no texto constitucional como subproduto das cognições do Supremo acerca das Fake News, bem como o impacto desta reconstituição ao Estado Democrático de Direito como um todo.
Para tanto, importa contrastar, a existência de uma posição preteritamente consolidada pelo Supremo, anterior às eleições de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão possui posição preferencial relativa na arquitetura constitucional e que, mais, a sua restrição depende de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo. Isto feito, se observará seguidamente a existência de uma transmutação valorativa do livre pensamento na cognição judiciária, por sua vez marcada por fenômenos concorrentes e decorrentes das eleições de 2018, em que o proselitismo ideológico e as Fake News fundiram-se como modus operandi único de populismo digital.
Assim esclarecido, como exemplo inicial da primeira via de análise supracitada, pode-se utilizar a própria ADPF n° 130, já sucintamente destacada neste estudo, em que a Suprema Corte pátria decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988. Na fundamentação da decisão, o STF sinonimizou a liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que, segundo a Corte, é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548).
Ademais, no que tange a consagração dos art. 5°, IV e IX e art. 220 da Constituição, argumentou categoricamente o Supremo na ADPF n° 130 que não há liberdade de imprensa pela metade ou praticada em face das tenazes da censura prévia, sob pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Nesse cerne, silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como esta, na visão do STF, recusar a qualificação do referido território virtual como ambiente livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação, este, por sua vez, um notório ?sobredireito? na égide constitucional. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548 e 549).
Já no âmbito da ADPF n° 187, o Supremo, ao referendar a constitucionalidade da denominada ?marcha da maconha?, vedando a sua criminalização enquanto suposta apologia ao crime, afirmou que tratativas de limitação ao direito de livre expressão e reunião devem passar, necessariamente, pelo crivo da sua constitucionalidade, levando em consideração, sobretudo, que o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à liberdade de expressão (liberdade-fim), desde que pacíficas e ordeiras, tratam-se de pré-condições necessárias à ativa participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões no âmbito do aparelho
23

do Estado, devendo ser soberano o zelo constitucional em proteger a promoção de atos de proselitismo pela sociedade civil, inclusive em oponibilidade ao exercício do Poder Público e os seus respectivos agentes (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 549 e 550).

Pondo fim a esta apreciação jurisprudencial precedente, merece destaque a decisão paradigmática do STF para o tema em epígrafe no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451 (ADI n° 4451) em que foi declarada inconstitucional, antes das eleições de 2018, lei eleitoral (Lei n° 9.504/1997) que buscava a vedação de sátiras e críticas a candidatos feitas por emissoras de rádio e televisão (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 559 a 561).
Para tanto, importa ressaltar que, em consonância ao que já fora teoricamente deslindado até o momento a respeito do ambiente apropriado para a proliferação das famigeradas Fake News, tratam-se as eleições ali regulamentadas de notório contexto sensível.
Isto dito, a Suprema Corte, em sua marcante cognição, considerou errônea a opção do legislador em colocar a lisura do pleito eleitoral como hierarquicamente superior às liberdades de expressão, incluindo a liberdade artística, de modo a atingir inclusive o núcleo essencial das referidas liberdades, desrespeitando a sua posição preferencial no texto constitucional, que subsiste por motivos histórico-civilizacionais, sendo, ademais, fundamental para o exercício de outras liberdades e, sobretudo, para o pleno exercício da democracia.
No âmbito deste entendimento da Corte, merece ainda destaque o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes que consignou voto no sentido de que não há permissão a ser deduzida do texto constitucional com o fulcro de limitar preventivamente o conteúdo do debate público por conta de conjecturas em torno de eventuais efeitos que a divulgação de determinados conteúdos possa vir a ter na esfera pública (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Ademais, delimitando a possibilidade material de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão, afirmou o Ministro que a liberdade de crítica deve ser plena e irrestrita, não havendo razão para que as práticas dela decorrentes sejam interrompidas no período eleitoral, até mesmo pelo fato de que eventuais abusos serão sempre passíveis de eventual responsabilização cível ou mesmo criminal por terem cunho injurioso, difamatório ou mesmo configurarem calúnia. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Em sentido confluente, entendeu o então Ministro e decano da Corte Celso de Mello: ?nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento? (BRASIL, 2018, p. 18).
24

Ao tratar especificamente das Fake News, o Ministro Luís Fux fundamentou, por seu turno, que a questão adquiriu um espaço maior, para quem a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, de modo a frisar a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão, que abarca a veiculação de opiniões e crítica e o falseamento doloso da verdade que causa danos graves e irreversíveis às suas vítimas. Para tanto, o Ministro, em sua cognição, não se desincumbiu de definir as especificidades do falseamento da verdade nos parâmetros das Fake News e nem mesmo adentrou no terreno valorativo do que seria a verdade no âmbito do debate político (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 564 apud BRASIL, 2018, p. 63 a 73).
Dessa forma, na multicitada decisão paradigmática, fora estabelecida pela Corte, assim como em outras oportunidades, a cognição de que há uma relação de retroalimentação entre a liberdade de expressão e a democracia, da qual a intervenção judicial só pode ser benigna se for

absolutamente subsidiária e fulcrada nos limites impostos pela própria Constituição.
Por outro lado, o STF, apesar de deslindar passageiramente acerca da hipótese de incidência das Fake News como abuso de direito à liberdade de expressão, sobretudo no processo eleitoral, não fora capaz, nesta decisão, de definir as suas lacunas de regulação, deixando ainda em aberto o seu alcance semântico, o que torna imperiosa, para os fins do presente trabalho, a análise de decisões atualíssimas da própria Corte arrastadas pela eclosão definitiva do fenômeno das Fake News após as eleições de 2018, marco temporal que fez com que a iniciativa de controle do Poder Judiciário se tornasse indispensável, mesmo que inequivocamente problemática.
Inicialmente, merece destaque a decisão do Supremo no bojo do Recurso Extraordinário n° 1075412 com definição de tese de repercussão geral, Tema n° 995. Nela, a Corte definiu parâmetros para a responsabilização de veículos midiáticos sobre falas dos seus entrevistados que atribuam falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sendo elas: I) se à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; II) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
Na decisão, o fundamento da tese fixada fora que, apesar da vedação constitucional à censura prévia, é admissível ao Poder Judiciário a possibilidade posterior de análise e responsabilização das empresas jornalísticas, inclusive mediante remoção de conteúdos por informações atentatórias aos direitos da personalidade, visto que salvaguardam um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas e externas (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
25

A decisão, nesse diapasão, merece destaque ao contrariar os atos investigativo e especulativo próprios do jornalismo, sobretudo pelo fato de que um jornalista não tem como saber o que será dito pelo entrevistado, sendo este, aliás, a razão da entrevista. Como exemplo, a entrevista dada por Roberto Jefferson no ano de 2005 que, posteriormente, gerou o famigerado caso do Mensalão, caso fosse dada na égide desta decisão do STF, teria sido tolhida e punida, ante ausência de comprovação, até aquele momento, das afirmações do então deputado federal.
Por outro lado, merecem atenção as consequências do Tema n° 995, no que se diz respeito a possiblidade iminente de que as mídias sociais e, especialmente os veículos de comunicação, passem a realizar autocensura sob temor de responsabilização posterior da tutela jurisdicional, tornando impossível à plena atividade jornalística, o que, inclusive, fere a cognição do próprio Supremo no bojo da ADPF n° 130, além do próprio Marco Civil da Internet. Tal cenário, aliás, fora perfeitamente apontado pelo então Ministro e Relator do caso, Marco Aurélio Mello que, vencido, afirmou o seguinte:
Parafraseando Voltaire, pode-se discordar do que é divulgado, mas não se pode limitar o direito de divulgar. Responsabilizar a imprensa não é a forma ideal de combate à divulgação de entrevista, ainda que inadequado o que dito pelo entrevistado. O Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho à censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer a análise, formando as próprias conclusões. Somente é possível chegar-se a uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas em discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, 2020, p. 2).

Portanto, já no âmbito do Tema n° 995 se observa a tentativa do Supremo Tribunal Federal de coibir a disseminação das fake News, incorrendo para isso, no entanto, no comprometimento da liberdade de imprensa e informação que, enquanto consectários da liberdade de expressão, deveriam obter preferência na arquitetura constitucional brasileira.
Mais, a tentativa de coibição do STF revela a própria instabilidade semântica das Fake News, visto que, do ponto de vista jurisdicional, em que a sobrevivência do debate público é prioritária, não há como o Poder Judiciário consolidar para si a verdade real sem sentença transitada em julgado, tendo que se valer da subjetividade de cada juiz ou ainda editor que, temendo represálias posteriores, evitará a publicação de determinada entrevista.
Dando seguimento à presente análise, merece igual apontamento a decisão, desta vez do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no âmbito da Representação Eleitoral n° 0601372-57 do ano de 2022. Naquela oportunidade, sob a premissa de causar ?desordem informacional?, o Tribunal Eleitoral decidiu pela liminar remoção de um vídeo de 2017 do canal de entretenimento denominado como ?Brasil Paralelo? em que eram apontados os escândalos políticos ocorrentes
26

durante o Governo Lula (2003-2010), sem citar necessariamente a participação e/ou anuência do até então presidenciável nestes mesmos esquemas.
O Ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, ao trazer a referida premissa à égide do julgamento enquanto fundamento principal do seu voto, destacou que, apesar dos fatos narrados no vídeo removido serem verdadeiros, haveria neles uma ambiguidade dolosa que poderia levar os eleitores, naquele contexto sensível de eleições, a uma conclusão falsa do todo narrado, isto é a possível associação do à época presidenciável Luís Inácio Lula da Silva à esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro ocorridos durante as suas administrações pretéritas (BRASIL, 2022, n.p).
Em outras palavras, de acordo com a cognição do Ministro, a qual fora acompanhada majoritariamente pelos seus pares, o vídeo do Brasil Paralelo, mesmo que verossímil à realidade no que tange à observação dos fatos, estaria imbuído de desordem informacional, tendo, assim, a potencialidade, naquele cenário contingente, de prejudicar a autodeterminação coletiva do eleitorado comum que, por sua vez, não teria a capacidade de discernir os fatos reais da narrativa descontextualizada presente no vídeo (BRASIL, 2022, n.p).
Acerca desta decisão do TSE se observa, prima facie, a adoção da modalidade de desinformação ?mal-information? já apresentada neste estudo, em que a premissa informacional é verdadeira, mas a sua motivação extrínseca atenta danosamente os direitos da personalidade do seu alvo, gerando desordem informacional sobre este. Nessa esteira, merece ressalva o fato de que estaria o TSE desviando-se dos limites impostos pela Constituição ao livre pensamento mediante conceito que ao menos reflete às bases gerais da ciência jurídica, fazendo parte, em verdade, de um ramo do estudo sociológico ainda inconclusivo ante a própria intercorrência temporal do fenômeno das Fake News (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 540 e 541).
Nesse âmbito, se reluz a imprescindibilidade do princípio constitucional da legalidade previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna Brasileira, ao evocar, em homenagem à previsibilidade e à estabilidade das normas e decisões judiciais, a inexistência de crime sem

lei anterior que a defina, nem de pena respectiva sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).
Por outro lado, apesar do abarcamento teórico que envolve a desordem informacional esclarecer as maledicências da ambiguidade dolosa atrelada ao aspecto narrativo da informação, não insurge da mesma teoria a ideia de que o controle ou ainda a presunção de adequação do senso intelectivo da sociedade civil pelo Poder Judiciário seja o remédio proporcional ao fenômeno.
27

Desta forma, deve restar preferível, partindo de um cenário ideal de menor intervenção possível da tutela jurisdicional no que tange ao debate público, que a vontade livre dos cidadãos, sobretudo em período eleitoral, se perfaça do seu mais desentranhado autoconvencimento, o que, na égide da internet, apresenta possibilidade concreta se observado a profusão de informações de diferentes fontes e vieses dispostas imediatamente aos seus usuários, não sendo razoável, para tanto, a restritividade externa desse movimento, sob pena de que surtam os efeitos contrários à pretensão judicial.
Findando a presente análise, portanto, imperioso conferir a existência de notável atipicidade valorativa que vem sendo prestada pelo Judiciário, em especial a sua Maior Corte Judicante, ao direito fundamental à liberdade de expressão, ao alargar a seara de limitação do seu exercício, o que significa, por inferência lógica, a predominância de elementos restritivos estranhos ? e ausentes de definição semântica ? ao livre pensamento e sua respectiva circulação, para além daqueles taxativamente definidos na Carga Magna pátria, os quais, como já visto, fornecem preferência relativa e concreta ao livre pensamento em nossa arquitetura constitucional.
Outrossim, por serem as Fake News um fenômeno de incidência internacional, faz-se ilustrativo tecer ainda, com vistas a estabelecer contrastes mais aprofundados acerca da atipicidade acima apontada, breves comparativos entre o enfrentamento ao multicitado fenômeno na jurisprudência brasileira e na americana que, especificamente, possui semelhante circunstância de eclosão em face das eleições de 2016 que elegeram o presidente Donald J. Trump.

4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado
De acordo com o doutrinador brasileiro Paulo Dourado de Gusmão, o direito comparado, enquanto método de espelhamento de legislações e jurisprudências de países diferentes, pode, quando atrelado ao ramo da sociologia jurídica, demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos, realizando, em última instância, a indicação dos fatores sociais das transformações jurídicas e a respectiva resultante destas mesmas transformações no âmbito da sociedade civil de cada país, sem que, para isso, recaia no equívoco da universalização dos sistema jurídicos (GUSMÃO, 1973, p. 18 e 19).
E é nesse âmbito que se concentra a finalidade deste tópico, no passo em que serão trazidos, como efeito comparativo, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos que
28

demonstrem o seu comportamento jurisdicional diante do corrente fenômeno das Fake News,

destacando ainda o grau de relativização valorativa do direito à liberdade de expressão pelo judiciário estadunidense frente do fenômeno mencionado e respeitando, sobretudo, as suas particularidades constitucionais.
Antes, importa destacar, para fins de contextualização, que a partir das eleições do ano de 2016 que consagrou o candidato outsider Donald J. Trump como o 45.º presidente dos Estados Unidos, eclodiu na política americana a existência das Fake News como potencial modus operandi de vantagem político-social, sobretudo para descredibilização de instituições tradicionais, como a grande mídia, com fins à corroboração de proselitismos ideológicos, assim como para a inflamação da polarização no ambiente político estadunidense, este já essencialmente bipartidarista e, portanto, suscetível a circunstâncias sectaristas. Acerca deste fenômeno, denominaram ainda Bernadini e Vieira Costa (2020, p. 388 e 389) como o momento de fundação da era da pós-verdade, senão vejamos:
O Dicionário Oxford definiu o termo pós-verdade como a palavra do ano de 2016, pós-eleições de Trump nos Estados Unidos, o que reacendeu os estudos do impacto das fake news na democracia eleitoral. Assim, caracterizou a pós-verdade como ?relativa a circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais?. O fenômeno da pós-verdade e das fake news está intrinsecamente ligado a uma refutação da ciência e uma aceitação de discursos inflamados por preconceitos, intolerâncias e táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da sociedade civil e da opinião pública, lançando mão de manobras populistas e extremistas.

Para tanto, o comportamento da tutela jurisdicional americana frente ao discorrido fenômeno, apesar de declarada preocupação, caminhou para uma proteção mais categórica da liberdade de expressão, demonstrando, em última análise, a efetividade do seu sistema de precedentes que insistentemente sobrepõe as diretrizes da Primeira Emenda em face da tentativa, por qualquer autoridade constituída, de restrição de determinados conteúdos.
Em linhas mais específicas, na jurisprudência americana, consagrada pela verticalidade cognitiva da sua Suprema Corte no caso ?Brandenburg v. Ohio?, para que haja a restrição do direito à liberdade de expressão é necessário que o elemento central da fala ou escrito a ser censurado se desemboque no denominado ?Imminent Lawless action? que, por sua vez, significa a presença de uma clara incitação à violência (Fighting words) ou iminente ação ilegal, independente do conteúdo em si das palavras proferidas, as quais não deve a tutela jurisdicional impor qualquer juízo de valor (ROSA, 2021, p. 26 a 28). Para bem corroborar o referido, vejamos trecho da cognição proferida pela Suprema Corte americana no caso ?Brandenburg v. Ohio?:
29

The Court's Per Curiam opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure

to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution 3

Tal cognição, portanto, visa privilegiar a perspectiva de que os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com o próprio fomento do livre pensamento, uma vez que, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade ? e não ao Estado ? fazer juízo de valor sobre quais ideias irão granjear a sua simpatia (ROSA, 2021, p. 28).
Em vista disso, no ano de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso ?United States vs. Stevens? (2010)4, em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que editava vídeos em redes sociais de combates entre cães da raça pitbull, foi condenado por uma lei do Estado da Pensilvânia por ?vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial?.
Valendo-se da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade, a Corte Americana declarou, naquela ocasião, a incompatibilidade da lei estadual em face da Primeira Emenda por exigir a legislação que determinada categoria do discurso devesse passar por uma análise de seu valor axiológico em face dos custos sociais que potencialmente imporia à sociedade.
Atendendo a uma perspectiva antinômica da liberdade de expressão, no entanto, argumentou a Corte que os benefícios das restrições ao Governo pelo livre pensamento superam os seus potenciais prejuízos à sociedade (ROSA, 2021, p. 33 e 34).
Adentrando finalmente no contexto deslindado na introdução deste tópico, cabe destaque a recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso ?Gonzalez v Google? 5no ano de 2023 em que a parte autora requeria a responsabilização da empresa Google pela não restrição de conteúdos em sua plataforma ligados ao Estado Islâmico, sendo esta inação supostamente influenciadora da morte de Nohemi Gonzalez, uma cidadã americana, pelo grupo terrorista, no ano de 2015 (ROSA, 2021, p. 36).

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Brandenburg v. Ohio?. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 31 de maio de 2024.
4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)?. A íntegra do caso está
disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>. Acesso em 31 de maio de 2024.
5 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Gonzalez v Google?. Disponível em <www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2024.
30

Na oportunidade, apesar de compreender a especificidade danosa do caso nos termos da Fighting words, decidiu a Suprema Corte pela não responsabilização da Google, tendo em vista que cognição em contrário originaria um efeito cascata de ações judiciais cujo objeto seria terceirização da responsabilidade dos usuários para o meios comunicativos dos quais eles utilizam ? incluindo nestes as próprias redes sociais ? independentemente de aferição do nexo de incentivo à violência por parte das empresas (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
Nessa senda, decidiu a Suprema Corte pela apreciação da Seção 230 da Lei de Decência

nas Comunicações (Communications Decency Act) que garante, desde 1996, que provedores de serviços de internet desfrutem de imunidade legal pelo conteúdo proferido pelos seus usuários, impedindo, sobretudo, mecanismos de autocensura feitas por estas empresas como forma de evitar potenciais prejuízos judiciais (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
No caso deslindado, já se observa, uma diferença entre a cognição dos supremos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos, visto que o primeiro optou, no bojo do Tema n° 995, pela atribuição de verificação da verdade e da danosidade de falas de entrevistados aos veículos de comunicação que realizassem as entrevistas, terceirizando indiretamente a tutela de censura de conteúdos a empresas privadas e, mais, proferindo juízo de valor sobre o que pode ou não ser veiculado em face dos direitos da personalidade.
A Suprema Corte Americana, por sua vez, homenageando a Primeira Emenda da sua Constituição em detrimento do seu próprio poder jurisdicional, ressaltou a obrigação das plataformas digitais de remover propaganda terrorista, não opinando, no entanto, pela sua consecutiva responsabilização em face da casual disseminação de conteúdos desta natureza, para que se evite, em última análise, um ambiente de promoção de ideias cerceado por iminentes instrumentos impostos de autocensura.
Por fim deste exame comparativo, entretanto, merece destaque a cognição da Corte Suprema Americana no bojo do caso ?NetChoice v. Paxton? 6cujo objeto fora, em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da House Bill 20, Lei do Texas que tinha como finalidade a proibição de que empresas de mídia social com 50 milhões ou mais de usuários pudessem restringir postagens com base em pontos de vista acerca de veracidade ou viés, exigindo ainda que as plataformas divulgassem publicamente informações sobre como e quando moderam o conteúdo e criassem processos para que os usuários pudessem contestar decisões editoriais específicas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
31

No fundamento da sua decisão, a Corte curiosamente pugnou pela preservação de mais de 70 anos de jurisprudências em torno da operacionalidade da Primeira Emenda, isto porque a referida, na medida em que protege a liberdade de expressão e a livre associação enquanto direitos fundamentais, tutela também o livre exercício de julgamento editorial, sobretudo se levado em consideração a tendência constitucional americana de prestar autonomia às relações contratuais na égide das propriedades privadas, tais como as próprias empresas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).
Ademais, segundo o Tribunal, no passo em que a Primeira Emenda restringe o direito de interferência do Estado ao livre exercício do pensamento, nisto também se inclui o direito dos entes federados de promover a ampliação do discurso a um certo fragmento de usuários em face do viés do seu discurso ou de suposta desvantagem nos ambientes das mídias sociais que, supostamente, tenham uma posição dominante contrária (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 12 e 13).
Dessa forma, apesar do Estado do Texas afirmar que os requisitos de restrição servem ao interesse de garantir que o público tenha acesso a diversos fontes de informação, não há,

segundo a Corte, direito válido de modular o viés editorial das plataformas por interesses no próprio conteúdo veiculado, sob pena de não refletir o escrutínio da Primeira Emenda que exige a neutralidade do Estado nesta questão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 13 e 14).
A jurisprudência do TSE, por sua vez, no bojo Representação Eleitoral n° 0601372-57, com vistas a sanar potencial desordem informacional, retirou a autoridade editorial da plataforma Brasil Paralelo sobre conteúdo verdadeiro, arrastando para si o dever de definir quais informações e quais vieses narrativos comprometem ou não a capacidade de autoconvencimento da sociedade civil. Nesse cerne, ao contrário da Suprema Corte Americana, o Tribunal Eleitoral Brasileiro opta pela deslegitimação da soberania editorial dos provedores das redes sociais, agindo como filtro de veracidade e propensão narrativa.
Em face do todo aqui exposto, observa-se, portanto, como produto do presente juízo comparado, evidentes diferenças entre as preocupações e o modus operandi para a coibição das Fake News na jurisprudência americana e brasileira, visto que enquanto a primeira vem privilegiando a estabilidade do direito à liberdade de expressão numa conduta de não-intervenção, a segunda apresenta uma preocupação sistemática a respeito do referido fenômeno, de modo a buscar o seu enquadramento semântico como forma de reconstituir a valoração da liberdade de expressão na sua arquitetura constitucional, caminho este que merece reflexões jurídicas indispensáveis, como se verá a seguir.
32

4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL

Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, em seu ensaio ?A Verdade e a Política?, para a mais justa compreensão da realidade, bem como para que se evitem nuances indeterminadas entre aquilo que é ficto e palpável, é necessário, sobretudo, consolidar conceitual e semanticamente aquilo que se obtém como verdade (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
Para tanto, segundo a filósofa, coexistem dois tipos de verdade: a verdade real e a verdade factual. A primeira decorre do conteúdo autoevidente da matemática e da filosofia, apresentando caráter despótico e coercitivo, pois, enquanto produto da mera percepção daquilo que é incontroverso, impede que o debate entre os homens ocorra, o que poderia acabar por constituir versões a respeito da mesma obviedade (ARAÚJO, 2023, p. 5 e 6).
Por outro lado, a verdade factual, a qual nos interessa especialmente, é própria do mundo dos homens e da política, no passo em que o seu desenvolvimento ocorre através da comunicação e da experiência de muitos, fazendo com que fatos e opiniões, embora distintos, constituam o mesmo universo: o domínio público. Em outras palavras, a textura do domínio público e sua verdade inerente são constituídas por fatos e eventos, formando verdades contingentes, cuja disjunção lógica faz com que seu oposto seja plausível, mediante necessária interpretação (ARENDT, 2016 p. 225).
Contudo, a própria filósofa destaca que a instabilidade da verdade factual não pode, em hipótese alguma, submeter-se a perspectiva nietzschiana da verdade como fruto meramente decorrente da interpretação de alguém sobre determinada situação, o que acabaria por arrastar a verdade e os fatos objetivos para o precipício da falsidade deliberada. Em verdade, quando há

de se entender a proeminência da verdade factual no debate público deve-se, prioritariamente considerar a comunicabilidade política por excelência, na qual os fatos em si não estão em disputa, mas os juízos de valor dele decorrentes legitimam o pressuposto da pluralidade e, por consequência, possibilitam o autoconvencimento dos homens (PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 97 e 98; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
E é nessa esteira que surge a noção elucidativa do ?mercado livre de ideias?, concebida pelo célebre juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr, na qual a propagação livre de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, habilitando-os a identificar a verdade factual, rejeitar a mentira
33

contraproducente e produzir e propagar conhecimentos orientadores (POST, 2000, p. 235 e 236).
Para tanto, destaca Holmes Jr que, mesmo na proeminência da livre circulação de ideias, na qual a verdade factual surge como principal objeto desejado, podem haver demais princípios que, por sua vez, regulem os casos em que a manifestação de pensamento represente perigo evidente e capaz de produzir males gravíssimos (POST, 2000, p. 236).
Contemplando tal perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, através da inteligência dos seu art. art. 5º (incisos IV, IX e XIV) e art. 220, assegurou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que não exercidas em abusividade e se confluentes, na medida da sua prevalência relativa, com a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez disposto no art. 5º, inc. X.
Dessa forma, recaindo sobre a interpretação constitucional da colisão dos direitos fundamentais, decidiu o constituinte originário que, na extensão fisiológica do seu exercício, obteria o livre pensamento e os seus consectários preferência apriorística em relação aos demais direitos tutelados no texto constitucional, cuja declinação dependeria de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo, critérios estes produzidos como forma de proteção categórica ao aspecto essencialmente democrático do multicitado instituto. (BARROSO, 2005, p. 103; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Arrastando esta questão para o plano de fundo das Fake News, foco do presente trabalho, observa-se, em outro viés analítico, que a proliferação sistemática da distorção da verdade vem, na égide das redes sociais, gerando fenômenos de sequestro da razão, ao colocar nichos da sociedade civil em um círculo vicioso de engano e proposital sectarismo, tudo isto fomentado pela dinâmica acelerada e incalculavelmente expansiva da internet.
Por outro lado, há de se considerar, de igual modo, que deve-se também aos provedores de serviço de internet, na qual proliferam-se as Fake News, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a livre circulação de notícias, ideias, análises, sátiras e demais manifestações não mais dependem do fulcro intermediador dos veículos de comunicação até então predominantes ? como as grandes redes de televisão ? impondo ao poder estatal e os seus representantes uma relação cada vez mais direta com os seus representados (DIMOLIUS; MARTINS, 2006, p. 274).
Essa nova configuração da dinâmica político-social, por seu turno, homenageia os vínculos mais precípuos da democracia, tendo em vista que a possibilidade dos cidadãos de

34

fiscalizarem e se oporem diretamente aos atos do Poder Público reforça o conteúdo negativo da liberdade de expressão, cuja finalidade precípua é gerar uma comunicabilidade antinômica entre a estrutura estatal e o seu agente constituinte, limitando a possibilidade de arbitrariedades deste primeiro (BARROSO, 2004, p. 19 e 20).
Daí surge, nos dizeres de Machado (2007, p. 473 e 474), a seara objetiva do livre pensamento, este conectado ao seu exercício funcional, qual seja a sua capacidade de prover o desenvolvimento contínuo da opinião pública e do engajamento da participação política, elementos indispensáveis em um país que, do ponto de vista historicista, constituiu a sua atual Carta Magna em resposta popular à mais de 20 anos de cerceamento das liberdades políticas e (trans)individuais.
Nessa seara, merece destaque o fato de que a democratização do acesso à internet e de todo o fluxo informacional que nela se processa, ? na qual ocorre uma intervenção ativa por parte de indivíduos e grupos que não integram órgãos da mídia convencional ? vem levando o debate público a uma intensa e irreversível descentralização informacional, minando ainda, em última análise, o predomínio de determinados setores da comunicação em relação ao discurso, bem como em relação a seleção de determinadas informações mais ou menos relevantes de acordo com a aptidão editorial (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 566 apud WAACK, 2018, p. 124).
Deste mesmo fenômeno corrente, por outro lado, insurge a ausência de acuracidade das informações porventura disseminadas. Do ponto de vista da razoabilidade, no entanto, é notório que este aspecto negativo deve-se lidar, sobremodo, com (re)orientação cultural, tendo em vista que não é materialmente possível cobrar de todo cidadão a avaliação crítica profunda relativa a cada informação acessada, em razão da larga desigualdade em termos de capacidade informacional no Brasil, esta historicamente intensificada pela dependência dos grandes veículos de mídia (BALEM, 2017, p. 5).
Em razão de todo exposto, merece reflexão, prima facie, a cada mais vez dificultosa atividade jurisdicional de manter a higidez do binômio liberdade de expressão/democracia sem recair na sua consecutiva reconstituição, em razão do atualíssimo perigo resultante da manipulação virtual deliberada por pessoas ou grupos de interesse, imbuídos por ideologias nebulosas que, quase sempre, refletem a nostalgia de indesejados períodos do passado nacional.
Por outro lado, para defender alegadamente uma ideia imaterial de democracia, não é desejável que o Poder Judiciário, sobretudo a sua Suprema Corte, combata o deslindado fenômeno, fazendo-se valer, para tanto, da restrição do alcance normativo da liberdade de
35

expressão através de conceito ? in casu, as Fake News ? que, além de não refletir as diretrizes gerais da sua Constituição, ? quiçá das ciências jurídicas gerais ? obtém profunda plasticidade semântica, fato este que submeterá a cognição jurisdicional brasileira, inevitavelmente, a um labirinto de completa indeterminação.
Nesse sentido, valiosas são as lições de Oliveira (2009, p. 95 e 96) ao dizer, subsidiado nas noções de Ronald Dworkin, que o fenômeno da indeterminação linguística no Direito faz com que as decisões judiciais obtenham imprevisível discricionariedade, comprometendo a

estabilidade e coerência exigíveis ao neoconstitucionalismo. Do contrário, sob o manto de certeza do Direito, se tornam aplicáveis as normas igualitariamente a todos e, individualmente, se torna possível a atribuição da justiça imprescindível à liberdade civil, no passo em que se faz garantida uma relativa previsibilidade jurisdicional frente aos ditamos da sua carta constitucional respectiva.
Reforçando este questionamento, necessário se levar em consideração que a restrição à liberdade de expressão perpassa, na coibição jurisdicional direcionada às Fake News, pela necessidade de que os órgãos sancionatórios realizem juízo de valor acerca do que é dito ou disseminado. Nesse caso, por se tratarem as Fake News não apenas de veracidade, mas de narrativa includente, há uma dificuldade que pareia o seu enfrentamento figurado na capacidade casuística dos tribunais em distinguir o polêmico do falso, o que diz respeito não apenas ao problema de como e em que medida se desemboca uma maior ou menor capacidade crítica dos indivíduos, mas também se deve à própria natureza disjuntiva da verdade factual, na qual, inclusive, permite-se um juízo íntimo de retratação (ARENDT, 2016, p. 231 e 232).
Esta problemática, aliás, já obtém, como visto, precedente nas decisões do TSE que, na égide da Representação Eleitoral n° 0601372-57, teve que utilizar-se de notável discricionariedade linguística como recurso valorativo para conter uma narrativa polêmica, mas palpável, acerca de fatos verossímeis, sob a premissa de incorrer essa em suposta desordem informacional.
Portanto, em qualquer perspectiva, seja pela possibilidade material de conter o discurso pelo valor das suas premissas ou, ainda, pela proeminência do seu poder de ressonância, estará a tutela jurisdicional defrontando-se com o brocardo jurídico ?Ad impossibilia nemo tenetur? que expõe ao Poder Judiciário a conformação das suas possiblidades de regulamentação, sob pena de gerar precedentes de instabilidade mais gravosos que a problemática a qual se pugnou confrontar (LEFEBVRE D?OVIDIO; 2020, p. 120).
36

Para sedimentar as presentes reflexões, portanto, sabe-se que as Fake News, por sua estrutura inaugural no tecido da sociedade tenderão a gerar, em algum momento, a reconstituição axiológica da liberdade de expressão pela via legal, o que cumprirá, naturalmente, o ciclo de (re)modelação dos direitos fundamentais sob a égide das matrizes jurídicas temporal e espacialmente dinâmicas.
Contudo, havendo ainda lacuna legislativa para tal reconstituição, a iminente ideia da restrição ao livre pensamento figurada no seu conteúdo, ao invés da sua rígida prefiguração constitucional, como vem pretendendo o Judiciário Brasileiro, remete, em verdade, à necessidade de que se reforce a contínua vigilância em relação aos perigos da formação de uma ordem orwelliana 7pelo Estado que determinaria o que é verdade e o que não é ? inclusive sobre si mesmo ? baseando-se em pressupostos analiticamente indeterminados, o que impedirá, em última análise, a circulação de discursos dissidentes, fazendo-se assumir ainda ao poder estatal a feição de uma nova forma de dominação, esta fulcrada no sequestro do debate público e, portanto, da busca pela verdade factual em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, sob a ótica propedêutica-constitucional,

as necessárias reflexões jurídicas atinentes à regulação das Fake News diante do fundamento da liberdade de expressão, direito fundamental encravado no texto constitucional brasileiro. Para tanto, tendo em vista a ausência de legislação específica que sedimentasse o cerco normativo do presente estudo, teve que se recorrer ao que há de mais profuso, em termos de jurisprudência ? inclusive internacional ? acerca desta inaugural colisão entre ?fato novo? e ?direito?. Não apenas isto, o presente trabalho comprometeu-se cabalmente em circunstanciar a necessidade de prefiguração da liberdade de expressão não apenas no campo jurídico, mas na esteira da sua imprescindibilidade política, cuja democracia se funda.

Nesse cerne, imperioso se faz concluir, não havendo ressalvas quanto a possibilidade de regulação legislativa das Fake News, que a conformação da coibição deste fenômeno, por hora, pelo poder jurisdicional, esta indiscutivelmente ameaçadora ao livre escoamento do debate público, perpassa, fundamentalmente, pela obtenção da liberdade de expressão como núcleo

7 Na ordem orwelliana, preconizada pelo escritor inglês George Orwell na sua obra distópica ?1984?, o poder
estatal age como um mecanismo de falsificação do passado e do presente, no passo em que desvirtualiza a
capacidade de expressão dos seus dissidentes, transformando o discurso em um produto monopolístico e inescapável do Estado, este denominado como ?Ministério da Verdade?.

essencial passível de preferência à cognição judiciária. Em outras palavras, para que sejam devidamente reguladas as Fake News deve-se, prima facie, conceber os limites materiais desta atividade, com vistas à proteção do alcance axiológico do livre pensamento, este fundamental às instituições democráticas e ao, mesmo tempo, historicamente frágil e de onerosa (re)conquista.

Mais do que isso, faz-se necessário compreender, em certo grau e sob certa égide normativa, a presunção caótica do debate público que, quase nunca, entregará pacificamente os desdobramentos do seu desenvolvimento, de modo que as suas inflamadas disjunções, naquilo que for possível, devem ser prestadas à sociedade civil como parte do processo autorregulatório da democracia, eximindo, naquilo que for possível, a intervenção do judiciário que, em face da sua matriz centralizadora, tenderá, em algum momento, pela preterição de determinada corrente aparentemente mais nociva, mas não necessariamente ilegal, prejudicando, em última análise, a obtenção da verdade factual e do autoconvencimento coletivo em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista De Direito Administrativo, 217, 67?79. 1999.

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.

ARAÚJO, Leonardo Aires. A distinção entre a verdade filosófica e a verdade factual, na ótica arendtiana. Revista Ponto de Vista, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 01?08, 2023. DOI: 10.47328/rpv.v12i2.16444.

ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. 8ªed.São Paulo: Perspectiva, 2016.
BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das fake news e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democrática. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, 8-10, nov. 2017.
BARROSO, Luís Roberto. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./Mar. 2004.
BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade ? Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
38

BECKER, Daniel; FILHO, Humberto Chiesi; BRETZ, Luiza Pontes de Miranda. Gonzalez v. Google e Twitter v. Taamneh: lições da Scotus sobre responsabilizar plataformas. Conjur. 2023. Acesso em: 31.05.2024.
BERNARDINI, Ana Júlia Bonzanini; VIEIRA COSTA, Andressa Liegi. POPULISMO E FAKE NEWS NA ERA DA PÓS-VERDADE: COMPARAÇÕES ENTRE ESTADOS UNIDOS, HUNGRIA E BRASIL. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 28 | p. 385-412 | jan./jun. 2020 | E-ISSN 2359-2419
BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. ? Nova ed. ? Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.
BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891.
BRASIL. Constituição (1934) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.
BRASIL. Constituição (1937) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.
BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.
BRASIL. Constituição (1967) Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República [1988].
BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. BRASIL: Brasília, DF.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno,

j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, Voto. Min. Rel. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
39

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repr 0601372-57, Voto. Min. Ricardo Lewandowski. j. 13.10.2022.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2006.
DUQUE, M. S., & Nascimento, I. M. A. do. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 4(2), 949?968. 2018.
DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 2005.
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. In: Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, nº 17, p.15-19, jan./abr. 1973.
HAVARD LAW SCHOOL. Compelling speech The Supreme Court soon will decide if social media platforms must allow certain kinds of speech on their platforms. By Rachel Reed. United States (USA). 2024.
HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro de Mello Aleixo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LEFEBVRE D?OVIDIO, Francesco. Ad impossibilia nemo tenetur. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder, The Journal of European Economic History, ISSN 2499-8281, Associazione Bancaria Italiana, Roma, Vol. 49, Iss. 2, pp. 117-123
MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MAQUIAVEL, Nicolau. Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
MEIKLEJOHN, Alexander. Free Speech: And its relation to self-government. New York: Harper & Brothers, 1948.
MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, a.31, n° 122 maio/jul. 1994.
40

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009.
PEREIRA DA SILVA, Jorge. ?Fake news? conquistam 2017. O Jornal Económico, 17 novembro 2017.
POST, Robert. ?Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence?, Yale Law School Schlarship, 2000, 2355-2376.
ROSA, Pamela Dourado Kletlinger. O futuro da liberdade de expressão na era digital: moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no bojo do inquérito das fake news. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
SARLET, Ingo Wolfang. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: O CASO DAS ASSIM CHAMADAS ?FAKE NEWS? NAS REDES SOCIAIS EM PERÍODO ELEITORAL NO BRASIL. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e Liberdade de Expressão Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS. SÃO PAULO/SP. 2009.
TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. Defining ?Fake News?, Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 137-153, 2018.
WAACK, William. Fake News: uma visão político-jornalística. in: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.), Fake News e Regulação, São Paulo: RT, 2018.
WARDLE, Claire. Information Disorder. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: Council of Europe, 2017.

==========

Arquivo 1: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Arquivo 2: https://revista.fatectq.edu.br/interfacetecnologica/article/view/1168 (1050 termos)
Termos comuns: 49
Similaridade: 0,36%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento
https://revista.fatectq.edu.br/interfacetecnologica/article/view/1168 (1050 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SALVADOR
2024
GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho apresentado à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

SALVADOR
2024

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos
Matteo e Laura, amores do titio.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEGAL REFLECTIONS ON THE NECESSARY CONFORMATION OF THE CONCEPT OF FAKE NEWS IN FRONT OF THE FOUNDATION OF FREEDOM OF EXPRESSION

Guilherme de Magalhães Leal Moreira1
Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO
O presente estudo tem como objetivo tecer necessárias reflexões jurídicas acerca do (re)posicionamento do fundamento constitucional da liberdade de expressão diante do paradigma das Fake News, fenômeno atualíssimo decorrente da nova dinâmica informacional trazida pelas redes virtuais. Para tanto, busca-se prioritariamente investigar a fisiologia da liberdade de expressão no campo (filo)jurídico, bem como na própria arquitetura constitucional brasileira para que, ao fim e ao cabo, seja possível refletir o direito ao livre pensamento e suas ramificações na seara de contingências do plano de fundo das Fake News, especialmente no que tange à (in)determinação linguística e jurídica deste com fins à sua respectiva coibição jurisdicional. Nesse diapasão, tendo em vista a ausência de lei específica que regulamente o multicitado fenômeno, discute-se, do ponto de vista doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, sob quais termos a coibição às Fake News não pode corromper o núcleo essencial da liberdade de expressão, ante a sua imprescindibilidade democrática e inerente capacidade antinômica frente aos indesejados desdobramentos do poder estatal.
Palavras-chave: Liberdade de expressão, Fake News, Jurisprudência, Constituição, Democracia.

ABSTRACT: The present study aims to weave legal reflections on the (re)positioning of the constitutional foundation of freedom of expression in the face of the Fake News paradigm, which appears to be very current as a result of the new informational dynamics brought about by virtual networks. To this end, we seek to primarily investigate the physiology of freedom of expression in the (philo)legal field, as well as in the Brazilian constitutional architecture itself

so that, in the end, it is possible to reflect the right to free thought and its ramifications in the field. of contingencies in the background of Fake News, especially with regard to its linguistic and legal (in)determination with the aim of its respective jurisdictional restraint. In this context, in view of the absence of a specific law that regulates the multi-cited characteristics, it is

1 Discente do curso de Bacharelado em Direito da UCSal ? Universidade Católica do Salvador, em curso da
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do 9° semestre. Email institucional: guilherme.moreira@ucsal.edu.br
2Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), pós-graduado em Direito
Processual Civil pelo Juspodivm e Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade - PPGEISU/ IHAC/
UFBA.

discussed, from a doctrinal and, above all, jurisprudential point of view, under which terms the prohibition against Fake News cannot corrupt the essential core of freedom of expression , given its democratic indispensability and antinomic capacity in the face of unwanted developments of state power.
Keywords: Freedom of expression, Fake News, Jurisprudence, Constitution, Democracy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA. 2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA. 3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL. 3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES. 3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. 3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão. 4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA. 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018. 4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado. 4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade trazer necessárias reflexões jurídicas acerca do justo posicionamento do princípio da liberdade de expressão no plano de fundo do fenômeno

das Fake News. Para tanto, far-se-á necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que fundamenta o conceito e a evolução normativa da liberdade de expressão na contemporaneidade, bem como conceber o que houver de dubiedade a respeito do significado do fenômeno das Fake News e, de igual modo, acerca da sua seara de afetação às democracias pós-modernas.
Nesse cerne, importa preponderar que o instituto da liberdade de expressão origina-se, uma vez ausente de elementos interventores, da mais plena comunicação entre o espírito humano da racionalidade e a sua consecutiva capacidade de perceber os fenômenos, bem como, de interpretá-los e verbalizá-los. Trata-se, portanto, de um dado da realidade espontaneamente percebido que, nas suas mais diversas manifestações, revela a heterogeneidade do senso intelectivo humano, no passo em que dá tom à livre criação de iniciativas políticas, religiosas, ideológicas, artísticas e científicas.
6

Trazendo para uma perspectiva civilizacional, ao anteceder ao conjunto complexo das normas politicamente constituídas, o referido instituto vem sendo imbuído de dificultoso esforço normativo, no transcorrer da história ocidental, para que sua repercussão seja adequadamente suportada em face da necessidade de pacificação social, sobretudo se levado em consideração que a liberdade de expressão é percebida em seus efeitos, ou seja, reformular o seu conteúdo passaria, em última análise, pela necessidade em atingir as suas manifestações.
Por outro lado, sabe-se que as matrizes jurídicas pós-modernas, como a brasileira, são marcadas pela temporalidade das estruturas normativas. Em outras palavras, o sistema normativo contemporâneo, ao ser influenciado pelo binômio ?tempo-espaço?, possui caráter de fluidez em relação aos mais novos produtos das relações intersubjetivas, fazendo com que direitos já consolidados defrontem-se aos acontecimentos e demais direitos a eles supervenientes, gerando uma contínua necessidade de atualização do seu alcance normativo.
Diante disso, tratando-se o fenômeno das Fake News de fato novo e atípico que vem ressignificando o potencial lesivo da liberdade de expressão nas redes sociais para além dos limites já impostos pelos tutelados direitos da personalidade, gerando inaugural atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho tem como objeto central responder o seguinte questionamento: o que é necessário levar em consideração para que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão prepondere sobre a iminente regulamentação jurisdicional do fenômeno das Fake News?
Para tanto, o estudo a ser deslindado no decorrer deste trabalho terá, enquanto principais objetivos, o devido esforço propedêutico de posicionamento histórico-constitucional da liberdade de expressão, bem como da vocação etimológica e jurídica do fenômeno das Fake News, momento em que finalmente se buscará dimensionar o paradigma observado pelo livre pensamento diante do intercorrente fenômeno multicitado e suas variações observáveis no Brasil (e no exterior), analisando, ainda, posteriormente, a necessidade de que, num cenário normativo de necessária conformação entre ?direito x fato novo?, este prefigure sobre aquele.
No aspecto metodológico, por sua vez, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, substanciada em material analítico já publicado, bem como na análise primária de documentação legislativa e jurisprudencial. Além disso, o presente trabalho se baseará no método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo em vista que a relação entre pesquisador e

fenômeno pesquisado se dará em influência mútua, desdobrando-se ainda em hipóteses a serem submetidas ao processo de falseamento.

7

2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA.

A liberdade de expressão, enquanto apanágio da inclinação racional do indivíduo, vem correspondendo, no transitar das experiências civilizacionais ? sobretudo àquelas impelidas pela modernidade ? na possibilidade concreta de ação individual desentranhada, por sua vez, de condições de existência externas. Isso significa dizer que, para além de todos os preceitos formulados pelas convenções humanas e direcionados a finalidades coletivas, o instituto da liberdade de expressão origina-se e conclui-se em si mesmo, de modo que a sua única condição existencial é o próprio senso intelectivo humano (SILVA, 2000, p. 247 e 248).

Transpondo a obtenção da liberdade de expressão como um dado da realidade antecessor a qualquer convencionalidade societária, observa-se, inclusive, no ramo do estudo dos direitos fundamentais, que a liberdade de expressão, assim como as demais liberdades de vocação individual, constituiu o Estado Moderno como meio de subtração do seu poder. Nos dizeres do filósofo italiano Norberto Bobbio (2004), por exemplo, os direitos de liberdade, componentes dos denominados ?direitos de primeira geração? são marcados pelo seu conteúdo negativo, ou seja, acabaram por afetar a fisiologia estatal pré-revolução francesa, evocando o seu não-agir.

Tão relevante é o caráter negativo da liberdade de expressão, aliás, que os seus desdobramentos, como a liberdade de opinião e a própria liberdade de imprensa, servem ao exercício social da cidadania como instrumentos fiscalizatórios supraestatais da atividade política, na medida em que a sua publicidade evoca no seio societário a possibilidade de demandar as suas respectivas expectativas e críticas, gerando uma contínua comunicabilidade antinômica entre o poder estatal e o seu agente constituinte, qual seja a própria sociedade.

Acerca do referido fenômeno, ressalta ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e notório doutrinador Luís Roberto Barroso:

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povoe a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los (BARROSO, 2004, p. 19).

Não à toa, devido a sua potencialidade antinômica, a liberdade de expressão, na visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin, defensor da famigerada teoria constitutiva, deve ser

8

concebida juridicamente por uma visão mais ampla e estável, de modo que se entenda o seu valor por si só. Em linhas mais específicas, enquanto a teoria da verdade criada pelo polímata estadunidense Oliver Wendell Holmes visava filtrar o direito ao livre discurso através do seu conteúdo valorativo, maximizando a verdade como finalidade, a perspectiva de Dworkin recai sobre a autonomia do próprio discurso independente do seu direcionamento, de modo que, segundo o autor, trata-se de um exercício civilizatório impossível numa democracia obter um juízo moral pleno a respeito do bem comum sem que essa atividade se constitua através da participação geral e heterogênea dos seus cidadãos, o que denota, em última análise, a importância dialética da liberdade de expressão para o debate público (POST, 2000, p. 236; DWORKIN, 2005, p. 25).

Dada a sua vocação supraestatal, pode-se provisoriamente concluir, portanto, que a liberdade de expressão, ao derivar de uma ordem conatural da natureza humana, independe de qualquer empenho coletivo-racional de formulação, bastando ao Estado ? sobretudo o Democrático ? admitir a sua relevância em sua ordem jurídica, impondo-lhe limitações provenientes das características teleológicas de cada ordenamento jurídico. Na perspectiva de Dworkin, por exemplo, essa muito influenciada pela filosofia de não-restrição aos direitos fundamentais da Constituição Americana, basta ao Estado, ao lidar juridicamente com a liberdade de expressão, buscar a potencialização da independência moral dos seus cidadãos, senão vejamos:

Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual (DWORKIN, 2005, p. 26).

Em perspectiva diversa, segundo o filósofo britânico Alexander Meiklejohn, existe uma limitação precípua à liberdade de expressão: o seu desserviço à democracia. De modo explicativo, segundo o autor, a liberdade de expressão deve obter conceituação e tutela constitucional, em regra, para proteção de qualquer discurso, principalmente aquele de caráter dissidente. Entretanto, a proteção ao direito não corrobora a automática proteção ao seu abusivo usufruto, de modo que não pode o Estado permitir a dissipação de discursos que a ele tenham vocação autodestrutiva.

Isso significa dizer que se o Estado compromete-se constitucionalmente a promover uma ordem social democrática, não pode ele admitir a existência de discursos no debate político
9

que promovam a destruição dessa finalidade, sob pena de assumir para si uma fisiologia que em algum momento lhe gere uma ruptura (MEIKLEJOHN, 1948, p. 13 a 15).

A perspectiva de Meiklejohn, por esse motivo, conecta-se, de certa forma, à plasticidade não-estática da Constituição Brasileira de 1988 que, apesar de conceber plenamente a liberdade de expressão como direito fundamental, tutela implicitamente a vedação ao discurso de ódio e a apologia ao denominado conjunto de ?discursos antidemocráticos?. Nesse sentido, o jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet afirma que numa interpretação sistemática ? aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um

regime democrático ? a Constituição Brasileira assegurou para a liberdade de expressão uma posição (relativa) preferencial, o que pode ser compreendido como uma preferência prima facie ? mas não absoluta ? que, por sua vez, não obsta o dever do sistema jurídico em garantir a preservação dos demais bem-jurídicos inseridos na sua Carta Magna, como dos direitos da personalidade (SARLET, 2019, p. 1225 e 1226).

Em sentido complementar, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que a garantia constitucional a liberdade de expressão está acompanhada de expressa reserva legal. Isso significa dizer que o exame conceitual da liberdade de expressão em sua justa aplicação pelo Poder Judiciário deve se dar de forma sistemática, de modo a transparecer que a evolução do direito à liberdade de expressão o conduz para a vedação ao conflito entre direitos fundamentais (Grundrechtskollision), levando a sua preferência relativa no ordenamento jurídico, em última análise, ao filtro da dignidade humana, elemento integrante do sistema de valores dos direitos (trans)individuais na Constituição Brasileira (MENDES, 1994, p. 298 a 301).

Dessa forma, observa-se que a busca pela conceituação (filo)jurídica do princípio da liberdade de expressão, ao mesmo tempo que perpassa pelo seu reconhecimento enquanto direito prefigurado às convencionalidades coletivas e prioritário no plano de fundo democrático, não furta-se de um enquadramento na sistemática constitucional, de modo que o seu eixo de limitação, como se verá mais adiante, deva encontrar solidez na garantia de outros direitos individuais, desde que garantida a reserva legal do seu exercício jurisdicional.

2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.

10

Tendo sido bem delineada a seara (filo)jurídica da liberdade de expressão, observa-se que o seu conteúdo enquanto bem-jurídico, assim como a sua desejada aplicação no seio societário perpassam pela indispensável noção de enquadramento do referido instituto na ordenação democrática que o reconhece.

Isto porque, num primeiro momento, a liberdade de expressão aparece como fundamental corolário do sentimento democrático. Nos dizeres de Silva (2009, p. 114) a liberdade da palavra, numa democracia, está voltada para a vida coletiva através da discussão e deliberação de assuntos públicos de bem comum. Nesse cerne, a constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo torna-se, segundo o autor, premissa óbvia ? tomada como um dado ? de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o sistema democrático atingir a sua finalidade política precípua de satisfação da vontade popular.

Tão antiga e consolidada na literatura política é a importância da liberdade de expressão que, em suas obras republicanas, Maquiavel, um autor reflexo de um período não-democrático, já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar no trecho abaixo reproduzido:

Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela

discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 2000, p. 76)

Por outro lado, num segundo momento, a importância de contrastar o princípio da liberdade de expressão com o plano de fundo democrático existente se dá também com vistas a sua seara de aplicação jurídica. De acordo com Sarlet e Siqueira (2020, p. 545 e 546), na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e de informação nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, mas, também, da operacionalização, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de proteção desses direitos, o que, por sua vez, implica a salvaguarda dos direitos políticos e da democracia e suas instituições.
A perspectiva do autor brasileiro, nessa esteira, fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana é o fundamento estruturante de uma democracia, ao passo que a democracia opera como espécie de garantia organizacional e procedimental da dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 86 e 87). Em sentido confluente, pode-se deduzir que a relação entre
11

democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora o aumento do potencial democrático numa sociedade possa muitas vezes significar o aumento da liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão, em seu usufruto abusivo, pode acarretar riscos para a democracia o que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão em última instância de análise (MICHELMAN, 2007, p. 58), o que torna necessário calculado equacionamento.
Na democracia brasileira, destacadamente, o problema do conteúdo e limites da liberdade de expressão somente pode ser enfrentado e equacionado, do ponto de vista jurídico, quando existe um consenso (no sentido de uma opinião e prática majoritária) relativamente ao seu sentido e alcance, o que, por sua vez, remete à querela em torno da posição da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais (SARLET; SIQUEIRA, 2019, p. 549 e 550).
Nesse sentido, conforme observaremos mais detalhadamente no próximo capítulo do presente trabalho, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegure um idêntico status protetivo à privacidade, intimidade, honra e imagem e à liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, levando a uma interpretação sistemática que não dispensa a constitucionalidade da sua limitação pelo Poder Judiciário (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550 e 551).

3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Objetivando o mais justo estabelecimento da formatação do direito à liberdade de expressão no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no plano do Estado Democrático de Direito vigente, faz-se necessário compreender, prioritariamente, a sua história

constitucional, de modo que se possa dimensionar, ao fim deste capítulo, a relevância e extensão do direito à liberdade de expressão diante do binômio espaço-temporal das normas constitucionais pátrias, chegando satisfatoriamente à sua atual fisiologia jurídica, por sua vez fundada na Constituição Cidadã de 1988.

Para tanto, trata-se de dado histórico verificável a ser ressaltado nesta oportunidade que a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro submeteu-se a diversas
12

variações, decorrentes estas, por certo, do momento histórico-social pelo qual a sociedade brasileira passava quando da adoção de cada Carta Constitucional (DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Isto dito, a contemplação constitucional do direito à liberdade de expressão teve início com a Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, em que havia, através do art. 179, IV do título ?Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros.?, previsão destacada a respeito da inviolabilidade dos direitos civis de liberdade dos cidadãos brasileiros, fazendo menção expressa ao direito de comunicação de pensamento por palavras e escritos, podendo ainda serem estes últimos publicados pela imprensa, a qual teria a sua atividade garantida sem a dependência de censura (BRASIL, 1824).

Em contrapartida, o próprio dispositivo supramencionado previa a possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de pensamento nos casos e pela forma que a lei determinasse. Tal disposição restritiva, no entanto, apesar de destacar o filtro da legalidade, era cercada de certa imprecisão, tendo em vista que a existência do Poder Moderador, este previsto no Título 5°, Capítulo I da mesma Carta, trazia como direito do Imperador prover a tudo que fosse concernente a segurança interna e externa do Estado, incluindo nisto a manutenção da ordem moral da sociedade brasileira, o que, em última análise, acabava por significar a existência de um censor de alcance ilimitado gerado pelo mesmo texto constitucional (BRASIL, 1824; DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Com a derrubada do Império e a inauguração do regime republicano no Brasil no ano de 1889, fora criada, dois anos depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual manteve em quase total integralidade o texto constitucional do Império acerca da livre manifestação e publicização do pensamento, havendo, no entanto, diferenciação notória decorrente não em face da égide normativa em si, visto que praticamente espelhada na anterior, mas da retirada do Poder Moderador como potencial mecanismo de censura para além do filtro da legalidade (DOS SANTOS, 2016, p. 109 e 110).

Por outro lado, a primeira constituição republicana fora responsável por trazer em seu art. 72, parágrafo 12 a vedação ao anonimato, condição à livre manifestação do pensamento até hoje presente no texto constitucional brasileiro como forma de garantir a responsabilização do emissor de determinada palavra e/ou escrito através da sua obrigatória identificação (BRASIL, 1891).
13

Já no séc. XX, mais precisamente na década de 30, fora promulgada no ano de 1934 a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, inspirada na Constituição de

Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931 e imbuída pela Revolução de 1930 trouxe inovações à proteção da liberdade de pensamento em seu art.113, parágrafo 9, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos e, ao mesmo tempo, permitiu a censura de espetáculos e diversões públicas, como afronta clara ao potencial antagônico da classe artística (BRASIL, 1934; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Três anos depois, como forma de perpetuar-se no poder e inspirado na Constituição autoritária da Polônia de 1935, o então presidente Getúlio Vargas (1882-1954), promoveu um golpe de estado em 1937 e, no mesmo ano, outorgou um novo texto constitucional em que em seu art. 122, inciso 15 ? reforçado pelo Decreto-lei no 1.949 ? estavam previstas diversas modalidades e mecanismos de censura ? inclusive prévia ? ao livre pensamento, sob a premissa de garantir a paz, a ordem, bem como a moralidade e a segurança pública (BRASIL, 1937; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Tais previsões constitucionais, assim que vigentes, deram origem a uma série cinzenta de atos institucionais de restrição à liberdade de expressão nas mais diversas ramificações, sobretudo no âmbito da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão e, destacadamente, na própria seara política, ausente do juízo de valor popular (DOS SANTOS, 2016, p. 110 e 111).
Com a deposição de Getúlio pelos militares e a consequente superação do seu regime no ano de 1945, fora promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, um ano depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, reavendo, em seu art. 141, conquistas da Carta Constitucional de 1934, além de trazer destaques quanto a liberdade da convicção religiosa, filosófica e política. Entretanto, no mesmo texto, apesar de expressa consideração das artes como livres no art. 173, a Constituição de 1946, no parágrafo 5° do art.143 destacava que os espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados, dando continuidade às afrontas moralistas ao pensamento artístico oriundas do texto constitucional de 1934 (BRASIL, 1946; DOS SANTOS, 2016, p. 111).
Quase duas décadas depois, com a instalação do Regime Militar no Brasil no ano de 1964, a Constituição de 1946 fora suprimida, dando lugar a um cenário de ausência de proteção constitucional dos direitos fundamentais, marcado este pela publicação dos Atos Institucionais I e II que suprimiram a representatividade política do país (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
14

O novo status quo institucional ora instalado se consolidou na Constituição da República Federativa de 1967 que praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação e publicização do pensamento independentemente de censura. No entanto, diferentemente da Constituição de 1946, o texto constitucional em voga naquele período trouxe, no parágrafo 8° do art. 150, a possibilidade de intolerância jurisdicional diante de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967; DOS SANTOS, 2016, p. 112).
Nesse deslinde, foram publicados consecutivos atos institucionais até o Ato Institucional nº 5 ? AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do Poder Executivo e tratando qualquer manifestação contrária ao Regime como crime político e contra a segurança nacional, o qual, segundo o próprio ato, estava excluído de qualquer apreciação judicial, devendo ser tratado como uma questão militar (DOS

SANTOS, 2016, p. 112).
Ato contínuo, no ano de 1969, a Emenda Constitucional n° 1 foi decretada pela Junta Militar vigente, modificando quase que integralmente a Constituição de 1967, de modo a dar caráter de legalidade constitucional aos atos institucionais. Sobre a Emenda referida, esclarece José Afonso da Silva (2006, p.86):

> Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Assim, sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que a liberdade de expressão, com considerações ao Regime Getulista, sofreu suas maiores represálias constitucionais na história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
No entanto, o contínuo desgaste do Regime Militar nos campos internacional, econômico e político acabou por culminar no processo de redemocratização do Brasil a partir do ano de 1985, processo este consolidado pela Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente no país, trazendo a maior proteção aos direitos fundamentais e democráticos da história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 113).
No que tange ao direito ao direito à liberdade expressão, a Carta Constitucional, ao se definir como signatária efetiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representou uma verdadeira antítese ao regime antecessor, reconhecendo, como cláusulas pétreas, o direito de qualquer cidadão de, indistintamente, formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores
15

e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação (DOS SANTOS, 2016, p. 114).
Para bem ilustrar a renovação constitucional supramencionada, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 65):

> A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Nesse deslinde, a liberdade de expressão passou a figurar no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando no art. 5°, IV e IX o caráter de inviolabilidade do direito ao livre pensamento com vedação ao anonimato e, ademais, fazendo-se destaque ao livre exercício das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).
Em disposição consoante, o art. 220 da Constituição Cidadã reforçou o disposto nos dispositivos supramencionados, destacando ainda a vedação ao embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988).
Nesses termos, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente

a liberdade de expressão e comunicação como elementos constitutivos do próprio regime institucional vigente, pondo fim à censura anteriormente existente, marcada esta pela relativização normativa do livre pensamento (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

Em contrapartida, ao prever, em seu art. 5º, X a igual proteção aos direitos da personalidade ? quais sejam intimidade, vida privada, honra e imagem ? bem como promover a vedação ao seu usufruto abusivo, a Constituição de 1988 foi responsável por trazer a mais nova fisiologia do direito à liberdade de expressão, balizado pelo binômio ?liberdade x responsabilidade? e, sobretudo, pelo fenômeno da colisão dos direitos fundamentais na operacionalização (infra)constitucional destes, tema a ser analisado no tópico a seguir (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES

De acordo com o notório jurista alemão Robert Alexy, a problemática da colisão dos direitos fundamentais decorre do próprio intento do estudo dos direitos fundamentais em revelar

16

as estruturas dogmáticas, bem como o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 1999, p. 68).

Em linhas mais específicas, ao substanciar o ideal do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se desdobram simplesmente de dispositivos racionalizados pela ordem jurídica nacional, recepcionando, em verdade, a validez universal dos chamados direitos substanciais que, por seu turno, vinculam certas exigências transnacionais ao texto constitucional de cada país que vão da hierarquização das suas cargas valorativas, até a definição dos seus conteúdos axiológicos (ALEXY, 1999, p. 67).

E é nesse deslinde que surge a necessidade de catalogação dos direitos fundamentais e, consequentemente, da revelação da sua capacidade colidente por via de interpretação constitucional, podendo ser esta capacidade ampla, quando os direitos colidentes têm vocação coletiva, ou estrita, quando o conflito normativo decorre de direitos fundamentais individuais propriamente ditos (ALEXY, 1999, p. 68 e 68).

No caso presentemente estudado, qual seja o direito à liberdade de expressão, a sua capacidade colidente desenvolve caráter evidentemente estrito, isto porque a sua carga valorativa, bem como o seu conteúdo axiológico não podem ocorrer indefinidamente no plano da realidade sem que o seu exercício normativo tenha consequências negativas sobre direito fundamental diverso, sobretudo os direitos da personalidade.

Por esse motivo, a técnica interpretativa da Constituição Federal de 1988 no que tange a colisão dos direitos fundamentais, marcada destacadamente pela Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), não apenas trouxe os direitos da personalidade como colidentes ao exercício da liberdade de expressão, como também definiu a possibilidade do seu usufruto abusivo que, dentre outros prejuízos possíveis, pode ferir diretamente a ordem pública constitucional (DUQUE, 2018, p. 963).

Para bem ilustrar a mecânica destas limitações ver-se-á especificamente a sua operacionalidade (infra)constitucional nos tópicos a este subsequentes, destacando, sobremodo, a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, bem como à

clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas ao seu alcance normativo.

3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A Teoria dos Limites dos Limites preconiza que, através do princípio da proporcionalidade, deve-se estabelecer a definição de peso para cada um dos direitos
17

fundamentais em colisão e, assim, estabelecer de qual modo essa definição deve se dar de maneira proporcional para que se possa encontrar, finalmente, o equilíbrio correto entre os direitos fundamentais (DUQUE, 2018, p. 954 e 955).

Em outras palavras, é fundamental à técnica interpretativa constitucional analisar, mediante limitação abstrata, se o benefício alcançado com o sacrifício da aplicação de um direito fundamental não causa um prejuízo desnecessário.

No caso da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão à proteção da personalidade, segundo Alexy (1999, p. 70), a definição elementar da limitação a ela necessária perpassa indiscutivelmente pela irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total, bem como pela onipresença da ponderação entre ambos os direitos colidentes.

Essa interface interpretativa, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao direito à liberdade de expressão uma posição preferencial relativa de exercício em relação aos demais direitos fundamentais em vista da sua teleologia democrática indispensável.

Ao mesmo tempo, ocorre na sistemática constitucional, a possibilidade concreta e material dada ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo da dignidade da pessoa humana, de limitar a irradiação do livre pensamento, sob a prerrogativa de que os desdobramentos do senso intelectivo não podem preponderar indefinidamente sobre o indivíduo que intelectualiza sobre si mesmo.

Nessa égide, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos extrapatrimoniais previstos em seu art. 186 faz uma operacionalização infraconstitucional da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo em vista que o dano moral, ao representar o ferimento a uma camada imaterial do titular do direito, abarca a possibilidade do uso indevido da liberdade de expressão através de palavras ou escritos que, por seu turno, exigem a consecutiva reparação nos termos do art. 927 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

O Código Penal, por sua vez, em seu Capítulo V, traz previsão de detenção e multa a quem infringir a honra de outrem. No entanto, na esfera penal, há previsão de aumento de pena baseada na pessoa da sua vítima ? como, por exemplo, o Presidente da República ou Ministro do Supremo Tribunal Federal ? e se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, como as próprias redes sociais (BRASIL, 1940).

Seguindo a mesma toada discriminatória da tutela dos direitos da personalidade, os Estatutos da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010) e da Pessoa com Deficiência (Lei n° 3.146/2015) regulam infraconstitucionalmente a liberdade de expressão, fazendo definição
18

expressa à discriminação e preconceito contra os respectivos grupos. Ademais, a Lei dos Crimes

Raciais (Lei n° 7.716/1989), recentemente alterada pela Lei n° 14.532/2023, criminaliza a ofensa em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, prevendo aumento de pena ainda quando o crime ocorrer em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação ou quando praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, trazendo limitações práticas ao conteúdo humorístico de cunho racial, mas também ao racismo institucional presentes nos órgãos públicos.
Por fim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual se verá mais detalhadamente no decorrer deste estudo, atualizou a colisão entre a tutela dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão para o campo tecnológico-informacional, trazendo, no seu art. 7º, I e, em consonância ao Código Civil, a inviolabilidade do direito reparatório decorrente de conteúdos gerados por usuários e trazendo como novidade normativa, por outro lado, a neutralidade das redes em si, bem como a isenção dos seus responsáveis por estes mesmos conteúdos (BRASIL, 2014).

3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão
Apesar do abuso do direito à liberdade de expressão obter relação indissociável com a tutela dos direitos da personalidade, para os fins do presente estudo, faz-se necessário destacá-lo brevemente com vistas a dissertar acerca da sua amplitude semântica, sobretudo no contexto das redes sociais e das famigeradas Fake News delas oriundas.
De acordo com o art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A liberdade de expressão, portanto, nesse cerco normativo, deve ser exercida, inclusive por inferência lógica da Teoria dos Limites dos Limites, mediante comedimento e razoabilidade em razão de diversos outros direitos caros ao texto constitucional e, inequivocamente, ao próprio Estado Democrático de Direito.
Observe-se então que a possibilidade do abuso do direito à liberdade de expressão, diferentemente da tutela dos direitos da personalidade, possui um núcleo normativo de maior amplitude e com menor definição de alcance, caso em que poderá ser ramificada a sanção ao livre pensamento à tutela de outros direitos constitucionais que não necessariamente o livre desenvolvimento da personalidade.
Aliás, caso o abuso do direito à liberdade de expressão decorresse tão somente do ferimento dos direitos da personalidade, o direito de resposta, referendado pelo inciso V do art. 19

5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, serviria, em conjunção com a possibilidade indenizatória, como remédio respectivo para a satisfação do ofendido, bem como para a responsabilização civil e penal do ofensor, inclusive no contexto dos meios de comunicação.
No entanto, em verdade, o abuso do direito à liberdade de expressão tem ecoado, sobretudo na era das redes sociais, na insurgência do controle jurisdicional de determinados conteúdos que, apesar de não ofenderem determinado titular de direito concreto e material, obtém uma pretensa finalidade de minar certos valores constitucionais, como o Poder Judiciário e os seus consectários, por exemplo (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 539 e 540).
Sob este novo plano de fundo, as famigeradas Fake News têm recebido destaque por se

desdobrarem na criação de conteúdos, pretensamente imparciais ou não, que, na interpretação jurisdicional, representam o desvio sistemático da verdade ou contradizem os fatos integralmente, sob a finalidade de destituir a validade de determinado instituto caro ao regime democrático (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 540).
Outrossim, essa realidade emergente se agrava ainda mais, levando em consideração o potencial difusor das redes sociais, bem como a relativização do perfilamento real do ofensor que, apesar de precisar identificar-se na sua atividade virtual em face da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF/88), pode criar intermináveis perfis que não necessariamente representem o perfil real do usuário, tendo proteção, inclusive, do direito à privacidade, tutelado pela Constituição em seu art. 5º, X e preferido infraconstitucionalmente em razão do Marco Civil da Internet (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 545 e 546).
Nesse deslinde, tem-se observado o surgimento de uma inaugural atuação do Poder Judiciário no que concerne ao alcance do abuso do direito à liberdade de expressão, arrastando o seu núcleo de limitação valorativa para as redes sociais, com vistas a discernir, de forma sancionatória, o livre pensamento das famigeradas Fake News e suas variações, o que torna imprescindível, para os fins do presente trabalho, dissertar a seguir acerca da (im)possibilidade material deste atualíssimo fenômeno jurisdicional, ressaltando, sobremodo, a necessidade de preservação do núcleo da liberdade de expressão, direito fundamental relativamente preferencial aos demais na Carta Magna Brasileira.

4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA
20

A análise ora pretendida da prefiguração do direito à liberdade de expressão no paradigma das Fake News perpassa, imperiosamente, pelo esforço antecedente não apenas de buscar a definição conceitual do multicitado fenômeno, como também se desemboca na conseguinte e, ainda mais importante para os fins do presente estudo, perseguição à sua vocação jurídica, de modo que se possa esquadrinhar finalmente a (im)possibilidade material do combate jurisdicional às Fake News em face da sua respectiva estabilidade enquanto fato novo passível de regulamentação.
Nessa esteira, conforme Allcott e Gentzkow (2017, p. 211 a 214), apesar de, grosso modo, Fake News popularmente significar, do inglês, ?notícia falsa?, o referido termo, no seu âmbito prático, abarca todas as informações veiculadas e aptas a serem disseminadas instantaneamente em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar o destinatário da mensagem inverídica e provocando, como finalidade precípua, um efeito pretendido sob determinado fragmento da sociedade.
Dessa forma, da pluralidade de manifestações cabíveis às Fake News, podem surgir erros intencionais, rumores sem origem em notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa e ainda propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141 a 147; ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214).
Nessa perspectiva, as Fake News podem ainda se subdividir em três modalidades gerais

quanto à sua forma e pretensão, sendo elas: a) dis-information, que ocorre quando a informação falsa e veiculada com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; b) mis-information, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; c) mal-information que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada ?pessoa, organização ou país? (WARDLE, 2017, p. 20).

Todas estas modalidades, à sua maneira, obtém a capacidade de gerar a denominada desordem informacional (information disorder) que subsiste na conexão atentatória entre os fatos (falsos ou não) e a narrativa imbricada sobre eles sob determinada finalidade extrínseca, esta geralmente danosa a algo ou alguém (LAZER; BAUM; BENKLER, 2018, p. 1094).

Desta análise conceitual já pode-se deduzir que o fenômeno das Fake News tem a capacidade material de, no seu enquadramento jurídico, desembocar casuisticamente na tutela

21

jurídica dos direitos da personalidade, visto que, dentre as suas finalidades identificáveis, o prejuízo reputacional à indivíduos e coletividades de pessoas é incontroverso. Por outro lado, há de se observar também que, ao se desenvolver sob pretenso contexto, as Fake News funcionam também como possíveis agentes de sectarismo, instabilidade político-social e proselitismo ideológico, caso em que o seu efeito danoso pode direcionar-se às vítimas imateriais, as quais a integridade só se pode verificar no âmbito das ideias e valores.

Nessa senda, a vocação jurídica das Fake News obtém concretude ante a sua seara de afetação ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, no que tange aos seus efeitos sobre as vítimas imateriais acima descritas, como a própria ideia jurisdicional da democracia plena, a vocação jurídica das Fake News perpassa substancialmente pela verificação da (im)possibilidade da tutela judicante de identificar a verdade factual no âmbito do debate público, sobretudo em contextos sensíveis.

Ao mesmo tempo, a vocação jurídica do multicitado fenômeno perpassa por uma limitação conceitual que não alargue indiscriminadamente o alcance dos termos linguísticos (enunciados semânticos) que o caracterizam em sua elasticidade e instabilidade, para que, ao fim e ao cabo, a sua regulação pela esfera jurídica, ante ausência, sobretudo, de regulamentação legislativa específica, não implique na maior restrição às liberdades de expressão e de informação, o que poderá desencadear na definição arbitrária dos rumos do debate público brasileiro pelo Poder Judiciário.(SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018

Como visto anteriormente, sendo notória a ausência de lei que regule o fenômeno das Fake News no seio das suas especificidades, o Poder Judiciário brasileiro tem deslocado profuso esforço para conter os pretensos danos decorrentes da sua ressonância, destacando-se, nessa esteira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a sua verticalidade cognitiva e, sobretudo, a sua prerrogativa constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em especial a própria liberdade de expressão, visto que diretamente afeta ao tema insistentemente deslindado pela

Corte.
O referido esforço da tutela jurisdicional, nesse cerne, não apenas revela a necessidade de que se analise exemplificativamente a operacionalidade judicial do controle concreto do multicitado fenômeno em face da sua instabilidade semântica, como também torna imperioso
22

que seja reflexo à questão a nova carga valorativa da liberdade de expressão no texto constitucional como subproduto das cognições do Supremo acerca das Fake News, bem como o impacto desta reconstituição ao Estado Democrático de Direito como um todo.
Para tanto, importa contrastar, a existência de uma posição preteritamente consolidada pelo Supremo, anterior às eleições de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão possui posição preferencial relativa na arquitetura constitucional e que, mais, a sua restrição depende de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo. Isto feito, se observará seguidamente a existência de uma transmutação valorativa do livre pensamento na cognição judiciária, por sua vez marcada por fenômenos concorrentes e decorrentes das eleições de 2018, em que o proselitismo ideológico e as Fake News fundiram-se como modus operandi único de populismo digital.
Assim esclarecido, como exemplo inicial da primeira via de análise supracitada, pode-se utilizar a própria ADPF n° 130, já sucintamente destacada neste estudo, em que a Suprema Corte pátria decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988. Na fundamentação da decisão, o STF sinonimizou a liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que, segundo a Corte, é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548).
Ademais, no que tange a consagração dos art. 5°, IV e IX e art. 220 da Constituição, argumentou categoricamente o Supremo na ADPF n° 130 que não há liberdade de imprensa pela metade ou praticada em face das tenazes da censura prévia, sob pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Nesse cerne, silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como esta, na visão do STF, recusar a qualificação do referido território virtual como ambiente livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação, este, por sua vez, um notório ?sobredireito? na égide constitucional. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548 e 549).
Já no âmbito da ADPF n° 187, o Supremo, ao referendar a constitucionalidade da denominada ?marcha da maconha?, vedando a sua criminalização enquanto suposta apologia ao crime, afirmou que tratativas de limitação ao direito de livre expressão e reunião devem passar, necessariamente, pelo crivo da sua constitucionalidade, levando em consideração, sobretudo, que o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à liberdade de expressão (liberdade-fim), desde que pacíficas e ordeiras, tratam-se de pré-condições necessárias à ativa participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões no âmbito do aparelho
23

do Estado, devendo ser soberano o zelo constitucional em proteger a promoção de atos de proselitismo pela sociedade civil, inclusive em oponibilidade ao exercício do Poder Público e os seus respectivos agentes (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 549 e 550).

Pondo fim a esta apreciação jurisprudencial precedente, merece destaque a decisão paradigmática do STF para o tema em epígrafe no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451 (ADI n° 4451) em que foi declarada inconstitucional, antes das eleições de 2018, lei eleitoral (Lei n° 9.504/1997) que buscava a vedação de sátiras e críticas a candidatos feitas por emissoras de rádio e televisão (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 559 a 561).
Para tanto, importa ressaltar que, em consonância ao que já fora teoricamente deslindado até o momento a respeito do ambiente apropriado para a proliferação das famigeradas Fake News, tratam-se as eleições ali regulamentadas de notório contexto sensível.
Isto dito, a Suprema Corte, em sua marcante cognição, considerou errônea a opção do legislador em colocar a lisura do pleito eleitoral como hierarquicamente superior às liberdades de expressão, incluindo a liberdade artística, de modo a atingir inclusive o núcleo essencial das referidas liberdades, desrespeitando a sua posição preferencial no texto constitucional, que subsiste por motivos histórico-civilizacionais, sendo, ademais, fundamental para o exercício de outras liberdades e, sobretudo, para o pleno exercício da democracia.
No âmbito deste entendimento da Corte, merece ainda destaque o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes que consignou voto no sentido de que não há permissão a ser deduzida do texto constitucional com o fulcro de limitar preventivamente o conteúdo do debate público por conta de conjecturas em torno de eventuais efeitos que a divulgação de determinados conteúdos possa vir a ter na esfera pública (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Ademais, delimitando a possibilidade material de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão, afirmou o Ministro que a liberdade de crítica deve ser plena e irrestrita, não havendo razão para que as práticas dela decorrentes sejam interrompidas no período eleitoral, até mesmo pelo fato de que eventuais abusos serão sempre passíveis de eventual responsabilização cível ou mesmo criminal por terem cunho injurioso, difamatório ou mesmo configurarem calúnia. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Em sentido confluente, entendeu o então Ministro e decano da Corte Celso de Mello: ?nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento? (BRASIL, 2018, p. 18).
24

Ao tratar especificamente das Fake News, o Ministro Luís Fux fundamentou, por seu turno, que a questão adquiriu um espaço maior, para quem a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, de modo a frisar a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão, que abarca a veiculação de opiniões e crítica e o falseamento doloso da verdade que causa danos graves e irreversíveis às suas vítimas. Para tanto, o Ministro, em sua cognição, não se desincumbiu de definir as especificidades do falseamento da verdade nos parâmetros das Fake News e nem mesmo adentrou no terreno valorativo do que seria a verdade no âmbito do debate político (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 564 apud BRASIL, 2018, p. 63 a 73).
Dessa forma, na multicitada decisão paradigmática, fora estabelecida pela Corte, assim como em outras oportunidades, a cognição de que há uma relação de retroalimentação entre a liberdade de expressão e a democracia, da qual a intervenção judicial só pode ser benigna se for

absolutamente subsidiária e fulcrada nos limites impostos pela própria Constituição.
Por outro lado, o STF, apesar de deslindar passageiramente acerca da hipótese de incidência das Fake News como abuso de direito à liberdade de expressão, sobretudo no processo eleitoral, não fora capaz, nesta decisão, de definir as suas lacunas de regulação, deixando ainda em aberto o seu alcance semântico, o que torna imperiosa, para os fins do presente trabalho, a análise de decisões atualíssimas da própria Corte arrastadas pela eclosão definitiva do fenômeno das Fake News após as eleições de 2018, marco temporal que fez com que a iniciativa de controle do Poder Judiciário se tornasse indispensável, mesmo que inequivocamente problemática.
Inicialmente, merece destaque a decisão do Supremo no bojo do Recurso Extraordinário n° 1075412 com definição de tese de repercussão geral, Tema n° 995. Nela, a Corte definiu parâmetros para a responsabilização de veículos midiáticos sobre falas dos seus entrevistados que atribuam falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sendo elas: I) se à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; II) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
Na decisão, o fundamento da tese fixada fora que, apesar da vedação constitucional à censura prévia, é admissível ao Poder Judiciário a possibilidade posterior de análise e responsabilização das empresas jornalísticas, inclusive mediante remoção de conteúdos por informações atentatórias aos direitos da personalidade, visto que salvaguardam um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas e externas (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
25

A decisão, nesse diapasão, merece destaque ao contrariar os atos investigativo e especulativo próprios do jornalismo, sobretudo pelo fato de que um jornalista não tem como saber o que será dito pelo entrevistado, sendo este, aliás, a razão da entrevista. Como exemplo, a entrevista dada por Roberto Jefferson no ano de 2005 que, posteriormente, gerou o famigerado caso do Mensalão, caso fosse dada na égide desta decisão do STF, teria sido tolhida e punida, ante ausência de comprovação, até aquele momento, das afirmações do então deputado federal.
Por outro lado, merecem atenção as consequências do Tema n° 995, no que se diz respeito a possiblidade iminente de que as mídias sociais e, especialmente os veículos de comunicação, passem a realizar autocensura sob temor de responsabilização posterior da tutela jurisdicional, tornando impossível à plena atividade jornalística, o que, inclusive, fere a cognição do próprio Supremo no bojo da ADPF n° 130, além do próprio Marco Civil da Internet. Tal cenário, aliás, fora perfeitamente apontado pelo então Ministro e Relator do caso, Marco Aurélio Mello que, vencido, afirmou o seguinte:
Parafraseando Voltaire, pode-se discordar do que é divulgado, mas não se pode limitar o direito de divulgar. Responsabilizar a imprensa não é a forma ideal de combate à divulgação de entrevista, ainda que inadequado o que dito pelo entrevistado. O Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho à censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer a análise, formando as próprias conclusões. Somente é possível chegar-se a uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas em discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, 2020, p. 2).

Portanto, já no âmbito do Tema n° 995 se observa a tentativa do Supremo Tribunal Federal de coibir a disseminação das fake News, incorrendo para isso, no entanto, no comprometimento da liberdade de imprensa e informação que, enquanto consectários da liberdade de expressão, deveriam obter preferência na arquitetura constitucional brasileira.
Mais, a tentativa de coibição do STF revela a própria instabilidade semântica das Fake News, visto que, do ponto de vista jurisdicional, em que a sobrevivência do debate público é prioritária, não há como o Poder Judiciário consolidar para si a verdade real sem sentença transitada em julgado, tendo que se valer da subjetividade de cada juiz ou ainda editor que, temendo represálias posteriores, evitará a publicação de determinada entrevista.
Dando seguimento à presente análise, merece igual apontamento a decisão, desta vez do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no âmbito da Representação Eleitoral n° 0601372-57 do ano de 2022. Naquela oportunidade, sob a premissa de causar ?desordem informacional?, o Tribunal Eleitoral decidiu pela liminar remoção de um vídeo de 2017 do canal de entretenimento denominado como ?Brasil Paralelo? em que eram apontados os escândalos políticos ocorrentes
26

durante o Governo Lula (2003-2010), sem citar necessariamente a participação e/ou anuência do até então presidenciável nestes mesmos esquemas.
O Ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, ao trazer a referida premissa à égide do julgamento enquanto fundamento principal do seu voto, destacou que, apesar dos fatos narrados no vídeo removido serem verdadeiros, haveria neles uma ambiguidade dolosa que poderia levar os eleitores, naquele contexto sensível de eleições, a uma conclusão falsa do todo narrado, isto é a possível associação do à época presidenciável Luís Inácio Lula da Silva à esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro ocorridos durante as suas administrações pretéritas (BRASIL, 2022, n.p).
Em outras palavras, de acordo com a cognição do Ministro, a qual fora acompanhada majoritariamente pelos seus pares, o vídeo do Brasil Paralelo, mesmo que verossímil à realidade no que tange à observação dos fatos, estaria imbuído de desordem informacional, tendo, assim, a potencialidade, naquele cenário contingente, de prejudicar a autodeterminação coletiva do eleitorado comum que, por sua vez, não teria a capacidade de discernir os fatos reais da narrativa descontextualizada presente no vídeo (BRASIL, 2022, n.p).
Acerca desta decisão do TSE se observa, prima facie, a adoção da modalidade de desinformação ?mal-information? já apresentada neste estudo, em que a premissa informacional é verdadeira, mas a sua motivação extrínseca atenta danosamente os direitos da personalidade do seu alvo, gerando desordem informacional sobre este. Nessa esteira, merece ressalva o fato de que estaria o TSE desviando-se dos limites impostos pela Constituição ao livre pensamento mediante conceito que ao menos reflete às bases gerais da ciência jurídica, fazendo parte, em verdade, de um ramo do estudo sociológico ainda inconclusivo ante a própria intercorrência temporal do fenômeno das Fake News (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 540 e 541).
Nesse âmbito, se reluz a imprescindibilidade do princípio constitucional da legalidade previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna Brasileira, ao evocar, em homenagem à previsibilidade e à estabilidade das normas e decisões judiciais, a inexistência de crime sem

lei anterior que a defina, nem de pena respectiva sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).
Por outro lado, apesar do abarcamento teórico que envolve a desordem informacional esclarecer as maledicências da ambiguidade dolosa atrelada ao aspecto narrativo da informação, não insurge da mesma teoria a ideia de que o controle ou ainda a presunção de adequação do senso intelectivo da sociedade civil pelo Poder Judiciário seja o remédio proporcional ao fenômeno.
27

Desta forma, deve restar preferível, partindo de um cenário ideal de menor intervenção possível da tutela jurisdicional no que tange ao debate público, que a vontade livre dos cidadãos, sobretudo em período eleitoral, se perfaça do seu mais desentranhado autoconvencimento, o que, na égide da internet, apresenta possibilidade concreta se observado a profusão de informações de diferentes fontes e vieses dispostas imediatamente aos seus usuários, não sendo razoável, para tanto, a restritividade externa desse movimento, sob pena de que surtam os efeitos contrários à pretensão judicial.
Findando a presente análise, portanto, imperioso conferir a existência de notável atipicidade valorativa que vem sendo prestada pelo Judiciário, em especial a sua Maior Corte Judicante, ao direito fundamental à liberdade de expressão, ao alargar a seara de limitação do seu exercício, o que significa, por inferência lógica, a predominância de elementos restritivos estranhos ? e ausentes de definição semântica ? ao livre pensamento e sua respectiva circulação, para além daqueles taxativamente definidos na Carga Magna pátria, os quais, como já visto, fornecem preferência relativa e concreta ao livre pensamento em nossa arquitetura constitucional.
Outrossim, por serem as Fake News um fenômeno de incidência internacional, faz-se ilustrativo tecer ainda, com vistas a estabelecer contrastes mais aprofundados acerca da atipicidade acima apontada, breves comparativos entre o enfrentamento ao multicitado fenômeno na jurisprudência brasileira e na americana que, especificamente, possui semelhante circunstância de eclosão em face das eleições de 2016 que elegeram o presidente Donald J. Trump.

4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado
De acordo com o doutrinador brasileiro Paulo Dourado de Gusmão, o direito comparado, enquanto método de espelhamento de legislações e jurisprudências de países diferentes, pode, quando atrelado ao ramo da sociologia jurídica, demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos, realizando, em última instância, a indicação dos fatores sociais das transformações jurídicas e a respectiva resultante destas mesmas transformações no âmbito da sociedade civil de cada país, sem que, para isso, recaia no equívoco da universalização dos sistema jurídicos (GUSMÃO, 1973, p. 18 e 19).
E é nesse âmbito que se concentra a finalidade deste tópico, no passo em que serão trazidos, como efeito comparativo, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos que
28

demonstrem o seu comportamento jurisdicional diante do corrente fenômeno das Fake News,

destacando ainda o grau de relativização valorativa do direito à liberdade de expressão pelo judiciário estadunidense frente do fenômeno mencionado e respeitando, sobretudo, as suas particularidades constitucionais.
Antes, importa destacar, para fins de contextualização, que a partir das eleições do ano de 2016 que consagrou o candidato outsider Donald J. Trump como o 45.º presidente dos Estados Unidos, eclodiu na política americana a existência das Fake News como potencial modus operandi de vantagem político-social, sobretudo para descredibilização de instituições tradicionais, como a grande mídia, com fins à corroboração de proselitismos ideológicos, assim como para a inflamação da polarização no ambiente político estadunidense, este já essencialmente bipartidarista e, portanto, suscetível a circunstâncias sectaristas. Acerca deste fenômeno, denominaram ainda Bernadini e Vieira Costa (2020, p. 388 e 389) como o momento de fundação da era da pós-verdade, senão vejamos:
O Dicionário Oxford definiu o termo pós-verdade como a palavra do ano de 2016, pós-eleições de Trump nos Estados Unidos, o que reacendeu os estudos do impacto das fake news na democracia eleitoral. Assim, caracterizou a pós-verdade como ?relativa a circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais?. O fenômeno da pós-verdade e das fake news está intrinsecamente ligado a uma refutação da ciência e uma aceitação de discursos inflamados por preconceitos, intolerâncias e táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da sociedade civil e da opinião pública, lançando mão de manobras populistas e extremistas.

Para tanto, o comportamento da tutela jurisdicional americana frente ao discorrido fenômeno, apesar de declarada preocupação, caminhou para uma proteção mais categórica da liberdade de expressão, demonstrando, em última análise, a efetividade do seu sistema de precedentes que insistentemente sobrepõe as diretrizes da Primeira Emenda em face da tentativa, por qualquer autoridade constituída, de restrição de determinados conteúdos.
Em linhas mais específicas, na jurisprudência americana, consagrada pela verticalidade cognitiva da sua Suprema Corte no caso ?Brandenburg v. Ohio?, para que haja a restrição do direito à liberdade de expressão é necessário que o elemento central da fala ou escrito a ser censurado se desemboque no denominado ?Imminent Lawless action? que, por sua vez, significa a presença de uma clara incitação à violência (Fighting words) ou iminente ação ilegal, independente do conteúdo em si das palavras proferidas, as quais não deve a tutela jurisdicional impor qualquer juízo de valor (ROSA, 2021, p. 26 a 28). Para bem corroborar o referido, vejamos trecho da cognição proferida pela Suprema Corte americana no caso ?Brandenburg v. Ohio?:
29

The Court's Per Curiam opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure

to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution 3

Tal cognição, portanto, visa privilegiar a perspectiva de que os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com o próprio fomento do livre pensamento, uma vez que, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade ? e não ao Estado ? fazer juízo de valor sobre quais ideias irão granjear a sua simpatia (ROSA, 2021, p. 28).
Em vista disso, no ano de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso ?United States vs. Stevens? (2010)4, em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que editava vídeos em redes sociais de combates entre cães da raça pitbull, foi condenado por uma lei do Estado da Pensilvânia por ?vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial?.
Valendo-se da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade, a Corte Americana declarou, naquela ocasião, a incompatibilidade da lei estadual em face da Primeira Emenda por exigir a legislação que determinada categoria do discurso devesse passar por uma análise de seu valor axiológico em face dos custos sociais que potencialmente imporia à sociedade.
Atendendo a uma perspectiva antinômica da liberdade de expressão, no entanto, argumentou a Corte que os benefícios das restrições ao Governo pelo livre pensamento superam os seus potenciais prejuízos à sociedade (ROSA, 2021, p. 33 e 34).
Adentrando finalmente no contexto deslindado na introdução deste tópico, cabe destaque a recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso ?Gonzalez v Google? 5no ano de 2023 em que a parte autora requeria a responsabilização da empresa Google pela não restrição de conteúdos em sua plataforma ligados ao Estado Islâmico, sendo esta inação supostamente influenciadora da morte de Nohemi Gonzalez, uma cidadã americana, pelo grupo terrorista, no ano de 2015 (ROSA, 2021, p. 36).

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Brandenburg v. Ohio?. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 31 de maio de 2024.
4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)?. A íntegra do caso está disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>. Acesso em 31 de maio de 2024.
5 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Gonzalez v Google?. Disponível em <www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2024.
30

Na oportunidade, apesar de compreender a especificidade danosa do caso nos termos da Fighting words, decidiu a Suprema Corte pela não responsabilização da Google, tendo em vista que cognição em contrário originaria um efeito cascata de ações judiciais cujo objeto seria terceirização da responsabilidade dos usuários para o meios comunicativos dos quais eles utilizam ? incluindo nestes as próprias redes sociais ? independentemente de aferição do nexo de incentivo à violência por parte das empresas (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
Nessa senda, decidiu a Suprema Corte pela apreciação da Seção 230 da Lei de Decência

nas Comunicações (Communications Decency Act) que garante, desde 1996, que provedores de serviços de internet desfrutem de imunidade legal pelo conteúdo proferido pelos seus usuários, impedindo, sobretudo, mecanismos de autocensura feitas por estas empresas como forma de evitar potenciais prejuízos judiciais (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
No caso deslindado, já se observa, uma diferença entre a cognição dos supremos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos, visto que o primeiro optou, no bojo do Tema n° 995, pela atribuição de verificação da verdade e da danosidade de falas de entrevistados aos veículos de comunicação que realizassem as entrevistas, terceirizando indiretamente a tutela de censura de conteúdos a empresas privadas e, mais, proferindo juízo de valor sobre o que pode ou não ser veiculado em face dos direitos da personalidade.
A Suprema Corte Americana, por sua vez, homenageando a Primeira Emenda da sua Constituição em detrimento do seu próprio poder jurisdicional, ressaltou a obrigação das plataformas digitais de remover propaganda terrorista, não opinando, no entanto, pela sua consecutiva responsabilização em face da casual disseminação de conteúdos desta natureza, para que se evite, em última análise, um ambiente de promoção de ideias cerceado por iminentes instrumentos impostos de autocensura.
Por fim deste exame comparativo, entretanto, merece destaque a cognição da Corte Suprema Americana no bojo do caso ?NetChoice v. Paxton? 6cujo objeto fora, em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da House Bill 20, Lei do Texas que tinha como finalidade a proibição de que empresas de mídia social com 50 milhões ou mais de usuários pudessem restringir postagens com base em pontos de vista acerca de veracidade ou viés, exigindo ainda que as plataformas divulgassem publicamente informações sobre como e quando moderam o conteúdo e criassem processos para que os usuários pudessem contestar decisões editoriais específicas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
31

No fundamento da sua decisão, a Corte curiosamente pugnou pela preservação de mais de 70 anos de jurisprudências em torno da operacionalidade da Primeira Emenda, isto porque a referida, na medida em que protege a liberdade de expressão e a livre associação enquanto direitos fundamentais, tutela também o livre exercício de julgamento editorial, sobretudo se levado em consideração a tendência constitucional americana de prestar autonomia às relações contratuais na égide das propriedades privadas, tais como as próprias empresas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).
Ademais, segundo o Tribunal, no passo em que a Primeira Emenda restringe o direito de interferência do Estado ao livre exercício do pensamento, nisto também se inclui o direito dos entes federados de promover a ampliação do discurso a um certo fragmento de usuários em face do viés do seu discurso ou de suposta desvantagem nos ambientes das mídias sociais que, supostamente, tenham uma posição dominante contrária (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 12 e 13).
Dessa forma, apesar do Estado do Texas afirmar que os requisitos de restrição servem ao interesse de garantir que o público tenha acesso a diversos fontes de informação, não há,

segundo a Corte, direito válido de modular o viés editorial das plataformas por interesses no próprio conteúdo veiculado, sob pena de não refletir o escrutínio da Primeira Emenda que exige a neutralidade do Estado nesta questão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 13 e 14).
A jurisprudência do TSE, por sua vez, no bojo Representação Eleitoral n° 0601372-57, com vistas a sanar potencial desordem informacional, retirou a autoridade editorial da plataforma Brasil Paralelo sobre conteúdo verdadeiro, arrastando para si o dever de definir quais informações e quais vieses narrativos comprometem ou não a capacidade de autoconvencimento da sociedade civil. Nesse cerne, ao contrário da Suprema Corte Americana, o Tribunal Eleitoral Brasileiro opta pela deslegitimação da soberania editorial dos provedores das redes sociais, agindo como filtro de veracidade e propensão narrativa.
Em face do todo aqui exposto, observa-se, portanto, como produto do presente juízo comparado, evidentes diferenças entre as preocupações e o modus operandi para a coibição das Fake News na jurisprudência americana e brasileira, visto que enquanto a primeira vem privilegiando a estabilidade do direito à liberdade de expressão numa conduta de não-intervenção, a segunda apresenta uma preocupação sistemática a respeito do referido fenômeno, de modo a buscar o seu enquadramento semântico como forma de reconstituir a valoração da liberdade de expressão na sua arquitetura constitucional, caminho este que merece reflexões jurídicas indispensáveis, como se verá a seguir.
32

4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL

Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, em seu ensaio ?A Verdade e a Política?, para a mais justa compreensão da realidade, bem como para que se evitem nuances indeterminadas entre aquilo que é ficto e palpável, é necessário, sobretudo, consolidar conceitual e semanticamente aquilo que se obtém como verdade (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
Para tanto, segundo a filósofa, coexistem dois tipos de verdade: a verdade real e a verdade factual. A primeira decorre do conteúdo autoevidente da matemática e da filosofia, apresentando caráter despótico e coercitivo, pois, enquanto produto da mera percepção daquilo que é incontroverso, impede que o debate entre os homens ocorra, o que poderia acabar por constituir versões a respeito da mesma obviedade (ARAÚJO, 2023, p. 5 e 6).
Por outro lado, a verdade factual, a qual nos interessa especialmente, é própria do mundo dos homens e da política, no passo em que o seu desenvolvimento ocorre através da comunicação e da experiência de muitos, fazendo com que fatos e opiniões, embora distintos, constituam o mesmo universo: o domínio público. Em outras palavras, a textura do domínio público e sua verdade inerente são constituídas por fatos e eventos, formando verdades contingentes, cuja disjunção lógica faz com que seu oposto seja plausível, mediante necessária interpretação (ARENDT, 2016 p. 225).
Contudo, a própria filósofa destaca que a instabilidade da verdade factual não pode, em hipótese alguma, submeter-se a perspectiva nietzschiana da verdade como fruto meramente decorrente da interpretação de alguém sobre determinada situação, o que acabaria por arrastar a verdade e os fatos objetivos para o precipício da falsidade deliberada. Em verdade, quando há

de se entender a proeminência da verdade factual no debate público deve-se, prioritariamente considerar a comunicabilidade política por excelência, na qual os fatos em si não estão em disputa, mas os juízos de valor dele decorrentes legitimam o pressuposto da pluralidade e, por consequência, possibilitam o autoconvencimento dos homens (PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 97 e 98; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
E é nessa esteira que surge a noção elucidativa do ?mercado livre de ideias?, concebida pelo célebre juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr, na qual a propagação livre de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, habilitando-os a identificar a verdade factual, rejeitar a mentira
33

contraproducente e produzir e propagar conhecimentos orientadores (POST, 2000, p. 235 e 236).
Para tanto, destaca Holmes Jr que, mesmo na proeminência da livre circulação de ideias, na qual a verdade factual surge como principal objeto desejado, podem haver demais princípios que, por sua vez, regulem os casos em que a manifestação de pensamento represente perigo evidente e capaz de produzir males gravíssimos (POST, 2000, p. 236).
Contemplando tal perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, através da inteligência dos seu art. art. 5º (incisos IV, IX e XIV) e art. 220, assegurou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que não exercidas em abusividade e se confluentes, na medida da sua prevalência relativa, com a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez disposto no art. 5º, inc. X.
Dessa forma, recaindo sobre a interpretação constitucional da colisão dos direitos fundamentais, decidiu o constituinte originário que, na extensão fisiológica do seu exercício, obteria o livre pensamento e os seus consectários preferência apriorística em relação aos demais direitos tutelados no texto constitucional, cuja declinação dependeria de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo, critérios estes produzidos como forma de proteção categórica ao aspecto essencialmente democrático do multicitado instituto. (BARROSO, 2005, p. 103; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Arrastando esta questão para o plano de fundo das Fake News, foco do presente trabalho, observa-se, em outro viés analítico, que a proliferação sistemática da distorção da verdade vem, na égide das redes sociais, gerando fenômenos de sequestro da razão, ao colocar nichos da sociedade civil em um círculo vicioso de engano e proposital sectarismo, tudo isto fomentado pela dinâmica acelerada e incalculavelmente expansiva da internet.
Por outro lado, há de se considerar, de igual modo, que deve-se também aos provedores de serviço de internet, na qual proliferam-se as Fake News, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a livre circulação de notícias, ideias, análises, sátiras e demais manifestações não mais dependem do fulcro intermediador dos veículos de comunicação até então predominantes ? como as grandes redes de televisão ? impondo ao poder estatal e os seus representantes uma relação cada vez mais direta com os seus representados (DIMOLIUS; MARTINS, 2006, p. 274).
Essa nova configuração da dinâmica político-social, por seu turno, homenageia os vínculos mais precípuos da democracia, tendo em vista que a possibilidade dos cidadãos de

34

fiscalizarem e se oporem diretamente aos atos do Poder Público reforça o conteúdo negativo da liberdade de expressão, cuja finalidade precípua é gerar uma comunicabilidade antinômica entre a estrutura estatal e o seu agente constituinte, limitando a possibilidade de arbitrariedades deste primeiro (BARROSO, 2004, p. 19 e 20).
Daí surge, nos dizeres de Machado (2007, p. 473 e 474), a seara objetiva do livre pensamento, este conectado ao seu exercício funcional, qual seja a sua capacidade de prover o desenvolvimento contínuo da opinião pública e do engajamento da participação política, elementos indispensáveis em um país que, do ponto de vista historicista, constituiu a sua atual Carta Magna em resposta popular à mais de 20 anos de cerceamento das liberdades políticas e (trans)individuais.
Nessa seara, merece destaque o fato de que a democratização do acesso à internet e de todo o fluxo informacional que nela se processa, ? na qual ocorre uma intervenção ativa por parte de indivíduos e grupos que não integram órgãos da mídia convencional ? vem levando o debate público a uma intensa e irreversível descentralização informacional, minando ainda, em última análise, o predomínio de determinados setores da comunicação em relação ao discurso, bem como em relação a seleção de determinadas informações mais ou menos relevantes de acordo com a aptidão editorial (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 566 apud WAACK, 2018, p. 124).
Deste mesmo fenômeno corrente, por outro lado, insurge a ausência de acuracidade das informações porventura disseminadas. Do ponto de vista da razoabilidade, no entanto, é notório que este aspecto negativo deve-se lidar, sobremodo, com (re)orientação cultural, tendo em vista que não é materialmente possível cobrar de todo cidadão a avaliação crítica profunda relativa a cada informação acessada, em razão da larga desigualdade em termos de capacidade informacional no Brasil, esta historicamente intensificada pela dependência dos grandes veículos de mídia (BALEM, 2017, p. 5).
Em razão de todo exposto, merece reflexão, prima facie, a cada mais vez dificultosa atividade jurisdicional de manter a higidez do binômio liberdade de expressão/democracia sem recair na sua consecutiva reconstituição, em razão do atualíssimo perigo resultante da manipulação virtual deliberada por pessoas ou grupos de interesse, imbuídos por ideologias nebulosas que, quase sempre, refletem a nostalgia de indesejados períodos do passado nacional.
Por outro lado, para defender alegadamente uma ideia imaterial de democracia, não é desejável que o Poder Judiciário, sobretudo a sua Suprema Corte, combata o deslindado fenômeno, fazendo-se valer, para tanto, da restrição do alcance normativo da liberdade de
35

expressão através de conceito ? in casu, as Fake News ? que, além de não refletir as diretrizes gerais da sua Constituição, ? quiçá das ciências jurídicas gerais ? obtém profunda plasticidade semântica, fato este que submeterá a cognição jurisdicional brasileira, inevitavelmente, a um labirinto de completa indeterminação.
Nesse sentido, valiosas são as lições de Oliveira (2009, p. 95 e 96) ao dizer, subsidiado nas noções de Ronald Dworkin, que o fenômeno da indeterminação linguística no Direito faz com que as decisões judiciais obtenham imprevisível discricionariedade, comprometendo a

estabilidade e coerência exigíveis ao neoconstitucionalismo. Do contrário, sob o manto de certeza do Direito, se tornam aplicáveis as normas igualitariamente a todos e, individualmente, se torna possível a atribuição da justiça imprescindível à liberdade civil, no passo em que se faz garantida uma relativa previsibilidade jurisdicional frente aos ditamos da sua carta constitucional respectiva.
Reforçando este questionamento, necessário se levar em consideração que a restrição à liberdade de expressão perpassa, na coibição jurisdicional direcionada às Fake News, pela necessidade de que os órgãos sancionatórios realizem juízo de valor acerca do que é dito ou disseminado. Nesse caso, por se tratarem as Fake News não apenas de veracidade, mas de narrativa includente, há uma dificuldade que pareia o seu enfrentamento figurado na capacidade casuística dos tribunais em distinguir o polêmico do falso, o que diz respeito não apenas ao problema de como e em que medida se desemboca uma maior ou menor capacidade crítica dos indivíduos, mas também se deve à própria natureza disjuntiva da verdade factual, na qual, inclusive, permite-se um juízo íntimo de retratação (ARENDT, 2016, p. 231 e 232).
Esta problemática, aliás, já obtém, como visto, precedente nas decisões do TSE que, na égide da Representação Eleitoral n° 0601372-57, teve que utilizar-se de notável discricionariedade linguística como recurso valorativo para conter uma narrativa polêmica, mas palpável, acerca de fatos verossímeis, sob a premissa de incorrer essa em suposta desordem informacional.
Portanto, em qualquer perspectiva, seja pela possibilidade material de conter o discurso pelo valor das suas premissas ou, ainda, pela proeminência do seu poder de ressonância, estará a tutela jurisdicional defrontando-se com o brocardo jurídico ?Ad impossibilia nemo tenetur? que expõe ao Poder Judiciário a conformação das suas possiblidades de regulamentação, sob pena de gerar precedentes de instabilidade mais gravosos que a problemática a qual se pugnou confrontar (LEFEBVRE D?OVIDIO; 2020, p. 120).
36

Para sedimentar as presentes reflexões, portanto, sabe-se que as Fake News, por sua estrutura inaugural no tecido da sociedade tenderão a gerar, em algum momento, a reconstituição axiológica da liberdade de expressão pela via legal, o que cumprirá, naturalmente, o ciclo de (re)modelação dos direitos fundamentais sob a égide das matrizes jurídicas temporal e espacialmente dinâmicas.
Contudo, havendo ainda lacuna legislativa para tal reconstituição, a iminente ideia da restrição ao livre pensamento figurada no seu conteúdo, ao invés da sua rígida prefiguração constitucional, como vem pretendendo o Judiciário Brasileiro, remete, em verdade, à necessidade de que se reforce a contínua vigilância em relação aos perigos da formação de uma ordem orwelliana 7pelo Estado que determinaria o que é verdade e o que não é ? inclusive sobre si mesmo ? baseando-se em pressupostos analiticamente indeterminados, o que impedirá, em última análise, a circulação de discursos dissidentes, fazendo-se assumir ainda ao poder estatal a feição de uma nova forma de dominação, esta fulcrada no sequestro do debate público e, portanto, da busca pela verdade factual em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, sob a ótica propedêutica-constitucional,

as necessárias reflexões jurídicas atinentes à regulação das Fake News diante do fundamento da liberdade de expressão, direito fundamental encravado no texto constitucional brasileiro. Para tanto, tendo em vista a ausência de legislação específica que sedimentasse o cerco normativo do presente estudo, teve que se recorrer ao que há de mais profuso, em termos de jurisprudência ? inclusive internacional ? acerca desta inaugural colisão entre ?fato novo? e ?direito?. Não apenas isto, o presente trabalho comprometeu-se cabalmente em circunstanciar a necessidade de prefiguração da liberdade de expressão não apenas no campo jurídico, mas na esteira da sua imprescindibilidade política, cuja democracia se funda.
Nesse cerne, imperioso se faz concluir, não havendo ressalvas quanto a possibilidade de regulação legislativa das Fake News, que a conformação da coibição deste fenômeno, por hora, pelo poder jurisdicional, esta indiscutivelmente ameaçadora ao livre escoamento do debate público, perpassa, fundamentalmente, pela obtenção da liberdade de expressão como núcleo

7 Na ordem orwelliana, preconizada pelo escritor inglês George Orwell na sua obra distópica ?1984?, o poder
estatal age como um mecanismo de falsificação do passado e do presente, no passo em que desvirtualiza a
capacidade de expressão dos seus dissidentes, transformando o discurso em um produto monopolístico e inescapável do Estado, este denominado como ?Ministério da Verdade?.
37

essencial passível de preferência à cognição judiciária. Em outras palavras, para que sejam devidamente reguladas as Fake News deve-se, prima facie, conceber os limites materiais desta atividade, com vistas à proteção do alcance axiológico do livre pensamento, este fundamental às instituições democráticas e ao, mesmo tempo, historicamente frágil e de onerosa (re)conquista.
Mais do que isso, faz-se necessário compreender, em certo grau e sob certa égide normativa, a presunção caótica do debate público que, quase nunca, entregará pacificamente os desdobramentos do seu desenvolvimento, de modo que as suas inflamadas disjunções, naquilo que for possível, devem ser prestadas à sociedade civil como parte do processo autorregulatório da democracia, eximindo, naquilo que for possível, a intervenção do judiciário que, em face da sua matriz centralizadora, tenderá, em algum momento, pela preterição de determinada corrente aparentemente mais nociva, mas não necessariamente ilegal, prejudicando, em última análise, a obtenção da verdade factual e do autoconvencimento coletivo em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista De Direito Administrativo, 217, 67?79. 1999.
ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.
ARAÚJO, Leonardo Aires. A distinção entre a verdade filosófica e a verdade factual, na ótica arendtiana. Revista Ponto de Vista, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 01?08, 2023. DOI: 10.47328/rpv.v12i2.16444.

ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. 8ªed.São Paulo: Perspectiva, 2016.
BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das fake news e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democrática. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, 8-10, nov. 2017.
BARROSO, Luís Roberto. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./Mar. 2004.
BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade ? Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
38

BECKER, Daniel; FILHO, Humberto Chiesi; BRETZ, Luiza Pontes de Miranda. Gonzalez v. Google e Twitter v. Taamneh: lições da Scotus sobre responsabilizar plataformas. Conjur. 2023. Acesso em: 31.05.2024.
BERNARDINI, Ana Júlia Bonzanini; VIEIRA COSTA, Andressa Liegi. POPULISMO E FAKE NEWS NA ERA DA PÓS-VERDADE: COMPARAÇÕES ENTRE ESTADOS UNIDOS, HUNGRIA E BRASIL. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 28 | p. 385-412 | jan./jun. 2020 | E-ISSN 2359-2419
BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. ? Nova ed. ? Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.
BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891.
BRASIL. Constituição (1934) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.
BRASIL. Constituição (1937) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.
BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.
BRASIL. Constituição (1967) Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República [1988].
BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. BRASIL: Brasília, DF.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno,

j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, Voto. Min. Rel. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
39

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repr 0601372-57, Voto. Min. Ricardo Lewandowski. j. 13.10.2022.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2006.
DUQUE, M. S., & Nascimento, I. M. A. do. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 4(2), 949?968. 2018.
DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 2005.
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. In: Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, nº 17, p.15-19, jan./abr. 1973.
HAVARD LAW SCHOOL. Compelling speech The Supreme Court soon will decide if social media platforms must allow certain kinds of speech on their platforms. By Rachel Reed. United States (USA). 2024.
HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro de Mello Aleixo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LEFEBVRE D?OVIDIO, Francesco. Ad impossibilia nemo tenetur. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder, The Journal of European Economic History, ISSN 2499-8281, Associazione Bancaria Italiana, Roma, Vol. 49, Iss. 2, pp. 117-123
MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MAQUIAVEL, Nicolau. Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
MEIKLEJOHN, Alexander. Free Speech: And its relation to self-government. New York: Harper & Brothers, 1948.
MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, a.31, n° 122 maio/jul. 1994.
40

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009.
PEREIRA DA SILVA, Jorge. ?Fake news? conquistam 2017. O Jornal Económico, 17 novembro 2017.
POST, Robert. ?Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence?, Yale Law School Schlarship, 2000, 2355-2376.
ROSA, Pamela Dourado Kletlinger. O futuro da liberdade de expressão na era digital: moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no bojo do inquérito das fake news. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
SARLET, Ingo Wolfang. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: O CASO DAS ASSIM CHAMADAS ?FAKE NEWS? NAS REDES SOCIAIS EM PERÍODO ELEITORAL NO BRASIL. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e Liberdade de Expressão Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS. SÃO PAULO/SP. 2009.
TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. Defining ?Fake News?, Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 137-153, 2018.
WAACK, William. Fake News: uma visão político-jornalística. in: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.), Fake News e Regulação, São Paulo: RT, 2018.
WARDLE, Claire. Information Disorder. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: Council of Europe, 2017.

==========

Arquivo 1: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Arquivo 2: https://www.acluohio.org/en/cases/brandenburg-v-ohio-395-us-444-1969 (367 termos)
Termos comuns: 33
Similaridade: 0,25%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento
https://www.acluohio.org/en/cases/brandenburg-v-ohio-395-us-444-1969 (367 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SALVADOR
2024
GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho apresentado à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

SALVADOR
2024

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos
Matteo e Laura, amores do titio.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEGAL REFLECTIONS ON THE NECESSARY CONFORMATION OF THE CONCEPT OF FAKE NEWS IN FRONT OF THE FOUNDATION OF FREEDOM OF EXPRESSION

Guilherme de Magalhães Leal Moreira1
Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO
O presente estudo tem como objetivo tecer necessárias reflexões jurídicas acerca do (re)posicionamento do fundamento constitucional da liberdade de expressão diante do paradigma das Fake News, fenômeno atualíssimo decorrente da nova dinâmica informacional trazida pelas redes virtuais. Para tanto, busca-se prioritariamente investigar a fisiologia da liberdade de expressão no campo (filo)jurídico, bem como na própria arquitetura constitucional brasileira para que, ao fim e ao cabo, seja possível refletir o direito ao livre pensamento e suas ramificações na seara de contingências do plano de fundo das Fake News, especialmente no que tange à (in)determinação linguística e jurídica deste com fins à sua respectiva coibição jurisdicional. Nesse diapasão, tendo em vista a ausência de lei específica que regulamente o multicitado fenômeno, discute-se, do ponto de vista doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, sob quais termos a coibição às Fake News não pode corromper o núcleo essencial da liberdade de expressão, ante a sua imprescindibilidade democrática e inerente capacidade antinômica frente aos indesejados desdobramentos do poder estatal.
Palavras-chave: Liberdade de expressão, Fake News, Jurisprudência, Constituição, Democracia.

ABSTRACT: The present study aims to weave legal reflections on the (re)positioning of the constitutional foundation of freedom of expression in the face of the Fake News paradigm, which appears to be very current as a result of the new informational dynamics brought about by virtual networks. To this end, we seek to primarily investigate the physiology of freedom of expression in the (philo)legal field, as well as in the Brazilian constitutional architecture itself

so that, in the end, it is possible to reflect the right to free thought and its ramifications in the field. of contingencies in the background of Fake News, especially with regard to its linguistic and legal (in)determination with the aim of its respective jurisdictional restraint. In this context, in view of the absence of a specific law that regulates the multi-cited characteristics, it is

1 Discente do curso de Bacharelado em Direito da UCSal ? Universidade Católica do Salvador, em curso da
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do 9° semestre. Email institucional:
guilherme.moreira@ucsal.edu.br
2Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), pós-graduado em Direito
Processual Civil pelo Juspodivm e Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade - PPGEISU/ IHAC/
UFBA.
5

discussed, from a doctrinal and, above all, jurisprudential point of view, under which terms the prohibition against Fake News cannot corrupt the essential core of freedom of expression , given its democratic indispensability and antinomic capacity in the face of unwanted developments of state power.
Keywords: Freedom of expression, Fake News, Jurisprudence, Constitution, Democracy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA. 2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA. 3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL. 3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES. 3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. 3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão. 4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA. 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018. 4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado. 4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade trazer necessárias reflexões jurídicas acerca do justo posicionamento do princípio da liberdade de expressão no plano de fundo do fenômeno

das Fake News. Para tanto, far-se-á necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que fundamenta o conceito e a evolução normativa da liberdade de expressão na contemporaneidade, bem como conceber o que houver de dubiedade a respeito do significado do fenômeno das Fake News e, de igual modo, acerca da sua seara de afetação às democracias pós-modernas.
Nesse cerne, importa preponderar que o instituto da liberdade de expressão origina-se, uma vez ausente de elementos interventores, da mais plena comunicação entre o espírito humano da racionalidade e a sua consecutiva capacidade de perceber os fenômenos, bem como, de interpretá-los e verbalizá-los. Trata-se, portanto, de um dado da realidade espontaneamente percebido que, nas suas mais diversas manifestações, revela a heterogeneidade do senso intelectivo humano, no passo em que dá tom à livre criação de iniciativas políticas, religiosas, ideológicas, artísticas e científicas.
6

Trazendo para uma perspectiva civilizacional, ao anteceder ao conjunto complexo das normas politicamente constituídas, o referido instituto vem sendo imbuído de dificultoso esforço normativo, no transcorrer da história ocidental, para que sua repercussão seja adequadamente suportada em face da necessidade de pacificação social, sobretudo se levado em consideração que a liberdade de expressão é percebida em seus efeitos, ou seja, reformular o seu conteúdo passaria, em última análise, pela necessidade em atingir as suas manifestações.
Por outro lado, sabe-se que as matrizes jurídicas pós-modernas, como a brasileira, são marcadas pela temporalidade das estruturas normativas. Em outras palavras, o sistema normativo contemporâneo, ao ser influenciado pelo binômio ?tempo-espaço?, possui caráter de fluidez em relação aos mais novos produtos das relações intersubjetivas, fazendo com que direitos já consolidados defrontem-se aos acontecimentos e demais direitos a eles supervenientes, gerando uma contínua necessidade de atualização do seu alcance normativo.
Diante disso, tratando-se o fenômeno das Fake News de fato novo e atípico que vem ressignificando o potencial lesivo da liberdade de expressão nas redes sociais para além dos limites já impostos pelos tutelados direitos da personalidade, gerando inaugural atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho tem como objeto central responder o seguinte questionamento: o que é necessário levar em consideração para que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão prepondere sobre a iminente regulamentação jurisdicional do fenômeno das Fake News?
Para tanto, o estudo a ser deslindado no decorrer deste trabalho terá, enquanto principais objetivos, o devido esforço propedêutico de posicionamento histórico-constitucional da liberdade de expressão, bem como da vocação etimológica e jurídica do fenômeno das Fake News, momento em que finalmente se buscará dimensionar o paradigma observado pelo livre pensamento diante do intercorrente fenômeno multicitado e suas variações observáveis no Brasil (e no exterior), analisando, ainda, posteriormente, a necessidade de que, num cenário normativo de necessária conformação entre ?direito x fato novo?, este prefigure sobre aquele.
No aspecto metodológico, por sua vez, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, substanciada em material analítico já publicado, bem como na análise primária de documentação legislativa e jurisprudencial. Além disso, o presente trabalho se baseará no método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo em vista que a relação entre pesquisador e

fenômeno pesquisado se dará em influência mútua, desdobrando-se ainda em hipóteses a serem submetidas ao processo de falseamento.

7

2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA.

A liberdade de expressão, enquanto apanágio da inclinação racional do indivíduo, vem correspondendo, no transitar das experiências civilizacionais ? sobretudo àquelas impelidas pela modernidade ? na possibilidade concreta de ação individual desentranhada, por sua vez, de condições de existência externas. Isso significa dizer que, para além de todos os preceitos formulados pelas convenções humanas e direcionados a finalidades coletivas, o instituto da liberdade de expressão origina-se e conclui-se em si mesmo, de modo que a sua única condição existencial é o próprio senso intelectivo humano (SILVA, 2000, p. 247 e 248).

Transpondo a obtenção da liberdade de expressão como um dado da realidade antecessor a qualquer convencionalidade societária, observa-se, inclusive, no ramo do estudo dos direitos fundamentais, que a liberdade de expressão, assim como as demais liberdades de vocação individual, constituiu o Estado Moderno como meio de subtração do seu poder. Nos dizeres do filósofo italiano Norberto Bobbio (2004), por exemplo, os direitos de liberdade, componentes dos denominados ?direitos de primeira geração? são marcados pelo seu conteúdo negativo, ou seja, acabaram por afetar a fisiologia estatal pré-revolução francesa, evocando o seu não-agir.

Tão relevante é o caráter negativo da liberdade de expressão, aliás, que os seus desdobramentos, como a liberdade de opinião e a própria liberdade de imprensa, servem ao exercício social da cidadania como instrumentos fiscalizatórios supraestatais da atividade política, na medida em que a sua publicidade evoca no seio societário a possibilidade de demandar as suas respectivas expectativas e críticas, gerando uma contínua comunicabilidade antinômica entre o poder estatal e o seu agente constituinte, qual seja a própria sociedade.

Acerca do referido fenômeno, ressalta ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e notório doutrinador Luís Roberto Barroso:

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povoe a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los (BARROSO, 2004, p. 19).

Não à toa, devido a sua potencialidade antinômica, a liberdade de expressão, na visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin, defensor da famigerada teoria constitutiva, deve ser

8

concebida juridicamente por uma visão mais ampla e estável, de modo que se entenda o seu valor por si só. Em linhas mais específicas, enquanto a teoria da verdade criada pelo polímata estadunidense Oliver Wendell Holmes visava filtrar o direito ao livre discurso através do seu conteúdo valorativo, maximizando a verdade como finalidade, a perspectiva de Dworkin recai sobre a autonomia do próprio discurso independente do seu direcionamento, de modo que, segundo o autor, trata-se de um exercício civilizatório impossível numa democracia obter um juízo moral pleno a respeito do bem comum sem que essa atividade se constitua através da participação geral e heterogênea dos seus cidadãos, o que denota, em última análise, a importância dialética da liberdade de expressão para o debate público (POST, 2000, p. 236; DWORKIN, 2005, p. 25).

Dada a sua vocação supraestatal, pode-se provisoriamente concluir, portanto, que a liberdade de expressão, ao derivar de uma ordem conatural da natureza humana, independe de qualquer empenho coletivo-racional de formulação, bastando ao Estado ? sobretudo o Democrático ? admitir a sua relevância em sua ordem jurídica, impondo-lhe limitações provenientes das características teleológicas de cada ordenamento jurídico. Na perspectiva de Dworkin, por exemplo, essa muito influenciada pela filosofia de não-restrição aos direitos fundamentais da Constituição Americana, basta ao Estado, ao lidar juridicamente com a liberdade de expressão, buscar a potencialização da independência moral dos seus cidadãos, senão vejamos:

Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual (DWORKIN, 2005, p. 26).

Em perspectiva diversa, segundo o filósofo britânico Alexander Meiklejohn, existe uma limitação precípua à liberdade de expressão: o seu desserviço à democracia. De modo explicativo, segundo o autor, a liberdade de expressão deve obter conceituação e tutela constitucional, em regra, para proteção de qualquer discurso, principalmente aquele de caráter dissidente. Entretanto, a proteção ao direito não corrobora a automática proteção ao seu abusivo usufruto, de modo que não pode o Estado permitir a dissipação de discursos que a ele tenham vocação autodestrutiva.

Isso significa dizer que se o Estado compromete-se constitucionalmente a promover uma ordem social democrática, não pode ele admitir a existência de discursos no debate político
9

que promovam a destruição dessa finalidade, sob pena de assumir para si uma fisiologia que em algum momento lhe gere uma ruptura (MEIKLEJOHN, 1948, p. 13 a 15).

A perspectiva de Meiklejohn, por esse motivo, conecta-se, de certa forma, à plasticidade não-estática da Constituição Brasileira de 1988 que, apesar de conceber plenamente a liberdade de expressão como direito fundamental, tutela implicitamente a vedação ao discurso de ódio e a apologia ao denominado conjunto de ?discursos antidemocráticos?. Nesse sentido, o jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet afirma que numa interpretação sistemática ? aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um

regime democrático ? a Constituição Brasileira assegurou para a liberdade de expressão uma posição (relativa) preferencial, o que pode ser compreendido como uma preferência prima facie ? mas não absoluta ? que, por sua vez, não obsta o dever do sistema jurídico em garantir a preservação dos demais bem-jurídicos inseridos na sua Carta Magna, como dos direitos da personalidade (SARLET, 2019, p. 1225 e 1226).

Em sentido complementar, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que a garantia constitucional a liberdade de expressão está acompanhada de expressa reserva legal. Isso significa dizer que o exame conceitual da liberdade de expressão em sua justa aplicação pelo Poder Judiciário deve se dar de forma sistemática, de modo a transparecer que a evolução do direito à liberdade de expressão o conduz para a vedação ao conflito entre direitos fundamentais (Grundrechtskollision), levando a sua preferência relativa no ordenamento jurídico, em última análise, ao filtro da dignidade humana, elemento integrante do sistema de valores dos direitos (trans)individuais na Constituição Brasileira (MENDES, 1994, p. 298 a 301).

Dessa forma, observa-se que a busca pela conceituação (filo)jurídica do princípio da liberdade de expressão, ao mesmo tempo que perpassa pelo seu reconhecimento enquanto direito prefigurado às convencionalidades coletivas e prioritário no plano de fundo democrático, não furta-se de um enquadramento na sistemática constitucional, de modo que o seu eixo de limitação, como se verá mais adiante, deva encontrar solidez na garantia de outros direitos individuais, desde que garantida a reserva legal do seu exercício jurisdicional.

2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.

10

Tendo sido bem delineada a seara (filo)jurídica da liberdade de expressão, observa-se que o seu conteúdo enquanto bem-jurídico, assim como a sua desejada aplicação no seio societário perpassam pela indispensável noção de enquadramento do referido instituto na ordenação democrática que o reconhece.

Isto porque, num primeiro momento, a liberdade de expressão aparece como fundamental corolário do sentimento democrático. Nos dizeres de Silva (2009, p. 114) a liberdade da palavra, numa democracia, está voltada para a vida coletiva através da discussão e deliberação de assuntos públicos de bem comum. Nesse cerne, a constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo torna-se, segundo o autor, premissa óbvia ? tomada como um dado ? de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o sistema democrático atingir a sua finalidade política precípua de satisfação da vontade popular.

Tão antiga e consolidada na literatura política é a importância da liberdade de expressão que, em suas obras republicanas, Maquiavel, um autor reflexo de um período não-democrático, já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar no trecho abaixo reproduzido:

Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela

discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 2000, p. 76)

Por outro lado, num segundo momento, a importância de contrastar o princípio da liberdade de expressão com o plano de fundo democrático existente se dá também com vistas a sua seara de aplicação jurídica. De acordo com Sarlet e Siqueira (2020, p. 545 e 546), na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e de informação nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, mas, também, da operacionalização, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de proteção desses direitos, o que, por sua vez, implica a salvaguarda dos direitos políticos e da democracia e suas instituições.
A perspectiva do autor brasileiro, nessa esteira, fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana é o fundamento estruturante de uma democracia, ao passo que a democracia opera como espécie de garantia organizacional e procedimental da dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 86 e 87). Em sentido confluente, pode-se deduzir que a relação entre
11

democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora o aumento do potencial democrático numa sociedade possa muitas vezes significar o aumento da liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão, em seu usufruto abusivo, pode acarretar riscos para a democracia o que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão em última instância de análise (MICHELMAN, 2007, p. 58), o que torna necessário calculado equacionamento.
Na democracia brasileira, destacadamente, o problema do conteúdo e limites da liberdade de expressão somente pode ser enfrentado e equacionado, do ponto de vista jurídico, quando existe um consenso (no sentido de uma opinião e prática majoritária) relativamente ao seu sentido e alcance, o que, por sua vez, remete à querela em torno da posição da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais (SARLET; SIQUEIRA, 2019, p. 549 e 550).
Nesse sentido, conforme observaremos mais detalhadamente no próximo capítulo do presente trabalho, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegure um idêntico status protetivo à privacidade, intimidade, honra e imagem e à liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, levando a uma interpretação sistemática que não dispensa a constitucionalidade da sua limitação pelo Poder Judiciário (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550 e 551).

3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Objetivando o mais justo estabelecimento da formatação do direito à liberdade de expressão no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no plano do Estado Democrático de Direito vigente, faz-se necessário compreender, prioritariamente, a sua história

constitucional, de modo que se possa dimensionar, ao fim deste capítulo, a relevância e extensão do direito à liberdade de expressão diante do binômio espaço-temporal das normas constitucionais pátrias, chegando satisfatoriamente à sua atual fisiologia jurídica, por sua vez fundada na Constituição Cidadã de 1988.

Para tanto, trata-se de dado histórico verificável a ser ressaltado nesta oportunidade que a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro submeteu-se a diversas
12

variações, decorrentes estas, por certo, do momento histórico-social pelo qual a sociedade brasileira passava quando da adoção de cada Carta Constitucional (DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Isto dito, a contemplação constitucional do direito à liberdade de expressão teve início com a Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, em que havia, através do art. 179, IV do título ?Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros.?, previsão destacada a respeito da inviolabilidade dos direitos civis de liberdade dos cidadãos brasileiros, fazendo menção expressa ao direito de comunicação de pensamento por palavras e escritos, podendo ainda serem estes últimos publicados pela imprensa, a qual teria a sua atividade garantida sem a dependência de censura (BRASIL, 1824).

Em contrapartida, o próprio dispositivo supramencionado previa a possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de pensamento nos casos e pela forma que a lei determinasse. Tal disposição restritiva, no entanto, apesar de destacar o filtro da legalidade, era cercada de certa imprecisão, tendo em vista que a existência do Poder Moderador, este previsto no Título 5°, Capítulo I da mesma Carta, trazia como direito do Imperador prover a tudo que fosse concernente a segurança interna e externa do Estado, incluindo nisto a manutenção da ordem moral da sociedade brasileira, o que, em última análise, acabava por significar a existência de um censor de alcance ilimitado gerado pelo mesmo texto constitucional (BRASIL, 1824; DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Com a derrubada do Império e a inauguração do regime republicano no Brasil no ano de 1889, fora criada, dois anos depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual manteve em quase total integralidade o texto constitucional do Império acerca da livre manifestação e publicização do pensamento, havendo, no entanto, diferenciação notória decorrente não em face da égide normativa em si, visto que praticamente espelhada na anterior, mas da retirada do Poder Moderador como potencial mecanismo de censura para além do filtro da legalidade (DOS SANTOS, 2016, p. 109 e 110).

Por outro lado, a primeira constituição republicana fora responsável por trazer em seu art. 72, parágrafo 12 a vedação ao anonimato, condição à livre manifestação do pensamento até hoje presente no texto constitucional brasileiro como forma de garantir a responsabilização do emissor de determinada palavra e/ou escrito através da sua obrigatória identificação (BRASIL, 1891).
13

Já no séc. XX, mais precisamente na década de 30, fora promulgada no ano de 1934 a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, inspirada na Constituição de

Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931 e imbuída pela Revolução de 1930 trouxe inovações à proteção da liberdade de pensamento em seu art.113, parágrafo 9, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos e, ao mesmo tempo, permitiu a censura de espetáculos e diversões públicas, como afronta clara ao potencial antagônico da classe artística (BRASIL, 1934; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Três anos depois, como forma de perpetuar-se no poder e inspirado na Constituição autoritária da Polônia de 1935, o então presidente Getúlio Vargas (1882-1954), promoveu um golpe de estado em 1937 e, no mesmo ano, outorgou um novo texto constitucional em que em seu art. 122, inciso 15 ? reforçado pelo Decreto-lei no 1.949 ? estavam previstas diversas modalidades e mecanismos de censura ? inclusive prévia ? ao livre pensamento, sob a premissa de garantir a paz, a ordem, bem como a moralidade e a segurança pública (BRASIL, 1937; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Tais previsões constitucionais, assim que vigentes, deram origem a uma série cinzenta de atos institucionais de restrição à liberdade de expressão nas mais diversas ramificações, sobretudo no âmbito da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão e, destacadamente, na própria seara política, ausente do juízo de valor popular (DOS SANTOS, 2016, p. 110 e 111).
Com a deposição de Getúlio pelos militares e a consequente superação do seu regime no ano de 1945, fora promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, um ano depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, reavendo, em seu art. 141, conquistas da Carta Constitucional de 1934, além de trazer destaques quanto a liberdade da convicção religiosa, filosófica e política. Entretanto, no mesmo texto, apesar de expressa consideração das artes como livres no art. 173, a Constituição de 1946, no parágrafo 5° do art.143 destacava que os espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados, dando continuidade às afrontas moralistas ao pensamento artístico oriundas do texto constitucional de 1934 (BRASIL, 1946; DOS SANTOS, 2016, p. 111).
Quase duas décadas depois, com a instalação do Regime Militar no Brasil no ano de 1964, a Constituição de 1946 fora suprimida, dando lugar a um cenário de ausência de proteção constitucional dos direitos fundamentais, marcado este pela publicação dos Atos Institucionais I e II que suprimiram a representatividade política do país (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
14

O novo status quo institucional ora instalado se consolidou na Constituição da República Federativa de 1967 que praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação e publicização do pensamento independentemente de censura. No entanto, diferentemente da Constituição de 1946, o texto constitucional em voga naquele período trouxe, no parágrafo 8° do art. 150, a possibilidade de intolerância jurisdicional diante de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967; DOS SANTOS, 2016, p. 112).
Nesse deslinde, foram publicados consecutivos atos institucionais até o Ato Institucional nº 5 ? AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do Poder Executivo e tratando qualquer manifestação contrária ao Regime como crime político e contra a segurança nacional, o qual, segundo o próprio ato, estava excluído de qualquer apreciação judicial, devendo ser tratado como uma questão militar (DOS

SANTOS, 2016, p. 112).
Ato contínuo, no ano de 1969, a Emenda Constitucional n° 1 foi decretada pela Junta Militar vigente, modificando quase que integralmente a Constituição de 1967, de modo a dar caráter de legalidade constitucional aos atos institucionais. Sobre a Emenda referida, esclarece José Afonso da Silva (2006, p.86):

> Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Assim, sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que a liberdade de expressão, com considerações ao Regime Getulista, sofreu suas maiores represálias constitucionais na história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
No entanto, o contínuo desgaste do Regime Militar nos campos internacional, econômico e político acabou por culminar no processo de redemocratização do Brasil a partir do ano de 1985, processo este consolidado pela Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente no país, trazendo a maior proteção aos direitos fundamentais e democráticos da história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 113).
No que tange ao direito ao direito à liberdade expressão, a Carta Constitucional, ao se definir como signatária efetiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representou uma verdadeira antítese ao regime antecessor, reconhecendo, como cláusulas pétreas, o direito de qualquer cidadão de, indistintamente, formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores
15

e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação (DOS SANTOS, 2016, p. 114).
Para bem ilustrar a renovação constitucional supramencionada, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 65):

> A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Nesse deslinde, a liberdade de expressão passou a figurar no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando no art. 5°, IV e IX o caráter de inviolabilidade do direito ao livre pensamento com vedação ao anonimato e, ademais, fazendo-se destaque ao livre exercício das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).
Em disposição consoante, o art. 220 da Constituição Cidadã reforçou o disposto nos dispositivos supramencionados, destacando ainda a vedação ao embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988).
Nesses termos, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente

a liberdade de expressão e comunicação como elementos constitutivos do próprio regime institucional vigente, pondo fim à censura anteriormente existente, marcada esta pela relativização normativa do livre pensamento (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

Em contrapartida, ao prever, em seu art. 5º, X a igual proteção aos direitos da personalidade ? quais sejam intimidade, vida privada, honra e imagem ? bem como promover a vedação ao seu usufruto abusivo, a Constituição de 1988 foi responsável por trazer a mais nova fisiologia do direito à liberdade de expressão, balizado pelo binômio ?liberdade x responsabilidade? e, sobretudo, pelo fenômeno da colisão dos direitos fundamentais na operacionalização (infra)constitucional destes, tema a ser analisado no tópico a seguir (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES

De acordo com o notório jurista alemão Robert Alexy, a problemática da colisão dos direitos fundamentais decorre do próprio intento do estudo dos direitos fundamentais em revelar

16

as estruturas dogmáticas, bem como o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 1999, p. 68).

Em linhas mais específicas, ao substanciar o ideal do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se desdobram simplesmente de dispositivos racionalizados pela ordem jurídica nacional, recepcionando, em verdade, a validez universal dos chamados direitos substanciais que, por seu turno, vinculam certas exigências transnacionais ao texto constitucional de cada país que vão da hierarquização das suas cargas valorativas, até a definição dos seus conteúdos axiológicos (ALEXY, 1999, p. 67).

E é nesse deslinde que surge a necessidade de catalogação dos direitos fundamentais e, consequentemente, da revelação da sua capacidade colidente por via de interpretação constitucional, podendo ser esta capacidade ampla, quando os direitos colidentes têm vocação coletiva, ou estrita, quando o conflito normativo decorre de direitos fundamentais individuais propriamente ditos (ALEXY, 1999, p. 68 e 68).

No caso presentemente estudado, qual seja o direito à liberdade de expressão, a sua capacidade colidente desenvolve caráter evidentemente estrito, isto porque a sua carga valorativa, bem como o seu conteúdo axiológico não podem ocorrer indefinidamente no plano da realidade sem que o seu exercício normativo tenha consequências negativas sobre direito fundamental diverso, sobretudo os direitos da personalidade.

Por esse motivo, a técnica interpretativa da Constituição Federal de 1988 no que tange a colisão dos direitos fundamentais, marcada destacadamente pela Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), não apenas trouxe os direitos da personalidade como colidentes ao exercício da liberdade de expressão, como também definiu a possibilidade do seu usufruto abusivo que, dentre outros prejuízos possíveis, pode ferir diretamente a ordem pública constitucional (DUQUE, 2018, p. 963).

Para bem ilustrar a mecânica destas limitações ver-se-á especificamente a sua operacionalidade (infra)constitucional nos tópicos a este subsequentes, destacando, sobremodo, a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, bem como à

clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas ao seu alcance normativo.

3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A Teoria dos Limites dos Limites preconiza que, através do princípio da proporcionalidade, deve-se estabelecer a definição de peso para cada um dos direitos
17

fundamentais em colisão e, assim, estabelecer de qual modo essa definição deve se dar de maneira proporcional para que se possa encontrar, finalmente, o equilíbrio correto entre os direitos fundamentais (DUQUE, 2018, p. 954 e 955).

Em outras palavras, é fundamental à técnica interpretativa constitucional analisar, mediante limitação abstrata, se o benefício alcançado com o sacrifício da aplicação de um direito fundamental não causa um prejuízo desnecessário.

No caso da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão à proteção da personalidade, segundo Alexy (1999, p. 70), a definição elementar da limitação a ela necessária perpassa indiscutivelmente pela irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total, bem como pela onipresença da ponderação entre ambos os direitos colidentes.

Essa interface interpretativa, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao direito à liberdade de expressão uma posição preferencial relativa de exercício em relação aos demais direitos fundamentais em vista da sua teleologia democrática indispensável.

Ao mesmo tempo, ocorre na sistemática constitucional, a possibilidade concreta e material dada ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo da dignidade da pessoa humana, de limitar a irradiação do livre pensamento, sob a prerrogativa de que os desdobramentos do senso intelectivo não podem preponderar indefinidamente sobre o indivíduo que intelectualiza sobre si mesmo.

Nessa égide, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos extrapatrimoniais previstos em seu art. 186 faz uma operacionalização infraconstitucional da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo em vista que o dano moral, ao representar o ferimento a uma camada imaterial do titular do direito, abarca a possibilidade do uso indevido da liberdade de expressão através de palavras ou escritos que, por seu turno, exigem a consecutiva reparação nos termos do art. 927 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

O Código Penal, por sua vez, em seu Capítulo V, traz previsão de detenção e multa a quem infringir a honra de outrem. No entanto, na esfera penal, há previsão de aumento de pena baseada na pessoa da sua vítima ? como, por exemplo, o Presidente da República ou Ministro do Supremo Tribunal Federal ? e se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, como as próprias redes sociais (BRASIL, 1940).

Seguindo a mesma toada discriminatória da tutela dos direitos da personalidade, os Estatutos da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010) e da Pessoa com Deficiência (Lei n° 3.146/2015) regulam infraconstitucionalmente a liberdade de expressão, fazendo definição
18

expressa à discriminação e preconceito contra os respectivos grupos. Ademais, a Lei dos Crimes

Raciais (Lei n° 7.716/1989), recentemente alterada pela Lei n° 14.532/2023, criminaliza a ofensa em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, prevendo aumento de pena ainda quando o crime ocorrer em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação ou quando praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, trazendo limitações práticas ao conteúdo humorístico de cunho racial, mas também ao racismo institucional presentes nos órgãos públicos.
Por fim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual se verá mais detalhadamente no decorrer deste estudo, atualizou a colisão entre a tutela dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão para o campo tecnológico-informacional, trazendo, no seu art. 7º, I e, em consonância ao Código Civil, a inviolabilidade do direito reparatório decorrente de conteúdos gerados por usuários e trazendo como novidade normativa, por outro lado, a neutralidade das redes em si, bem como a isenção dos seus responsáveis por estes mesmos conteúdos (BRASIL, 2014).

3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão
Apesar do abuso do direito à liberdade de expressão obter relação indissociável com a tutela dos direitos da personalidade, para os fins do presente estudo, faz-se necessário destacá-lo brevemente com vistas a dissertar acerca da sua amplitude semântica, sobretudo no contexto das redes sociais e das famigeradas Fake News delas oriundas.
De acordo com o art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A liberdade de expressão, portanto, nesse cerco normativo, deve ser exercida, inclusive por inferência lógica da Teoria dos Limites dos Limites, mediante comedimento e razoabilidade em razão de diversos outros direitos caros ao texto constitucional e, inequivocamente, ao próprio Estado Democrático de Direito.
Observe-se então que a possibilidade do abuso do direito à liberdade de expressão, diferentemente da tutela dos direitos da personalidade, possui um núcleo normativo de maior amplitude e com menor definição de alcance, caso em que poderá ser ramificada a sanção ao livre pensamento à tutela de outros direitos constitucionais que não necessariamente o livre desenvolvimento da personalidade.
Aliás, caso o abuso do direito à liberdade de expressão decorresse tão somente do ferimento dos direitos da personalidade, o direito de resposta, referendado pelo inciso V do art. 19

5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, serviria, em conjunção com a possibilidade indenizatória, como remédio respectivo para a satisfação do ofendido, bem como para a responsabilização civil e penal do ofensor, inclusive no contexto dos meios de comunicação.
No entanto, em verdade, o abuso do direito à liberdade de expressão tem ecoado, sobretudo na era das redes sociais, na insurgência do controle jurisdicional de determinados conteúdos que, apesar de não ofenderem determinado titular de direito concreto e material, obtém uma pretensa finalidade de minar certos valores constitucionais, como o Poder Judiciário e os seus consectários, por exemplo (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 539 e 540).
Sob este novo plano de fundo, as famigeradas Fake News têm recebido destaque por se

desdobrarem na criação de conteúdos, pretensamente imparciais ou não, que, na interpretação jurisdicional, representam o desvio sistemático da verdade ou contradizem os fatos integralmente, sob a finalidade de destituir a validade de determinado instituto caro ao regime democrático (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 540).
Outrossim, essa realidade emergente se agrava ainda mais, levando em consideração o potencial difusor das redes sociais, bem como a relativização do perfilamento real do ofensor que, apesar de precisar identificar-se na sua atividade virtual em face da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF/88), pode criar intermináveis perfis que não necessariamente representem o perfil real do usuário, tendo proteção, inclusive, do direito à privacidade, tutelado pela Constituição em seu art. 5º, X e preferido infraconstitucionalmente em razão do Marco Civil da Internet (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 545 e 546).
Nesse deslinde, tem-se observado o surgimento de uma inaugural atuação do Poder Judiciário no que concerne ao alcance do abuso do direito à liberdade de expressão, arrastando o seu núcleo de limitação valorativa para as redes sociais, com vistas a discernir, de forma sancionatória, o livre pensamento das famigeradas Fake News e suas variações, o que torna imprescindível, para os fins do presente trabalho, dissertar a seguir acerca da (im)possibilidade material deste atualíssimo fenômeno jurisdicional, ressaltando, sobremodo, a necessidade de preservação do núcleo da liberdade de expressão, direito fundamental relativamente preferencial aos demais na Carta Magna Brasileira.

4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA
20

A análise ora pretendida da prefiguração do direito à liberdade de expressão no paradigma das Fake News perpassa, imperiosamente, pelo esforço antecedente não apenas de buscar a definição conceitual do multicitado fenômeno, como também se desemboca na conseguinte e, ainda mais importante para os fins do presente estudo, perseguição à sua vocação jurídica, de modo que se possa esquadrinhar finalmente a (im)possibilidade material do combate jurisdicional às Fake News em face da sua respectiva estabilidade enquanto fato novo passível de regulamentação.
Nessa esteira, conforme Allcott e Gentzkow (2017, p. 211 a 214), apesar de, grosso modo, Fake News popularmente significar, do inglês, ?notícia falsa?, o referido termo, no seu âmbito prático, abarca todas as informações veiculadas e aptas a serem disseminadas instantaneamente em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar o destinatário da mensagem inverídica e provocando, como finalidade precípua, um efeito pretendido sob determinado fragmento da sociedade.
Dessa forma, da pluralidade de manifestações cabíveis às Fake News, podem surgir erros intencionais, rumores sem origem em notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa e ainda propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141 a 147; ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214).
Nessa perspectiva, as Fake News podem ainda se subdividir em três modalidades gerais

quanto à sua forma e pretensão, sendo elas: a) dis-information, que ocorre quando a informação falsa e veiculada com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; b) mis-information, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; c) mal-information que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada ?pessoa, organização ou país? (WARDLE, 2017, p. 20).

Todas estas modalidades, à sua maneira, obtém a capacidade de gerar a denominada desordem informacional (information disorder) que subsiste na conexão atentatória entre os fatos (falsos ou não) e a narrativa imbricada sobre eles sob determinada finalidade extrínseca, esta geralmente danosa a algo ou alguém (LAZER; BAUM; BENKLER, 2018, p. 1094).

Desta análise conceitual já pode-se deduzir que o fenômeno das Fake News tem a capacidade material de, no seu enquadramento jurídico, desembocar casuisticamente na tutela

21

jurídica dos direitos da personalidade, visto que, dentre as suas finalidades identificáveis, o prejuízo reputacional à indivíduos e coletividades de pessoas é incontroverso. Por outro lado, há de se observar também que, ao se desenvolver sob pretenso contexto, as Fake News funcionam também como possíveis agentes de sectarismo, instabilidade político-social e proselitismo ideológico, caso em que o seu efeito danoso pode direcionar-se às vítimas imateriais, as quais a integridade só se pode verificar no âmbito das ideias e valores.

Nessa senda, a vocação jurídica das Fake News obtém concretude ante a sua seara de afetação ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, no que tange aos seus efeitos sobre as vítimas imateriais acima descritas, como a própria ideia jurisdicional da democracia plena, a vocação jurídica das Fake News perpassa substancialmente pela verificação da (im)possibilidade da tutela judicante de identificar a verdade factual no âmbito do debate público, sobretudo em contextos sensíveis.

Ao mesmo tempo, a vocação jurídica do multicitado fenômeno perpassa por uma limitação conceitual que não alargue indiscriminadamente o alcance dos termos linguísticos (enunciados semânticos) que o caracterizam em sua elasticidade e instabilidade, para que, ao fim e ao cabo, a sua regulação pela esfera jurídica, ante ausência, sobretudo, de regulamentação legislativa específica, não implique na maior restrição às liberdades de expressão e de informação, o que poderá desencadear na definição arbitrária dos rumos do debate público brasileiro pelo Poder Judiciário.(SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018

Como visto anteriormente, sendo notória a ausência de lei que regule o fenômeno das Fake News no seio das suas especificidades, o Poder Judiciário brasileiro tem deslocado profuso esforço para conter os pretensos danos decorrentes da sua ressonância, destacando-se, nessa esteira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a sua verticalidade cognitiva e, sobretudo, a sua prerrogativa constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em especial a própria liberdade de expressão, visto que diretamente afeta ao tema insistentemente deslindado pela

Corte.
O referido esforço da tutela jurisdicional, nesse cerne, não apenas revela a necessidade de que se analise exemplificativamente a operacionalidade judicial do controle concreto do multicitado fenômeno em face da sua instabilidade semântica, como também torna imperioso
22

que seja reflexo à questão a nova carga valorativa da liberdade de expressão no texto constitucional como subproduto das cognições do Supremo acerca das Fake News, bem como o impacto desta reconstituição ao Estado Democrático de Direito como um todo.
Para tanto, importa contrastar, a existência de uma posição preteritamente consolidada pelo Supremo, anterior às eleições de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão possui posição preferencial relativa na arquitetura constitucional e que, mais, a sua restrição depende de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo. Isto feito, se observará seguidamente a existência de uma transmutação valorativa do livre pensamento na cognição judiciária, por sua vez marcada por fenômenos concorrentes e decorrentes das eleições de 2018, em que o proselitismo ideológico e as Fake News fundiram-se como modus operandi único de populismo digital.
Assim esclarecido, como exemplo inicial da primeira via de análise supracitada, pode-se utilizar a própria ADPF n° 130, já sucintamente destacada neste estudo, em que a Suprema Corte pátria decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988. Na fundamentação da decisão, o STF sinonimizou a liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que, segundo a Corte, é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548).
Ademais, no que tange a consagração dos art. 5°, IV e IX e art. 220 da Constituição, argumentou categoricamente o Supremo na ADPF n° 130 que não há liberdade de imprensa pela metade ou praticada em face das tenazes da censura prévia, sob pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Nesse cerne, silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como esta, na visão do STF, recusar a qualificação do referido território virtual como ambiente livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação, este, por sua vez, um notório ?sobredireito? na égide constitucional. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548 e 549).
Já no âmbito da ADPF n° 187, o Supremo, ao referendar a constitucionalidade da denominada ?marcha da maconha?, vedando a sua criminalização enquanto suposta apologia ao crime, afirmou que tratativas de limitação ao direito de livre expressão e reunião devem passar, necessariamente, pelo crivo da sua constitucionalidade, levando em consideração, sobretudo, que o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à liberdade de expressão (liberdade-fim), desde que pacíficas e ordeiras, tratam-se de pré-condições necessárias à ativa participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões no âmbito do aparelho
23

do Estado, devendo ser soberano o zelo constitucional em proteger a promoção de atos de proselitismo pela sociedade civil, inclusive em oponibilidade ao exercício do Poder Público e os seus respectivos agentes (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 549 e 550).

Pondo fim a esta apreciação jurisprudencial precedente, merece destaque a decisão paradigmática do STF para o tema em epígrafe no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451 (ADI n° 4451) em que foi declarada inconstitucional, antes das eleições de 2018, lei eleitoral (Lei n° 9.504/1997) que buscava a vedação de sátiras e críticas a candidatos feitas por emissoras de rádio e televisão (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 559 a 561).
Para tanto, importa ressaltar que, em consonância ao que já fora teoricamente deslindado até o momento a respeito do ambiente apropriado para a proliferação das famigeradas Fake News, tratam-se as eleições ali regulamentadas de notório contexto sensível.
Isto dito, a Suprema Corte, em sua marcante cognição, considerou errônea a opção do legislador em colocar a lisura do pleito eleitoral como hierarquicamente superior às liberdades de expressão, incluindo a liberdade artística, de modo a atingir inclusive o núcleo essencial das referidas liberdades, desrespeitando a sua posição preferencial no texto constitucional, que subsiste por motivos histórico-civilizacionais, sendo, ademais, fundamental para o exercício de outras liberdades e, sobretudo, para o pleno exercício da democracia.
No âmbito deste entendimento da Corte, merece ainda destaque o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes que consignou voto no sentido de que não há permissão a ser deduzida do texto constitucional com o fulcro de limitar preventivamente o conteúdo do debate público por conta de conjecturas em torno de eventuais efeitos que a divulgação de determinados conteúdos possa vir a ter na esfera pública (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Ademais, delimitando a possibilidade material de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão, afirmou o Ministro que a liberdade de crítica deve ser plena e irrestrita, não havendo razão para que as práticas dela decorrentes sejam interrompidas no período eleitoral, até mesmo pelo fato de que eventuais abusos serão sempre passíveis de eventual responsabilização cível ou mesmo criminal por terem cunho injurioso, difamatório ou mesmo configurarem calúnia. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Em sentido confluente, entendeu o então Ministro e decano da Corte Celso de Mello: ?nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento? (BRASIL, 2018, p. 18).
24

Ao tratar especificamente das Fake News, o Ministro Luís Fux fundamentou, por seu turno, que a questão adquiriu um espaço maior, para quem a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, de modo a frisar a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão, que abarca a veiculação de opiniões e crítica e o falseamento doloso da verdade que causa danos graves e irreversíveis às suas vítimas. Para tanto, o Ministro, em sua cognição, não se desincumbiu de definir as especificidades do falseamento da verdade nos parâmetros das Fake News e nem mesmo adentrou no terreno valorativo do que seria a verdade no âmbito do debate político (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 564 apud BRASIL, 2018, p. 63 a 73).
Dessa forma, na multicitada decisão paradigmática, fora estabelecida pela Corte, assim como em outras oportunidades, a cognição de que há uma relação de retroalimentação entre a liberdade de expressão e a democracia, da qual a intervenção judicial só pode ser benigna se for

absolutamente subsidiária e fulcrada nos limites impostos pela própria Constituição.
Por outro lado, o STF, apesar de deslindar passageiramente acerca da hipótese de incidência das Fake News como abuso de direito à liberdade de expressão, sobretudo no processo eleitoral, não fora capaz, nesta decisão, de definir as suas lacunas de regulação, deixando ainda em aberto o seu alcance semântico, o que torna imperiosa, para os fins do presente trabalho, a análise de decisões atualíssimas da própria Corte arrastadas pela eclosão definitiva do fenômeno das Fake News após as eleições de 2018, marco temporal que fez com que a iniciativa de controle do Poder Judiciário se tornasse indispensável, mesmo que inequivocamente problemática.
Inicialmente, merece destaque a decisão do Supremo no bojo do Recurso Extraordinário n° 1075412 com definição de tese de repercussão geral, Tema n° 995. Nela, a Corte definiu parâmetros para a responsabilização de veículos midiáticos sobre falas dos seus entrevistados que atribuam falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sendo elas: I) se à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; II) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
Na decisão, o fundamento da tese fixada fora que, apesar da vedação constitucional à censura prévia, é admissível ao Poder Judiciário a possibilidade posterior de análise e responsabilização das empresas jornalísticas, inclusive mediante remoção de conteúdos por informações atentatórias aos direitos da personalidade, visto que salvaguardam um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas e externas (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
25

A decisão, nesse diapasão, merece destaque ao contrariar os atos investigativo e especulativo próprios do jornalismo, sobretudo pelo fato de que um jornalista não tem como saber o que será dito pelo entrevistado, sendo este, aliás, a razão da entrevista. Como exemplo, a entrevista dada por Roberto Jefferson no ano de 2005 que, posteriormente, gerou o famigerado caso do Mensalão, caso fosse dada na égide desta decisão do STF, teria sido tolhida e punida, ante ausência de comprovação, até aquele momento, das afirmações do então deputado federal.
Por outro lado, merecem atenção as consequências do Tema n° 995, no que se diz respeito a possiblidade iminente de que as mídias sociais e, especialmente os veículos de comunicação, passem a realizar autocensura sob temor de responsabilização posterior da tutela jurisdicional, tornando impossível à plena atividade jornalística, o que, inclusive, fere a cognição do próprio Supremo no bojo da ADPF n° 130, além do próprio Marco Civil da Internet. Tal cenário, aliás, fora perfeitamente apontado pelo então Ministro e Relator do caso, Marco Aurélio Mello que, vencido, afirmou o seguinte:
Parafraseando Voltaire, pode-se discordar do que é divulgado, mas não se pode limitar o direito de divulgar. Responsabilizar a imprensa não é a forma ideal de combate à divulgação de entrevista, ainda que inadequado o que dito pelo entrevistado. O Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho à censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer a análise, formando as próprias conclusões. Somente é possível chegar-se a uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas em discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, 2020, p. 2).

Portanto, já no âmbito do Tema n° 995 se observa a tentativa do Supremo Tribunal Federal de coibir a disseminação das fake News, incorrendo para isso, no entanto, no comprometimento da liberdade de imprensa e informação que, enquanto consectários da liberdade de expressão, deveriam obter preferência na arquitetura constitucional brasileira.
Mais, a tentativa de coibição do STF revela a própria instabilidade semântica das Fake News, visto que, do ponto de vista jurisdicional, em que a sobrevivência do debate público é prioritária, não há como o Poder Judiciário consolidar para si a verdade real sem sentença transitada em julgado, tendo que se valer da subjetividade de cada juiz ou ainda editor que, temendo represálias posteriores, evitará a publicação de determinada entrevista.
Dando seguimento à presente análise, merece igual apontamento a decisão, desta vez do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no âmbito da Representação Eleitoral n° 0601372-57 do ano de 2022. Naquela oportunidade, sob a premissa de causar ?desordem informacional?, o Tribunal Eleitoral decidiu pela liminar remoção de um vídeo de 2017 do canal de entretenimento denominado como ?Brasil Paralelo? em que eram apontados os escândalos políticos ocorrentes
26

durante o Governo Lula (2003-2010), sem citar necessariamente a participação e/ou anuência do até então presidenciável nestes mesmos esquemas.
O Ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, ao trazer a referida premissa à égide do julgamento enquanto fundamento principal do seu voto, destacou que, apesar dos fatos narrados no vídeo removido serem verdadeiros, haveria neles uma ambiguidade dolosa que poderia levar os eleitores, naquele contexto sensível de eleições, a uma conclusão falsa do todo narrado, isto é a possível associação do à época presidenciável Luís Inácio Lula da Silva à esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro ocorridos durante as suas administrações pretéritas (BRASIL, 2022, n.p).
Em outras palavras, de acordo com a cognição do Ministro, a qual fora acompanhada majoritariamente pelos seus pares, o vídeo do Brasil Paralelo, mesmo que verossímil à realidade no que tange à observação dos fatos, estaria imbuído de desordem informacional, tendo, assim, a potencialidade, naquele cenário contingente, de prejudicar a autodeterminação coletiva do eleitorado comum que, por sua vez, não teria a capacidade de discernir os fatos reais da narrativa descontextualizada presente no vídeo (BRASIL, 2022, n.p).
Acerca desta decisão do TSE se observa, prima facie, a adoção da modalidade de desinformação ?mal-information? já apresentada neste estudo, em que a premissa informacional é verdadeira, mas a sua motivação extrínseca atenta danosamente os direitos da personalidade do seu alvo, gerando desordem informacional sobre este. Nessa esteira, merece ressalva o fato de que estaria o TSE desviando-se dos limites impostos pela Constituição ao livre pensamento mediante conceito que ao menos reflete às bases gerais da ciência jurídica, fazendo parte, em verdade, de um ramo do estudo sociológico ainda inconclusivo ante a própria intercorrência temporal do fenômeno das Fake News (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 540 e 541).
Nesse âmbito, se reluz a imprescindibilidade do princípio constitucional da legalidade previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna Brasileira, ao evocar, em homenagem à previsibilidade e à estabilidade das normas e decisões judiciais, a inexistência de crime sem

lei anterior que a defina, nem de pena respectiva sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).
Por outro lado, apesar do abarcamento teórico que envolve a desordem informacional esclarecer as maledicências da ambiguidade dolosa atrelada ao aspecto narrativo da informação, não insurge da mesma teoria a ideia de que o controle ou ainda a presunção de adequação do senso intelectivo da sociedade civil pelo Poder Judiciário seja o remédio proporcional ao fenômeno.
27

Desta forma, deve restar preferível, partindo de um cenário ideal de menor intervenção possível da tutela jurisdicional no que tange ao debate público, que a vontade livre dos cidadãos, sobretudo em período eleitoral, se perfaça do seu mais desentranhado autoconvencimento, o que, na égide da internet, apresenta possibilidade concreta se observado a profusão de informações de diferentes fontes e vieses dispostas imediatamente aos seus usuários, não sendo razoável, para tanto, a restritividade externa desse movimento, sob pena de que surtam os efeitos contrários à pretensão judicial.
Findando a presente análise, portanto, imperioso conferir a existência de notável atipicidade valorativa que vem sendo prestada pelo Judiciário, em especial a sua Maior Corte Judicante, ao direito fundamental à liberdade de expressão, ao alargar a seara de limitação do seu exercício, o que significa, por inferência lógica, a predominância de elementos restritivos estranhos ? e ausentes de definição semântica ? ao livre pensamento e sua respectiva circulação, para além daqueles taxativamente definidos na Carga Magna pátria, os quais, como já visto, fornecem preferência relativa e concreta ao livre pensamento em nossa arquitetura constitucional.
Outrossim, por serem as Fake News um fenômeno de incidência internacional, faz-se ilustrativo tecer ainda, com vistas a estabelecer contrastes mais aprofundados acerca da atipicidade acima apontada, breves comparativos entre o enfrentamento ao multicitado fenômeno na jurisprudência brasileira e na americana que, especificamente, possui semelhante circunstância de eclosão em face das eleições de 2016 que elegeram o presidente Donald J. Trump.

4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado
De acordo com o doutrinador brasileiro Paulo Dourado de Gusmão, o direito comparado, enquanto método de espelhamento de legislações e jurisprudências de países diferentes, pode, quando atrelado ao ramo da sociologia jurídica, demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos, realizando, em última instância, a indicação dos fatores sociais das transformações jurídicas e a respectiva resultante destas mesmas transformações no âmbito da sociedade civil de cada país, sem que, para isso, recaia no equívoco da universalização dos sistema jurídicos (GUSMÃO, 1973, p. 18 e 19).
E é nesse âmbito que se concentra a finalidade deste tópico, no passo em que serão trazidos, como efeito comparativo, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos que
28

demonstrem o seu comportamento jurisdicional diante do corrente fenômeno das Fake News,

destacando ainda o grau de relativização valorativa do direito à liberdade de expressão pelo judiciário estadunidense frente do fenômeno mencionado e respeitando, sobretudo, as suas particularidades constitucionais.
Antes, importa destacar, para fins de contextualização, que a partir das eleições do ano de 2016 que consagrou o candidato outsider Donald J. Trump como o 45.º presidente dos Estados Unidos, eclodiu na política americana a existência das Fake News como potencial modus operandi de vantagem político-social, sobretudo para descredibilização de instituições tradicionais, como a grande mídia, com fins à corroboração de proselitismos ideológicos, assim como para a inflamação da polarização no ambiente político estadunidense, este já essencialmente bipartidarista e, portanto, suscetível a circunstâncias sectaristas. Acerca deste fenômeno, denominaram ainda Bernadini e Vieira Costa (2020, p. 388 e 389) como o momento de fundação da era da pós-verdade, senão vejamos:
O Dicionário Oxford definiu o termo pós-verdade como a palavra do ano de 2016, pós-eleições de Trump nos Estados Unidos, o que reacendeu os estudos do impacto das fake news na democracia eleitoral. Assim, caracterizou a pós-verdade como ?relativa a circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais?. O fenômeno da pós-verdade e das fake news está intrinsecamente ligado a uma refutação da ciência e uma aceitação de discursos inflamados por preconceitos, intolerâncias e táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da sociedade civil e da opinião pública, lançando mão de manobras populistas e extremistas.

Para tanto, o comportamento da tutela jurisdicional americana frente ao discorrido fenômeno, apesar de declarada preocupação, caminhou para uma proteção mais categórica da liberdade de expressão, demonstrando, em última análise, a efetividade do seu sistema de precedentes que insistentemente sobrepõe as diretrizes da Primeira Emenda em face da tentativa, por qualquer autoridade constituída, de restrição de determinados conteúdos.
Em linhas mais específicas, na jurisprudência americana, consagrada pela verticalidade cognitiva da sua Suprema Corte no caso ?Brandenburg v. Ohio?, para que haja a restrição do direito à liberdade de expressão é necessário que o elemento central da fala ou escrito a ser censurado se desemboque no denominado ?Imminent Lawless action? que, por sua vez, significa a presença de uma clara incitação à violência (Fighting words) ou iminente ação ilegal, independente do conteúdo em si das palavras proferidas, as quais não deve a tutela jurisdicional impor qualquer juízo de valor (ROSA, 2021, p. 26 a 28). Para bem corroborar o referido, vejamos trecho da cognição proferida pela Suprema Corte americana no caso ?Brandenburg v. Ohio?:
29

The Court's Per Curiam opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure

to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution 3

Tal cognição, portanto, visa privilegiar a perspectiva de que os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com o próprio fomento do livre pensamento, uma vez que, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade ? e não ao Estado ? fazer juízo de valor sobre quais ideias irão granjear a sua simpatia (ROSA, 2021, p. 28).
Em vista disso, no ano de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso ?United States vs. Stevens? (2010)4, em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que editava vídeos em redes sociais de combates entre cães da raça pitbull, foi condenado por uma lei do Estado da Pensilvânia por ?vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial?.
Valendo-se da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade, a Corte Americana declarou, naquela ocasião, a incompatibilidade da lei estadual em face da Primeira Emenda por exigir a legislação que determinada categoria do discurso devesse passar por uma análise de seu valor axiológico em face dos custos sociais que potencialmente imporia à sociedade.
Atendendo a uma perspectiva antinômica da liberdade de expressão, no entanto, argumentou a Corte que os benefícios das restrições ao Governo pelo livre pensamento superam os seus potenciais prejuízos à sociedade (ROSA, 2021, p. 33 e 34).
Adentrando finalmente no contexto deslindado na introdução deste tópico, cabe destaque a recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso ?Gonzalez v Google? 5no ano de 2023 em que a parte autora requeria a responsabilização da empresa Google pela não restrição de conteúdos em sua plataforma ligados ao Estado Islâmico, sendo esta inação supostamente influenciadora da morte de Nohemi Gonzalez, uma cidadã americana, pelo grupo terrorista, no ano de 2015 (ROSA, 2021, p. 36).

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Brandenburg v. Ohio?. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 31 de maio de 2024.
4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)?. A íntegra do caso está
disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>. Acesso em 31 de maio de 2024.
5 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Gonzalez v Google?. Disponível em <www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2024.
30

Na oportunidade, apesar de compreender a especificidade danosa do caso nos termos da Fighting words, decidiu a Suprema Corte pela não responsabilização da Google, tendo em vista que cognição em contrário originaria um efeito cascata de ações judiciais cujo objeto seria terceirização da responsabilidade dos usuários para o meios comunicativos dos quais eles utilizam ? incluindo nestes as próprias redes sociais ? independentemente de aferição do nexo de incentivo à violência por parte das empresas (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
Nessa senda, decidiu a Suprema Corte pela apreciação da Seção 230 da Lei de Decência

nas Comunicações (Communications Decency Act) que garante, desde 1996, que provedores de serviços de internet desfrutem de imunidade legal pelo conteúdo proferido pelos seus usuários, impedindo, sobretudo, mecanismos de autocensura feitas por estas empresas como forma de evitar potenciais prejuízos judiciais (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
No caso deslindado, já se observa, uma diferença entre a cognição dos supremos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos, visto que o primeiro optou, no bojo do Tema n° 995, pela atribuição de verificação da verdade e da danosidade de falas de entrevistados aos veículos de comunicação que realizassem as entrevistas, terceirizando indiretamente a tutela de censura de conteúdos a empresas privadas e, mais, proferindo juízo de valor sobre o que pode ou não ser veiculado em face dos direitos da personalidade.
A Suprema Corte Americana, por sua vez, homenageando a Primeira Emenda da sua Constituição em detrimento do seu próprio poder jurisdicional, ressaltou a obrigação das plataformas digitais de remover propaganda terrorista, não opinando, no entanto, pela sua consecutiva responsabilização em face da casual disseminação de conteúdos desta natureza, para que se evite, em última análise, um ambiente de promoção de ideias cerceado por iminentes instrumentos impostos de autocensura.
Por fim deste exame comparativo, entretanto, merece destaque a cognição da Corte Suprema Americana no bojo do caso ?NetChoice v. Paxton? 6cujo objeto fora, em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da House Bill 20, Lei do Texas que tinha como finalidade a proibição de que empresas de mídia social com 50 milhões ou mais de usuários pudessem restringir postagens com base em pontos de vista acerca de veracidade ou viés, exigindo ainda que as plataformas divulgassem publicamente informações sobre como e quando moderam o conteúdo e criassem processos para que os usuários pudessem contestar decisões editoriais específicas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
31

No fundamento da sua decisão, a Corte curiosamente pugnou pela preservação de mais de 70 anos de jurisprudências em torno da operacionalidade da Primeira Emenda, isto porque a referida, na medida em que protege a liberdade de expressão e a livre associação enquanto direitos fundamentais, tutela também o livre exercício de julgamento editorial, sobretudo se levado em consideração a tendência constitucional americana de prestar autonomia às relações contratuais na égide das propriedades privadas, tais como as próprias empresas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).
Ademais, segundo o Tribunal, no passo em que a Primeira Emenda restringe o direito de interferência do Estado ao livre exercício do pensamento, nisto também se inclui o direito dos entes federados de promover a ampliação do discurso a um certo fragmento de usuários em face do viés do seu discurso ou de suposta desvantagem nos ambientes das mídias sociais que, supostamente, tenham uma posição dominante contrária (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 12 e 13).
Dessa forma, apesar do Estado do Texas afirmar que os requisitos de restrição servem ao interesse de garantir que o público tenha acesso a diversos fontes de informação, não há,

segundo a Corte, direito válido de modular o viés editorial das plataformas por interesses no próprio conteúdo veiculado, sob pena de não refletir o escrutínio da Primeira Emenda que exige a neutralidade do Estado nesta questão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 13 e 14).
A jurisprudência do TSE, por sua vez, no bojo Representação Eleitoral n° 0601372-57, com vistas a sanar potencial desordem informacional, retirou a autoridade editorial da plataforma Brasil Paralelo sobre conteúdo verdadeiro, arrastando para si o dever de definir quais informações e quais vieses narrativos comprometem ou não a capacidade de autoconvencimento da sociedade civil. Nesse cerne, ao contrário da Suprema Corte Americana, o Tribunal Eleitoral Brasileiro opta pela deslegitimação da soberania editorial dos provedores das redes sociais, agindo como filtro de veracidade e propensão narrativa.
Em face do todo aqui exposto, observa-se, portanto, como produto do presente juízo comparado, evidentes diferenças entre as preocupações e o modus operandi para a coibição das Fake News na jurisprudência americana e brasileira, visto que enquanto a primeira vem privilegiando a estabilidade do direito à liberdade de expressão numa conduta de não-intervenção, a segunda apresenta uma preocupação sistemática a respeito do referido fenômeno, de modo a buscar o seu enquadramento semântico como forma de reconstituir a valoração da liberdade de expressão na sua arquitetura constitucional, caminho este que merece reflexões jurídicas indispensáveis, como se verá a seguir.
32

4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL

Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, em seu ensaio ?A Verdade e a Política?, para a mais justa compreensão da realidade, bem como para que se evitem nuances indeterminadas entre aquilo que é ficto e palpável, é necessário, sobretudo, consolidar conceitual e semanticamente aquilo que se obtém como verdade (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
Para tanto, segundo a filósofa, coexistem dois tipos de verdade: a verdade real e a verdade factual. A primeira decorre do conteúdo autoevidente da matemática e da filosofia, apresentando caráter despótico e coercitivo, pois, enquanto produto da mera percepção daquilo que é incontroverso, impede que o debate entre os homens ocorra, o que poderia acabar por constituir versões a respeito da mesma obviedade (ARAÚJO, 2023, p. 5 e 6).
Por outro lado, a verdade factual, a qual nos interessa especialmente, é própria do mundo dos homens e da política, no passo em que o seu desenvolvimento ocorre através da comunicação e da experiência de muitos, fazendo com que fatos e opiniões, embora distintos, constituam o mesmo universo: o domínio público. Em outras palavras, a textura do domínio público e sua verdade inerente são constituídas por fatos e eventos, formando verdades contingentes, cuja disjunção lógica faz com que seu oposto seja plausível, mediante necessária interpretação (ARENDT, 2016 p. 225).
Contudo, a própria filósofa destaca que a instabilidade da verdade factual não pode, em hipótese alguma, submeter-se a perspectiva nietzschiana da verdade como fruto meramente decorrente da interpretação de alguém sobre determinada situação, o que acabaria por arrastar a verdade e os fatos objetivos para o precipício da falsidade deliberada. Em verdade, quando há

de se entender a proeminência da verdade factual no debate público deve-se, prioritariamente considerar a comunicabilidade política por excelência, na qual os fatos em si não estão em disputa, mas os juízos de valor dele decorrentes legitimam o pressuposto da pluralidade e, por consequência, possibilitam o autoconvencimento dos homens (PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 97 e 98; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
E é nessa esteira que surge a noção elucidativa do ?mercado livre de ideias?, concebida pelo célebre juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr, na qual a propagação livre de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, habilitando-os a identificar a verdade factual, rejeitar a mentira
33

contraproducente e produzir e propagar conhecimentos orientadores (POST, 2000, p. 235 e 236).
Para tanto, destaca Holmes Jr que, mesmo na proeminência da livre circulação de ideias, na qual a verdade factual surge como principal objeto desejado, podem haver demais princípios que, por sua vez, regulem os casos em que a manifestação de pensamento represente perigo evidente e capaz de produzir males gravíssimos (POST, 2000, p. 236).
Contemplando tal perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, através da inteligência dos seu art. art. 5º (incisos IV, IX e XIV) e art. 220, assegurou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que não exercidas em abusividade e se confluentes, na medida da sua prevalência relativa, com a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez disposto no art. 5º, inc. X.
Dessa forma, recaindo sobre a interpretação constitucional da colisão dos direitos fundamentais, decidiu o constituinte originário que, na extensão fisiológica do seu exercício, obteria o livre pensamento e os seus consectários preferência apriorística em relação aos demais direitos tutelados no texto constitucional, cuja declinação dependeria de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo, critérios estes produzidos como forma de proteção categórica ao aspecto essencialmente democrático do multicitado instituto. (BARROSO, 2005, p. 103; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Arrastando esta questão para o plano de fundo das Fake News, foco do presente trabalho, observa-se, em outro viés analítico, que a proliferação sistemática da distorção da verdade vem, na égide das redes sociais, gerando fenômenos de sequestro da razão, ao colocar nichos da sociedade civil em um círculo vicioso de engano e proposital sectarismo, tudo isto fomentado pela dinâmica acelerada e incalculavelmente expansiva da internet.
Por outro lado, há de se considerar, de igual modo, que deve-se também aos provedores de serviço de internet, na qual proliferam-se as Fake News, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a livre circulação de notícias, ideias, análises, sátiras e demais manifestações não mais dependem do fulcro intermediador dos veículos de comunicação até então predominantes ? como as grandes redes de televisão ? impondo ao poder estatal e os seus representantes uma relação cada vez mais direta com os seus representados (DIMOLIUS; MARTINS, 2006, p. 274).
Essa nova configuração da dinâmica político-social, por seu turno, homenageia os vínculos mais precípuos da democracia, tendo em vista que a possibilidade dos cidadãos de

34

fiscalizarem e se oporem diretamente aos atos do Poder Público reforça o conteúdo negativo da liberdade de expressão, cuja finalidade precípua é gerar uma comunicabilidade antinômica entre a estrutura estatal e o seu agente constituinte, limitando a possibilidade de arbitrariedades deste primeiro (BARROSO, 2004, p. 19 e 20).
Daí surge, nos dizeres de Machado (2007, p. 473 e 474), a seara objetiva do livre pensamento, este conectado ao seu exercício funcional, qual seja a sua capacidade de prover o desenvolvimento contínuo da opinião pública e do engajamento da participação política, elementos indispensáveis em um país que, do ponto de vista historicista, constituiu a sua atual Carta Magna em resposta popular à mais de 20 anos de cerceamento das liberdades políticas e (trans)individuais.
Nessa seara, merece destaque o fato de que a democratização do acesso à internet e de todo o fluxo informacional que nela se processa, ? na qual ocorre uma intervenção ativa por parte de indivíduos e grupos que não integram órgãos da mídia convencional ? vem levando o debate público a uma intensa e irreversível descentralização informacional, minando ainda, em última análise, o predomínio de determinados setores da comunicação em relação ao discurso, bem como em relação a seleção de determinadas informações mais ou menos relevantes de acordo com a aptidão editorial (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 566 apud WAACK, 2018, p. 124).
Deste mesmo fenômeno corrente, por outro lado, insurge a ausência de acuracidade das informações porventura disseminadas. Do ponto de vista da razoabilidade, no entanto, é notório que este aspecto negativo deve-se lidar, sobremodo, com (re)orientação cultural, tendo em vista que não é materialmente possível cobrar de todo cidadão a avaliação crítica profunda relativa a cada informação acessada, em razão da larga desigualdade em termos de capacidade informacional no Brasil, esta historicamente intensificada pela dependência dos grandes veículos de mídia (BALEM, 2017, p. 5).
Em razão de todo exposto, merece reflexão, prima facie, a cada mais vez dificultosa atividade jurisdicional de manter a higidez do binômio liberdade de expressão/democracia sem recair na sua consecutiva reconstituição, em razão do atualíssimo perigo resultante da manipulação virtual deliberada por pessoas ou grupos de interesse, imbuídos por ideologias nebulosas que, quase sempre, refletem a nostalgia de indesejados períodos do passado nacional.
Por outro lado, para defender alegadamente uma ideia imaterial de democracia, não é desejável que o Poder Judiciário, sobretudo a sua Suprema Corte, combata o deslindado fenômeno, fazendo-se valer, para tanto, da restrição do alcance normativo da liberdade de
35

expressão através de conceito ? in casu, as Fake News ? que, além de não refletir as diretrizes gerais da sua Constituição, ? quiçá das ciências jurídicas gerais ? obtém profunda plasticidade semântica, fato este que submeterá a cognição jurisdicional brasileira, inevitavelmente, a um labirinto de completa indeterminação.
Nesse sentido, valiosas são as lições de Oliveira (2009, p. 95 e 96) ao dizer, subsidiado nas noções de Ronald Dworkin, que o fenômeno da indeterminação linguística no Direito faz com que as decisões judiciais obtenham imprevisível discricionariedade, comprometendo a

estabilidade e coerência exigíveis ao neoconstitucionalismo. Do contrário, sob o manto de certeza do Direito, se tornam aplicáveis as normas igualitariamente a todos e, individualmente, se torna possível a atribuição da justiça imprescindível à liberdade civil, no passo em que se faz garantida uma relativa previsibilidade jurisdicional frente aos ditamos da sua carta constitucional respectiva.
Reforçando este questionamento, necessário se levar em consideração que a restrição à liberdade de expressão perpassa, na coibição jurisdicional direcionada às Fake News, pela necessidade de que os órgãos sancionatórios realizem juízo de valor acerca do que é dito ou disseminado. Nesse caso, por se tratarem as Fake News não apenas de veracidade, mas de narrativa includente, há uma dificuldade que pareia o seu enfrentamento figurado na capacidade casuística dos tribunais em distinguir o polêmico do falso, o que diz respeito não apenas ao problema de como e em que medida se desemboca uma maior ou menor capacidade crítica dos indivíduos, mas também se deve à própria natureza disjuntiva da verdade factual, na qual, inclusive, permite-se um juízo íntimo de retratação (ARENDT, 2016, p. 231 e 232).
Esta problemática, aliás, já obtém, como visto, precedente nas decisões do TSE que, na égide da Representação Eleitoral n° 0601372-57, teve que utilizar-se de notável discricionariedade linguística como recurso valorativo para conter uma narrativa polêmica, mas palpável, acerca de fatos verossímeis, sob a premissa de incorrer essa em suposta desordem informacional.
Portanto, em qualquer perspectiva, seja pela possibilidade material de conter o discurso pelo valor das suas premissas ou, ainda, pela proeminência do seu poder de ressonância, estará a tutela jurisdicional defrontando-se com o brocardo jurídico ?Ad impossibilia nemo tenetur? que expõe ao Poder Judiciário a conformação das suas possiblidades de regulamentação, sob pena de gerar precedentes de instabilidade mais gravosos que a problemática a qual se pugnou confrontar (LEFEBVRE D?OVIDIO; 2020, p. 120).
36

Para sedimentar as presentes reflexões, portanto, sabe-se que as Fake News, por sua estrutura inaugural no tecido da sociedade tenderão a gerar, em algum momento, a reconstituição axiológica da liberdade de expressão pela via legal, o que cumprirá, naturalmente, o ciclo de (re)modelação dos direitos fundamentais sob a égide das matrizes jurídicas temporal e espacialmente dinâmicas.
Contudo, havendo ainda lacuna legislativa para tal reconstituição, a iminente ideia da restrição ao livre pensamento figurada no seu conteúdo, ao invés da sua rígida prefiguração constitucional, como vem pretendendo o Judiciário Brasileiro, remete, em verdade, à necessidade de que se reforce a contínua vigilância em relação aos perigos da formação de uma ordem orwelliana 7pelo Estado que determinaria o que é verdade e o que não é ? inclusive sobre si mesmo ? baseando-se em pressupostos analiticamente indeterminados, o que impedirá, em última análise, a circulação de discursos dissidentes, fazendo-se assumir ainda ao poder estatal a feição de uma nova forma de dominação, esta fulcrada no sequestro do debate público e, portanto, da busca pela verdade factual em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, sob a ótica propedêutica-constitucional,

as necessárias reflexões jurídicas atinentes à regulação das Fake News diante do fundamento da liberdade de expressão, direito fundamental encravado no texto constitucional brasileiro.
Para tanto, tendo em vista a ausência de legislação específica que sedimentasse o cerco normativo do presente estudo, teve que se recorrer ao que há de mais profuso, em termos de jurisprudência ? inclusive internacional ? acerca desta inaugural colisão entre ?fato novo? e ?direito?. Não apenas isto, o presente trabalho comprometeu-se cabalmente em circunstanciar a necessidade de prefiguração da liberdade de expressão não apenas no campo jurídico, mas na esteira da sua imprescindibilidade política, cuja democracia se funda.
Nesse cerne, imperioso se faz concluir, não havendo ressalvas quanto a possibilidade de regulação legislativa das Fake News, que a conformação da coibição deste fenômeno, por hora, pelo poder jurisdicional, esta indiscutivelmente ameaçadora ao livre escoamento do debate público, perpassa, fundamentalmente, pela obtenção da liberdade de expressão como núcleo

7 Na ordem orwelliana, preconizada pelo escritor inglês George Orwell na sua obra distópica ?1984?, o poder
estatal age como um mecanismo de falsificação do passado e do presente, no passo em que desvirtualiza a
capacidade de expressão dos seus dissidentes, transformando o discurso em um produto monopolístico e inescapável do Estado, este denominado como ?Ministério da Verdade?.
37

essencial passível de preferência à cognição judiciária. Em outras palavras, para que sejam devidamente reguladas as Fake News deve-se, prima facie, conceber os limites materiais desta atividade, com vistas à proteção do alcance axiológico do livre pensamento, este fundamental às instituições democráticas e ao, mesmo tempo, historicamente frágil e de onerosa (re)conquista.
Mais do que isso, faz-se necessário compreender, em certo grau e sob certa égide normativa, a presunção caótica do debate público que, quase nunca, entregará pacificamente os desdobramentos do seu desenvolvimento, de modo que as suas inflamadas disjunções, naquilo que for possível, devem ser prestadas à sociedade civil como parte do processo autorregulatório da democracia, eximindo, naquilo que for possível, a intervenção do judiciário que, em face da sua matriz centralizadora, tenderá, em algum momento, pela preterição de determinada corrente aparentemente mais nociva, mas não necessariamente ilegal, prejudicando, em última análise, a obtenção da verdade factual e do autoconvencimento coletivo em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista De Direito Administrativo, 217, 67?79. 1999.
ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.
ARAÚJO, Leonardo Aires. A distinção entre a verdade filosófica e a verdade factual, na ótica arendtiana. Revista Ponto de Vista, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 01?08, 2023. DOI: 10.47328/rpv.v12i2.16444.

ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. 8ªed.São Paulo: Perspectiva, 2016.
BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das fake news e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democrática. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, 8-10, nov. 2017.
BARROSO, Luís Roberto. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./Mar. 2004.
BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade ? Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
38

BECKER, Daniel; FILHO, Humberto Chiesi; BRETZ, Luiza Pontes de Miranda. Gonzalez v. Google e Twitter v. Taamneh: lições da Scotus sobre responsabilizar plataformas. Conjur. 2023. Acesso em: 31.05.2024.
BERNARDINI, Ana Júlia Bonzanini; VIEIRA COSTA, Andressa Liegi. POPULISMO E FAKE NEWS NA ERA DA PÓS-VERDADE: COMPARAÇÕES ENTRE ESTADOS UNIDOS, HUNGRIA E BRASIL. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 28 | p. 385-412 | jan./jun. 2020 | E-ISSN 2359-2419
BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. ? Nova ed. ? Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.
BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891.
BRASIL. Constituição (1934) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.
BRASIL. Constituição (1937) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.
BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.
BRASIL. Constituição (1967) Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República [1988].
BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. BRASIL: Brasília, DF.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno,

j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, Voto. Min. Rel. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
39

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repr 0601372-57, Voto. Min. Ricardo Lewandowski. j. 13.10.2022.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2006.
DUQUE, M. S., & Nascimento, I. M. A. do. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 4(2), 949?968. 2018.
DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 2005.
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. In: Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, nº 17, p.15-19, jan./abr. 1973.
HAVARD LAW SCHOOL. Compelling speech The Supreme Court soon will decide if social media platforms must allow certain kinds of speech on their platforms. By Rachel Reed. United States (USA). 2024.
HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro de Mello Aleixo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LEFEBVRE D?OVIDIO, Francesco. Ad impossibilia nemo tenetur. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder, The Journal of European Economic History, ISSN 2499-8281, Associazione Bancaria Italiana, Roma, Vol. 49, Iss. 2, pp. 117-123
MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MAQUIAVEL, Nicolau. Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
MEIKLEJOHN, Alexander. Free Speech: And its relation to self-government. New York: Harper & Brothers, 1948.
MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, a.31, n° 122 maio/jul. 1994.
40

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009.
PEREIRA DA SILVA, Jorge. ?Fake news? conquistam 2017. O Jornal Económico, 17 novembro 2017.
POST, Robert. ?Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence?, Yale Law School Schlarship, 2000, 2355-2376.
ROSA, Pamela Dourado Kletlinger. O futuro da liberdade de expressão na era digital: moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no bojo do inquérito das fake news. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
SARLET, Ingo Wolfang. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: O CASO DAS ASSIM CHAMADAS ?FAKE NEWS? NAS REDES SOCIAIS EM PERÍODO ELEITORAL NO BRASIL. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e Liberdade de Expressão Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS. SÃO PAULO/SP. 2009.
TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. Defining ?Fake News?, Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 137-153, 2018.
WAACK, William. Fake News: uma visão político-jornalística. in: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.), Fake News e Regulação, São Paulo: RT, 2018.
WARDLE, Claire. Information Disorder. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: Council of Europe, 2017.

==========

Arquivo 1: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Arquivo 2: https://www.verywellmind.com/how-to-ignore-the-news-and-whether-or-not-you-should-5221463 (1651 termos)
Termos comuns: 3
Similaridade: 0,02%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.verywellmind.com/how-to-ignore-the-news-and-whether-or-not-you-should-5221463 (1651 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SALVADOR
2024
GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho apresentado à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

SALVADOR
2024

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos
Matteo e Laura, amores do titio.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEGAL REFLECTIONS ON THE NECESSARY CONFORMATION OF THE CONCEPT OF FAKE NEWS IN FRONT OF THE FOUNDATION OF FREEDOM OF EXPRESSION

Guilherme de Magalhães Leal Moreira1
Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO
O presente estudo tem como objetivo tecer necessárias reflexões jurídicas acerca do (re)posicionamento do fundamento constitucional da liberdade de expressão diante do paradigma das Fake News, fenômeno atualíssimo decorrente da nova dinâmica informacional trazida pelas redes virtuais. Para tanto, busca-se prioritariamente investigar a fisiologia da liberdade de expressão no campo (filo)jurídico, bem como na própria arquitetura constitucional brasileira para que, ao fim e ao cabo, seja possível refletir o direito ao livre pensamento e suas ramificações na seara de contingências do plano de fundo das Fake News, especialmente no que tange à (in)determinação linguística e jurídica deste com fins à sua respectiva coibição jurisdicional. Nesse diapasão, tendo em vista a ausência de lei específica que regulamente o multicitado fenômeno, discute-se, do ponto de vista doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, sob quais termos a coibição às Fake News não pode corromper o núcleo essencial da liberdade de expressão, ante a sua imprescindibilidade democrática e inerente capacidade antinômica frente aos indesejados desdobramentos do poder estatal.
Palavras-chave: Liberdade de expressão, Fake News, Jurisprudência, Constituição, Democracia.

ABSTRACT: The present study aims to weave legal reflections on the (re)positioning of the constitutional foundation of freedom of expression in the face of the Fake News paradigm, which appears to be very current as a result of the new informational dynamics brought about by virtual networks. To this end, we seek to primarily investigate the physiology of freedom of

expression in the (philo)legal field, as well as in the Brazilian constitutional architecture itself so that, in the end, it is possible to reflect the right to free thought and its ramifications in the field. of contingencies in the background of Fake News, especially with regard to its linguistic and legal (in)determination with the aim of its respective jurisdictional restraint. In this context, in view of the absence of a specific law that regulates the multi-cited characteristics, it is

1 Discente do curso de Bacharelado em Direito da UCSal ? Universidade Católica do Salvador, em curso da
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do 9° semestre. Email institucional: guilherme.moreira@ucsal.edu.br
2Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), pós-graduado em Direito
Processual Civil pelo Juspodivm e Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade - PPGEISU/ IHAC/
UFBA.
5

discussed, from a doctrinal and, above all, jurisprudential point of view, under which terms the prohibition against Fake News cannot corrupt the essential core of freedom of expression , given its democratic indispensability and antinomic capacity in the face of unwanted developments of state power.
Keywords: Freedom of expression, Fake News, Jurisprudence, Constitution, Democracy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA. 2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA. 3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL. 3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES. 3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. 3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão. 4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA. 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018. 4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado. 4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade trazer necessárias reflexões jurídicas acerca do

justo posicionamento do princípio da liberdade de expressão no plano de fundo do fenômeno das Fake News. Para tanto, far-se-á necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que fundamenta o conceito e a evolução normativa da liberdade de expressão na contemporaneidade, bem como conceber o que houver de dubiedade a respeito do significado do fenômeno das Fake News e, de igual modo, acerca da sua seara de afetação às democracias pós-modernas.
Nesse cerne, importa preponderar que o instituto da liberdade de expressão origina-se, uma vez ausente de elementos interventores, da mais plena comunicação entre o espírito humano da racionalidade e a sua consecutiva capacidade de perceber os fenômenos, bem como, de interpretá-los e verbalizá-los. Trata-se, portanto, de um dado da realidade espontaneamente percebido que, nas suas mais diversas manifestações, revela a heterogeneidade do senso intelectivo humano, no passo em que dá tom à livre criação de iniciativas políticas, religiosas, ideológicas, artísticas e científicas.
6

Trazendo para uma perspectiva civilizacional, ao anteceder ao conjunto complexo das normas politicamente constituídas, o referido instituto vem sendo imbuído de dificultoso esforço normativo, no transcorrer da história ocidental, para que sua repercussão seja adequadamente suportada em face da necessidade de pacificação social, sobretudo se levado em consideração que a liberdade de expressão é percebida em seus efeitos, ou seja, reformular o seu conteúdo passaria, em última análise, pela necessidade em atingir as suas manifestações.
Por outro lado, sabe-se que as matrizes jurídicas pós-modernas, como a brasileira, são marcadas pela temporalidade das estruturas normativas. Em outras palavras, o sistema normativo contemporâneo, ao ser influenciado pelo binômio ?tempo-espaço?, possui caráter de fluidez em relação aos mais novos produtos das relações intersubjetivas, fazendo com que direitos já consolidados defrontem-se aos acontecimentos e demais direitos a eles supervenientes, gerando uma contínua necessidade de atualização do seu alcance normativo.
Diante disso, tratando-se o fenômeno das Fake News de fato novo e atípico que vem ressignificando o potencial lesivo da liberdade de expressão nas redes sociais para além dos limites já impostos pelos tutelados direitos da personalidade, gerando inaugural atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho tem como objeto central responder o seguinte questionamento: o que é necessário levar em consideração para que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão prepondere sobre a iminente regulamentação jurisdicional do fenômeno das Fake News?
Para tanto, o estudo a ser deslindado no decorrer deste trabalho terá, enquanto principais objetivos, o devido esforço propedêutico de posicionamento histórico-constitucional da liberdade de expressão, bem como da vocação etimológica e jurídica do fenômeno das Fake News, momento em que finalmente se buscará dimensionar o paradigma observado pelo livre pensamento diante do intercorrente fenômeno multicitado e suas variações observáveis no Brasil (e no exterior), analisando, ainda, posteriormente, a necessidade de que, num cenário normativo de necessária conformação entre ?direito x fato novo?, este prefigure sobre aquele.
No aspecto metodológico, por sua vez, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, substanciada em material analítico já publicado, bem como na análise primária de documentação legislativa e jurisprudencial. Além disso, o presente trabalho se baseará no

método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo em vista que a relação entre pesquisador e fenômeno pesquisado se dará em influência mútua, desdobrando-se ainda em hipóteses a serem submetidas ao processo de falseamento.

7

2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA.

A liberdade de expressão, enquanto apanágio da inclinação racional do indivíduo, vem correspondendo, no transitar das experiências civilizacionais ? sobretudo àquelas impelidas pela modernidade ? na possibilidade concreta de ação individual desentranhada, por sua vez, de condições de existência externas. Isso significa dizer que, para além de todos os preceitos formulados pelas convenções humanas e direcionados a finalidades coletivas, o instituto da liberdade de expressão origina-se e conclui-se em si mesmo, de modo que a sua única condição existencial é o próprio senso intelectivo humano (SILVA, 2000, p. 247 e 248).

Transpondo a obtenção da liberdade de expressão como um dado da realidade antecessor a qualquer convencionalidade societária, observa-se, inclusive, no ramo do estudo dos direitos fundamentais, que a liberdade de expressão, assim como as demais liberdades de vocação individual, constituiu o Estado Moderno como meio de subtração do seu poder. Nos dizeres do filósofo italiano Norberto Bobbio (2004), por exemplo, os direitos de liberdade, componentes dos denominados ?direitos de primeira geração? são marcados pelo seu conteúdo negativo, ou seja, acabaram por afetar a fisiologia estatal pré-revolução francesa, evocando o seu não-agir.

Tão relevante é o caráter negativo da liberdade de expressão, aliás, que os seus desdobramentos, como a liberdade de opinião e a própria liberdade de imprensa, servem ao exercício social da cidadania como instrumentos fiscalizatórios supraestatais da atividade política, na medida em que a sua publicidade evoca no seio societário a possibilidade de demandar as suas respectivas expectativas e críticas, gerando uma contínua comunicabilidade antinômica entre o poder estatal e o seu agente constituinte, qual seja a própria sociedade.

Acerca do referido fenômeno, ressalta ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e notório doutrinador Luís Roberto Barroso:

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povoe a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los (BARROSO, 2004, p. 19).

Não à toa, devido a sua potencialidade antinômica, a liberdade de expressão, na visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin, defensor da famigerada teoria constitutiva, deve ser

8

concebida juridicamente por uma visão mais ampla e estável, de modo que se entenda o seu valor por si só. Em linhas mais específicas, enquanto a teoria da verdade criada pelo polímata estadunidense Oliver Wendell Holmes visava filtrar o direito ao livre discurso através do seu conteúdo valorativo, maximizando a verdade como finalidade, a perspectiva de Dworkin recai sobre a autonomia do próprio discurso independente do seu direcionamento, de modo que, segundo o autor, trata-se de um exercício civilizatório impossível numa democracia obter um juízo moral pleno a respeito do bem comum sem que essa atividade se constitua através da participação geral e heterogênea dos seus cidadãos, o que denota, em última análise, a importância dialética da liberdade de expressão para o debate público (POST, 2000, p. 236; DWORKIN, 2005, p. 25).

Dada a sua vocação supraestatal, pode-se provisoriamente concluir, portanto, que a liberdade de expressão, ao derivar de uma ordem conatural da natureza humana, independe de qualquer empenho coletivo-racional de formulação, bastando ao Estado ? sobretudo o Democrático ? admitir a sua relevância em sua ordem jurídica, impondo-lhe limitações provenientes das características teleológicas de cada ordenamento jurídico. Na perspectiva de Dworkin, por exemplo, essa muito influenciada pela filosofia de não-restrição aos direitos fundamentais da Constituição Americana, basta ao Estado, ao lidar juridicamente com a liberdade de expressão, buscar a potencialização da independência moral dos seus cidadãos, senão vejamos:

Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual (DWORKIN, 2005, p. 26).

Em perspectiva diversa, segundo o filósofo britânico Alexander Meiklejohn, existe uma limitação precípua à liberdade de expressão: o seu desserviço à democracia. De modo explicativo, segundo o autor, a liberdade de expressão deve obter conceituação e tutela constitucional, em regra, para proteção de qualquer discurso, principalmente aquele de caráter dissidente. Entretanto, a proteção ao direito não corrobora a automática proteção ao seu abusivo usufruto, de modo que não pode o Estado permitir a dissipação de discursos que a ele tenham vocação autodestrutiva.

Isso significa dizer que se o Estado compromete-se constitucionalmente a promover uma ordem social democrática, não pode ele admitir a existência de discursos no debate político
9

que promovam a destruição dessa finalidade, sob pena de assumir para si uma fisiologia que em algum momento lhe gere uma ruptura (MEIKLEJOHN, 1948, p. 13 a 15).

A perspectiva de Meiklejohn, por esse motivo, conecta-se, de certa forma, à plasticidade não-estática da Constituição Brasileira de 1988 que, apesar de conceber plenamente a liberdade de expressão como direito fundamental, tutela implicitamente a vedação ao discurso de ódio e a apologia ao denominado conjunto de ?discursos antidemocráticos?. Nesse sentido, o jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet afirma que numa interpretação sistemática ? aliada ainda ao

fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um regime democrático ? a Constituição Brasileira assegurou para a liberdade de expressão uma posição (relativa) preferencial, o que pode ser compreendido como uma preferência prima facie ? mas não absoluta ? que, por sua vez, não obsta o dever do sistema jurídico em garantir a preservação dos demais bem-jurídicos inseridos na sua Carta Magna, como dos direitos da personalidade (SARLET, 2019, p. 1225 e 1226).

Em sentido complementar, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que a garantia constitucional a liberdade de expressão está acompanhada de expressa reserva legal. Isso significa dizer que o exame conceitual da liberdade de expressão em sua justa aplicação pelo Poder Judiciário deve se dar de forma sistemática, de modo a transparecer que a evolução do direito à liberdade de expressão o conduz para a vedação ao conflito entre direitos fundamentais (Grundrechtskollision), levando a sua preferência relativa no ordenamento jurídico, em última análise, ao filtro da dignidade humana, elemento integrante do sistema de valores dos direitos (trans)individuais na Constituição Brasileira (MENDES, 1994, p. 298 a 301).

Dessa forma, observa-se que a busca pela conceituação (filo)jurídica do princípio da liberdade de expressão, ao mesmo tempo que perpassa pelo seu reconhecimento enquanto direito prefigurado às convencionalidades coletivas e prioritário no plano de fundo democrático, não furta-se de um enquadramento na sistemática constitucional, de modo que o seu eixo de limitação, como se verá mais adiante, deva encontrar solidez na garantia de outros direitos individuais, desde que garantida a reserva legal do seu exercício jurisdicional.

2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.

10

Tendo sido bem delineada a seara (filo)jurídica da liberdade de expressão, observa-se que o seu conteúdo enquanto bem-jurídico, assim como a sua desejada aplicação no seio societário perpassam pela indispensável noção de enquadramento do referido instituto na ordenação democrática que o reconhece.

Isto porque, num primeiro momento, a liberdade de expressão aparece como fundamental corolário do sentimento democrático. Nos dizeres de Silva (2009, p. 114) a liberdade da palavra, numa democracia, está voltada para a vida coletiva através da discussão e deliberação de assuntos públicos de bem comum. Nesse cerne, a constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo torna-se, segundo o autor, premissa óbvia ? tomada como um dado ? de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o sistema democrático atingir a sua finalidade política precípua de satisfação da vontade popular.

Tão antiga e consolidada na literatura política é a importância da liberdade de expressão que, em suas obras republicanas, Maquiavel, um autor reflexo de um período não-democrático, já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar no trecho abaixo reproduzido:

Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o

seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 2000, p. 76)

Por outro lado, num segundo momento, a importância de contrastar o princípio da liberdade de expressão com o plano de fundo democrático existente se dá também com vistas a sua seara de aplicação jurídica. De acordo com Sarlet e Siqueira (2020, p. 545 e 546), na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e de informação nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, mas, também, da operacionalização, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de proteção desses direitos, o que, por sua vez, implica a salvaguarda dos direitos políticos e da democracia e suas instituições.
A perspectiva do autor brasileiro, nessa esteira, fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana é o fundamento estruturante de uma democracia, ao passo que a democracia opera como espécie de garantia organizacional e procedimental da dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 86 e 87). Em sentido confluente, pode-se deduzir que a relação entre
11

democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora o aumento do potencial democrático numa sociedade possa muitas vezes significar o aumento da liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão, em seu usufruto abusivo, pode acarretar riscos para a democracia o que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão em última instância de análise (MICHELMAN, 2007, p. 58), o que torna necessário calculado equacionamento.
Na democracia brasileira, destacadamente, o problema do conteúdo e limites da liberdade de expressão somente pode ser enfrentado e equacionado, do ponto de vista jurídico, quando existe um consenso (no sentido de uma opinião e prática majoritária) relativamente ao seu sentido e alcance, o que, por sua vez, remete à querela em torno da posição da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais (SARLET; SIQUEIRA, 2019, p. 549 e 550).
Nesse sentido, conforme observaremos mais detalhadamente no próximo capítulo do presente trabalho, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegure um idêntico status protetivo à privacidade, intimidade, honra e imagem e à liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, levando a uma interpretação sistemática que não dispensa a constitucionalidade da sua limitação pelo Poder Judiciário (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550 e 551).

3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Objetivando o mais justo estabelecimento da formatação do direito à liberdade de expressão no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no plano do Estado Democrático

de Direito vigente, faz-se necessário compreender, prioritariamente, a sua história constitucional, de modo que se possa dimensionar, ao fim deste capítulo, a relevância e extensão do direito à liberdade de expressão diante do binômio espaço-temporal das normas constitucionais pátrias, chegando satisfatoriamente à sua atual fisiologia jurídica, por sua vez fundada na Constituição Cidadã de 1988.

Para tanto, trata-se de dado histórico verificável a ser ressaltado nesta oportunidade que a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro submeteu-se a diversas
12

variações, decorrentes estas, por certo, do momento histórico-social pelo qual a sociedade brasileira passava quando da adoção de cada Carta Constitucional (DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Isto dito, a contemplação constitucional do direito à liberdade de expressão teve início com a Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, em que havia, através do art. 179, IV do título ?Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros.?, previsão destacada a respeito da inviolabilidade dos direitos civis de liberdade dos cidadãos brasileiros, fazendo menção expressa ao direito de comunicação de pensamento por palavras e escritos, podendo ainda serem estes últimos publicados pela imprensa, a qual teria a sua atividade garantida sem a dependência de censura (BRASIL, 1824).

Em contrapartida, o próprio dispositivo supramencionado previa a possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de pensamento nos casos e pela forma que a lei determinasse. Tal disposição restritiva, no entanto, apesar de destacar o filtro da legalidade, era cercada de certa imprecisão, tendo em vista que a existência do Poder Moderador, este previsto no Título 5°, Capítulo I da mesma Carta, trazia como direito do Imperador prover a tudo que fosse concernente a segurança interna e externa do Estado, incluindo nisto a manutenção da ordem moral da sociedade brasileira, o que, em última análise, acabava por significar a existência de um censor de alcance ilimitado gerado pelo mesmo texto constitucional (BRASIL, 1824; DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Com a derrubada do Império e a inauguração do regime republicano no Brasil no ano de 1889, fora criada, dois anos depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual manteve em quase total integralidade o texto constitucional do Império acerca da livre manifestação e publicização do pensamento, havendo, no entanto, diferenciação notória decorrente não em face da égide normativa em si, visto que praticamente espelhada na anterior, mas da retirada do Poder Moderador como potencial mecanismo de censura para além do filtro da legalidade (DOS SANTOS, 2016, p. 109 e 110).

Por outro lado, a primeira constituição republicana fora responsável por trazer em seu art. 72, parágrafo 12 a vedação ao anonimato, condição à livre manifestação do pensamento até hoje presente no texto constitucional brasileiro como forma de garantir a responsabilização do emissor de determinada palavra e/ou escrito através da sua obrigatória identificação (BRASIL, 1891).
13

Já no séc. XX, mais precisamente na década de 30, fora promulgada no ano de 1934 a

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, inspirada na Constituição de Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931 e imbuída pela Revolução de 1930 trouxe inovações à proteção da liberdade de pensamento em seu art.113, parágrafo 9, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos e, ao mesmo tempo, permitiu a censura de espetáculos e diversões públicas, como afronta clara ao potencial antagônico da classe artística (BRASIL, 1934; DOS SANTOS, 2016, p. 110).

Três anos depois, como forma de perpetuar-se no poder e inspirado na Constituição autoritária da Polônia de 1935, o então presidente Getúlio Vargas (1882-1954), promoveu um golpe de estado em 1937 e, no mesmo ano, outorgou um novo texto constitucional em que em seu art. 122, inciso 15 ? reforçado pelo Decreto-lei no 1.949 ? estavam previstas diversas modalidades e mecanismos de censura ? inclusive prévia ? ao livre pensamento, sob a premissa de garantir a paz, a ordem, bem como a moralidade e a segurança pública (BRASIL, 1937; DOS SANTOS, 2016, p. 110).

Tais previsões constitucionais, assim que vigentes, deram origem a uma série cinzenta de atos institucionais de restrição à liberdade de expressão nas mais diversas ramificações, sobretudo no âmbito da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão e, destacadamente, na própria seara política, ausente do juízo de valor popular (DOS SANTOS, 2016, p. 110 e 111).

Com a deposição de Getúlio pelos militares e a consequente superação do seu regime no ano de 1945, fora promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, um ano depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, reavendo, em seu art. 141, conquistas da Carta Constitucional de 1934, além de trazer destaques quanto a liberdade da convicção religiosa, filosófica e política. Entretanto, no mesmo texto, apesar de expressa consideração das artes como livres no art. 173, a Constituição de 1946, no parágrafo 5° do art.143 destacava que os espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados, dando continuidade às afrontas moralistas ao pensamento artístico oriundas do texto constitucional de 1934 (BRASIL, 1946; DOS SANTOS, 2016, p. 111).

Quase duas décadas depois, com a instalação do Regime Militar no Brasil no ano de 1964, a Constituição de 1946 fora suprimida, dando lugar a um cenário de ausência de proteção constitucional dos direitos fundamentais, marcado este pela publicação dos Atos Institucionais I e II que suprimiram a representatividade política do país (DOS SANTOS, 2016, p. 112).

14

O novo status quo institucional ora instalado se consolidou na Constituição da República Federativa de 1967 que praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação e publicização do pensamento independentemente de censura. No entanto, diferentemente da Constituição de 1946, o texto constitucional em voga naquele período trouxe, no parágrafo 8° do art. 150, a possibilidade de intolerância jurisdicional diante de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967; DOS SANTOS, 2016, p. 112).

Nesse deslinde, foram publicados consecutivos atos institucionais até o Ato Institucional nº 5 ? AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do Poder Executivo e tratando qualquer manifestação contrária ao Regime como crime político e contra a segurança nacional, o qual, segundo o próprio ato, estava

excluído de qualquer apreciação judicial, devendo ser tratado como uma questão militar (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
Ato contínuo, no ano de 1969, a Emenda Constitucional n° 1 foi decretada pela Junta Militar vigente, modificando quase que integralmente a Constituição de 1967, de modo a dar caráter de legalidade constitucional aos atos institucionais. Sobre a Emenda referida, esclarece José Afonso da Silva (2006, p.86):
Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Assim, sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que a liberdade de expressão, com considerações ao Regime Getulista, sofreu suas maiores represálias constitucionais na história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
No entanto, o contínuo desgaste do Regime Militar nos campos internacional, econômico e político acabou por culminar no processo de redemocratização do Brasil a partir do ano de 1985, processo este consolidado pela Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente no país, trazendo a maior proteção aos direitos fundamentais e democráticos da história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 113).
No que tange ao direito ao direito à liberdade expressão, a Carta Constitucional, ao se definir como signatária efetiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representou uma verdadeira antítese ao regime antecessor, reconhecendo, como cláusulas pétreas, o direito de qualquer cidadão de, indistintamente, formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores
15

e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação (DOS SANTOS, 2016, p. 114).
Para bem ilustrar a renovação constitucional supramencionada, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 65):
A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Nesse deslinde, a liberdade de expressão passou a figurar no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando no art. 5°, IV e IX o caráter de inviolabilidade do direito ao livre pensamento com vedação ao anonimato e, ademais, fazendo-se destaque ao livre exercício das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).
Em disposição consoante, o art. 220 da Constituição Cidadã reforçou o disposto nos dispositivos supramencionados, destacando ainda a vedação ao embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988).

Nesses termos, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente a liberdade de expressão e comunicação como elementos constitutivos do próprio regime institucional vigente, pondo fim à censura anteriormente existente, marcada esta pela relativização normativa do livre pensamento (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

Em contrapartida, ao prever, em seu art. 5º, X a igual proteção aos direitos da personalidade ? quais sejam intimidade, vida privada, honra e imagem ? bem como promover a vedação ao seu usufruto abusivo, a Constituição de 1988 foi responsável por trazer a mais nova fisiologia do direito à liberdade de expressão, balizado pelo binômio ?liberdade x responsabilidade? e, sobretudo, pelo fenômeno da colisão dos direitos fundamentais na operacionalização (infra)constitucional destes, tema a ser analisado no tópico a seguir (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES

De acordo com o notório jurista alemão Robert Alexy, a problemática da colisão dos direitos fundamentais decorre do próprio intento do estudo dos direitos fundamentais em revelar

16

as estruturas dogmáticas, bem como o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 1999, p. 68).

Em linhas mais específicas, ao substanciar o ideal do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se desdobram simplesmente de dispositivos racionalizados pela ordem jurídica nacional, recepcionando, em verdade, a validez universal dos chamados direitos substanciais que, por seu turno, vinculam certas exigências transnacionais ao texto constitucional de cada país que vão da hierarquização das suas cargas valorativas, até a definição dos seus conteúdos axiológicos (ALEXY, 1999, p. 67).

E é nesse deslinde que surge a necessidade de catalogação dos direitos fundamentais e, consequentemente, da revelação da sua capacidade colidente por via de interpretação constitucional, podendo ser esta capacidade ampla, quando os direitos colidentes têm vocação coletiva, ou estrita, quando o conflito normativo decorre de direitos fundamentais individuais propriamente ditos (ALEXY, 1999, p. 68 e 68).

No caso presentemente estudado, qual seja o direito à liberdade de expressão, a sua capacidade colidente desenvolve caráter evidentemente estrito, isto porque a sua carga valorativa, bem como o seu conteúdo axiológico não podem ocorrer indefinidamente no plano da realidade sem que o seu exercício normativo tenha consequências negativas sobre direito fundamental diverso, sobretudo os direitos da personalidade.

Por esse motivo, a técnica interpretativa da Constituição Federal de 1988 no que tange a colisão dos direitos fundamentais, marcada destacadamente pela Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), não apenas trouxe os direitos da personalidade como colidentes ao exercício da liberdade de expressão, como também definiu a possibilidade do seu usufruto abusivo que, dentre outros prejuízos possíveis, pode ferir diretamente a ordem pública constitucional (DUQUE, 2018, p. 963).

Para bem ilustrar a mecânica destas limitações ver-se-á especificamente a sua operacionalidade (infra)constitucional nos tópicos a este subsequentes, destacando, sobremodo,

a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, bem como à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas ao seu alcance normativo.

3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A Teoria dos Limites dos Limites preconiza que, através do princípio da proporcionalidade, deve-se estabelecer a definição de peso para cada um dos direitos
17

fundamentais em colisão e, assim, estabelecer de qual modo essa definição deve se dar de maneira proporcional para que se possa encontrar, finalmente, o equilíbrio correto entre os direitos fundamentais (DUQUE, 2018, p. 954 e 955).

Em outras palavras, é fundamental à técnica interpretativa constitucional analisar, mediante limitação abstrata, se o benefício alcançado com o sacrifício da aplicação de um direito fundamental não causa um prejuízo desnecessário.

No caso da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão à proteção da personalidade, segundo Alexy (1999, p. 70), a definição elementar da limitação a ela necessária perpassa indiscutivelmente pela irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total, bem como pela onipresença da ponderação entre ambos os direitos colidentes.

Essa interface interpretativa, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao direito à liberdade de expressão uma posição preferencial relativa de exercício em relação aos demais direitos fundamentais em vista da sua teleologia democrática indispensável.

Ao mesmo tempo, ocorre na sistemática constitucional, a possibilidade concreta e material dada ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo da dignidade da pessoa humana, de limitar a irradiação do livre pensamento, sob a prerrogativa de que os desdobramentos do senso intelectivo não podem preponderar indefinidamente sobre o indivíduo que intelectualiza sobre si mesmo.

Nessa égide, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos extrapatrimoniais previstos em seu art. 186 faz uma operacionalização infraconstitucional da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo em vista que o dano moral, ao representar o ferimento a uma camada imaterial do titular do direito, abarca a possibilidade do uso indevido da liberdade de expressão através de palavras ou escritos que, por seu turno, exigem a consecutiva reparação nos termos do art. 927 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

O Código Penal, por sua vez, em seu Capítulo V, traz previsão de detenção e multa a quem infringir a honra de outrem. No entanto, na esfera penal, há previsão de aumento de pena baseada na pessoa da sua vítima ? como, por exemplo, o Presidente da República ou Ministro do Supremo Tribunal Federal ? e se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, como as próprias redes sociais (BRASIL, 1940).

Seguindo a mesma toada discriminatória da tutela dos direitos da personalidade, os Estatutos da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010) e da Pessoa com Deficiência (Lei n° 3.146/2015) regulam infraconstitucionalmente a liberdade de expressão, fazendo definição
18

expressa à discriminação e preconceito contra os respectivos grupos. Ademais, a Lei dos Crimes Raciais (Lei n° 7.716/1989), recentemente alterada pela Lei n° 14.532/2023, criminaliza a ofensa em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, prevendo aumento de pena ainda quando o crime ocorrer em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação ou quando praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, trazendo limitações práticas ao conteúdo humorístico de cunho racial, mas também ao racismo institucional presentes nos órgãos públicos.
Por fim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual se verá mais detalhadamente no decorrer deste estudo, atualizou a colisão entre a tutela dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão para o campo tecnológico-informacional, trazendo, no seu art. 7º, I e, em consonância ao Código Civil, a inviolabilidade do direito reparatório decorrente de conteúdos gerados por usuários e trazendo como novidade normativa, por outro lado, a neutralidade das redes em si, bem como a isenção dos seus responsáveis por estes mesmos conteúdos (BRASIL, 2014).

3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão
Apesar do abuso do direito à liberdade de expressão obter relação indissociável com a tutela dos direitos da personalidade, para os fins do presente estudo, faz-se necessário destacá-lo brevemente com vistas a dissertar acerca da sua amplitude semântica, sobretudo no contexto das redes sociais e das famigeradas Fake News delas oriundas.
De acordo com o art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A liberdade de expressão, portanto, nesse cerco normativo, deve ser exercida, inclusive por inferência lógica da Teoria dos Limites dos Limites, mediante comedimento e razoabilidade em razão de diversos outros direitos caros ao texto constitucional e, inequivocamente, ao próprio Estado Democrático de Direito.
Observe-se então que a possibilidade do abuso do direito à liberdade de expressão, diferentemente da tutela dos direitos da personalidade, possui um núcleo normativo de maior amplitude e com menor definição de alcance, caso em que poderá ser ramificada a sanção ao livre pensamento à tutela de outros direitos constitucionais que não necessariamente o livre desenvolvimento da personalidade.
Aliás, caso o abuso do direito à liberdade de expressão decorresse tão somente do ferimento dos direitos da personalidade, o direito de resposta, referendado pelo inciso V do art. 19

5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, serviria, em conjunção com a possibilidade indenizatória, como remédio respectivo para a satisfação do ofendido, bem como para a responsabilização civil e penal do ofensor, inclusive no contexto dos meios de comunicação.
No entanto, em verdade, o abuso do direito à liberdade de expressão tem ecoado, sobretudo na era das redes sociais, na insurgência do controle jurisdicional de determinados conteúdos que, apesar de não ofenderem determinado titular de direito concreto e material, obtém uma pretensa finalidade de minar certos valores constitucionais, como o Poder Judiciário e os seus consectários, por exemplo (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 539 e 540).

Sob este novo plano de fundo, as famigeradas Fake News têm recebido destaque por se desdobrarem na criação de conteúdos, pretensamente imparciais ou não, que, na interpretação jurisdicional, representam o desvio sistemático da verdade ou contradizem os fatos integralmente, sob a finalidade de destituir a validade de determinado instituto caro ao regime democrático (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 540).
Outrossim, essa realidade emergente se agrava ainda mais, levando em consideração o potencial difusor das redes sociais, bem como a relativização do perfilamento real do ofensor que, apesar de precisar identificar-se na sua atividade virtual em face da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF/88), pode criar intermináveis perfis que não necessariamente representem o perfil real do usuário, tendo proteção, inclusive, do direito à privacidade, tutelado pela Constituição em seu art. 5º, X e preferido infraconstitucionalmente em razão do Marco Civil da Internet (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 545 e 546).
Nesse deslinde, tem-se observado o surgimento de uma inaugural atuação do Poder Judiciário no que concerne ao alcance do abuso do direito à liberdade de expressão, arrastando o seu núcleo de limitação valorativa para as redes sociais, com vistas a discernir, de forma sancionatória, o livre pensamento das famigeradas Fake News e suas variações, o que torna imprescindível, para os fins do presente trabalho, dissertar a seguir acerca da (im)possibilidade material deste atualíssimo fenômeno jurisdicional, ressaltando, sobremodo, a necessidade de preservação do núcleo da liberdade de expressão, direito fundamental relativamente preferencial aos demais na Carta Magna Brasileira.

4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA
20

A análise ora pretendida da prefiguração do direito à liberdade de expressão no paradigma das Fake News perpassa, imperiosamente, pelo esforço antecedente não apenas de buscar a definição conceitual do multicitado fenômeno, como também se desemboca na conseguinte e, ainda mais importante para os fins do presente estudo, perseguição à sua vocação jurídica, de modo que se possa esquadrinhar finalmente a (im)possibilidade material do combate jurisdicional às Fake News em face da sua respectiva estabilidade enquanto fato novo passível de regulamentação.
Nessa esteira, conforme Allcott e Gentzkow (2017, p. 211 a 214), apesar de, grosso modo, Fake News popularmente significar, do inglês, ?notícia falsa?, o referido termo, no seu âmbito prático, abarca todas as informações veiculadas e aptas a serem disseminadas instantaneamente em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar o destinatário da mensagem inverídica e provocando, como finalidade precípua, um efeito pretendido sob determinado fragmento da sociedade.
Dessa forma, da pluralidade de manifestações cabíveis às Fake News, podem surgir erros intencionais, rumores sem origem em notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa e ainda propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141 a 147; ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214).

Nessa perspectiva, as Fake News podem ainda se subdividir em três modalidades gerais quanto à sua forma e pretensão, sendo elas: a) dis-information, que ocorre quando a informação falsa e veiculada com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; b) mis-information, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; c) mal-information que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada ?pessoa, organização ou país? (WARDLE, 2017, p. 20).

Todas estas modalidades, à sua maneira, obtém a capacidade de gerar a denominada desordem informacional (information disorder) que subsiste na conexão atentatória entre os fatos (falsos ou não) e a narrativa imbricada sobre eles sob determinada finalidade extrínseca, esta geralmente danosa a algo ou alguém (LAZER; BAUM; BENKLER, 2018, p. 1094).

Desta análise conceitual já pode-se deduzir que o fenômeno das Fake News tem a capacidade material de, no seu enquadramento jurídico, desembocar casuisticamente na tutela

21

jurídica dos direitos da personalidade, visto que, dentre as suas finalidades identificáveis, o prejuízo reputacional à indivíduos e coletividades de pessoas é incontroverso. Por outro lado, há de se observar também que, ao se desenvolver sob pretenso contexto, as Fake News funcionam também como possíveis agentes de sectarismo, instabilidade político-social e proselitismo ideológico, caso em que o seu efeito danoso pode direcionar-se às vítimas imateriais, as quais a integridade só se pode verificar no âmbito das ideias e valores.

Nessa senda, a vocação jurídica das Fake News obtém concretude ante a sua seara de afetação ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, no que tange aos seus efeitos sobre as vítimas imateriais acima descritas, como a própria ideia jurisdicional da democracia plena, a vocação jurídica das Fake News perpassa substancialmente pela verificação da (im)possibilidade da tutela judicante de identificar a verdade factual no âmbito do debate público, sobretudo em contextos sensíveis.

Ao mesmo tempo, a vocação jurídica do multicitado fenômeno perpassa por uma limitação conceitual que não alargue indiscriminadamente o alcance dos termos linguísticos (enunciados semânticos) que o caracterizam em sua elasticidade e instabilidade, para que, ao fim e ao cabo, a sua regulação pela esfera jurídica, ante ausência, sobretudo, de regulamentação legislativa específica, não implique na maior restrição às liberdades de expressão e de informação, o que poderá desencadear na definição arbitrária dos rumos do debate público brasileiro pelo Poder Judiciário.(SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018

Como visto anteriormente, sendo notória a ausência de lei que regule o fenômeno das Fake News no seio das suas especificidades, o Poder Judiciário brasileiro tem deslocado profuso esforço para conter os pretensos danos decorrentes da sua ressonância, destacando-se, nessa esteira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a sua verticalidade cognitiva e, sobretudo, a sua prerrogativa constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em especial a própria

liberdade de expressão, visto que diretamente afeta ao tema insistentemente deslindado pela Corte.
O referido esforço da tutela jurisdicional, nesse cerne, não apenas revela a necessidade de que se analise exemplificativamente a operacionalidade judicial do controle concreto do multicitado fenômeno em face da sua instabilidade semântica, como também torna imperioso 22

que seja reflexo à questão a nova carga valorativa da liberdade de expressão no texto constitucional como subproduto das cognições do Supremo acerca das Fake News, bem como o impacto desta reconstituição ao Estado Democrático de Direito como um todo.
Para tanto, importa contrastar, a existência de uma posição preteritamente consolidada pelo Supremo, anterior às eleições de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão possui posição preferencial relativa na arquitetura constitucional e que, mais, a sua restrição depende de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo. Isto feito, se observará seguidamente a existência de uma transmutação valorativa do livre pensamento na cognição judiciária, por sua vez marcada por fenômenos concorrentes e decorrentes das eleições de 2018, em que o proselitismo ideológico e as Fake News fundiram-se como modus operandi único de populismo digital.
Assim esclarecido, como exemplo inicial da primeira via de análise supracitada, pode-se utilizar a própria ADPF n° 130, já sucintamente destacada neste estudo, em que a Suprema Corte pátria decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988.
Na fundamentação da decisão, o STF sinonimizou a liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que, segundo a Corte, é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548).
Ademais, no que tange a consagração dos art. 5°, IV e IX e art. 220 da Constituição, argumentou categoricamente o Supremo na ADPF n° 130 que não há liberdade de imprensa pela metade ou praticada em face das tenazes da censura prévia, sob pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Nesse cerne, silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como esta, na visão do STF, recusar a qualificação do referido território virtual como ambiente livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação, este, por sua vez, um notório ?sobredireito? na égide constitucional. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548 e 549).
Já no âmbito da ADPF n° 187, o Supremo, ao referendar a constitucionalidade da denominada ?marcha da maconha?, vedando a sua criminalização enquanto suposta apologia ao crime, afirmou que tratativas de limitação ao direito de livre expressão e reunião devem passar, necessariamente, pelo crivo da sua constitucionalidade, levando em consideração, sobretudo, que o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à liberdade de expressão (liberdade-fim), desde que pacíficas e ordeiras, tratam-se de pré-condições necessárias à ativa participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões no âmbito do aparelho 23

do Estado, devendo ser soberano o zelo constitucional em proteger a promoção de atos de proselitismo pela sociedade civil, inclusive em oponibilidade ao exercício do Poder Público e

os seus respectivos agentes (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 549 e 550).
Pondo fim a esta apreciação jurisprudencial precedente, merece destaque a decisão paradigmática do STF para o tema em epígrafe no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451 (ADI n° 4451) em que foi declarada inconstitucional, antes das eleições de 2018, lei eleitoral (Lei n° 9.504/1997) que buscava a vedação de sátiras e críticas a candidatos feitas por emissoras de rádio e televisão (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 559 a 561).
Para tanto, importa ressaltar que, em consonância ao que já fora teoricamente deslindado até o momento a respeito do ambiente apropriado para a proliferação das famigeradas Fake News, tratam-se as eleições ali regulamentadas de notório contexto sensível.
Isto dito, a Suprema Corte, em sua marcante cognição, considerou errônea a opção do legislador em colocar a lisura do pleito eleitoral como hierarquicamente superior às liberdades de expressão, incluindo a liberdade artística, de modo a atingir inclusive o núcleo essencial das referidas liberdades, desrespeitando a sua posição preferencial no texto constitucional, que subsiste por motivos histórico-civilizacionais, sendo, ademais, fundamental para o exercício de outras liberdades e, sobretudo, para o pleno exercício da democracia.
No âmbito deste entendimento da Corte, merece ainda destaque o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes que consignou voto no sentido de que não há permissão a ser deduzida do texto constitucional com o fulcro de limitar preventivamente o conteúdo do debate público por conta de conjecturas em torno de eventuais efeitos que a divulgação de determinados conteúdos possa vir a ter na esfera pública (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Ademais, delimitando a possibilidade material de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão, afirmou o Ministro que a liberdade de crítica deve ser plena e irrestrita, não havendo razão para que as práticas dela decorrentes sejam interrompidas no período eleitoral, até mesmo pelo fato de que eventuais abusos serão sempre passíveis de eventual responsabilização cível ou mesmo criminal por terem cunho injurioso, difamatório ou mesmo configurarem calúnia. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Em sentido confluente, entendeu o então Ministro e decano da Corte Celso de Mello: ?nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento? (BRASIL, 2018, p. 18).
24

Ao tratar especificamente das Fake News, o Ministro Luís Fux fundamentou, por seu turno, que a questão adquiriu um espaço maior, para quem a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, de modo a frisar a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão, que abarca a veiculação de opiniões e crítica e o falseamento doloso da verdade que causa danos graves e irreversíveis às suas vítimas. Para tanto, o Ministro, em sua cognição, não se desincumbiu de definir as especificidades do falseamento da verdade nos parâmetros das Fake News e nem mesmo adentrou no terreno valorativo do que seria a verdade no âmbito do debate político (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 564 apud BRASIL, 2018, p. 63 a 73).
Dessa forma, na multicitada decisão paradigmática, fora estabelecida pela Corte, assim como em outras oportunidades, a cognição de que há uma relação de retroalimentação entre a

liberdade de expressão e a democracia, da qual a intervenção judicial só pode ser benigna se for absolutamente subsidiária e fulcrada nos limites impostos pela própria Constituição.
Por outro lado, o STF, apesar de deslindar passageiramente acerca da hipótese de incidência das Fake News como abuso de direito à liberdade de expressão, sobretudo no processo eleitoral, não fora capaz, nesta decisão, de definir as suas lacunas de regulação, deixando ainda em aberto o seu alcance semântico, o que torna imperiosa, para os fins do presente trabalho, a análise de decisões atualíssimas da própria Corte arrastadas pela eclosão definitiva do fenômeno das Fake News após as eleições de 2018, marco temporal que fez com que a iniciativa de controle do Poder Judiciário se tornasse indispensável, mesmo que inequivocamente problemática.
Inicialmente, merece destaque a decisão do Supremo no bojo do Recurso Extraordinário n° 1075412 com definição de tese de repercussão geral, Tema n° 995. Nela, a Corte definiu parâmetros para a responsabilização de veículos midiáticos sobre falas dos seus entrevistados que atribuam falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sendo elas: I) se à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; II) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
Na decisão, o fundamento da tese fixada fora que, apesar da vedação constitucional à censura prévia, é admissível ao Poder Judiciário a possibilidade posterior de análise e responsabilização das empresas jornalísticas, inclusive mediante remoção de conteúdos por informações atentatórias aos direitos da personalidade, visto que salvaguardam um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas e externas (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
25

A decisão, nesse diapasão, merece destaque ao contrariar os atos investigativo e especulativo próprios do jornalismo, sobretudo pelo fato de que um jornalista não tem como saber o que será dito pelo entrevistado, sendo este, aliás, a razão da entrevista. Como exemplo, a entrevista dada por Roberto Jefferson no ano de 2005 que, posteriormente, gerou o famigerado caso do Mensalão, caso fosse dada na égide desta decisão do STF, teria sido tolhida e punida, ante ausência de comprovação, até aquele momento, das afirmações do então deputado federal.
Por outro lado, merecem atenção as consequências do Tema n° 995, no que se diz respeito a possiblidade iminente de que as mídias sociais e, especialmente os veículos de comunicação, passem a realizar autocensura sob temor de responsabilização posterior da tutela jurisdicional, tornando impossível à plena atividade jornalística, o que, inclusive, fere a cognição do próprio Supremo no bojo da ADPF n° 130, além do próprio Marco Civil da Internet. Tal cenário, aliás, fora perfeitamente apontado pelo então Ministro e Relator do caso, Marco Aurélio Mello que, vencido, afirmou o seguinte:
Parafraseando Voltaire, pode-se discordar do que é divulgado, mas não se pode limitar o direito de divulgar. Responsabilizar a imprensa não é a forma ideal de combate à divulgação de entrevista, ainda que inadequado o que dito pelo entrevistado. O Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho à censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer a análise, formando as próprias conclusões. Somente é possível chegar-se a uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas em discussões geradas a partir das

diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, 2020, p. 2).

Portanto, já no âmbito do Tema n° 995 se observa a tentativa do Supremo Tribunal Federal de coibir a disseminação das fake News, incorrendo para isso, no entanto, no comprometimento da liberdade de imprensa e informação que, enquanto consectários da liberdade de expressão, deveriam obter preferência na arquitetura constitucional brasileira.
Mais, a tentativa de coibição do STF revela a própria instabilidade semântica das Fake News, visto que, do ponto de vista jurisdicional, em que a sobrevivência do debate público é prioritária, não há como o Poder Judiciário consolidar para si a verdade real sem sentença transitada em julgado, tendo que se valer da subjetividade de cada juiz ou ainda editor que, temendo represálias posteriores, evitará a publicação de determinada entrevista.
Dando seguimento à presente análise, merece igual apontamento a decisão, desta vez do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no âmbito da Representação Eleitoral n° 0601372-57 do ano de 2022. Naquela oportunidade, sob a premissa de causar ?desordem informacional?, o Tribunal Eleitoral decidiu pela liminar remoção de um vídeo de 2017 do canal de entretenimento denominado como ?Brasil Paralelo? em que eram apontados os escândalos políticos ocorrentes
26

durante o Governo Lula (2003-2010), sem citar necessariamente a participação e/ou anuência do até então presidenciável nestes mesmos esquemas.
O Ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, ao trazer a referida premissa à égide do julgamento enquanto fundamento principal do seu voto, destacou que, apesar dos fatos narrados no vídeo removido serem verdadeiros, haveria neles uma ambiguidade dolosa que poderia levar os eleitores, naquele contexto sensível de eleições, a uma conclusão falsa do todo narrado, isto é a possível associação do à época presidenciável Luís Inácio Lula da Silva à esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro ocorridos durante as suas administrações pretéritas (BRASIL, 2022, n.p).
Em outras palavras, de acordo com a cognição do Ministro, a qual fora acompanhada majoritariamente pelos seus pares, o vídeo do Brasil Paralelo, mesmo que verossímil à realidade no que tange à observação dos fatos, estaria imbuído de desordem informacional, tendo, assim, a potencialidade, naquele cenário contingente, de prejudicar a autodeterminação coletiva do eleitorado comum que, por sua vez, não teria a capacidade de discernir os fatos reais da narrativa descontextualizada presente no vídeo (BRASIL, 2022, n.p).
Acerca desta decisão do TSE se observa, prima facie, a adoção da modalidade de desinformação ?mal-information? já apresentada neste estudo, em que a premissa informacional é verdadeira, mas a sua motivação extrínseca atenta danosamente os direitos da personalidade do seu alvo, gerando desordem informacional sobre este. Nessa esteira, merece ressalva o fato de que estaria o TSE desviando-se dos limites impostos pela Constituição ao livre pensamento mediante conceito que ao menos reflete às bases gerais da ciência jurídica, fazendo parte, em verdade, de um ramo do estudo sociológico ainda inconclusivo ante a própria intercorrência temporal do fenômeno das Fake News (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 540 e 541).
Nesse âmbito, se reluz a imprescindibilidade do princípio constitucional da legalidade previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna Brasileira, ao evocar, em homenagem

à previsibilidade e à estabilidade das normas e decisões judiciais, a inexistência de crime sem lei anterior que a defina, nem de pena respectiva sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).
Por outro lado, apesar do abarcamento teórico que envolve a desordem informacional esclarecer as maledicências da ambiguidade dolosa atrelada ao aspecto narrativo da informação, não insurge da mesma teoria a ideia de que o controle ou ainda a presunção de adequação do senso intelectivo da sociedade civil pelo Poder Judiciário seja o remédio proporcional ao fenômeno.
27

Desta forma, deve restar preferível, partindo de um cenário ideal de menor intervenção possível da tutela jurisdicional no que tange ao debate público, que a vontade livre dos cidadãos, sobretudo em período eleitoral, se perfaça do seu mais desentranhado autoconvencimento, o que, na égide da internet, apresenta possibilidade concreta se observado a profusão de informações de diferentes fontes e vieses dispostas imediatamente aos seus usuários, não sendo razoável, para tanto, a restritividade externa desse movimento, sob pena de que surtam os efeitos contrários à pretensão judicial.
Findando a presente análise, portanto, imperioso conferir a existência de notável atipicidade valorativa que vem sendo prestada pelo Judiciário, em especial a sua Maior Corte Judicante, ao direito fundamental à liberdade de expressão, ao alargar a seara de limitação do seu exercício, o que significa, por inferência lógica, a predominância de elementos restritivos estranhos ? e ausentes de definição semântica ? ao livre pensamento e sua respectiva circulação, para além daqueles taxativamente definidos na Carga Magna pátria, os quais, como já visto, fornecem preferência relativa e concreta ao livre pensamento em nossa arquitetura constitucional.
Outrossim, por serem as Fake News um fenômeno de incidência internacional, faz-se ilustrativo tecer ainda, com vistas a estabelecer contrastes mais aprofundados acerca da atipicidade acima apontada, breves comparativos entre o enfrentamento ao multicitado fenômeno na jurisprudência brasileira e na americana que, especificamente, possui semelhante circunstância de eclosão em face das eleições de 2016 que elegeram o presidente Donald J. Trump.

4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado
De acordo com o doutrinador brasileiro Paulo Dourado de Gusmão, o direito comparado, enquanto método de espelhamento de legislações e jurisprudências de países diferentes, pode, quando atrelado ao ramo da sociologia jurídica, demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos, realizando, em última instância, a indicação dos fatores sociais das transformações jurídicas e a respectiva resultante destas mesmas transformações no âmbito da sociedade civil de cada país, sem que, para isso, recaia no equívoco da universalização dos sistema jurídicos (GUSMÃO, 1973, p. 18 e 19).
E é nesse âmbito que se concentra a finalidade deste tópico, no passo em que serão trazidos, como efeito comparativo, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos que
28

demonstrem o seu comportamento jurisdicional diante do corrente fenômeno das Fake News, destacando ainda o grau de relativização valorativa do direito à liberdade de expressão pelo judiciário estadunidense frente do fenômeno mencionado e respeitando, sobretudo, as suas particularidades constitucionais.
Antes, importa destacar, para fins de contextualização, que a partir das eleições do ano de 2016 que consagrou o candidato outsider Donald J. Trump como o 45.º presidente dos Estados Unidos, eclodiu na política americana a existência das Fake News como potencial modus operandi de vantagem político-social, sobretudo para descredibilização de instituições tradicionais, como a grande mídia, com fins à corroboração de proselitismos ideológicos, assim como para a inflamação da polarização no ambiente político estadunidense, este já essencialmente bipartidarista e, portanto, suscetível a circunstâncias sectaristas. Acerca deste fenômeno, denominaram ainda Bernadini e Vieira Costa (2020, p. 388 e 389) como o momento de fundação da era da pós-verdade, senão vejamos:
O Dicionário Oxford definiu o termo pós-verdade como a palavra do ano de 2016, pós-eleições de Trump nos Estados Unidos, o que reacendeu os estudos do impacto das fake news na democracia eleitoral. Assim, caracterizou a pós-verdade como ?relativa a circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais?. O fenômeno da pós-verdade e das fake news está intrinsecamente ligado a uma refutação da ciência e uma aceitação de discursos inflamados por preconceitos, intolerâncias e táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da sociedade civil e da opinião pública, lançando mão de manobras populistas e extremistas.

Para tanto, o comportamento da tutela jurisdicional americana frente ao discorrido fenômeno, apesar de declarada preocupação, caminhou para uma proteção mais categórica da liberdade de expressão, demonstrando, em última análise, a efetividade do seu sistema de precedentes que insistentemente sobrepõe as diretrizes da Primeira Emenda em face da tentativa, por qualquer autoridade constituída, de restrição de determinados conteúdos.
Em linhas mais específicas, na jurisprudência americana, consagrada pela verticalidade cognitiva da sua Suprema Corte no caso ?Brandenburg v. Ohio?, para que haja a restrição do direito à liberdade de expressão é necessário que o elemento central da fala ou escrito a ser censurado se desemboque no denominado ?Imminent Lawless action? que, por sua vez, significa a presença de uma clara incitação à violência (Fighting words) ou iminente ação ilegal, independente do conteúdo em si das palavras proferidas, as quais não deve a tutela jurisdicional impor qualquer juízo de valor (ROSA, 2021, p. 26 a 28). Para bem corroborar o referido, vejamos trecho da cognição proferida pela Suprema Corte americana no caso ?Brandenburg v. Ohio?:
29

The Court's Per Curiam opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not

that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution 3

Tal cognição, portanto, visa privilegiar a perspectiva de que os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com o próprio fomento do livre pensamento, uma vez que, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade ? e não ao Estado ? fazer juízo de valor sobre quais ideias irão granjear a sua simpatia (ROSA, 2021, p. 28).
Em vista disso, no ano de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso ?United States vs. Stevens? (2010)4, em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que editava vídeos em redes sociais de combates entre cães da raça pitbull, foi condenado por uma lei do Estado da Pensilvânia por ?vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial?.
Valendo-se da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade, a Corte Americana declarou, naquela ocasião, a incompatibilidade da lei estadual em face da Primeira Emenda por exigir a legislação que determinada categoria do discurso devesse passar por uma análise de seu valor axiológico em face dos custos sociais que potencialmente imporia à sociedade.
Atendendo a uma perspectiva antinômica da liberdade de expressão, no entanto, argumentou a Corte que os benefícios das restrições ao Governo pelo livre pensamento superam os seus potenciais prejuízos à sociedade (ROSA, 2021, p. 33 e 34).
Adentrando finalmente no contexto deslindado na introdução deste tópico, cabe destaque a recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso ?Gonzalez v Google? 5no ano de 2023 em que a parte autora requeria a responsabilização da empresa Google pela não restrição de conteúdos em sua plataforma ligados ao Estado Islâmico, sendo esta inação supostamente influenciadora da morte de Nohemi Gonzalez, uma cidadã americana, pelo grupo terrorista, no ano de 2015 (ROSA, 2021, p. 36).

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Brandenburg v. Ohio?. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 31 de maio de 2024.
4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)?. A íntegra do caso está
disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>. Acesso em 31 de maio de 2024.
5 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Gonzalez v Google?. Disponível em <www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2024.
30

Na oportunidade, apesar de compreender a especificidade danosa do caso nos termos da Fighting words, decidiu a Suprema Corte pela não responsabilização da Google, tendo em vista que cognição em contrário originaria um efeito cascata de ações judiciais cujo objeto seria terceirização da responsabilidade dos usuários para o meios comunicativos dos quais eles utilizam ? incluindo nestes as próprias redes sociais ? independentemente de aferição do nexo de incentivo à violência por parte das empresas (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).

Nessa senda, decidiu a Suprema Corte pela apreciação da Seção 230 da Lei de Decência nas Comunicações (Communications Decency Act) que garante, desde 1996, que provedores de serviços de internet desfrutem de imunidade legal pelo conteúdo proferido pelos seus usuários, impedindo, sobretudo, mecanismos de autocensura feitas por estas empresas como forma de evitar potenciais prejuízos judiciais (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
No caso deslindado, já se observa, uma diferença entre a cognição dos supremos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos, visto que o primeiro optou, no bojo do Tema n° 995, pela atribuição de verificação da verdade e da danosidade de falas de entrevistados aos veículos de comunicação que realizassem as entrevistas, terceirizando indiretamente a tutela de censura de conteúdos a empresas privadas e, mais, proferindo juízo de valor sobre o que pode ou não ser veiculado em face dos direitos da personalidade.
A Suprema Corte Americana, por sua vez, homenageando a Primeira Emenda da sua Constituição em detrimento do seu próprio poder jurisdicional, ressaltou a obrigação das plataformas digitais de remover propaganda terrorista, não opinando, no entanto, pela sua consecutiva responsabilização em face da casual disseminação de conteúdos desta natureza, para que se evite, em última análise, um ambiente de promoção de ideias cerceado por iminentes instrumentos impostos de autocensura.
Por fim deste exame comparativo, entretanto, merece destaque a cognição da Corte Suprema Americana no bojo do caso ?NetChoice v. Paxton? 6cujo objeto fora, em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da House Bill 20, Lei do Texas que tinha como finalidade a proibição de que empresas de mídia social com 50 milhões ou mais de usuários pudessem restringir postagens com base em pontos de vista acerca de veracidade ou viés, exigindo ainda que as plataformas divulgassem publicamente informações sobre como e quando moderam o conteúdo e criassem processos para que os usuários pudessem contestar decisões editoriais específicas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
31

No fundamento da sua decisão, a Corte curiosamente pugnou pela preservação de mais de 70 anos de jurisprudências em torno da operacionalidade da Primeira Emenda, isto porque a referida, na medida em que protege a liberdade de expressão e a livre associação enquanto direitos fundamentais, tutela também o livre exercício de julgamento editorial, sobretudo se levado em consideração a tendência constitucional americana de prestar autonomia às relações contratuais na égide das propriedades privadas, tais como as próprias empresas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).
Ademais, segundo o Tribunal, no passo em que a Primeira Emenda restringe o direito de interferência do Estado ao livre exercício do pensamento, nisto também se inclui o direito dos entes federados de promover a ampliação do discurso a um certo fragmento de usuários em face do viés do seu discurso ou de suposta desvantagem nos ambientes das mídias sociais que, supostamente, tenham uma posição dominante contrária (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 12 e 13).
Dessa forma, apesar do Estado do Texas afirmar que os requisitos de restrição servem

ao interesse de garantir que o público tenha acesso a diversos fontes de informação, não há, segundo a Corte, direito válido de modular o viés editorial das plataformas por interesses no próprio conteúdo veiculado, sob pena de não refletir o escrutínio da Primeira Emenda que exige a neutralidade do Estado nesta questão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 13 e 14).
A jurisprudência do TSE, por sua vez, no bojo Representação Eleitoral n° 0601372-57, com vistas a sanar potencial desordem informacional, retirou a autoridade editorial da plataforma Brasil Paralelo sobre conteúdo verdadeiro, arrastando para si o dever de definir quais informações e quais vieses narrativos comprometem ou não a capacidade de autoconvencimento da sociedade civil. Nesse cerne, ao contrário da Suprema Corte Americana, o Tribunal Eleitoral Brasileiro opta pela deslegitimação da soberania editorial dos provedores das redes sociais, agindo como filtro de veracidade e propensão narrativa.
Em face do todo aqui exposto, observa-se, portanto, como produto do presente juízo comparado, evidentes diferenças entre as preocupações e o modus operandi para a coibição das Fake News na jurisprudência americana e brasileira, visto que enquanto a primeira vem privilegiando a estabilidade do direito à liberdade de expressão numa conduta de não-intervenção, a segunda apresenta uma preocupação sistemática a respeito do referido fenômeno, de modo a buscar o seu enquadramento semântico como forma de reconstituir a valoração da liberdade de expressão na sua arquitetura constitucional, caminho este que merece reflexões jurídicas indispensáveis, como se verá a seguir.
32

4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL

Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, em seu ensaio ?A Verdade e a Política?, para a mais justa compreensão da realidade, bem como para que se evitem nuances indeterminadas entre aquilo que é ficto e palpável, é necessário, sobretudo, consolidar conceitual e semanticamente aquilo que se obtém como verdade (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
Para tanto, segundo a filósofa, coexistem dois tipos de verdade: a verdade real e a verdade factual. A primeira decorre do conteúdo autoevidente da matemática e da filosofia, apresentando caráter despótico e coercitivo, pois, enquanto produto da mera percepção daquilo que é incontroverso, impede que o debate entre os homens ocorra, o que poderia acabar por constituir versões a respeito da mesma obviedade (ARAÚJO, 2023, p. 5 e 6).
Por outro lado, a verdade factual, a qual nos interessa especialmente, é própria do mundo dos homens e da política, no passo em que o seu desenvolvimento ocorre através da comunicação e da experiência de muitos, fazendo com que fatos e opiniões, embora distintos, constituam o mesmo universo: o domínio público. Em outras palavras, a textura do domínio público e sua verdade inerente são constituídas por fatos e eventos, formando verdades contingentes, cuja disjunção lógica faz com que seu oposto seja plausível, mediante necessária interpretação (ARENDT, 2016 p. 225).
Contudo, a própria filósofa destaca que a instabilidade da verdade factual não pode, em hipótese alguma, submeter-se a perspectiva nietzschiana da verdade como fruto meramente decorrente da interpretação de alguém sobre determinada situação, o que acabaria por arrastar

a verdade e os fatos objetivos para o precipício da falsidade deliberada. Em verdade, quando há de se entender a proeminência da verdade factual no debate público deve-se, prioritariamente considerar a comunicabilidade política por excelência, na qual os fatos em si não estão em disputa, mas os juízos de valor dele decorrentes legitimam o pressuposto da pluralidade e, por consequência, possibilitam o autoconvencimento dos homens (PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 97 e 98; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
E é nessa esteira que surge a noção elucidativa do ?mercado livre de ideias?, concebida pelo célebre juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr, na qual a propagação livre de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, habilitando-os a identificar a verdade factual, rejeitar a mentira
33

contraproducente e produzir e propagar conhecimentos orientadores (POST, 2000, p. 235 e 236).
Para tanto, destaca Holmes Jr que, mesmo na proeminência da livre circulação de ideias, na qual a verdade factual surge como principal objeto desejado, podem haver demais princípios que, por sua vez, regulem os casos em que a manifestação de pensamento represente perigo evidente e capaz de produzir males gravíssimos (POST, 2000, p. 236).
Contemplando tal perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, através da inteligência dos seu art. art. 5º (incisos IV, IX e XIV) e art. 220, assegurou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que não exercidas em abusividade e se confluentes, na medida da sua prevalência relativa, com a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez disposto no art. 5º, inc. X.
Dessa forma, recaindo sobre a interpretação constitucional da colisão dos direitos fundamentais, decidiu o constituinte originário que, na extensão fisiológica do seu exercício, obteria o livre pensamento e os seus consectários preferência apriorística em relação aos demais direitos tutelados no texto constitucional, cuja declinação dependeria de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo, critérios estes produzidos como forma de proteção categórica ao aspecto essencialmente democrático do multicitado instituto. (BARROSO, 2005, p. 103; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Arrastando esta questão para o plano de fundo das Fake News, foco do presente trabalho, observa-se, em outro viés analítico, que a proliferação sistemática da distorção da verdade vem, na égide das redes sociais, gerando fenômenos de sequestro da razão, ao colocar nichos da sociedade civil em um círculo vicioso de engano e proposital sectarismo, tudo isto fomentado pela dinâmica acelerada e incalculavelmente expansiva da internet.
Por outro lado, há de se considerar, de igual modo, que deve-se também aos provedores de serviço de internet, na qual proliferam-se as Fake News, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a livre circulação de notícias, ideias, análises, sátiras e demais manifestações não mais dependem do fulcro intermediador dos veículos de comunicação até então predominantes ? como as grandes redes de televisão ? impondo ao poder estatal e os seus representantes uma relação cada vez mais direta com os seus representados (DIMOLIUS; MARTINS, 2006, p. 274).
Essa nova configuração da dinâmica político-social, por seu turno, homenageia os

vínculos mais precípuos da democracia, tendo em vista que a possibilidade dos cidadãos de
34

fiscalizarem e se oporem diretamente aos atos do Poder Público reforça o conteúdo negativo da liberdade de expressão, cuja finalidade precípua é gerar uma comunicabilidade antinômica entre a estrutura estatal e o seu agente constituinte, limitando a possibilidade de arbitrariedades deste primeiro (BARROSO, 2004, p. 19 e 20).
Daí surge, nos dizeres de Machado (2007, p. 473 e 474), a seara objetiva do livre pensamento, este conectado ao seu exercício funcional, qual seja a sua capacidade de prover o desenvolvimento contínuo da opinião pública e do engajamento da participação política, elementos indispensáveis em um país que, do ponto de vista historicista, constituiu a sua atual Carta Magna em resposta popular à mais de 20 anos de cerceamento das liberdades políticas e (trans)individuais.
Nessa seara, merece destaque o fato de que a democratização do acesso à internet e de todo o fluxo informacional que nela se processa, ? na qual ocorre uma intervenção ativa por parte de indivíduos e grupos que não integram órgãos da mídia convencional ? vem levando o debate público a uma intensa e irreversível descentralização informacional, minando ainda, em última análise, o predomínio de determinados setores da comunicação em relação ao discurso, bem como em relação a seleção de determinadas informações mais ou menos relevantes de acordo com a aptidão editorial (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 566 apud WAACK, 2018, p. 124).
Deste mesmo fenômeno corrente, por outro lado, insurge a ausência de acuracidade das informações porventura disseminadas. Do ponto de vista da razoabilidade, no entanto, é notório que este aspecto negativo deve-se lidar, sobremodo, com (re)orientação cultural, tendo em vista que não é materialmente possível cobrar de todo cidadão a avaliação crítica profunda relativa a cada informação acessada, em razão da larga desigualdade em termos de capacidade informacional no Brasil, esta historicamente intensificada pela dependência dos grandes veículos de mídia (BALEM, 2017, p. 5).
Em razão de todo exposto, merece reflexão, prima facie, a cada mais vez dificultosa atividade jurisdicional de manter a higidez do binômio liberdade de expressão/democracia sem recair na sua consecutiva reconstituição, em razão do atualíssimo perigo resultante da manipulação virtual deliberada por pessoas ou grupos de interesse, imbuídos por ideologias nebulosas que, quase sempre, refletem a nostalgia de indesejados períodos do passado nacional.
Por outro lado, para defender alegadamente uma ideia imaterial de democracia, não é desejável que o Poder Judiciário, sobretudo a sua Suprema Corte, combata o deslindado fenômeno, fazendo-se valer, para tanto, da restrição do alcance normativo da liberdade de
35

expressão através de conceito ? in casu, as Fake News ? que, além de não refletir as diretrizes gerais da sua Constituição, ? quiçá das ciências jurídicas gerais ? obtém profunda plasticidade semântica, fato este que submeterá a cognição jurisdicional brasileira, inevitavelmente, a um labirinto de completa indeterminação.
Nesse sentido, valiosas são as lições de Oliveira (2009, p. 95 e 96) ao dizer, subsidiado nas noções de Ronald Dworkin, que o fenômeno da indeterminação linguística no Direito faz

com que as decisões judiciais obtenham imprevisível discricionariedade, comprometendo a estabilidade e coerência exigíveis ao neoconstitucionalismo. Do contrário, sob o manto de certeza do Direito, se tornam aplicáveis as normas igualitariamente a todos e, individualmente, se torna possível a atribuição da justiça imprescindível à liberdade civil, no passo em que se faz garantida uma relativa previsibilidade jurisdicional frente aos ditamos da sua carta constitucional respectiva.
Reforçando este questionamento, necessário se levar em consideração que a restrição à liberdade de expressão perpassa, na coibição jurisdicional direcionada às Fake News, pela necessidade de que os órgãos sancionatórios realizem juízo de valor acerca do que é dito ou disseminado. Nesse caso, por se tratarem as Fake News não apenas de veracidade, mas de narrativa includente, há uma dificuldade que pareia o seu enfrentamento figurado na capacidade casuística dos tribunais em distinguir o polêmico do falso, o que diz respeito não apenas ao problema de como e em que medida se desemboca uma maior ou menor capacidade crítica dos indivíduos, mas também se deve à própria natureza disjuntiva da verdade factual, na qual, inclusive, permite-se um juízo íntimo de retratação (ARENDT, 2016, p. 231 e 232).
Esta problemática, aliás, já obtém, como visto, precedente nas decisões do TSE que, na égide da Representação Eleitoral n° 0601372-57, teve que utilizar-se de notável discricionariedade linguística como recurso valorativo para conter uma narrativa polêmica, mas palpável, acerca de fatos verossímeis, sob a premissa de incorrer essa em suposta desordem informacional.
Portanto, em qualquer perspectiva, seja pela possibilidade material de conter o discurso pelo valor das suas premissas ou, ainda, pela proeminência do seu poder de ressonância, estará a tutela jurisdicional defrontando-se com o brocardo jurídico ?Ad impossibilia nemo tenetur? que expõe ao Poder Judiciário a conformação das suas possiblidades de regulamentação, sob pena de gerar precedentes de instabilidade mais gravosos que a problemática a qual se pugnou confrontar (LEFEBVRE D?OVIDIO; 2020, p. 120).
36

Para sedimentar as presentes reflexões, portanto, sabe-se que as Fake News, por sua estrutura inaugural no tecido da sociedade tenderão a gerar, em algum momento, a reconstituição axiológica da liberdade de expressão pela via legal, o que cumprirá, naturalmente, o ciclo de (re)modelação dos direitos fundamentais sob a égide das matrizes jurídicas temporal e espacialmente dinâmicas.
Contudo, havendo ainda lacuna legislativa para tal reconstituição, a iminente ideia da restrição ao livre pensamento figurada no seu conteúdo, ao invés da sua rígida prefiguração constitucional, como vem pretendendo o Judiciário Brasileiro, remete, em verdade, à necessidade de que se reforce a contínua vigilância em relação aos perigos da formação de uma ordem orwelliana 7pelo Estado que determinaria o que é verdade e o que não é ? inclusive sobre si mesmo ? baseando-se em pressupostos analiticamente indeterminados, o que impedirá, em última análise, a circulação de discursos dissidentes, fazendo-se assumir ainda ao poder estatal a feição de uma nova forma de dominação, esta fulcrada no sequestro do debate público e, portanto, da busca pela verdade factual em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, sob a ótica propedêutica-constitucional, as necessárias reflexões jurídicas atinentes à regulação das Fake News diante do fundamento da liberdade de expressão, direito fundamental encravado no texto constitucional brasileiro.
Para tanto, tendo em vista a ausência de legislação específica que sedimentasse o cerco normativo do presente estudo, teve que se recorrer ao que há de mais profuso, em termos de jurisprudência ? inclusive internacional ? acerca desta inaugural colisão entre ?fato novo? e ?direito?. Não apenas isto, o presente trabalho comprometeu-se cabalmente em circunstanciar a necessidade de prefiguração da liberdade de expressão não apenas no campo jurídico, mas na esteira da sua imprescindibilidade política, cuja democracia se funda.
Nesse cerne, imperioso se faz concluir, não havendo ressalvas quanto a possibilidade de regulação legislativa das Fake News, que a conformação da coibição deste fenômeno, por hora, pelo poder jurisdicional, esta indiscutivelmente ameaçadora ao livre escoamento do debate público, perpassa, fundamentalmente, pela obtenção da liberdade de expressão como núcleo

7 Na ordem orwelliana, preconizada pelo escritor inglês George Orwell na sua obra distópica ?1984?, o poder
estatal age como um mecanismo de falsificação do passado e do presente, no passo em que desvirtualiza a
capacidade de expressão dos seus dissidentes, transformando o discurso em um produto monopolístico e inescapável do Estado, este denominado como ?Ministério da Verdade?.
37

essencial passível de preferência à cognição judiciária. Em outras palavras, para que sejam devidamente reguladas as Fake News deve-se, prima facie, conceber os limites materiais desta atividade, com vistas à proteção do alcance axiológico do livre pensamento, este fundamental às instituições democráticas e ao, mesmo tempo, historicamente frágil e de onerosa (re)conquista.
Mais do que isso, faz-se necessário compreender, em certo grau e sob certa égide normativa, a presunção caótica do debate público que, quase nunca, entregará pacificamente os desdobramentos do seu desenvolvimento, de modo que as suas inflamadas disjunções, naquilo que for possível, devem ser prestadas à sociedade civil como parte do processo autorregulatório da democracia, eximindo, naquilo que for possível, a intervenção do judiciário que, em face da sua matriz centralizadora, tenderá, em algum momento, pela preterição de determinada corrente aparentemente mais nociva, mas não necessariamente ilegal, prejudicando, em última análise, a obtenção da verdade factual e do autoconvencimento coletivo em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista De Direito Administrativo, 217, 67?79. 1999.
ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.
ARAÚJO, Leonardo Aires. A distinção entre a verdade filosófica e a verdade factual, na ótica arendtiana. Revista Ponto de Vista, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 01?08, 2023. DOI: 10.47328/rpv.

v12i2.16444.
ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. 8ªed.São Paulo: Perspectiva, 2016.
BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das fake news e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democrática. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, 8-10, nov. 2017.
BARROSO, Luís Roberto. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./Mar. 2004.
BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade ? Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
38

BECKER, Daniel; FILHO, Humberto Chiesi; BRETZ, Luiza Pontes de Miranda. Gonzalez v. Google e Twitter v. Taamneh: lições da Scotus sobre responsabilizar plataformas. Conjur. 2023. Acesso em: 31.05.2024.
BERNARDINI, Ana Júlia Bonzanini; VIEIRA COSTA, Andressa Liegi. POPULISMO E FAKE NEWS NA ERA DA PÓS-VERDADE: COMPARAÇÕES ENTRE ESTADOS UNIDOS, HUNGRIA E BRASIL. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 28 | p. 385-412 | jan./jun. 2020 | E-ISSN 2359-2419
BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. ? Nova ed. ? Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.
BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891.
BRASIL. Constituição (1934) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.
BRASIL. Constituição (1937) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.
BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.
BRASIL. Constituição (1967) Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República [1988].
BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. BRASIL: Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, Voto. Min. Rel. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
39

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repr 0601372-57, Voto. Min. Ricardo Lewandowski. j. 13.10.2022.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2006.
DUQUE, M. S., & Nascimento, I. M. A. do. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 4(2), 949?968. 2018.
DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 2005.
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. In: Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, nº 17, p.15-19, jan./abr. 1973.
HAVARD LAW SCHOOL. Compelling speech The Supreme Court soon will decide if social media platforms must allow certain kinds of speech on their platforms. By Rachel Reed. United States (USA). 2024.
HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro de Mello Aleixo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LEFEBVRE D?OVIDIO, Francesco. Ad impossibilia nemo tenetur. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder, The Journal of European Economic History, ISSN 2499-8281, Associazione Bancaria Italiana, Roma, Vol. 49, Iss. 2, pp. 117-123
MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MAQUIAVEL, Nicolau. Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
MEIKLEJOHN, Alexander. Free Speech: And its relation to self-government. New York: Harper & Brothers, 1948.
MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de

comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, a.31, n° 122 maio/jul. 1994.
40

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009.
PEREIRA DA SILVA, Jorge. ?Fake news? conquistam 2017. O Jornal Económico, 17 novembro 2017.
POST, Robert. ?Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence?, Yale Law School Schlarship, 2000, 2355-2376.
ROSA, Pamela Dourado Kletlinger. O futuro da liberdade de expressão na era digital: moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no bojo do inquérito das fake news. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
SARLET, Ingo Wolfang. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: O CASO DAS ASSIM CHAMADAS ?FAKE NEWS? NAS REDES SOCIAIS EM PERÍODO ELEITORAL NO BRASIL. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e Liberdade de Expressão Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS. SÃO PAULO/SP. 2009.
TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. Defining ?Fake News?, Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 137-153, 2018.
WAACK, William. Fake News: uma visão político-jornalística. in: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.), Fake News e Regulação, São Paulo: RT, 2018.
WARDLE, Claire. Information Disorder. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: Council of Europe, 2017.

==========

Arquivo 1: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Arquivo 2: https://mcelroytutoring.com/blog-post.php?id=4165 (293 termos)
Termos comuns: 1
Similaridade: 0,00%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://mcelroytutoring.com/blog-post.php?id=4165 (293 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SALVADOR
2024
GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho apresentado à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

SALVADOR
2024

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos
Matteo e Laura, amores do titio.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEGAL REFLECTIONS ON THE NECESSARY CONFORMATION OF THE CONCEPT OF FAKE NEWS IN FRONT OF THE FOUNDATION OF FREEDOM OF EXPRESSION

Guilherme de Magalhães Leal Moreira1
Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO
O presente estudo tem como objetivo tecer necessárias reflexões jurídicas acerca do (re)posicionamento do fundamento constitucional da liberdade de expressão diante do paradigma das Fake News, fenômeno atualíssimo decorrente da nova dinâmica informacional trazida pelas redes virtuais. Para tanto, busca-se prioritariamente investigar a fisiologia da liberdade de expressão no campo (filo)jurídico, bem como na própria arquitetura constitucional brasileira para que, ao fim e ao cabo, seja possível refletir o direito ao livre pensamento e suas ramificações na seara de contingências do plano de fundo das Fake News, especialmente no que tange à (in)determinação linguística e jurídica deste com fins à sua respectiva coibição jurisdicional. Nesse diapasão, tendo em vista a ausência de lei específica que regulamente o multicitado fenômeno, discute-se, do ponto de vista doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, sob quais termos a coibição às Fake News não pode corromper o núcleo essencial da liberdade de expressão, ante a sua imprescindibilidade democrática e inerente capacidade antinômica frente aos indesejados desdobramentos do poder estatal.
Palavras-chave: Liberdade de expressão, Fake News, Jurisprudência, Constituição, Democracia.

ABSTRACT: The present study aims to weave legal reflections on the (re)positioning of the constitutional foundation of freedom of expression in the face of the Fake News paradigm, which appears to be very current as a result of the new informational dynamics brought about by virtual networks. To this end, we seek to primarily investigate the physiology of freedom of expression in the (philo)legal field, as well as in the Brazilian constitutional architecture itself

so that, in the end, it is possible to reflect the right to free thought and its ramifications in the field. of contingencies in the background of Fake News, especially with regard to its linguistic and legal (in)determination with the aim of its respective jurisdictional restraint. In this context, in view of the absence of a specific law that regulates the multi-cited characteristics, it is

1 Discente do curso de Bacharelado em Direito da UCSal ? Universidade Católica do Salvador, em curso da
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do 9° semestre. Email institucional: guilherme.moreira@ucsal.edu.br
2Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), pós-graduado em Direito
Processual Civil pelo Juspodivm e Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade - PPGEISU/ IHAC/
UFBA.
5

discussed, from a doctrinal and, above all, jurisprudential point of view, under which terms the prohibition against Fake News cannot corrupt the essential core of freedom of expression , given its democratic indispensability and antinomic capacity in the face of unwanted developments of state power.
Keywords: Freedom of expression, Fake News, Jurisprudence, Constitution, Democracy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA. 2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA. 3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL. 3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES. 3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. 3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão. 4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA. 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018. 4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado. 4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade trazer necessárias reflexões jurídicas acerca do justo posicionamento do princípio da liberdade de expressão no plano de fundo do fenômeno

das Fake News. Para tanto, far-se-á necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que fundamenta o conceito e a evolução normativa da liberdade de expressão na contemporaneidade, bem como conceber o que houver de dubiedade a respeito do significado do fenômeno das Fake News e, de igual modo, acerca da sua seara de afetação às democracias pós-modernas.
Nesse cerne, importa preponderar que o instituto da liberdade de expressão origina-se, uma vez ausente de elementos interventores, da mais plena comunicação entre o espírito humano da racionalidade e a sua consecutiva capacidade de perceber os fenômenos, bem como, de interpretá-los e verbalizá-los. Trata-se, portanto, de um dado da realidade espontaneamente percebido que, nas suas mais diversas manifestações, revela a heterogeneidade do senso intelectivo humano, no passo em que dá tom à livre criação de iniciativas políticas, religiosas, ideológicas, artísticas e científicas.
6

Trazendo para uma perspectiva civilizacional, ao anteceder ao conjunto complexo das normas politicamente constituídas, o referido instituto vem sendo imbuído de dificultoso esforço normativo, no transcorrer da história ocidental, para que sua repercussão seja adequadamente suportada em face da necessidade de pacificação social, sobretudo se levado em consideração que a liberdade de expressão é percebida em seus efeitos, ou seja, reformular o seu conteúdo passaria, em última análise, pela necessidade em atingir as suas manifestações.
Por outro lado, sabe-se que as matrizes jurídicas pós-modernas, como a brasileira, são marcadas pela temporalidade das estruturas normativas. Em outras palavras, o sistema normativo contemporâneo, ao ser influenciado pelo binômio ?tempo-espaço?, possui caráter de fluidez em relação aos mais novos produtos das relações intersubjetivas, fazendo com que direitos já consolidados defrontem-se aos acontecimentos e demais direitos a eles supervenientes, gerando uma contínua necessidade de atualização do seu alcance normativo.
Diante disso, tratando-se o fenômeno das Fake News de fato novo e atípico que vem ressignificando o potencial lesivo da liberdade de expressão nas redes sociais para além dos limites já impostos pelos tutelados direitos da personalidade, gerando inaugural atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho tem como objeto central responder o seguinte questionamento: o que é necessário levar em consideração para que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão prepondere sobre a iminente regulamentação jurisdicional do fenômeno das Fake News?
Para tanto, o estudo a ser deslindado no decorrer deste trabalho terá, enquanto principais objetivos, o devido esforço propedêutico de posicionamento histórico-constitucional da liberdade de expressão, bem como da vocação etimológica e jurídica do fenômeno das Fake News, momento em que finalmente se buscará dimensionar o paradigma observado pelo livre pensamento diante do intercorrente fenômeno multicitado e suas variações observáveis no Brasil (e no exterior), analisando, ainda, posteriormente, a necessidade de que, num cenário normativo de necessária conformação entre ?direito x fato novo?, este prefigure sobre aquele.
No aspecto metodológico, por sua vez, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, substanciada em material analítico já publicado, bem como na análise primária de documentação legislativa e jurisprudencial. Além disso, o presente trabalho se baseará no método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo em vista que a relação entre pesquisador e

fenômeno pesquisado se dará em influência mútua, desdobrando-se ainda em hipóteses a serem submetidas ao processo de falseamento.

7

2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA.

A liberdade de expressão, enquanto apanágio da inclinação racional do indivíduo, vem correspondendo, no transitar das experiências civilizacionais ? sobretudo àquelas impelidas pela modernidade ? na possibilidade concreta de ação individual desentranhada, por sua vez, de condições de existência externas. Isso significa dizer que, para além de todos os preceitos formulados pelas convenções humanas e direcionados a finalidades coletivas, o instituto da liberdade de expressão origina-se e conclui-se em si mesmo, de modo que a sua única condição existencial é o próprio senso intelectivo humano (SILVA, 2000, p. 247 e 248).

Transpondo a obtenção da liberdade de expressão como um dado da realidade antecessor a qualquer convencionalidade societária, observa-se, inclusive, no ramo do estudo dos direitos fundamentais, que a liberdade de expressão, assim como as demais liberdades de vocação individual, constituiu o Estado Moderno como meio de subtração do seu poder. Nos dizeres do filósofo italiano Norberto Bobbio (2004), por exemplo, os direitos de liberdade, componentes dos denominados ?direitos de primeira geração? são marcados pelo seu conteúdo negativo, ou seja, acabaram por afetar a fisiologia estatal pré-revolução francesa, evocando o seu não-agir.

Tão relevante é o caráter negativo da liberdade de expressão, aliás, que os seus desdobramentos, como a liberdade de opinião e a própria liberdade de imprensa, servem ao exercício social da cidadania como instrumentos fiscalizatórios supraestatais da atividade política, na medida em que a sua publicidade evoca no seio societário a possibilidade de demandar as suas respectivas expectativas e críticas, gerando uma contínua comunicabilidade antinômica entre o poder estatal e o seu agente constituinte, qual seja a própria sociedade.

Acerca do referido fenômeno, ressalta ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e notório doutrinador Luís Roberto Barroso:

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povoe a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los (BARROSO, 2004, p. 19).

Não à toa, devido a sua potencialidade antinômica, a liberdade de expressão, na visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin, defensor da famigerada teoria constitutiva, deve ser

8

concebida juridicamente por uma visão mais ampla e estável, de modo que se entenda o seu valor por si só. Em linhas mais específicas, enquanto a teoria da verdade criada pelo polímata estadunidense Oliver Wendell Holmes visava filtrar o direito ao livre discurso através do seu conteúdo valorativo, maximizando a verdade como finalidade, a perspectiva de Dworkin recai sobre a autonomia do próprio discurso independente do seu direcionamento, de modo que, segundo o autor, trata-se de um exercício civilizatório impossível numa democracia obter um juízo moral pleno a respeito do bem comum sem que essa atividade se constitua através da participação geral e heterogênea dos seus cidadãos, o que denota, em última análise, a importância dialética da liberdade de expressão para o debate público (POST, 2000, p. 236; DWORKIN, 2005, p. 25).
Dada a sua vocação supraestatal, pode-se provisoriamente concluir, portanto, que a liberdade de expressão, ao derivar de uma ordem conatural da natureza humana, independe de qualquer empenho coletivo-racional de formulação, bastando ao Estado ? sobretudo o Democrático ? admitir a sua relevância em sua ordem jurídica, impondo-lhe limitações provenientes das características teleológicas de cada ordenamento jurídico. Na perspectiva de Dworkin, por exemplo, essa muito influenciada pela filosofia de não-restrição aos direitos fundamentais da Constituição Americana, basta ao Estado, ao lidar juridicamente com a liberdade de expressão, buscar a potencialização da independência moral dos seus cidadãos, senão vejamos:
Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual (DWORKIN, 2005, p. 26).

Em perspectiva diversa, segundo o filósofo britânico Alexander Meiklejohn, existe uma limitação precípua à liberdade de expressão: o seu desserviço à democracia. De modo explicativo, segundo o autor, a liberdade de expressão deve obter conceituação e tutela constitucional, em regra, para proteção de qualquer discurso, principalmente aquele de caráter dissidente. Entretanto, a proteção ao direito não corrobora a automática proteção ao seu abusivo usufruto, de modo que não pode o Estado permitir a dissipação de discursos que a ele tenham vocação autodestrutiva.
Isso significa dizer que se o Estado compromete-se constitucionalmente a promover uma ordem social democrática, não pode ele admitir a existência de discursos no debate político
9

que promovam a destruição dessa finalidade, sob pena de assumir para si uma fisiologia que em algum momento lhe gere uma ruptura (MEIKLEJOHN, 1948, p. 13 a 15).
A perspectiva de Meiklejohn, por esse motivo, conecta-se, de certa forma, à plasticidade não-estática da Constituição Brasileira de 1988 que, apesar de conceber plenamente a liberdade de expressão como direito fundamental, tutela implicitamente a vedação ao discurso de ódio e a apologia ao denominado conjunto de ?discursos antidemocráticos?. Nesse sentido, o jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet afirma que numa interpretação sistemática ? aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um

regime democrático ? a Constituição Brasileira assegurou para a liberdade de expressão uma posição (relativa) preferencial, o que pode ser compreendido como uma preferência prima facie ? mas não absoluta ? que, por sua vez, não obsta o dever do sistema jurídico em garantir a preservação dos demais bem-jurídicos inseridos na sua Carta Magna, como dos direitos da personalidade (SARLET, 2019, p. 1225 e 1226).

Em sentido complementar, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que a garantia constitucional a liberdade de expressão está acompanhada de expressa reserva legal. Isso significa dizer que o exame conceitual da liberdade de expressão em sua justa aplicação pelo Poder Judiciário deve se dar de forma sistemática, de modo a transparecer que a evolução do direito à liberdade de expressão o conduz para a vedação ao conflito entre direitos fundamentais (Grundrechtskollision), levando a sua preferência relativa no ordenamento jurídico, em última análise, ao filtro da dignidade humana, elemento integrante do sistema de valores dos direitos (trans)individuais na Constituição Brasileira (MENDES, 1994, p. 298 a 301).

Dessa forma, observa-se que a busca pela conceituação (filo)jurídica do princípio da liberdade de expressão, ao mesmo tempo que perpassa pelo seu reconhecimento enquanto direito prefigurado às convencionalidades coletivas e prioritário no plano de fundo democrático, não furta-se de um enquadramento na sistemática constitucional, de modo que o seu eixo de limitação, como se verá mais adiante, deva encontrar solidez na garantia de outros direitos individuais, desde que garantida a reserva legal do seu exercício jurisdicional.

2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.

10

Tendo sido bem delineada a seara (filo)jurídica da liberdade de expressão, observa-se que o seu conteúdo enquanto bem-jurídico, assim como a sua desejada aplicação no seio societário perpassam pela indispensável noção de enquadramento do referido instituto na ordenação democrática que o reconhece.

Isto porque, num primeiro momento, a liberdade de expressão aparece como fundamental corolário do sentimento democrático. Nos dizeres de Silva (2009, p. 114) a liberdade da palavra, numa democracia, está voltada para a vida coletiva através da discussão e deliberação de assuntos públicos de bem comum. Nesse cerne, a constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo torna-se, segundo o autor, premissa óbvia ? tomada como um dado ? de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o sistema democrático atingir a sua finalidade política precípua de satisfação da vontade popular.

Tão antiga e consolidada na literatura política é a importância da liberdade de expressão que, em suas obras republicanas, Maquiavel, um autor reflexo de um período não-democrático, já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar no trecho abaixo reproduzido:

Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela

discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 2000, p. 76)

Por outro lado, num segundo momento, a importância de contrastar o princípio da liberdade de expressão com o plano de fundo democrático existente se dá também com vistas a sua seara de aplicação jurídica. De acordo com Sarlet e Siqueira (2020, p. 545 e 546), na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e de informação nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, mas, também, da operacionalização, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de proteção desses direitos, o que, por sua vez, implica a salvaguarda dos direitos políticos e da democracia e suas instituições.
A perspectiva do autor brasileiro, nessa esteira, fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana é o fundamento estruturante de uma democracia, ao passo que a democracia opera como espécie de garantia organizacional e procedimental da dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 86 e 87). Em sentido confluente, pode-se deduzir que a relação entre
11

democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora o aumento do potencial democrático numa sociedade possa muitas vezes significar o aumento da liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão, em seu usufruto abusivo, pode acarretar riscos para a democracia o que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão em última instância de análise (MICHELMAN, 2007, p. 58), o que torna necessário calculado equacionamento.
Na democracia brasileira, destacadamente, o problema do conteúdo e limites da liberdade de expressão somente pode ser enfrentado e equacionado, do ponto de vista jurídico, quando existe um consenso (no sentido de uma opinião e prática majoritária) relativamente ao seu sentido e alcance, o que, por sua vez, remete à querela em torno da posição da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais (SARLET; SIQUEIRA, 2019, p. 549 e 550).
Nesse sentido, conforme observaremos mais detalhadamente no próximo capítulo do presente trabalho, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegure um idêntico status protetivo à privacidade, intimidade, honra e imagem e à liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, levando a uma interpretação sistemática que não dispensa a constitucionalidade da sua limitação pelo Poder Judiciário (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550 e 551).

3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Objetivando o mais justo estabelecimento da formatação do direito à liberdade de expressão no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no plano do Estado Democrático de Direito vigente, faz-se necessário compreender, prioritariamente, a sua história

constitucional, de modo que se possa dimensionar, ao fim deste capítulo, a relevância e extensão do direito à liberdade de expressão diante do binômio espaço-temporal das normas constitucionais pátrias, chegando satisfatoriamente à sua atual fisiologia jurídica, por sua vez fundada na Constituição Cidadã de 1988.
Para tanto, trata-se de dado histórico verificável a ser ressaltado nesta oportunidade que a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro submeteu-se a diversas
12

variações, decorrentes estas, por certo, do momento histórico-social pelo qual a sociedade brasileira passava quando da adoção de cada Carta Constitucional (DOS SANTOS, 2016, p. 108).
Isto dito, a contemplação constitucional do direito à liberdade de expressão teve início com a Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, em que havia, através do art. 179, IV do título ?Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros.?, previsão destacada a respeito da inviolabilidade dos direitos civis de liberdade dos cidadãos brasileiros, fazendo menção expressa ao direito de comunicação de pensamento por palavras e escritos, podendo ainda serem estes últimos publicados pela imprensa, a qual teria a sua atividade garantida sem a dependência de censura (BRASIL, 1824).
Em contrapartida, o próprio dispositivo supramencionado previa a possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de pensamento nos casos e pela forma que a lei determinasse. Tal disposição restritiva, no entanto, apesar de destacar o filtro da legalidade, era cercada de certa imprecisão, tendo em vista que a existência do Poder Moderador, este previsto no Título 5°, Capítulo I da mesma Carta, trazia como direito do Imperador prover a tudo que fosse concernente a segurança interna e externa do Estado, incluindo nisto a manutenção da ordem moral da sociedade brasileira, o que, em última análise, acabava por significar a existência de um censor de alcance ilimitado gerado pelo mesmo texto constitucional (BRASIL, 1824; DOS SANTOS, 2016, p. 108).
Com a derrubada do Império e a inauguração do regime republicano no Brasil no ano de 1889, fora criada, dois anos depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual manteve em quase total integralidade o texto constitucional do Império acerca da livre manifestação e publicização do pensamento, havendo, no entanto, diferenciação notória decorrente não em face da égide normativa em si, visto que praticamente espelhada na anterior, mas da retirada do Poder Moderador como potencial mecanismo de censura para além do filtro da legalidade (DOS SANTOS, 2016, p. 109 e 110).
Por outro lado, a primeira constituição republicana fora responsável por trazer em seu art. 72, parágrafo 12 a vedação ao anonimato, condição à livre manifestação do pensamento até hoje presente no texto constitucional brasileiro como forma de garantir a responsabilização do emissor de determinada palavra e/ou escrito através da sua obrigatória identificação (BRASIL, 1891).
13

Já no séc. XX, mais precisamente na década de 30, fora promulgada no ano de 1934 a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, inspirada na Constituição de

Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931 e imbuída pela Revolução de 1930 trouxe inovações à proteção da liberdade de pensamento em seu art.113, parágrafo 9, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos e, ao mesmo tempo, permitiu a censura de espetáculos e diversões públicas, como afronta clara ao potencial antagônico da classe artística (BRASIL, 1934; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Três anos depois, como forma de perpetuar-se no poder e inspirado na Constituição autoritária da Polônia de 1935, o então presidente Getúlio Vargas (1882-1954), promoveu um golpe de estado em 1937 e, no mesmo ano, outorgou um novo texto constitucional em que em seu art. 122, inciso 15 ? reforçado pelo Decreto-lei no 1.949 ? estavam previstas diversas modalidades e mecanismos de censura ? inclusive prévia ? ao livre pensamento, sob a premissa de garantir a paz, a ordem, bem como a moralidade e a segurança pública (BRASIL, 1937; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Tais previsões constitucionais, assim que vigentes, deram origem a uma série cinzenta de atos institucionais de restrição à liberdade de expressão nas mais diversas ramificações, sobretudo no âmbito da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão e, destacadamente, na própria seara política, ausente do juízo de valor popular (DOS SANTOS, 2016, p. 110 e 111).
Com a deposição de Getúlio pelos militares e a consequente superação do seu regime no ano de 1945, fora promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, um ano depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, reavendo, em seu art. 141, conquistas da Carta Constitucional de 1934, além de trazer destaques quanto a liberdade da convicção religiosa, filosófica e política. Entretanto, no mesmo texto, apesar de expressa consideração das artes como livres no art. 173, a Constituição de 1946, no parágrafo 5° do art.143 destacava que os espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados, dando continuidade às afrontas moralistas ao pensamento artístico oriundas do texto constitucional de 1934 (BRASIL, 1946; DOS SANTOS, 2016, p. 111).
Quase duas décadas depois, com a instalação do Regime Militar no Brasil no ano de 1964, a Constituição de 1946 fora suprimida, dando lugar a um cenário de ausência de proteção constitucional dos direitos fundamentais, marcado este pela publicação dos Atos Institucionais I e II que suprimiram a representatividade política do país (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
14

O novo status quo institucional ora instalado se consolidou na Constituição da República Federativa de 1967 que praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação e publicização do pensamento independentemente de censura. No entanto, diferentemente da Constituição de 1946, o texto constitucional em voga naquele período trouxe, no parágrafo 8° do art. 150, a possibilidade de intolerância jurisdicional diante de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967; DOS SANTOS, 2016, p. 112).
Nesse deslinde, foram publicados consecutivos atos institucionais até o Ato Institucional nº 5 ? AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do Poder Executivo e tratando qualquer manifestação contrária ao Regime como crime político e contra a segurança nacional, o qual, segundo o próprio ato, estava excluído de qualquer apreciação judicial, devendo ser tratado como uma questão militar (DOS

SANTOS, 2016, p. 112).
Ato contínuo, no ano de 1969, a Emenda Constitucional n° 1 foi decretada pela Junta Militar vigente, modificando quase que integralmente a Constituição de 1967, de modo a dar caráter de legalidade constitucional aos atos institucionais. Sobre a Emenda referida, esclarece José Afonso da Silva (2006, p.86):

> Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Assim, sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que a liberdade de expressão, com considerações ao Regime Getulista, sofreu suas maiores represálias constitucionais na história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
No entanto, o contínuo desgaste do Regime Militar nos campos internacional, econômico e político acabou por culminar no processo de redemocratização do Brasil a partir do ano de 1985, processo este consolidado pela Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente no país, trazendo a maior proteção aos direitos fundamentais e democráticos da história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 113).
No que tange ao direito ao direito à liberdade expressão, a Carta Constitucional, ao se definir como signatária efetiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representou uma verdadeira antítese ao regime antecessor, reconhecendo, como cláusulas pétreas, o direito de qualquer cidadão de, indistintamente, formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores
15

e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação (DOS SANTOS, 2016, p. 114).
Para bem ilustrar a renovação constitucional supramencionada, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 65):

> A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Nesse deslinde, a liberdade de expressão passou a figurar no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando no art. 5°, IV e IX o caráter de inviolabilidade do direito ao livre pensamento com vedação ao anonimato e, ademais, fazendo-se destaque ao livre exercício das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).
Em disposição consoante, o art. 220 da Constituição Cidadã reforçou o disposto nos dispositivos supramencionados, destacando ainda a vedação ao embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988).
Nesses termos, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente

a liberdade de expressão e comunicação como elementos constitutivos do próprio regime institucional vigente, pondo fim à censura anteriormente existente, marcada esta pela relativização normativa do livre pensamento (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

Em contrapartida, ao prever, em seu art. 5º, X a igual proteção aos direitos da personalidade ? quais sejam intimidade, vida privada, honra e imagem ? bem como promover a vedação ao seu usufruto abusivo, a Constituição de 1988 foi responsável por trazer a mais nova fisiologia do direito à liberdade de expressão, balizado pelo binômio ?liberdade x responsabilidade? e, sobretudo, pelo fenômeno da colisão dos direitos fundamentais na operacionalização (infra)constitucional destes, tema a ser analisado no tópico a seguir (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES

De acordo com o notório jurista alemão Robert Alexy, a problemática da colisão dos direitos fundamentais decorre do próprio intento do estudo dos direitos fundamentais em revelar

16

as estruturas dogmáticas, bem como o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 1999, p. 68).

Em linhas mais específicas, ao substanciar o ideal do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se desdobram simplesmente de dispositivos racionalizados pela ordem jurídica nacional, recepcionando, em verdade, a validez universal dos chamados direitos substanciais que, por seu turno, vinculam certas exigências transnacionais ao texto constitucional de cada país que vão da hierarquização das suas cargas valorativas, até a definição dos seus conteúdos axiológicos (ALEXY, 1999, p. 67).

E é nesse deslinde que surge a necessidade de catalogação dos direitos fundamentais e, consequentemente, da revelação da sua capacidade colidente por via de interpretação constitucional, podendo ser esta capacidade ampla, quando os direitos colidentes têm vocação coletiva, ou estrita, quando o conflito normativo decorre de direitos fundamentais individuais propriamente ditos (ALEXY, 1999, p. 68 e 68).

No caso presentemente estudado, qual seja o direito à liberdade de expressão, a sua capacidade colidente desenvolve caráter evidentemente estrito, isto porque a sua carga valorativa, bem como o seu conteúdo axiológico não podem ocorrer indefinidamente no plano da realidade sem que o seu exercício normativo tenha consequências negativas sobre direito fundamental diverso, sobretudo os direitos da personalidade.

Por esse motivo, a técnica interpretativa da Constituição Federal de 1988 no que tange a colisão dos direitos fundamentais, marcada destacadamente pela Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), não apenas trouxe os direitos da personalidade como colidentes ao exercício da liberdade de expressão, como também definiu a possibilidade do seu usufruto abusivo que, dentre outros prejuízos possíveis, pode ferir diretamente a ordem pública constitucional (DUQUE, 2018, p. 963).

Para bem ilustrar a mecânica destas limitações ver-se-á especificamente a sua operacionalidade (infra)constitucional nos tópicos a este subsequentes, destacando, sobremodo, a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, bem como à

clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas ao seu alcance normativo.

3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A Teoria dos Limites dos Limites preconiza que, através do princípio da proporcionalidade, deve-se estabelecer a definição de peso para cada um dos direitos
17

fundamentais em colisão e, assim, estabelecer de qual modo essa definição deve se dar de maneira proporcional para que se possa encontrar, finalmente, o equilíbrio correto entre os direitos fundamentais (DUQUE, 2018, p. 954 e 955).

Em outras palavras, é fundamental à técnica interpretativa constitucional analisar, mediante limitação abstrata, se o benefício alcançado com o sacrifício da aplicação de um direito fundamental não causa um prejuízo desnecessário.

No caso da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão à proteção da personalidade, segundo Alexy (1999, p. 70), a definição elementar da limitação a ela necessária perpassa indiscutivelmente pela irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total, bem como pela onipresença da ponderação entre ambos os direitos colidentes.

Essa interface interpretativa, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao direito à liberdade de expressão uma posição preferencial relativa de exercício em relação aos demais direitos fundamentais em vista da sua teleologia democrática indispensável.

Ao mesmo tempo, ocorre na sistemática constitucional, a possibilidade concreta e material dada ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo da dignidade da pessoa humana, de limitar a irradiação do livre pensamento, sob a prerrogativa de que os desdobramentos do senso intelectivo não podem preponderar indefinidamente sobre o indivíduo que intelectualiza sobre si mesmo.

Nessa égide, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos extrapatrimoniais previstos em seu art. 186 faz uma operacionalização infraconstitucional da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo em vista que o dano moral, ao representar o ferimento a uma camada imaterial do titular do direito, abarca a possibilidade do uso indevido da liberdade de expressão através de palavras ou escritos que, por seu turno, exigem a consecutiva reparação nos termos do art. 927 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

O Código Penal, por sua vez, em seu Capítulo V, traz previsão de detenção e multa a quem infringir a honra de outrem. No entanto, na esfera penal, há previsão de aumento de pena baseada na pessoa da sua vítima ? como, por exemplo, o Presidente da República ou Ministro do Supremo Tribunal Federal ? e se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, como as próprias redes sociais (BRASIL, 1940).

Seguindo a mesma toada discriminatória da tutela dos direitos da personalidade, os Estatutos da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010) e da Pessoa com Deficiência (Lei n° 3.146/2015) regulam infraconstitucionalmente a liberdade de expressão, fazendo definição
18

expressa à discriminação e preconceito contra os respectivos grupos. Ademais, a Lei dos Crimes

Raciais (Lei n° 7.716/1989), recentemente alterada pela Lei n° 14.532/2023, criminaliza a ofensa em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, prevendo aumento de pena ainda quando o crime ocorrer em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação ou quando praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, trazendo limitações práticas ao conteúdo humorístico de cunho racial, mas também ao racismo institucional presentes nos órgãos públicos.
Por fim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual se verá mais detalhadamente no decorrer deste estudo, atualizou a colisão entre a tutela dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão para o campo tecnológico-informacional, trazendo, no seu art. 7º, I e, em consonância ao Código Civil, a inviolabilidade do direito reparatório decorrente de conteúdos gerados por usuários e trazendo como novidade normativa, por outro lado, a neutralidade das redes em si, bem como a isenção dos seus responsáveis por estes mesmos conteúdos (BRASIL, 2014).

3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão
Apesar do abuso do direito à liberdade de expressão obter relação indissociável com a tutela dos direitos da personalidade, para os fins do presente estudo, faz-se necessário destacá-lo brevemente com vistas a dissertar acerca da sua amplitude semântica, sobretudo no contexto das redes sociais e das famigeradas Fake News delas oriundas.
De acordo com o art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A liberdade de expressão, portanto, nesse cerco normativo, deve ser exercida, inclusive por inferência lógica da Teoria dos Limites dos Limites, mediante comedimento e razoabilidade em razão de diversos outros direitos caros ao texto constitucional e, inequivocamente, ao próprio Estado Democrático de Direito.
Observe-se então que a possibilidade do abuso do direito à liberdade de expressão, diferentemente da tutela dos direitos da personalidade, possui um núcleo normativo de maior amplitude e com menor definição de alcance, caso em que poderá ser ramificada a sanção ao livre pensamento à tutela de outros direitos constitucionais que não necessariamente o livre desenvolvimento da personalidade.
Aliás, caso o abuso do direito à liberdade de expressão decorresse tão somente do ferimento dos direitos da personalidade, o direito de resposta, referendado pelo inciso V do art. 19

5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, serviria, em conjunção com a possibilidade indenizatória, como remédio respectivo para a satisfação do ofendido, bem como para a responsabilização civil e penal do ofensor, inclusive no contexto dos meios de comunicação.
No entanto, em verdade, o abuso do direito à liberdade de expressão tem ecoado, sobretudo na era das redes sociais, na insurgência do controle jurisdicional de determinados conteúdos que, apesar de não ofenderem determinado titular de direito concreto e material, obtém uma pretensa finalidade de minar certos valores constitucionais, como o Poder Judiciário e os seus consectários, por exemplo (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 539 e 540).
Sob este novo plano de fundo, as famigeradas Fake News têm recebido destaque por se

desdobrarem na criação de conteúdos, pretensamente imparciais ou não, que, na interpretação jurisdicional, representam o desvio sistemático da verdade ou contradizem os fatos integralmente, sob a finalidade de destituir a validade de determinado instituto caro ao regime democrático (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 540).
Outrossim, essa realidade emergente se agrava ainda mais, levando em consideração o potencial difusor das redes sociais, bem como a relativização do perfilamento real do ofensor que, apesar de precisar identificar-se na sua atividade virtual em face da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF/88), pode criar intermináveis perfis que não necessariamente representem o perfil real do usuário, tendo proteção, inclusive, do direito à privacidade, tutelado pela Constituição em seu art. 5º, X e preferido infraconstitucionalmente em razão do Marco Civil da Internet (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 545 e 546).
Nesse deslinde, tem-se observado o surgimento de uma inaugural atuação do Poder Judiciário no que concerne ao alcance do abuso do direito à liberdade de expressão, arrastando o seu núcleo de limitação valorativa para as redes sociais, com vistas a discernir, de forma sancionatória, o livre pensamento das famigeradas Fake News e suas variações, o que torna imprescindível, para os fins do presente trabalho, dissertar a seguir acerca da (im)possibilidade material deste atualíssimo fenômeno jurisdicional, ressaltando, sobremodo, a necessidade de preservação do núcleo da liberdade de expressão, direito fundamental relativamente preferencial aos demais na Carta Magna Brasileira.

4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA
20

A análise ora pretendida da prefiguração do direito à liberdade de expressão no paradigma das Fake News perpassa, imperiosamente, pelo esforço antecedente não apenas de buscar a definição conceitual do multicitado fenômeno, como também se desemboca na conseguinte e, ainda mais importante para os fins do presente estudo, perseguição à sua vocação jurídica, de modo que se possa esquadrinhar finalmente a (im)possibilidade material do combate jurisdicional às Fake News em face da sua respectiva estabilidade enquanto fato novo passível de regulamentação.
Nessa esteira, conforme Allcott e Gentzkow (2017, p. 211 a 214), apesar de, grosso modo, Fake News popularmente significar, do inglês, ?notícia falsa?, o referido termo, no seu âmbito prático, abarca todas as informações veiculadas e aptas a serem disseminadas instantaneamente em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar o destinatário da mensagem inverídica e provocando, como finalidade precípua, um efeito pretendido sob determinado fragmento da sociedade.
Dessa forma, da pluralidade de manifestações cabíveis às Fake News, podem surgir erros intencionais, rumores sem origem em notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa e ainda propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141 a 147; ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214).
Nessa perspectiva, as Fake News podem ainda se subdividir em três modalidades gerais

quanto à sua forma e pretensão, sendo elas: a) dis-information, que ocorre quando a informação falsa e veiculada com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; b) mis-information, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; c) mal-information que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada ?pessoa, organização ou país? (WARDLE, 2017, p. 20).
Todas estas modalidades, à sua maneira, obtém a capacidade de gerar a denominada desordem informacional (information disorder) que subsiste na conexão atentatória entre os fatos (falsos ou não) e a narrativa imbricada sobre eles sob determinada finalidade extrínseca, esta geralmente danosa a algo ou alguém (LAZER; BAUM; BENKLER, 2018, p. 1094).
Desta análise conceitual já pode-se deduzir que o fenômeno das Fake News tem a capacidade material de, no seu enquadramento jurídico, desembocar casuisticamente na tutela
21

jurídica dos direitos da personalidade, visto que, dentre as suas finalidades identificáveis, o prejuízo reputacional à indivíduos e coletividades de pessoas é incontroverso. Por outro lado, há de se observar também que, ao se desenvolver sob pretenso contexto, as Fake News funcionam também como possíveis agentes de sectarismo, instabilidade político-social e proselitismo ideológico, caso em que o seu efeito danoso pode direcionar-se às vítimas imateriais, as quais a integridade só se pode verificar no âmbito das ideias e valores.
Nessa senda, a vocação jurídica das Fake News obtém concretude ante a sua seara de afetação ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, no que tange aos seus efeitos sobre as vítimas imateriais acima descritas, como a própria ideia jurisdicional da democracia plena, a vocação jurídica das Fake News perpassa substancialmente pela verificação da (im)possibilidade da tutela judicante de identificar a verdade factual no âmbito do debate público, sobretudo em contextos sensíveis.
Ao mesmo tempo, a vocação jurídica do multicitado fenômeno perpassa por uma limitação conceitual que não alargue indiscriminadamente o alcance dos termos linguísticos (enunciados semânticos) que o caracterizam em sua elasticidade e instabilidade, para que, ao fim e ao cabo, a sua regulação pela esfera jurídica, ante ausência, sobretudo, de regulamentação legislativa específica, não implique na maior restrição às liberdades de expressão e de informação, o que poderá desencadear na definição arbitrária dos rumos do debate público brasileiro pelo Poder Judiciário.(SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018

Como visto anteriormente, sendo notória a ausência de lei que regule o fenômeno das Fake News no seio das suas especificidades, o Poder Judiciário brasileiro tem deslocado profuso esforço para conter os pretensos danos decorrentes da sua ressonância, destacando-se, nessa esteira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a sua verticalidade cognitiva e, sobretudo, a sua prerrogativa constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em especial a própria liberdade de expressão, visto que diretamente afeta ao tema insistentemente deslindado pela

Corte.
O referido esforço da tutela jurisdicional, nesse cerne, não apenas revela a necessidade de que se analise exemplificativamente a operacionalidade judicial do controle concreto do multicitado fenômeno em face da sua instabilidade semântica, como também torna imperioso
22

que seja reflexo à questão a nova carga valorativa da liberdade de expressão no texto constitucional como subproduto das cognições do Supremo acerca das Fake News, bem como o impacto desta reconstituição ao Estado Democrático de Direito como um todo.
Para tanto, importa contrastar, a existência de uma posição preteritamente consolidada pelo Supremo, anterior às eleições de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão possui posição preferencial relativa na arquitetura constitucional e que, mais, a sua restrição depende de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo. Isto feito, se observará seguidamente a existência de uma transmutação valorativa do livre pensamento na cognição judiciária, por sua vez marcada por fenômenos concorrentes e decorrentes das eleições de 2018, em que o proselitismo ideológico e as Fake News fundiram-se como modus operandi único de populismo digital.
Assim esclarecido, como exemplo inicial da primeira via de análise supracitada, pode-se utilizar a própria ADPF n° 130, já sucintamente destacada neste estudo, em que a Suprema Corte pátria decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988. Na fundamentação da decisão, o STF sinonimizou a liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que, segundo a Corte, é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548).
Ademais, no que tange a consagração dos art. 5°, IV e IX e art. 220 da Constituição, argumentou categoricamente o Supremo na ADPF n° 130 que não há liberdade de imprensa pela metade ou praticada em face das tenazes da censura prévia, sob pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Nesse cerne, silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como esta, na visão do STF, recusar a qualificação do referido território virtual como ambiente livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação, este, por sua vez, um notório ?sobredireito? na égide constitucional. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548 e 549).
Já no âmbito da ADPF n° 187, o Supremo, ao referendar a constitucionalidade da denominada ?marcha da maconha?, vedando a sua criminalização enquanto suposta apologia ao crime, afirmou que tratativas de limitação ao direito de livre expressão e reunião devem passar, necessariamente, pelo crivo da sua constitucionalidade, levando em consideração, sobretudo, que o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à liberdade de expressão (liberdade-fim), desde que pacíficas e ordeiras, tratam-se de pré-condições necessárias à ativa participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões no âmbito do aparelho
23

do Estado, devendo ser soberano o zelo constitucional em proteger a promoção de atos de proselitismo pela sociedade civil, inclusive em oponibilidade ao exercício do Poder Público e os seus respectivos agentes (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 549 e 550).

Pondo fim a esta apreciação jurisprudencial precedente, merece destaque a decisão paradigmática do STF para o tema em epígrafe no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451 (ADI n° 4451) em que foi declarada inconstitucional, antes das eleições de 2018, lei eleitoral (Lei n° 9.504/1997) que buscava a vedação de sátiras e críticas a candidatos feitas por emissoras de rádio e televisão (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 559 a 561).
Para tanto, importa ressaltar que, em consonância ao que já fora teoricamente deslindado até o momento a respeito do ambiente apropriado para a proliferação das famigeradas Fake News, tratam-se as eleições ali regulamentadas de notório contexto sensível.
Isto dito, a Suprema Corte, em sua marcante cognição, considerou errônea a opção do legislador em colocar a lisura do pleito eleitoral como hierarquicamente superior às liberdades de expressão, incluindo a liberdade artística, de modo a atingir inclusive o núcleo essencial das referidas liberdades, desrespeitando a sua posição preferencial no texto constitucional, que subsiste por motivos histórico-civilizacionais, sendo, ademais, fundamental para o exercício de outras liberdades e, sobretudo, para o pleno exercício da democracia.
No âmbito deste entendimento da Corte, merece ainda destaque o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes que consignou voto no sentido de que não há permissão a ser deduzida do texto constitucional com o fulcro de limitar preventivamente o conteúdo do debate público por conta de conjecturas em torno de eventuais efeitos que a divulgação de determinados conteúdos possa vir a ter na esfera pública (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Ademais, delimitando a possibilidade material de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão, afirmou o Ministro que a liberdade de crítica deve ser plena e irrestrita, não havendo razão para que as práticas dela decorrentes sejam interrompidas no período eleitoral, até mesmo pelo fato de que eventuais abusos serão sempre passíveis de eventual responsabilização cível ou mesmo criminal por terem cunho injurioso, difamatório ou mesmo configurarem calúnia. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Em sentido confluente, entendeu o então Ministro e decano da Corte Celso de Mello: ?nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento? (BRASIL, 2018, p. 18).
24

Ao tratar especificamente das Fake News, o Ministro Luís Fux fundamentou, por seu turno, que a questão adquiriu um espaço maior, para quem a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, de modo a frisar a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão, que abarca a veiculação de opiniões e crítica e o falseamento doloso da verdade que causa danos graves e irreversíveis às suas vítimas. Para tanto, o Ministro, em sua cognição, não se desincumbiu de definir as especificidades do falseamento da verdade nos parâmetros das Fake News e nem mesmo adentrou no terreno valorativo do que seria a verdade no âmbito do debate político (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 564 apud BRASIL, 2018, p. 63 a 73).
Dessa forma, na multicitada decisão paradigmática, fora estabelecida pela Corte, assim como em outras oportunidades, a cognição de que há uma relação de retroalimentação entre a liberdade de expressão e a democracia, da qual a intervenção judicial só pode ser benigna se for

absolutamente subsidiária e fulcrada nos limites impostos pela própria Constituição.
Por outro lado, o STF, apesar de deslindar passageiramente acerca da hipótese de incidência das Fake News como abuso de direito à liberdade de expressão, sobretudo no processo eleitoral, não fora capaz, nesta decisão, de definir as suas lacunas de regulação, deixando ainda em aberto o seu alcance semântico, o que torna imperiosa, para os fins do presente trabalho, a análise de decisões atualíssimas da própria Corte arrastadas pela eclosão definitiva do fenômeno das Fake News após as eleições de 2018, marco temporal que fez com que a iniciativa de controle do Poder Judiciário se tornasse indispensável, mesmo que inequivocamente problemática.
Inicialmente, merece destaque a decisão do Supremo no bojo do Recurso Extraordinário n° 1075412 com definição de tese de repercussão geral, Tema n° 995. Nela, a Corte definiu parâmetros para a responsabilização de veículos midiáticos sobre falas dos seus entrevistados que atribuam falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sendo elas: I) se à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; II) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
Na decisão, o fundamento da tese fixada fora que, apesar da vedação constitucional à censura prévia, é admissível ao Poder Judiciário a possibilidade posterior de análise e responsabilização das empresas jornalísticas, inclusive mediante remoção de conteúdos por informações atentatórias aos direitos da personalidade, visto que salvaguardam um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas e externas (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
25

A decisão, nesse diapasão, merece destaque ao contrariar os atos investigativo e especulativo próprios do jornalismo, sobretudo pelo fato de que um jornalista não tem como saber o que será dito pelo entrevistado, sendo este, aliás, a razão da entrevista. Como exemplo, a entrevista dada por Roberto Jefferson no ano de 2005 que, posteriormente, gerou o famigerado caso do Mensalão, caso fosse dada na égide desta decisão do STF, teria sido tolhida e punida, ante ausência de comprovação, até aquele momento, das afirmações do então deputado federal.
Por outro lado, merecem atenção as consequências do Tema n° 995, no que se diz respeito a possiblidade iminente de que as mídias sociais e, especialmente os veículos de comunicação, passem a realizar autocensura sob temor de responsabilização posterior da tutela jurisdicional, tornando impossível à plena atividade jornalística, o que, inclusive, fere a cognição do próprio Supremo no bojo da ADPF n° 130, além do próprio Marco Civil da Internet. Tal cenário, aliás, fora perfeitamente apontado pelo então Ministro e Relator do caso, Marco Aurélio Mello que, vencido, afirmou o seguinte:
Parafraseando Voltaire, pode-se discordar do que é divulgado, mas não se pode limitar o direito de divulgar. Responsabilizar a imprensa não é a forma ideal de combate à divulgação de entrevista, ainda que inadequado o que dito pelo entrevistado. O Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho à censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer a análise, formando as próprias conclusões. Somente é possível chegar-se a uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas em discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, 2020, p. 2).

Portanto, já no âmbito do Tema n° 995 se observa a tentativa do Supremo Tribunal Federal de coibir a disseminação das fake News, incorrendo para isso, no entanto, no comprometimento da liberdade de imprensa e informação que, enquanto consectários da liberdade de expressão, deveriam obter preferência na arquitetura constitucional brasileira.
Mais, a tentativa de coibição do STF revela a própria instabilidade semântica das Fake News, visto que, do ponto de vista jurisdicional, em que a sobrevivência do debate público é prioritária, não há como o Poder Judiciário consolidar para si a verdade real sem sentença transitada em julgado, tendo que se valer da subjetividade de cada juiz ou ainda editor que, temendo represálias posteriores, evitará a publicação de determinada entrevista.
Dando seguimento à presente análise, merece igual apontamento a decisão, desta vez do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no âmbito da Representação Eleitoral n° 0601372-57 do ano de 2022. Naquela oportunidade, sob a premissa de causar ?desordem informacional?, o Tribunal Eleitoral decidiu pela liminar remoção de um vídeo de 2017 do canal de entretenimento denominado como ?Brasil Paralelo? em que eram apontados os escândalos políticos ocorrentes
26

durante o Governo Lula (2003-2010), sem citar necessariamente a participação e/ou anuência do até então presidenciável nestes mesmos esquemas.
O Ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, ao trazer a referida premissa à égide do julgamento enquanto fundamento principal do seu voto, destacou que, apesar dos fatos narrados no vídeo removido serem verdadeiros, haveria neles uma ambiguidade dolosa que poderia levar os eleitores, naquele contexto sensível de eleições, a uma conclusão falsa do todo narrado, isto é a possível associação do à época presidenciável Luís Inácio Lula da Silva à esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro ocorridos durante as suas administrações pretéritas (BRASIL, 2022, n.p).
Em outras palavras, de acordo com a cognição do Ministro, a qual fora acompanhada majoritariamente pelos seus pares, o vídeo do Brasil Paralelo, mesmo que verossímil à realidade no que tange à observação dos fatos, estaria imbuído de desordem informacional, tendo, assim, a potencialidade, naquele cenário contingente, de prejudicar a autodeterminação coletiva do eleitorado comum que, por sua vez, não teria a capacidade de discernir os fatos reais da narrativa descontextualizada presente no vídeo (BRASIL, 2022, n.p).
Acerca desta decisão do TSE se observa, prima facie, a adoção da modalidade de desinformação ?mal-information? já apresentada neste estudo, em que a premissa informacional é verdadeira, mas a sua motivação extrínseca atenta danosamente os direitos da personalidade do seu alvo, gerando desordem informacional sobre este. Nessa esteira, merece ressalva o fato de que estaria o TSE desviando-se dos limites impostos pela Constituição ao livre pensamento mediante conceito que ao menos reflete às bases gerais da ciência jurídica, fazendo parte, em verdade, de um ramo do estudo sociológico ainda inconclusivo ante a própria intercorrência temporal do fenômeno das Fake News (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 540 e 541).
Nesse âmbito, se reluz a imprescindibilidade do princípio constitucional da legalidade previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna Brasileira, ao evocar, em homenagem à previsibilidade e à estabilidade das normas e decisões judiciais, a inexistência de crime sem

lei anterior que a defina, nem de pena respectiva sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).
Por outro lado, apesar do abarcamento teórico que envolve a desordem informacional esclarecer as maledicências da ambiguidade dolosa atrelada ao aspecto narrativo da informação, não insurge da mesma teoria a ideia de que o controle ou ainda a presunção de adequação do senso intelectivo da sociedade civil pelo Poder Judiciário seja o remédio proporcional ao fenômeno.
27

Desta forma, deve restar preferível, partindo de um cenário ideal de menor intervenção possível da tutela jurisdicional no que tange ao debate público, que a vontade livre dos cidadãos, sobretudo em período eleitoral, se perfaça do seu mais desentranhado autoconvencimento, o que, na égide da internet, apresenta possibilidade concreta se observado a profusão de informações de diferentes fontes e vieses dispostas imediatamente aos seus usuários, não sendo razoável, para tanto, a restritividade externa desse movimento, sob pena de que surtam os efeitos contrários à pretensão judicial.
Findando a presente análise, portanto, imperioso conferir a existência de notável atipicidade valorativa que vem sendo prestada pelo Judiciário, em especial a sua Maior Corte Judicante, ao direito fundamental à liberdade de expressão, ao alargar a seara de limitação do seu exercício, o que significa, por inferência lógica, a predominância de elementos restritivos estranhos ? e ausentes de definição semântica ? ao livre pensamento e sua respectiva circulação, para além daqueles taxativamente definidos na Carga Magna pátria, os quais, como já visto, fornecem preferência relativa e concreta ao livre pensamento em nossa arquitetura constitucional.
Outrossim, por serem as Fake News um fenômeno de incidência internacional, faz-se ilustrativo tecer ainda, com vistas a estabelecer contrastes mais aprofundados acerca da atipicidade acima apontada, breves comparativos entre o enfrentamento ao multicitado fenômeno na jurisprudência brasileira e na americana que, especificamente, possui semelhante circunstância de eclosão em face das eleições de 2016 que elegeram o presidente Donald J. Trump.

4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado
De acordo com o doutrinador brasileiro Paulo Dourado de Gusmão, o direito comparado, enquanto método de espelhamento de legislações e jurisprudências de países diferentes, pode, quando atrelado ao ramo da sociologia jurídica, demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos, realizando, em última instância, a indicação dos fatores sociais das transformações jurídicas e a respectiva resultante destas mesmas transformações no âmbito da sociedade civil de cada país, sem que, para isso, recaia no equívoco da universalização dos sistema jurídicos (GUSMÃO, 1973, p. 18 e 19).
E é nesse âmbito que se concentra a finalidade deste tópico, no passo em que serão trazidos, como efeito comparativo, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos que
28

demonstrem o seu comportamento jurisdicional diante do corrente fenômeno das Fake News,

destacando ainda o grau de relativização valorativa do direito à liberdade de expressão pelo judiciário estadunidense frente do fenômeno mencionado e respeitando, sobretudo, as suas particularidades constitucionais.
Antes, importa destacar, para fins de contextualização, que a partir das eleições do ano de 2016 que consagrou o candidato outsider Donald J. Trump como o 45.º presidente dos Estados Unidos, eclodiu na política americana a existência das Fake News como potencial modus operandi de vantagem político-social, sobretudo para descredibilização de instituições tradicionais, como a grande mídia, com fins à corroboração de proselitismos ideológicos, assim como para a inflamação da polarização no ambiente político estadunidense, este já essencialmente bipartidarista e, portanto, suscetível a circunstâncias sectaristas. Acerca deste fenômeno, denominaram ainda Bernadini e Vieira Costa (2020, p. 388 e 389) como o momento de fundação da era da pós-verdade, senão vejamos:
O Dicionário Oxford definiu o termo pós-verdade como a palavra do ano de 2016, pós-eleições de Trump nos Estados Unidos, o que reacendeu os estudos do impacto das fake news na democracia eleitoral. Assim, caracterizou a pós-verdade como ?relativa a circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais?. O fenômeno da pós-verdade e das fake news está intrinsecamente ligado a uma refutação da ciência e uma aceitação de discursos inflamados por preconceitos, intolerâncias e táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da sociedade civil e da opinião pública, lançando mão de manobras populistas e extremistas.

Para tanto, o comportamento da tutela jurisdicional americana frente ao discorrido fenômeno, apesar de declarada preocupação, caminhou para uma proteção mais categórica da liberdade de expressão, demonstrando, em última análise, a efetividade do seu sistema de precedentes que insistentemente sobrepõe as diretrizes da Primeira Emenda em face da tentativa, por qualquer autoridade constituída, de restrição de determinados conteúdos.
Em linhas mais específicas, na jurisprudência americana, consagrada pela verticalidade cognitiva da sua Suprema Corte no caso ?Brandenburg v. Ohio?, para que haja a restrição do direito à liberdade de expressão é necessário que o elemento central da fala ou escrito a ser censurado se desemboque no denominado ?Imminent Lawless action? que, por sua vez, significa a presença de uma clara incitação à violência (Fighting words) ou iminente ação ilegal, independente do conteúdo em si das palavras proferidas, as quais não deve a tutela jurisdicional impor qualquer juízo de valor (ROSA, 2021, p. 26 a 28). Para bem corroborar o referido, vejamos trecho da cognição proferida pela Suprema Corte americana no caso ?Brandenburg v. Ohio?:
29

The Court's Per Curiam opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure

to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution 3

Tal cognição, portanto, visa privilegiar a perspectiva de que os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com o próprio fomento do livre pensamento, uma vez que, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade ? e não ao Estado ? fazer juízo de valor sobre quais ideias irão granjear a sua simpatia (ROSA, 2021, p. 28).
Em vista disso, no ano de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso ?United States vs. Stevens? (2010)4, em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que editava vídeos em redes sociais de combates entre cães da raça pitbull, foi condenado por uma lei do Estado da Pensilvânia por ?vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial?.
Valendo-se da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade, a Corte Americana declarou, naquela ocasião, a incompatibilidade da lei estadual em face da Primeira Emenda por exigir a legislação que determinada categoria do discurso devesse passar por uma análise de seu valor axiológico em face dos custos sociais que potencialmente imporia à sociedade.
Atendendo a uma perspectiva antinômica da liberdade de expressão, no entanto, argumentou a Corte que os benefícios das restrições ao Governo pelo livre pensamento superam os seus potenciais prejuízos à sociedade (ROSA, 2021, p. 33 e 34).
Adentrando finalmente no contexto deslindado na introdução deste tópico, cabe destaque a recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso ?Gonzalez v Google? 5no ano de 2023 em que a parte autora requeria a responsabilização da empresa Google pela não restrição de conteúdos em sua plataforma ligados ao Estado Islâmico, sendo esta inação supostamente influenciadora da morte de Nohemi Gonzalez, uma cidadã americana, pelo grupo terrorista, no ano de 2015 (ROSA, 2021, p. 36).

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Brandenburg v. Ohio?. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 31 de maio de 2024.
4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)?. A íntegra do caso está
disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>. Acesso em 31 de maio de 2024.
5 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Gonzalez v Google?. Disponível em <www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2024.
30

Na oportunidade, apesar de compreender a especificidade danosa do caso nos termos da Fighting words, decidiu a Suprema Corte pela não responsabilização da Google, tendo em vista que cognição em contrário originaria um efeito cascata de ações judiciais cujo objeto seria terceirização da responsabilidade dos usuários para o meios comunicativos dos quais eles utilizam ? incluindo nestes as próprias redes sociais ? independentemente de aferição do nexo de incentivo à violência por parte das empresas (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
Nessa senda, decidiu a Suprema Corte pela apreciação da Seção 230 da Lei de Decência

nas Comunicações (Communications Decency Act) que garante, desde 1996, que provedores de serviços de internet desfrutem de imunidade legal pelo conteúdo proferido pelos seus usuários, impedindo, sobretudo, mecanismos de autocensura feitas por estas empresas como forma de evitar potenciais prejuízos judiciais (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
No caso deslindado, já se observa, uma diferença entre a cognição dos supremos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos, visto que o primeiro optou, no bojo do Tema n° 995, pela atribuição de verificação da verdade e da danosidade de falas de entrevistados aos veículos de comunicação que realizassem as entrevistas, terceirizando indiretamente a tutela de censura de conteúdos a empresas privadas e, mais, proferindo juízo de valor sobre o que pode ou não ser veiculado em face dos direitos da personalidade.
A Suprema Corte Americana, por sua vez, homenageando a Primeira Emenda da sua Constituição em detrimento do seu próprio poder jurisdicional, ressaltou a obrigação das plataformas digitais de remover propaganda terrorista, não opinando, no entanto, pela sua consecutiva responsabilização em face da casual disseminação de conteúdos desta natureza, para que se evite, em última análise, um ambiente de promoção de ideias cerceado por iminentes instrumentos impostos de autocensura.
Por fim deste exame comparativo, entretanto, merece destaque a cognição da Corte Suprema Americana no bojo do caso ?NetChoice v. Paxton? 6cujo objeto fora, em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da House Bill 20, Lei do Texas que tinha como finalidade a proibição de que empresas de mídia social com 50 milhões ou mais de usuários pudessem restringir postagens com base em pontos de vista acerca de veracidade ou viés, exigindo ainda que as plataformas divulgassem publicamente informações sobre como e quando moderam o conteúdo e criassem processos para que os usuários pudessem contestar decisões editoriais específicas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
31

No fundamento da sua decisão, a Corte curiosamente pugnou pela preservação de mais de 70 anos de jurisprudências em torno da operacionalidade da Primeira Emenda, isto porque a referida, na medida em que protege a liberdade de expressão e a livre associação enquanto direitos fundamentais, tutela também o livre exercício de julgamento editorial, sobretudo se levado em consideração a tendência constitucional americana de prestar autonomia às relações contratuais na égide das propriedades privadas, tais como as próprias empresas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).
Ademais, segundo o Tribunal, no passo em que a Primeira Emenda restringe o direito de interferência do Estado ao livre exercício do pensamento, nisto também se inclui o direito dos entes federados de promover a ampliação do discurso a um certo fragmento de usuários em face do viés do seu discurso ou de suposta desvantagem nos ambientes das mídias sociais que, supostamente, tenham uma posição dominante contrária (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 12 e 13).
Dessa forma, apesar do Estado do Texas afirmar que os requisitos de restrição servem ao interesse de garantir que o público tenha acesso a diversos fontes de informação, não há,

segundo a Corte, direito válido de modular o viés editorial das plataformas por interesses no próprio conteúdo veiculado, sob pena de não refletir o escrutínio da Primeira Emenda que exige a neutralidade do Estado nesta questão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 13 e 14).
A jurisprudência do TSE, por sua vez, no bojo Representação Eleitoral n° 0601372-57, com vistas a sanar potencial desordem informacional, retirou a autoridade editorial da plataforma Brasil Paralelo sobre conteúdo verdadeiro, arrastando para si o dever de definir quais informações e quais vieses narrativos comprometem ou não a capacidade de autoconvencimento da sociedade civil. Nesse cerne, ao contrário da Suprema Corte Americana, o Tribunal Eleitoral Brasileiro opta pela deslegitimação da soberania editorial dos provedores das redes sociais, agindo como filtro de veracidade e propensão narrativa.
Em face do todo aqui exposto, observa-se, portanto, como produto do presente juízo comparado, evidentes diferenças entre as preocupações e o modus operandi para a coibição das Fake News na jurisprudência americana e brasileira, visto que enquanto a primeira vem privilegiando a estabilidade do direito à liberdade de expressão numa conduta de não-intervenção, a segunda apresenta uma preocupação sistemática a respeito do referido fenômeno, de modo a buscar o seu enquadramento semântico como forma de reconstituir a valoração da liberdade de expressão na sua arquitetura constitucional, caminho este que merece reflexões jurídicas indispensáveis, como se verá a seguir.
32

4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL

Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, em seu ensaio ?A Verdade e a Política?, para a mais justa compreensão da realidade, bem como para que se evitem nuances indeterminadas entre aquilo que é ficto e palpável, é necessário, sobretudo, consolidar conceitual e semanticamente aquilo que se obtém como verdade (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
Para tanto, segundo a filósofa, coexistem dois tipos de verdade: a verdade real e a verdade factual. A primeira decorre do conteúdo autoevidente da matemática e da filosofia, apresentando caráter despótico e coercitivo, pois, enquanto produto da mera percepção daquilo que é incontroverso, impede que o debate entre os homens ocorra, o que poderia acabar por constituir versões a respeito da mesma obviedade (ARAÚJO, 2023, p. 5 e 6).
Por outro lado, a verdade factual, a qual nos interessa especialmente, é própria do mundo dos homens e da política, no passo em que o seu desenvolvimento ocorre através da comunicação e da experiência de muitos, fazendo com que fatos e opiniões, embora distintos, constituam o mesmo universo: o domínio público. Em outras palavras, a textura do domínio público e sua verdade inerente são constituídas por fatos e eventos, formando verdades contingentes, cuja disjunção lógica faz com que seu oposto seja plausível, mediante necessária interpretação (ARENDT, 2016 p. 225).
Contudo, a própria filósofa destaca que a instabilidade da verdade factual não pode, em hipótese alguma, submeter-se a perspectiva nietzschiana da verdade como fruto meramente decorrente da interpretação de alguém sobre determinada situação, o que acabaria por arrastar a verdade e os fatos objetivos para o precipício da falsidade deliberada. Em verdade, quando há

de se entender a proeminência da verdade factual no debate público deve-se, prioritariamente considerar a comunicabilidade política por excelência, na qual os fatos em si não estão em disputa, mas os juízos de valor dele decorrentes legitimam o pressuposto da pluralidade e, por consequência, possibilitam o autoconvencimento dos homens (PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 97 e 98; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
E é nessa esteira que surge a noção elucidativa do ?mercado livre de ideias?, concebida pelo célebre juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr, na qual a propagação livre de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, habilitando-os a identificar a verdade factual, rejeitar a mentira
33

contraproducente e produzir e propagar conhecimentos orientadores (POST, 2000, p. 235 e 236).
Para tanto, destaca Holmes Jr que, mesmo na proeminência da livre circulação de ideias, na qual a verdade factual surge como principal objeto desejado, podem haver demais princípios que, por sua vez, regulem os casos em que a manifestação de pensamento represente perigo evidente e capaz de produzir males gravíssimos (POST, 2000, p. 236).
Contemplando tal perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, através da inteligência dos seu art. art. 5º (incisos IV, IX e XIV) e art. 220, assegurou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que não exercidas em abusividade e se confluentes, na medida da sua prevalência relativa, com a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez disposto no art. 5º, inc. X.
Dessa forma, recaindo sobre a interpretação constitucional da colisão dos direitos fundamentais, decidiu o constituinte originário que, na extensão fisiológica do seu exercício, obteria o livre pensamento e os seus consectários preferência apriorística em relação aos demais direitos tutelados no texto constitucional, cuja declinação dependeria de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo, critérios estes produzidos como forma de proteção categórica ao aspecto essencialmente democrático do multicitado instituto. (BARROSO, 2005, p. 103; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Arrastando esta questão para o plano de fundo das Fake News, foco do presente trabalho, observa-se, em outro viés analítico, que a proliferação sistemática da distorção da verdade vem, na égide das redes sociais, gerando fenômenos de sequestro da razão, ao colocar nichos da sociedade civil em um círculo vicioso de engano e proposital sectarismo, tudo isto fomentado pela dinâmica acelerada e incalculavelmente expansiva da internet.
Por outro lado, há de se considerar, de igual modo, que deve-se também aos provedores de serviço de internet, na qual proliferam-se as Fake News, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a livre circulação de notícias, ideias, análises, sátiras e demais manifestações não mais dependem do fulcro intermediador dos veículos de comunicação até então predominantes ? como as grandes redes de televisão ? impondo ao poder estatal e os seus representantes uma relação cada vez mais direta com os seus representados (DIMOLIUS; MARTINS, 2006, p. 274).
Essa nova configuração da dinâmica político-social, por seu turno, homenageia os vínculos mais precípuos da democracia, tendo em vista que a possibilidade dos cidadãos de

34

fiscalizarem e se oporem diretamente aos atos do Poder Público reforça o conteúdo negativo da liberdade de expressão, cuja finalidade precípua é gerar uma comunicabilidade antinômica entre a estrutura estatal e o seu agente constituinte, limitando a possibilidade de arbitrariedades deste primeiro (BARROSO, 2004, p. 19 e 20).
Daí surge, nos dizeres de Machado (2007, p. 473 e 474), a seara objetiva do livre pensamento, este conectado ao seu exercício funcional, qual seja a sua capacidade de prover o desenvolvimento contínuo da opinião pública e do engajamento da participação política, elementos indispensáveis em um país que, do ponto de vista historicista, constituiu a sua atual Carta Magna em resposta popular à mais de 20 anos de cerceamento das liberdades políticas e (trans)individuais.
Nessa seara, merece destaque o fato de que a democratização do acesso à internet e de todo o fluxo informacional que nela se processa, ? na qual ocorre uma intervenção ativa por parte de indivíduos e grupos que não integram órgãos da mídia convencional ? vem levando o debate público a uma intensa e irreversível descentralização informacional, minando ainda, em última análise, o predomínio de determinados setores da comunicação em relação ao discurso, bem como em relação a seleção de determinadas informações mais ou menos relevantes de acordo com a aptidão editorial (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 566 apud WAACK, 2018, p. 124).
Deste mesmo fenômeno corrente, por outro lado, insurge a ausência de acuracidade das informações porventura disseminadas. Do ponto de vista da razoabilidade, no entanto, é notório que este aspecto negativo deve-se lidar, sobremodo, com (re)orientação cultural, tendo em vista que não é materialmente possível cobrar de todo cidadão a avaliação crítica profunda relativa a cada informação acessada, em razão da larga desigualdade em termos de capacidade informacional no Brasil, esta historicamente intensificada pela dependência dos grandes veículos de mídia (BALEM, 2017, p. 5).
Em razão de todo exposto, merece reflexão, prima facie, a cada mais vez dificultosa atividade jurisdicional de manter a higidez do binômio liberdade de expressão/democracia sem recair na sua consecutiva reconstituição, em razão do atualíssimo perigo resultante da manipulação virtual deliberada por pessoas ou grupos de interesse, imbuídos por ideologias nebulosas que, quase sempre, refletem a nostalgia de indesejados períodos do passado nacional.
Por outro lado, para defender alegadamente uma ideia imaterial de democracia, não é desejável que o Poder Judiciário, sobretudo a sua Suprema Corte, combata o deslindado fenômeno, fazendo-se valer, para tanto, da restrição do alcance normativo da liberdade de
35

expressão através de conceito ? in casu, as Fake News ? que, além de não refletir as diretrizes gerais da sua Constituição, ? quiçá das ciências jurídicas gerais ? obtém profunda plasticidade semântica, fato este que submeterá a cognição jurisdicional brasileira, inevitavelmente, a um labirinto de completa indeterminação.
Nesse sentido, valiosas são as lições de Oliveira (2009, p. 95 e 96) ao dizer, subsidiado nas noções de Ronald Dworkin, que o fenômeno da indeterminação linguística no Direito faz com que as decisões judiciais obtenham imprevisível discricionariedade, comprometendo a

estabilidade e coerência exigíveis ao neoconstitucionalismo. Do contrário, sob o manto de certeza do Direito, se tornam aplicáveis as normas igualitariamente a todos e, individualmente, se torna possível a atribuição da justiça imprescindível à liberdade civil, no passo em que se faz garantida uma relativa previsibilidade jurisdicional frente aos ditamos da sua carta constitucional respectiva.

Reforçando este questionamento, necessário se levar em consideração que a restrição à liberdade de expressão perpassa, na coibição jurisdicional direcionada às Fake News, pela necessidade de que os órgãos sancionatórios realizem juízo de valor acerca do que é dito ou disseminado. Nesse caso, por se tratarem as Fake News não apenas de veracidade, mas de narrativa includente, há uma dificuldade que pareia o seu enfrentamento figurado na capacidade casuística dos tribunais em distinguir o polêmico do falso, o que diz respeito não apenas ao problema de como e em que medida se desemboca uma maior ou menor capacidade crítica dos indivíduos, mas também se deve à própria natureza disjuntiva da verdade factual, na qual, inclusive, permite-se um juízo íntimo de retratação (ARENDT, 2016, p. 231 e 232).

Esta problemática, aliás, já obtém, como visto, precedente nas decisões do TSE que, na égide da Representação Eleitoral n° 0601372-57, teve que utilizar-se de notável discricionariedade linguística como recurso valorativo para conter uma narrativa polêmica, mas palpável, acerca de fatos verossímeis, sob a premissa de incorrer essa em suposta desordem informacional.

Portanto, em qualquer perspectiva, seja pela possibilidade material de conter o discurso pelo valor das suas premissas ou, ainda, pela proeminência do seu poder de ressonância, estará a tutela jurisdicional defrontando-se com o brocardo jurídico ?Ad impossibilia nemo tenetur? que expõe ao Poder Judiciário a conformação das suas possiblidades de regulamentação, sob pena de gerar precedentes de instabilidade mais gravosos que a problemática a qual se pugnou confrontar (LEFEBVRE D?OVIDIO; 2020, p. 120).

36

Para sedimentar as presentes reflexões, portanto, sabe-se que as Fake News, por sua estrutura inaugural no tecido da sociedade tenderão a gerar, em algum momento, a reconstituição axiológica da liberdade de expressão pela via legal, o que cumprirá, naturalmente, o ciclo de (re)modelação dos direitos fundamentais sob a égide das matrizes jurídicas temporal e espacialmente dinâmicas.

Contudo, havendo ainda lacuna legislativa para tal reconstituição, a iminente ideia da restrição ao livre pensamento figurada no seu conteúdo, ao invés da sua rígida prefiguração constitucional, como vem pretendendo o Judiciário Brasileiro, remete, em verdade, à necessidade de que se reforce a contínua vigilância em relação aos perigos da formação de uma ordem orwelliana 7pelo Estado que determinaria o que é verdade e o que não é ? inclusive sobre si mesmo ? baseando-se em pressupostos analiticamente indeterminados, o que impedirá, em última análise, a circulação de discursos dissidentes, fazendo-se assumir ainda ao poder estatal a feição de uma nova forma de dominação, esta fulcrada no sequestro do debate público e, portanto, da busca pela verdade factual em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, sob a ótica propedêutica-constitucional,

as necessárias reflexões jurídicas atinentes à regulação das Fake News diante do fundamento da liberdade de expressão, direito fundamental encravado no texto constitucional brasileiro.
Para tanto, tendo em vista a ausência de legislação específica que sedimentasse o cerco normativo do presente estudo, teve que se recorrer ao que há de mais profuso, em termos de jurisprudência ? inclusive internacional ? acerca desta inaugural colisão entre ?fato novo? e ?direito?. Não apenas isto, o presente trabalho comprometeu-se cabalmente em circunstanciar a necessidade de prefiguração da liberdade de expressão não apenas no campo jurídico, mas na esteira da sua imprescindibilidade política, cuja democracia se funda.
Nesse cerne, imperioso se faz concluir, não havendo ressalvas quanto a possibilidade de regulação legislativa das Fake News, que a conformação da coibição deste fenômeno, por hora, pelo poder jurisdicional, esta indiscutivelmente ameaçadora ao livre escoamento do debate público, perpassa, fundamentalmente, pela obtenção da liberdade de expressão como núcleo

7 Na ordem orwelliana, preconizada pelo escritor inglês George Orwell na sua obra distópica ?1984?, o poder
estatal age como um mecanismo de falsificação do passado e do presente, no passo em que desvirtualiza a
capacidade de expressão dos seus dissidentes, transformando o discurso em um produto monopolístico e inescapável do Estado, este denominado como ?Ministério da Verdade?.
37

essencial passível de preferência à cognição judiciária. Em outras palavras, para que sejam devidamente reguladas as Fake News deve-se, prima facie, conceber os limites materiais desta atividade, com vistas à proteção do alcance axiológico do livre pensamento, este fundamental às instituições democráticas e ao, mesmo tempo, historicamente frágil e de onerosa (re)conquista.
Mais do que isso, faz-se necessário compreender, em certo grau e sob certa égide normativa, a presunção caótica do debate público que, quase nunca, entregará pacificamente os desdobramentos do seu desenvolvimento, de modo que as suas inflamadas disjunções, naquilo que for possível, devem ser prestadas à sociedade civil como parte do processo autorregulatório da democracia, eximindo, naquilo que for possível, a intervenção do judiciário que, em face da sua matriz centralizadora, tenderá, em algum momento, pela preterição de determinada corrente aparentemente mais nociva, mas não necessariamente ilegal, prejudicando, em última análise, a obtenção da verdade factual e do autoconvencimento coletivo em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista De Direito Administrativo, 217, 67?79. 1999.
ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.
ARAÚJO, Leonardo Aires. A distinção entre a verdade filosófica e a verdade factual, na ótica arendtiana. Revista Ponto de Vista, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 01?08, 2023. DOI: 10.47328/rpv.v12i2.16444.

ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. 8ªed.São Paulo: Perspectiva, 2016.
BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das fake news e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democrática. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, 8-10, nov. 2017.
BARROSO, Luís Roberto. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./Mar. 2004.
BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade ? Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
38

BECKER, Daniel; FILHO, Humberto Chiesi; BRETZ, Luiza Pontes de Miranda. Gonzalez v. Google e Twitter v. Taamneh: lições da Scotus sobre responsabilizar plataformas. Conjur. 2023. Acesso em: 31.05.2024.
BERNARDINI, Ana Júlia Bonzanini; VIEIRA COSTA, Andressa Liegi. POPULISMO E FAKE NEWS NA ERA DA PÓS-VERDADE: COMPARAÇÕES ENTRE ESTADOS UNIDOS, HUNGRIA E BRASIL. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 28 | p. 385-412 | jan./jun. 2020 | E-ISSN 2359-2419
BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. ? Nova ed. ? Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.
BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891.
BRASIL. Constituição (1934) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.
BRASIL. Constituição (1937) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.
BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.
BRASIL. Constituição (1967) Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República [1988].
BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. BRASIL: Brasília, DF.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno,

j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, Voto. Min. Rel. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
39

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repr 0601372-57, Voto. Min. Ricardo Lewandowski. j. 13.10.2022.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2006.
DUQUE, M. S., & Nascimento, I. M. A. do. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 4(2), 949?968. 2018.
DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 2005.
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. In: Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, nº 17, p.15-19, jan./abr. 1973.
HAVARD LAW SCHOOL. Compelling speech The Supreme Court soon will decide if social media platforms must allow certain kinds of speech on their platforms. By Rachel Reed. United States (USA). 2024.
HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro de Mello Aleixo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LEFEBVRE D?OVIDIO, Francesco. Ad impossibilia nemo tenetur. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder, The Journal of European Economic History, ISSN 2499-8281, Associazione Bancaria Italiana, Roma, Vol. 49, Iss. 2, pp. 117-123
MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MAQUIAVEL, Nicolau. Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
MEIKLEJOHN, Alexander. Free Speech: And its relation to self-government. New York: Harper & Brothers, 1948.
MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, a.31, n° 122 maio/jul. 1994.
40

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009.
PEREIRA DA SILVA, Jorge. ?Fake news? conquistam 2017. O Jornal Económico, 17 novembro 2017.
POST, Robert. ?Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence?, Yale Law School Schlarship, 2000, 2355-2376.
ROSA, Pamela Dourado Kletlinger. O futuro da liberdade de expressão na era digital: moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no bojo do inquérito das fake news. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
SARLET, Ingo Wolfang. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: O CASO DAS ASSIM CHAMADAS ?FAKE NEWS? NAS REDES SOCIAIS EM PERÍODO ELEITORAL NO BRASIL. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e Liberdade de Expressão Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS. SÃO PAULO/SP. 2009.
TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. Defining ?Fake News?, Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 137-153, 2018.
WAACK, William. Fake News: uma visão político-jornalística. in: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.), Fake News e Regulação, São Paulo: RT, 2018.
WARDLE, Claire. Information Disorder. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: Council of Europe, 2017.

==========

Arquivo 1: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Arquivo 2: https://www.thesaurus.com/browse/ignore (682 termos)
Termos comuns: 0
Similaridade: 0,00%
O texto abaixo é o conteúdo do documento TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)
Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.thesaurus.com/browse/ignore (682 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SALVADOR
2024
GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho apresentado à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

SALVADOR
2024

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos
Matteo e Laura, amores do titio.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEGAL REFLECTIONS ON THE NECESSARY CONFORMATION OF THE CONCEPT OF FAKE NEWS IN FRONT OF THE FOUNDATION OF FREEDOM OF EXPRESSION

Guilherme de Magalhães Leal Moreira1
Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO
O presente estudo tem como objetivo tecer necessárias reflexões jurídicas acerca do (re)posicionamento do fundamento constitucional da liberdade de expressão diante do paradigma das Fake News, fenômeno atualíssimo decorrente da nova dinâmica informacional trazida pelas redes virtuais. Para tanto, busca-se prioritariamente investigar a fisiologia da liberdade de expressão no campo (filo)jurídico, bem como na própria arquitetura constitucional brasileira para que, ao fim e ao cabo, seja possível refletir o direito ao livre pensamento e suas ramificações na seara de contingências do plano de fundo das Fake News, especialmente no que tange à (in)determinação linguística e jurídica deste com fins à sua respectiva coibição jurisdicional. Nesse diapasão, tendo em vista a ausência de lei específica que regulamente o multicitado fenômeno, discute-se, do ponto de vista doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, sob quais termos a coibição às Fake News não pode corromper o núcleo essencial da liberdade de expressão, ante a sua imprescindibilidade democrática e inerente capacidade antinômica frente aos indesejados desdobramentos do poder estatal.
Palavras-chave: Liberdade de expressão, Fake News, Jurisprudência, Constituição, Democracia.

ABSTRACT: The present study aims to weave legal reflections on the (re)positioning of the constitutional foundation of freedom of expression in the face of the Fake News paradigm, which appears to be very current as a result of the new informational dynamics brought about by virtual networks. To this end, we seek to primarily investigate the physiology of freedom of expression in the (philo)legal field, as well as in the Brazilian constitutional architecture itself

so that, in the end, it is possible to reflect the right to free thought and its ramifications in the field. of contingencies in the background of Fake News, especially with regard to its linguistic and legal (in)determination with the aim of its respective jurisdictional restraint. In this context, in view of the absence of a specific law that regulates the multi-cited characteristics, it is

1 Discente do curso de Bacharelado em Direito da UCSal ? Universidade Católica do Salvador, em curso da
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do 9° semestre. Email institucional:
guilherme.moreira@ucsal.edu.br
2Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), pós-graduado em Direito
Processual Civil pelo Juspodivm e Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade - PPGEISU/ IHAC/
UFBA.
5

discussed, from a doctrinal and, above all, jurisprudential point of view, under which terms the prohibition against Fake News cannot corrupt the essential core of freedom of expression , given its democratic indispensability and antinomic capacity in the face of unwanted developments of state power.
Keywords: Freedom of expression, Fake News, Jurisprudence, Constitution, Democracy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA. 2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA. 3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL. 3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES. 3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. 3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão. 4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA. 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018. 4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado. 4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade trazer necessárias reflexões jurídicas acerca do justo posicionamento do princípio da liberdade de expressão no plano de fundo do fenômeno

das Fake News. Para tanto, far-se-á necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que fundamenta o conceito e a evolução normativa da liberdade de expressão na contemporaneidade, bem como conceber o que houver de dubiedade a respeito do significado do fenômeno das Fake News e, de igual modo, acerca da sua seara de afetação às democracias pós-modernas.
Nesse cerne, importa preponderar que o instituto da liberdade de expressão origina-se, uma vez ausente de elementos interventores, da mais plena comunicação entre o espírito humano da racionalidade e a sua consecutiva capacidade de perceber os fenômenos, bem como, de interpretá-los e verbalizá-los. Trata-se, portanto, de um dado da realidade espontaneamente percebido que, nas suas mais diversas manifestações, revela a heterogeneidade do senso intelectivo humano, no passo em que dá tom à livre criação de iniciativas políticas, religiosas, ideológicas, artísticas e científicas.
6

Trazendo para uma perspectiva civilizacional, ao anteceder ao conjunto complexo das normas politicamente constituídas, o referido instituto vem sendo imbuído de dificultoso esforço normativo, no transcorrer da história ocidental, para que sua repercussão seja adequadamente suportada em face da necessidade de pacificação social, sobretudo se levado em consideração que a liberdade de expressão é percebida em seus efeitos, ou seja, reformular o seu conteúdo passaria, em última análise, pela necessidade em atingir as suas manifestações.
Por outro lado, sabe-se que as matrizes jurídicas pós-modernas, como a brasileira, são marcadas pela temporalidade das estruturas normativas. Em outras palavras, o sistema normativo contemporâneo, ao ser influenciado pelo binômio ?tempo-espaço?, possui caráter de fluidez em relação aos mais novos produtos das relações intersubjetivas, fazendo com que direitos já consolidados defrontem-se aos acontecimentos e demais direitos a eles supervenientes, gerando uma contínua necessidade de atualização do seu alcance normativo.
Diante disso, tratando-se o fenômeno das Fake News de fato novo e atípico que vem ressignificando o potencial lesivo da liberdade de expressão nas redes sociais para além dos limites já impostos pelos tutelados direitos da personalidade, gerando inaugural atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho tem como objeto central responder o seguinte questionamento: o que é necessário levar em consideração para que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão prepondere sobre a iminente regulamentação jurisdicional do fenômeno das Fake News?
Para tanto, o estudo a ser deslindado no decorrer deste trabalho terá, enquanto principais objetivos, o devido esforço propedêutico de posicionamento histórico-constitucional da liberdade de expressão, bem como da vocação etimológica e jurídica do fenômeno das Fake News, momento em que finalmente se buscará dimensionar o paradigma observado pelo livre pensamento diante do intercorrente fenômeno multicitado e suas variações observáveis no Brasil (e no exterior), analisando, ainda, posteriormente, a necessidade de que, num cenário normativo de necessária conformação entre ?direito x fato novo?, este prefigure sobre aquele.
No aspecto metodológico, por sua vez, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, substanciada em material analítico já publicado, bem como na análise primária de documentação legislativa e jurisprudencial. Além disso, o presente trabalho se baseará no método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo em vista que a relação entre pesquisador e

fenômeno pesquisado se dará em influência mútua, desdobrando-se ainda em hipóteses a serem submetidas ao processo de falseamento.

7

2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA.

A liberdade de expressão, enquanto apanágio da inclinação racional do indivíduo, vem correspondendo, no transitar das experiências civilizacionais ? sobretudo àquelas impelidas pela modernidade ? na possibilidade concreta de ação individual desentranhada, por sua vez, de condições de existência externas. Isso significa dizer que, para além de todos os preceitos formulados pelas convenções humanas e direcionados a finalidades coletivas, o instituto da liberdade de expressão origina-se e conclui-se em si mesmo, de modo que a sua única condição existencial é o próprio senso intelectivo humano (SILVA, 2000, p. 247 e 248).

Transpondo a obtenção da liberdade de expressão como um dado da realidade antecessor a qualquer convencionalidade societária, observa-se, inclusive, no ramo do estudo dos direitos fundamentais, que a liberdade de expressão, assim como as demais liberdades de vocação individual, constituiu o Estado Moderno como meio de subtração do seu poder. Nos dizeres do filósofo italiano Norberto Bobbio (2004), por exemplo, os direitos de liberdade, componentes dos denominados ?direitos de primeira geração? são marcados pelo seu conteúdo negativo, ou seja, acabaram por afetar a fisiologia estatal pré-revolução francesa, evocando o seu não-agir.

Tão relevante é o caráter negativo da liberdade de expressão, aliás, que os seus desdobramentos, como a liberdade de opinião e a própria liberdade de imprensa, servem ao exercício social da cidadania como instrumentos fiscalizatórios supraestatais da atividade política, na medida em que a sua publicidade evoca no seio societário a possibilidade de demandar as suas respectivas expectativas e críticas, gerando uma contínua comunicabilidade antinômica entre o poder estatal e o seu agente constituinte, qual seja a própria sociedade.

Acerca do referido fenômeno, ressalta ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e notório doutrinador Luís Roberto Barroso:

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povoe a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los (BARROSO, 2004, p. 19).

Não à toa, devido a sua potencialidade antinômica, a liberdade de expressão, na visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin, defensor da famigerada teoria constitutiva, deve ser

8

concebida juridicamente por uma visão mais ampla e estável, de modo que se entenda o seu valor por si só. Em linhas mais específicas, enquanto a teoria da verdade criada pelo polímata estadunidense Oliver Wendell Holmes visava filtrar o direito ao livre discurso através do seu conteúdo valorativo, maximizando a verdade como finalidade, a perspectiva de Dworkin recai sobre a autonomia do próprio discurso independente do seu direcionamento, de modo que, segundo o autor, trata-se de um exercício civilizatório impossível numa democracia obter um juízo moral pleno a respeito do bem comum sem que essa atividade se constitua através da participação geral e heterogênea dos seus cidadãos, o que denota, em última análise, a importância dialética da liberdade de expressão para o debate público (POST, 2000, p. 236; DWORKIN, 2005, p. 25).

Dada a sua vocação supraestatal, pode-se provisoriamente concluir, portanto, que a liberdade de expressão, ao derivar de uma ordem conatural da natureza humana, independe de qualquer empenho coletivo-racional de formulação, bastando ao Estado ? sobretudo o Democrático ? admitir a sua relevância em sua ordem jurídica, impondo-lhe limitações provenientes das características teleológicas de cada ordenamento jurídico. Na perspectiva de Dworkin, por exemplo, essa muito influenciada pela filosofia de não-restrição aos direitos fundamentais da Constituição Americana, basta ao Estado, ao lidar juridicamente com a liberdade de expressão, buscar a potencialização da independência moral dos seus cidadãos, senão vejamos:

Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual (DWORKIN, 2005, p. 26).

Em perspectiva diversa, segundo o filósofo britânico Alexander Meiklejohn, existe uma limitação precípua à liberdade de expressão: o seu desserviço à democracia. De modo explicativo, segundo o autor, a liberdade de expressão deve obter conceituação e tutela constitucional, em regra, para proteção de qualquer discurso, principalmente aquele de caráter dissidente. Entretanto, a proteção ao direito não corrobora a automática proteção ao seu abusivo usufruto, de modo que não pode o Estado permitir a dissipação de discursos que a ele tenham vocação autodestrutiva.

Isso significa dizer que se o Estado compromete-se constitucionalmente a promover uma ordem social democrática, não pode ele admitir a existência de discursos no debate político
9

que promovam a destruição dessa finalidade, sob pena de assumir para si uma fisiologia que em algum momento lhe gere uma ruptura (MEIKLEJOHN, 1948, p. 13 a 15).

A perspectiva de Meiklejohn, por esse motivo, conecta-se, de certa forma, à plasticidade não-estática da Constituição Brasileira de 1988 que, apesar de conceber plenamente a liberdade de expressão como direito fundamental, tutela implicitamente a vedação ao discurso de ódio e a apologia ao denominado conjunto de ?discursos antidemocráticos?. Nesse sentido, o jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet afirma que numa interpretação sistemática ? aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um

regime democrático ? a Constituição Brasileira assegurou para a liberdade de expressão uma posição (relativa) preferencial, o que pode ser compreendido como uma preferência prima facie ? mas não absoluta ? que, por sua vez, não obsta o dever do sistema jurídico em garantir a preservação dos demais bem-jurídicos inseridos na sua Carta Magna, como dos direitos da personalidade (SARLET, 2019, p. 1225 e 1226).

Em sentido complementar, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que a garantia constitucional a liberdade de expressão está acompanhada de expressa reserva legal. Isso significa dizer que o exame conceitual da liberdade de expressão em sua justa aplicação pelo Poder Judiciário deve se dar de forma sistemática, de modo a transparecer que a evolução do direito à liberdade de expressão o conduz para a vedação ao conflito entre direitos fundamentais (Grundrechtskollision), levando a sua preferência relativa no ordenamento jurídico, em última análise, ao filtro da dignidade humana, elemento integrante do sistema de valores dos direitos (trans)individuais na Constituição Brasileira (MENDES, 1994, p. 298 a 301).

Dessa forma, observa-se que a busca pela conceituação (filo)jurídica do princípio da liberdade de expressão, ao mesmo tempo que perpassa pelo seu reconhecimento enquanto direito prefigurado às convencionalidades coletivas e prioritário no plano de fundo democrático, não furta-se de um enquadramento na sistemática constitucional, de modo que o seu eixo de limitação, como se verá mais adiante, deva encontrar solidez na garantia de outros direitos individuais, desde que garantida a reserva legal do seu exercício jurisdicional.

2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.

10

Tendo sido bem delineada a seara (filo)jurídica da liberdade de expressão, observa-se que o seu conteúdo enquanto bem-jurídico, assim como a sua desejada aplicação no seio societário perpassam pela indispensável noção de enquadramento do referido instituto na ordenação democrática que o reconhece.

Isto porque, num primeiro momento, a liberdade de expressão aparece como fundamental corolário do sentimento democrático. Nos dizeres de Silva (2009, p. 114) a liberdade da palavra, numa democracia, está voltada para a vida coletiva através da discussão e deliberação de assuntos públicos de bem comum. Nesse cerne, a constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo torna-se, segundo o autor, premissa óbvia ? tomada como um dado ? de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o sistema democrático atingir a sua finalidade política precípua de satisfação da vontade popular.

Tão antiga e consolidada na literatura política é a importância da liberdade de expressão que, em suas obras republicanas, Maquiavel, um autor reflexo de um período não-democrático, já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar no trecho abaixo reproduzido:

Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela

discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 2000, p. 76)

Por outro lado, num segundo momento, a importância de contrastar o princípio da liberdade de expressão com o plano de fundo democrático existente se dá também com vistas a sua seara de aplicação jurídica. De acordo com Sarlet e Siqueira (2020, p. 545 e 546), na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e de informação nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, mas, também, da operacionalização, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de proteção desses direitos, o que, por sua vez, implica a salvaguarda dos direitos políticos e da democracia e suas instituições.
A perspectiva do autor brasileiro, nessa esteira, fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana é o fundamento estruturante de uma democracia, ao passo que a democracia opera como espécie de garantia organizacional e procedimental da dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 86 e 87). Em sentido confluente, pode-se deduzir que a relação entre
11

democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora o aumento do potencial democrático numa sociedade possa muitas vezes significar o aumento da liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão, em seu usufruto abusivo, pode acarretar riscos para a democracia o que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão em última instância de análise (MICHELMAN, 2007, p. 58), o que torna necessário calculado equacionamento.
Na democracia brasileira, destacadamente, o problema do conteúdo e limites da liberdade de expressão somente pode ser enfrentado e equacionado, do ponto de vista jurídico, quando existe um consenso (no sentido de uma opinião e prática majoritária) relativamente ao seu sentido e alcance, o que, por sua vez, remete à querela em torno da posição da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais (SARLET; SIQUEIRA, 2019, p. 549 e 550).
Nesse sentido, conforme observaremos mais detalhadamente no próximo capítulo do presente trabalho, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegure um idêntico status protetivo à privacidade, intimidade, honra e imagem e à liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, levando a uma interpretação sistemática que não dispensa a constitucionalidade da sua limitação pelo Poder Judiciário (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550 e 551).

3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Objetivando o mais justo estabelecimento da formatação do direito à liberdade de expressão no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no plano do Estado Democrático de Direito vigente, faz-se necessário compreender, prioritariamente, a sua história

constitucional, de modo que se possa dimensionar, ao fim deste capítulo, a relevância e extensão do direito à liberdade de expressão diante do binômio espaço-temporal das normas constitucionais pátrias, chegando satisfatoriamente à sua atual fisiologia jurídica, por sua vez fundada na Constituição Cidadã de 1988.
Para tanto, trata-se de dado histórico verificável a ser ressaltado nesta oportunidade que a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro submeteu-se a diversas
12

variações, decorrentes estas, por certo, do momento histórico-social pelo qual a sociedade brasileira passava quando da adoção de cada Carta Constitucional (DOS SANTOS, 2016, p. 108).
Isto dito, a contemplação constitucional do direito à liberdade de expressão teve início com a Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, em que havia, através do art. 179, IV do título ?Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros.?, previsão destacada a respeito da inviolabilidade dos direitos civis de liberdade dos cidadãos brasileiros, fazendo menção expressa ao direito de comunicação de pensamento por palavras e escritos, podendo ainda serem estes últimos publicados pela imprensa, a qual teria a sua atividade garantida sem a dependência de censura (BRASIL, 1824).
Em contrapartida, o próprio dispositivo supramencionado previa a possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de pensamento nos casos e pela forma que a lei determinasse. Tal disposição restritiva, no entanto, apesar de destacar o filtro da legalidade, era cercada de certa imprecisão, tendo em vista que a existência do Poder Moderador, este previsto no Título 5°, Capítulo I da mesma Carta, trazia como direito do Imperador prover a tudo que fosse concernente a segurança interna e externa do Estado, incluindo nisto a manutenção da ordem moral da sociedade brasileira, o que, em última análise, acabava por significar a existência de um censor de alcance ilimitado gerado pelo mesmo texto constitucional (BRASIL, 1824; DOS SANTOS, 2016, p. 108).
Com a derrubada do Império e a inauguração do regime republicano no Brasil no ano de 1889, fora criada, dois anos depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual manteve em quase total integralidade o texto constitucional do Império acerca da livre manifestação e publicização do pensamento, havendo, no entanto, diferenciação notória decorrente não em face da égide normativa em si, visto que praticamente espelhada na anterior, mas da retirada do Poder Moderador como potencial mecanismo de censura para além do filtro da legalidade (DOS SANTOS, 2016, p. 109 e 110).
Por outro lado, a primeira constituição republicana fora responsável por trazer em seu art. 72, parágrafo 12 a vedação ao anonimato, condição à livre manifestação do pensamento até hoje presente no texto constitucional brasileiro como forma de garantir a responsabilização do emissor de determinada palavra e/ou escrito através da sua obrigatória identificação (BRASIL, 1891).
13

Já no séc. XX, mais precisamente na década de 30, fora promulgada no ano de 1934 a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, inspirada na Constituição de

Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931 e imbuída pela Revolução de 1930 trouxe inovações à proteção da liberdade de pensamento em seu art.113, parágrafo 9, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos e, ao mesmo tempo, permitiu a censura de espetáculos e diversões públicas, como afronta clara ao potencial antagônico da classe artística (BRASIL, 1934; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Três anos depois, como forma de perpetuar-se no poder e inspirado na Constituição autoritária da Polônia de 1935, o então presidente Getúlio Vargas (1882-1954), promoveu um golpe de estado em 1937 e, no mesmo ano, outorgou um novo texto constitucional em que em seu art. 122, inciso 15 ? reforçado pelo Decreto-lei no 1.949 ? estavam previstas diversas modalidades e mecanismos de censura ? inclusive prévia ? ao livre pensamento, sob a premissa de garantir a paz, a ordem, bem como a moralidade e a segurança pública (BRASIL, 1937; DOS SANTOS, 2016, p. 110).
Tais previsões constitucionais, assim que vigentes, deram origem a uma série cinzenta de atos institucionais de restrição à liberdade de expressão nas mais diversas ramificações, sobretudo no âmbito da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão e, destacadamente, na própria seara política, ausente do juízo de valor popular (DOS SANTOS, 2016, p. 110 e 111).
Com a deposição de Getúlio pelos militares e a consequente superação do seu regime no ano de 1945, fora promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, um ano depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, reavendo, em seu art. 141, conquistas da Carta Constitucional de 1934, além de trazer destaques quanto a liberdade da convicção religiosa, filosófica e política. Entretanto, no mesmo texto, apesar de expressa consideração das artes como livres no art. 173, a Constituição de 1946, no parágrafo 5° do art.143 destacava que os espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados, dando continuidade às afrontas moralistas ao pensamento artístico oriundas do texto constitucional de 1934 (BRASIL, 1946; DOS SANTOS, 2016, p. 111).
Quase duas décadas depois, com a instalação do Regime Militar no Brasil no ano de 1964, a Constituição de 1946 fora suprimida, dando lugar a um cenário de ausência de proteção constitucional dos direitos fundamentais, marcado este pela publicação dos Atos Institucionais I e II que suprimiram a representatividade política do país (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
14

O novo status quo institucional ora instalado se consolidou na Constituição da República Federativa de 1967 que praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação e publicização do pensamento independentemente de censura. No entanto, diferentemente da Constituição de 1946, o texto constitucional em voga naquele período trouxe, no parágrafo 8° do art. 150, a possibilidade de intolerância jurisdicional diante de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967; DOS SANTOS, 2016, p. 112).
Nesse deslinde, foram publicados consecutivos atos institucionais até o Ato Institucional nº 5 ? AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do Poder Executivo e tratando qualquer manifestação contrária ao Regime como crime político e contra a segurança nacional, o qual, segundo o próprio ato, estava excluído de qualquer apreciação judicial, devendo ser tratado como uma questão militar (DOS

SANTOS, 2016, p. 112).
Ato contínuo, no ano de 1969, a Emenda Constitucional n° 1 foi decretada pela Junta Militar vigente, modificando quase que integralmente a Constituição de 1967, de modo a dar caráter de legalidade constitucional aos atos institucionais. Sobre a Emenda referida, esclarece José Afonso da Silva (2006, p.86):

> Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Assim, sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que a liberdade de expressão, com considerações ao Regime Getulista, sofreu suas maiores represálias constitucionais na história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
No entanto, o contínuo desgaste do Regime Militar nos campos internacional, econômico e político acabou por culminar no processo de redemocratização do Brasil a partir do ano de 1985, processo este consolidado pela Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente no país, trazendo a maior proteção aos direitos fundamentais e democráticos da história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 113).
No que tange ao direito ao direito à liberdade expressão, a Carta Constitucional, ao se definir como signatária efetiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representou uma verdadeira antítese ao regime antecessor, reconhecendo, como cláusulas pétreas, o direito de qualquer cidadão de, indistintamente, formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores
15

e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação (DOS SANTOS, 2016, p. 114).
Para bem ilustrar a renovação constitucional supramencionada, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 65):

> A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Nesse deslinde, a liberdade de expressão passou a figurar no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando no art. 5°, IV e IX o caráter de inviolabilidade do direito ao livre pensamento com vedação ao anonimato e, ademais, fazendo-se destaque ao livre exercício das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).
Em disposição consoante, o art. 220 da Constituição Cidadã reforçou o disposto nos dispositivos supramencionados, destacando ainda a vedação ao embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988).
Nesses termos, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente

a liberdade de expressão e comunicação como elementos constitutivos do próprio regime institucional vigente, pondo fim à censura anteriormente existente, marcada esta pela relativização normativa do livre pensamento (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

Em contrapartida, ao prever, em seu art. 5º, X a igual proteção aos direitos da personalidade ? quais sejam intimidade, vida privada, honra e imagem ? bem como promover a vedação ao seu usufruto abusivo, a Constituição de 1988 foi responsável por trazer a mais nova fisiologia do direito à liberdade de expressão, balizado pelo binômio ?liberdade x responsabilidade? e, sobretudo, pelo fenômeno da colisão dos direitos fundamentais na operacionalização (infra)constitucional destes, tema a ser analisado no tópico a seguir (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES

De acordo com o notório jurista alemão Robert Alexy, a problemática da colisão dos direitos fundamentais decorre do próprio intento do estudo dos direitos fundamentais em revelar

16

as estruturas dogmáticas, bem como o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 1999, p. 68).

Em linhas mais específicas, ao substanciar o ideal do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se desdobram simplesmente de dispositivos racionalizados pela ordem jurídica nacional, recepcionando, em verdade, a validez universal dos chamados direitos substanciais que, por seu turno, vinculam certas exigências transnacionais ao texto constitucional de cada país que vão da hierarquização das suas cargas valorativas, até a definição dos seus conteúdos axiológicos (ALEXY, 1999, p. 67).

E é nesse deslinde que surge a necessidade de catalogação dos direitos fundamentais e, consequentemente, da revelação da sua capacidade colidente por via de interpretação constitucional, podendo ser esta capacidade ampla, quando os direitos colidentes têm vocação coletiva, ou estrita, quando o conflito normativo decorre de direitos fundamentais individuais propriamente ditos (ALEXY, 1999, p. 68 e 68).

No caso presentemente estudado, qual seja o direito à liberdade de expressão, a sua capacidade colidente desenvolve caráter evidentemente estrito, isto porque a sua carga valorativa, bem como o seu conteúdo axiológico não podem ocorrer indefinidamente no plano da realidade sem que o seu exercício normativo tenha consequências negativas sobre direito fundamental diverso, sobretudo os direitos da personalidade.

Por esse motivo, a técnica interpretativa da Constituição Federal de 1988 no que tange a colisão dos direitos fundamentais, marcada destacadamente pela Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), não apenas trouxe os direitos da personalidade como colidentes ao exercício da liberdade de expressão, como também definiu a possibilidade do seu usufruto abusivo que, dentre outros prejuízos possíveis, pode ferir diretamente a ordem pública constitucional (DUQUE, 2018, p. 963).

Para bem ilustrar a mecânica destas limitações ver-se-á especificamente a sua operacionalidade (infra)constitucional nos tópicos a este subsequentes, destacando, sobremodo, a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, bem como à

clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas ao seu alcance normativo.

3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A Teoria dos Limites dos Limites preconiza que, através do princípio da proporcionalidade, deve-se estabelecer a definição de peso para cada um dos direitos
17

fundamentais em colisão e, assim, estabelecer de qual modo essa definição deve se dar de maneira proporcional para que se possa encontrar, finalmente, o equilíbrio correto entre os direitos fundamentais (DUQUE, 2018, p. 954 e 955).

Em outras palavras, é fundamental à técnica interpretativa constitucional analisar, mediante limitação abstrata, se o benefício alcançado com o sacrifício da aplicação de um direito fundamental não causa um prejuízo desnecessário.

No caso da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão à proteção da personalidade, segundo Alexy (1999, p. 70), a definição elementar da limitação a ela necessária perpassa indiscutivelmente pela irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total, bem como pela onipresença da ponderação entre ambos os direitos colidentes.

Essa interface interpretativa, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao direito à liberdade de expressão uma posição preferencial relativa de exercício em relação aos demais direitos fundamentais em vista da sua teleologia democrática indispensável.

Ao mesmo tempo, ocorre na sistemática constitucional, a possibilidade concreta e material dada ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo da dignidade da pessoa humana, de limitar a irradiação do livre pensamento, sob a prerrogativa de que os desdobramentos do senso intelectivo não podem preponderar indefinidamente sobre o indivíduo que intelectualiza sobre si mesmo.

Nessa égide, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos extrapatrimoniais previstos em seu art. 186 faz uma operacionalização infraconstitucional da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo em vista que o dano moral, ao representar o ferimento a uma camada imaterial do titular do direito, abarca a possibilidade do uso indevido da liberdade de expressão através de palavras ou escritos que, por seu turno, exigem a consecutiva reparação nos termos do art. 927 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

O Código Penal, por sua vez, em seu Capítulo V, traz previsão de detenção e multa a quem infringir a honra de outrem. No entanto, na esfera penal, há previsão de aumento de pena baseada na pessoa da sua vítima ? como, por exemplo, o Presidente da República ou Ministro do Supremo Tribunal Federal ? e se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, como as próprias redes sociais (BRASIL, 1940).

Seguindo a mesma toada discriminatória da tutela dos direitos da personalidade, os Estatutos da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010) e da Pessoa com Deficiência (Lei n° 3.146/2015) regulam infraconstitucionalmente a liberdade de expressão, fazendo definição
18

expressa à discriminação e preconceito contra os respectivos grupos. Ademais, a Lei dos Crimes

Raciais (Lei n° 7.716/1989), recentemente alterada pela Lei n° 14.532/2023, criminaliza a ofensa em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, prevendo aumento de pena ainda quando o crime ocorrer em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação ou quando praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, trazendo limitações práticas ao conteúdo humorístico de cunho racial, mas também ao racismo institucional presentes nos órgãos públicos.
Por fim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual se verá mais detalhadamente no decorrer deste estudo, atualizou a colisão entre a tutela dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão para o campo tecnológico-informacional, trazendo, no seu art. 7º, I e, em consonância ao Código Civil, a inviolabilidade do direito reparatório decorrente de conteúdos gerados por usuários e trazendo como novidade normativa, por outro lado, a neutralidade das redes em si, bem como a isenção dos seus responsáveis por estes mesmos conteúdos (BRASIL, 2014).

3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão
Apesar do abuso do direito à liberdade de expressão obter relação indissociável com a tutela dos direitos da personalidade, para os fins do presente estudo, faz-se necessário destacá-lo brevemente com vistas a dissertar acerca da sua amplitude semântica, sobretudo no contexto das redes sociais e das famigeradas Fake News delas oriundas.
De acordo com o art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A liberdade de expressão, portanto, nesse cerco normativo, deve ser exercida, inclusive por inferência lógica da Teoria dos Limites dos Limites, mediante comedimento e razoabilidade em razão de diversos outros direitos caros ao texto constitucional e, inequivocamente, ao próprio Estado Democrático de Direito.
Observe-se então que a possibilidade do abuso do direito à liberdade de expressão, diferentemente da tutela dos direitos da personalidade, possui um núcleo normativo de maior amplitude e com menor definição de alcance, caso em que poderá ser ramificada a sanção ao livre pensamento à tutela de outros direitos constitucionais que não necessariamente o livre desenvolvimento da personalidade.
Aliás, caso o abuso do direito à liberdade de expressão decorresse tão somente do ferimento dos direitos da personalidade, o direito de resposta, referendado pelo inciso V do art. 19

5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, serviria, em conjunção com a possibilidade indenizatória, como remédio respectivo para a satisfação do ofendido, bem como para a responsabilização civil e penal do ofensor, inclusive no contexto dos meios de comunicação.
No entanto, em verdade, o abuso do direito à liberdade de expressão tem ecoado, sobretudo na era das redes sociais, na insurgência do controle jurisdicional de determinados conteúdos que, apesar de não ofenderem determinado titular de direito concreto e material, obtém uma pretensa finalidade de minar certos valores constitucionais, como o Poder Judiciário e os seus consectários, por exemplo (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 539 e 540).
Sob este novo plano de fundo, as famigeradas Fake News têm recebido destaque por se

desdobrarem na criação de conteúdos, pretensamente imparciais ou não, que, na interpretação jurisdicional, representam o desvio sistemático da verdade ou contradizem os fatos integralmente, sob a finalidade de destituir a validade de determinado instituto caro ao regime democrático (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 540).
Outrossim, essa realidade emergente se agrava ainda mais, levando em consideração o potencial difusor das redes sociais, bem como a relativização do perfilamento real do ofensor que, apesar de precisar identificar-se na sua atividade virtual em face da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF/88), pode criar intermináveis perfis que não necessariamente representem o perfil real do usuário, tendo proteção, inclusive, do direito à privacidade, tutelado pela Constituição em seu art. 5º, X e preferido infraconstitucionalmente em razão do Marco Civil da Internet (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 545 e 546).
Nesse deslinde, tem-se observado o surgimento de uma inaugural atuação do Poder Judiciário no que concerne ao alcance do abuso do direito à liberdade de expressão, arrastando o seu núcleo de limitação valorativa para as redes sociais, com vistas a discernir, de forma sancionatória, o livre pensamento das famigeradas Fake News e suas variações, o que torna imprescindível, para os fins do presente trabalho, dissertar a seguir acerca da (im)possibilidade material deste atualíssimo fenômeno jurisdicional, ressaltando, sobremodo, a necessidade de preservação do núcleo da liberdade de expressão, direito fundamental relativamente preferencial aos demais na Carta Magna Brasileira.

4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA
20

A análise ora pretendida da prefiguração do direito à liberdade de expressão no paradigma das Fake News perpassa, imperiosamente, pelo esforço antecedente não apenas de buscar a definição conceitual do multicitado fenômeno, como também se desemboca na conseguinte e, ainda mais importante para os fins do presente estudo, perseguição à sua vocação jurídica, de modo que se possa esquadrinhar finalmente a (im)possibilidade material do combate jurisdicional às Fake News em face da sua respectiva estabilidade enquanto fato novo passível de regulamentação.
Nessa esteira, conforme Allcott e Gentzkow (2017, p. 211 a 214), apesar de, grosso modo, Fake News popularmente significar, do inglês, ?notícia falsa?, o referido termo, no seu âmbito prático, abarca todas as informações veiculadas e aptas a serem disseminadas instantaneamente em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar o destinatário da mensagem inverídica e provocando, como finalidade precípua, um efeito pretendido sob determinado fragmento da sociedade.
Dessa forma, da pluralidade de manifestações cabíveis às Fake News, podem surgir erros intencionais, rumores sem origem em notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa e ainda propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141 a 147; ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214).
Nessa perspectiva, as Fake News podem ainda se subdividir em três modalidades gerais

quanto à sua forma e pretensão, sendo elas: a) dis-information, que ocorre quando a informação falsa e veiculada com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; b) mis-information, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; c) mal-information que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada ?pessoa, organização ou país? (WARDLE, 2017, p. 20).
Todas estas modalidades, à sua maneira, obtém a capacidade de gerar a denominada desordem informacional (information disorder) que subsiste na conexão atentatória entre os fatos (falsos ou não) e a narrativa imbricada sobre eles sob determinada finalidade extrínseca, esta geralmente danosa a algo ou alguém (LAZER; BAUM; BENKLER, 2018, p. 1094).
Desta análise conceitual já pode-se deduzir que o fenômeno das Fake News tem a capacidade material de, no seu enquadramento jurídico, desembocar casuisticamente na tutela
21

jurídica dos direitos da personalidade, visto que, dentre as suas finalidades identificáveis, o prejuízo reputacional à indivíduos e coletividades de pessoas é incontroverso. Por outro lado, há de se observar também que, ao se desenvolver sob pretenso contexto, as Fake News funcionam também como possíveis agentes de sectarismo, instabilidade político-social e proselitismo ideológico, caso em que o seu efeito danoso pode direcionar-se às vítimas imateriais, as quais a integridade só se pode verificar no âmbito das ideias e valores.
Nessa senda, a vocação jurídica das Fake News obtém concretude ante a sua seara de afetação ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, no que tange aos seus efeitos sobre as vítimas imateriais acima descritas, como a própria ideia jurisdicional da democracia plena, a vocação jurídica das Fake News perpassa substancialmente pela verificação da (im)possibilidade da tutela judicante de identificar a verdade factual no âmbito do debate público, sobretudo em contextos sensíveis.
Ao mesmo tempo, a vocação jurídica do multicitado fenômeno perpassa por uma limitação conceitual que não alargue indiscriminadamente o alcance dos termos linguísticos (enunciados semânticos) que o caracterizam em sua elasticidade e instabilidade, para que, ao fim e ao cabo, a sua regulação pela esfera jurídica, ante ausência, sobretudo, de regulamentação legislativa específica, não implique na maior restrição às liberdades de expressão e de informação, o que poderá desencadear na definição arbitrária dos rumos do debate público brasileiro pelo Poder Judiciário.(SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018

Como visto anteriormente, sendo notória a ausência de lei que regule o fenômeno das Fake News no seio das suas especificidades, o Poder Judiciário brasileiro tem deslocado profuso esforço para conter os pretensos danos decorrentes da sua ressonância, destacando-se, nessa esteira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a sua verticalidade cognitiva e, sobretudo, a sua prerrogativa constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em especial a própria liberdade de expressão, visto que diretamente afeta ao tema insistentemente deslindado pela

Corte.
O referido esforço da tutela jurisdicional, nesse cerne, não apenas revela a necessidade de que se analise exemplificativamente a operacionalidade judicial do controle concreto do multicitado fenômeno em face da sua instabilidade semântica, como também torna imperioso
22

que seja reflexo à questão a nova carga valorativa da liberdade de expressão no texto constitucional como subproduto das cognições do Supremo acerca das Fake News, bem como o impacto desta reconstituição ao Estado Democrático de Direito como um todo.
Para tanto, importa contrastar, a existência de uma posição preteritamente consolidada pelo Supremo, anterior às eleições de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão possui posição preferencial relativa na arquitetura constitucional e que, mais, a sua restrição depende de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo. Isto feito, se observará seguidamente a existência de uma transmutação valorativa do livre pensamento na cognição judiciária, por sua vez marcada por fenômenos concorrentes e decorrentes das eleições de 2018, em que o proselitismo ideológico e as Fake News fundiram-se como modus operandi único de populismo digital.
Assim esclarecido, como exemplo inicial da primeira via de análise supracitada, pode-se utilizar a própria ADPF n° 130, já sucintamente destacada neste estudo, em que a Suprema Corte pátria decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988. Na fundamentação da decisão, o STF sinonimizou a liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que, segundo a Corte, é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548).
Ademais, no que tange a consagração dos art. 5°, IV e IX e art. 220 da Constituição, argumentou categoricamente o Supremo na ADPF n° 130 que não há liberdade de imprensa pela metade ou praticada em face das tenazes da censura prévia, sob pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Nesse cerne, silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como esta, na visão do STF, recusar a qualificação do referido território virtual como ambiente livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação, este, por sua vez, um notório ?sobredireito? na égide constitucional. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548 e 549).
Já no âmbito da ADPF n° 187, o Supremo, ao referendar a constitucionalidade da denominada ?marcha da maconha?, vedando a sua criminalização enquanto suposta apologia ao crime, afirmou que tratativas de limitação ao direito de livre expressão e reunião devem passar, necessariamente, pelo crivo da sua constitucionalidade, levando em consideração, sobretudo, que o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à liberdade de expressão (liberdade-fim), desde que pacíficas e ordeiras, tratam-se de pré-condições necessárias à ativa participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões no âmbito do aparelho
23

do Estado, devendo ser soberano o zelo constitucional em proteger a promoção de atos de proselitismo pela sociedade civil, inclusive em oponibilidade ao exercício do Poder Público e os seus respectivos agentes (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 549 e 550).

Pondo fim a esta apreciação jurisprudencial precedente, merece destaque a decisão paradigmática do STF para o tema em epígrafe no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451 (ADI n° 4451) em que foi declarada inconstitucional, antes das eleições de 2018, lei eleitoral (Lei n° 9.504/1997) que buscava a vedação de sátiras e críticas a candidatos feitas por emissoras de rádio e televisão (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 559 a 561).
Para tanto, importa ressaltar que, em consonância ao que já fora teoricamente deslindado até o momento a respeito do ambiente apropriado para a proliferação das famigeradas Fake News, tratam-se as eleições ali regulamentadas de notório contexto sensível.
Isto dito, a Suprema Corte, em sua marcante cognição, considerou errônea a opção do legislador em colocar a lisura do pleito eleitoral como hierarquicamente superior às liberdades de expressão, incluindo a liberdade artística, de modo a atingir inclusive o núcleo essencial das referidas liberdades, desrespeitando a sua posição preferencial no texto constitucional, que subsiste por motivos histórico-civilizacionais, sendo, ademais, fundamental para o exercício de outras liberdades e, sobretudo, para o pleno exercício da democracia.
No âmbito deste entendimento da Corte, merece ainda destaque o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes que consignou voto no sentido de que não há permissão a ser deduzida do texto constitucional com o fulcro de limitar preventivamente o conteúdo do debate público por conta de conjecturas em torno de eventuais efeitos que a divulgação de determinados conteúdos possa vir a ter na esfera pública (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Ademais, delimitando a possibilidade material de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão, afirmou o Ministro que a liberdade de crítica deve ser plena e irrestrita, não havendo razão para que as práticas dela decorrentes sejam interrompidas no período eleitoral, até mesmo pelo fato de que eventuais abusos serão sempre passíveis de eventual responsabilização cível ou mesmo criminal por terem cunho injurioso, difamatório ou mesmo configurarem calúnia. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Em sentido confluente, entendeu o então Ministro e decano da Corte Celso de Mello: ?nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento? (BRASIL, 2018, p. 18).
24

Ao tratar especificamente das Fake News, o Ministro Luís Fux fundamentou, por seu turno, que a questão adquiriu um espaço maior, para quem a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, de modo a frisar a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão, que abarca a veiculação de opiniões e crítica e o falseamento doloso da verdade que causa danos graves e irreversíveis às suas vítimas. Para tanto, o Ministro, em sua cognição, não se desincumbiu de definir as especificidades do falseamento da verdade nos parâmetros das Fake News e nem mesmo adentrou no terreno valorativo do que seria a verdade no âmbito do debate político (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 564 apud BRASIL, 2018, p. 63 a 73).
Dessa forma, na multicitada decisão paradigmática, fora estabelecida pela Corte, assim como em outras oportunidades, a cognição de que há uma relação de retroalimentação entre a liberdade de expressão e a democracia, da qual a intervenção judicial só pode ser benigna se for

absolutamente subsidiária e fulcrada nos limites impostos pela própria Constituição.
Por outro lado, o STF, apesar de deslindar passageiramente acerca da hipótese de incidência das Fake News como abuso de direito à liberdade de expressão, sobretudo no processo eleitoral, não fora capaz, nesta decisão, de definir as suas lacunas de regulação, deixando ainda em aberto o seu alcance semântico, o que torna imperiosa, para os fins do presente trabalho, a análise de decisões atualíssimas da própria Corte arrastadas pela eclosão definitiva do fenômeno das Fake News após as eleições de 2018, marco temporal que fez com que a iniciativa de controle do Poder Judiciário se tornasse indispensável, mesmo que inequivocamente problemática.
Inicialmente, merece destaque a decisão do Supremo no bojo do Recurso Extraordinário n° 1075412 com definição de tese de repercussão geral, Tema n° 995. Nela, a Corte definiu parâmetros para a responsabilização de veículos midiáticos sobre falas dos seus entrevistados que atribuam falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sendo elas: I) se à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; II) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
Na decisão, o fundamento da tese fixada fora que, apesar da vedação constitucional à censura prévia, é admissível ao Poder Judiciário a possibilidade posterior de análise e responsabilização das empresas jornalísticas, inclusive mediante remoção de conteúdos por informações atentatórias aos direitos da personalidade, visto que salvaguardam um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas e externas (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
25

A decisão, nesse diapasão, merece destaque ao contrariar os atos investigativo e especulativo próprios do jornalismo, sobretudo pelo fato de que um jornalista não tem como saber o que será dito pelo entrevistado, sendo este, aliás, a razão da entrevista. Como exemplo, a entrevista dada por Roberto Jefferson no ano de 2005 que, posteriormente, gerou o famigerado caso do Mensalão, caso fosse dada na égide desta decisão do STF, teria sido tolhida e punida, ante ausência de comprovação, até aquele momento, das afirmações do então deputado federal.
Por outro lado, merecem atenção as consequências do Tema n° 995, no que se diz respeito a possiblidade iminente de que as mídias sociais e, especialmente os veículos de comunicação, passem a realizar autocensura sob temor de responsabilização posterior da tutela jurisdicional, tornando impossível à plena atividade jornalística, o que, inclusive, fere a cognição do próprio Supremo no bojo da ADPF n° 130, além do próprio Marco Civil da Internet. Tal cenário, aliás, fora perfeitamente apontado pelo então Ministro e Relator do caso, Marco Aurélio Mello que, vencido, afirmou o seguinte:
Parafraseando Voltaire, pode-se discordar do que é divulgado, mas não se pode limitar o direito de divulgar. Responsabilizar a imprensa não é a forma ideal de combate à divulgação de entrevista, ainda que inadequado o que dito pelo entrevistado. O Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho à censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer a análise, formando as próprias conclusões. Somente é possível chegar-se a uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas em discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, 2020, p. 2).

Portanto, já no âmbito do Tema n° 995 se observa a tentativa do Supremo Tribunal Federal de coibir a disseminação das fake News, incorrendo para isso, no entanto, no comprometimento da liberdade de imprensa e informação que, enquanto consectários da liberdade de expressão, deveriam obter preferência na arquitetura constitucional brasileira.
Mais, a tentativa de coibição do STF revela a própria instabilidade semântica das Fake News, visto que, do ponto de vista jurisdicional, em que a sobrevivência do debate público é prioritária, não há como o Poder Judiciário consolidar para si a verdade real sem sentença transitada em julgado, tendo que se valer da subjetividade de cada juiz ou ainda editor que, temendo represálias posteriores, evitará a publicação de determinada entrevista.
Dando seguimento à presente análise, merece igual apontamento a decisão, desta vez do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no âmbito da Representação Eleitoral n° 0601372-57 do ano de 2022. Naquela oportunidade, sob a premissa de causar ?desordem informacional?, o Tribunal Eleitoral decidiu pela liminar remoção de um vídeo de 2017 do canal de entretenimento denominado como ?Brasil Paralelo? em que eram apontados os escândalos políticos ocorrentes
26

durante o Governo Lula (2003-2010), sem citar necessariamente a participação e/ou anuência do até então presidenciável nestes mesmos esquemas.
O Ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, ao trazer a referida premissa à égide do julgamento enquanto fundamento principal do seu voto, destacou que, apesar dos fatos narrados no vídeo removido serem verdadeiros, haveria neles uma ambiguidade dolosa que poderia levar os eleitores, naquele contexto sensível de eleições, a uma conclusão falsa do todo narrado, isto é a possível associação do à época presidenciável Luís Inácio Lula da Silva à esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro ocorridos durante as suas administrações pretéritas (BRASIL, 2022, n.p).
Em outras palavras, de acordo com a cognição do Ministro, a qual fora acompanhada majoritariamente pelos seus pares, o vídeo do Brasil Paralelo, mesmo que verossímil à realidade no que tange à observação dos fatos, estaria imbuído de desordem informacional, tendo, assim, a potencialidade, naquele cenário contingente, de prejudicar a autodeterminação coletiva do eleitorado comum que, por sua vez, não teria a capacidade de discernir os fatos reais da narrativa descontextualizada presente no vídeo (BRASIL, 2022, n.p).
Acerca desta decisão do TSE se observa, prima facie, a adoção da modalidade de desinformação ?mal-information? já apresentada neste estudo, em que a premissa informacional é verdadeira, mas a sua motivação extrínseca atenta danosamente os direitos da personalidade do seu alvo, gerando desordem informacional sobre este. Nessa esteira, merece ressalva o fato de que estaria o TSE desviando-se dos limites impostos pela Constituição ao livre pensamento mediante conceito que ao menos reflete às bases gerais da ciência jurídica, fazendo parte, em verdade, de um ramo do estudo sociológico ainda inconclusivo ante a própria intercorrência temporal do fenômeno das Fake News (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 540 e 541).
Nesse âmbito, se reluz a imprescindibilidade do princípio constitucional da legalidade previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna Brasileira, ao evocar, em homenagem à previsibilidade e à estabilidade das normas e decisões judiciais, a inexistência de crime sem

lei anterior que a defina, nem de pena respectiva sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).
Por outro lado, apesar do abarcamento teórico que envolve a desordem informacional esclarecer as maledicências da ambiguidade dolosa atrelada ao aspecto narrativo da informação, não insurge da mesma teoria a ideia de que o controle ou ainda a presunção de adequação do senso intelectivo da sociedade civil pelo Poder Judiciário seja o remédio proporcional ao fenômeno.
27

Desta forma, deve restar preferível, partindo de um cenário ideal de menor intervenção possível da tutela jurisdicional no que tange ao debate público, que a vontade livre dos cidadãos, sobretudo em período eleitoral, se perfaça do seu mais desentranhado autoconvencimento, o que, na égide da internet, apresenta possibilidade concreta se observado a profusão de informações de diferentes fontes e vieses dispostas imediatamente aos seus usuários, não sendo razoável, para tanto, a restritividade externa desse movimento, sob pena de que surtam os efeitos contrários à pretensão judicial.
Findando a presente análise, portanto, imperioso conferir a existência de notável atipicidade valorativa que vem sendo prestada pelo Judiciário, em especial a sua Maior Corte Judicante, ao direito fundamental à liberdade de expressão, ao alargar a seara de limitação do seu exercício, o que significa, por inferência lógica, a predominância de elementos restritivos estranhos ? e ausentes de definição semântica ? ao livre pensamento e sua respectiva circulação, para além daqueles taxativamente definidos na Carga Magna pátria, os quais, como já visto, fornecem preferência relativa e concreta ao livre pensamento em nossa arquitetura constitucional.
Outrossim, por serem as Fake News um fenômeno de incidência internacional, faz-se ilustrativo tecer ainda, com vistas a estabelecer contrastes mais aprofundados acerca da atipicidade acima apontada, breves comparativos entre o enfrentamento ao multicitado fenômeno na jurisprudência brasileira e na americana que, especificamente, possui semelhante circunstância de eclosão em face das eleições de 2016 que elegeram o presidente Donald J. Trump.

4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado
De acordo com o doutrinador brasileiro Paulo Dourado de Gusmão, o direito comparado, enquanto método de espelhamento de legislações e jurisprudências de países diferentes, pode, quando atrelado ao ramo da sociologia jurídica, demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos, realizando, em última instância, a indicação dos fatores sociais das transformações jurídicas e a respectiva resultante destas mesmas transformações no âmbito da sociedade civil de cada país, sem que, para isso, recaia no equívoco da universalização dos sistema jurídicos (GUSMÃO, 1973, p. 18 e 19).
E é nesse âmbito que se concentra a finalidade deste tópico, no passo em que serão trazidos, como efeito comparativo, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos que
28

demonstrem o seu comportamento jurisdicional diante do corrente fenômeno das Fake News,

destacando ainda o grau de relativização valorativa do direito à liberdade de expressão pelo judiciário estadunidense frente do fenômeno mencionado e respeitando, sobretudo, as suas particularidades constitucionais.
Antes, importa destacar, para fins de contextualização, que a partir das eleições do ano de 2016 que consagrou o candidato outsider Donald J. Trump como o 45.º presidente dos Estados Unidos, eclodiu na política americana a existência das Fake News como potencial modus operandi de vantagem político-social, sobretudo para descredibilização de instituições tradicionais, como a grande mídia, com fins à corroboração de proselitismos ideológicos, assim como para a inflamação da polarização no ambiente político estadunidense, este já essencialmente bipartidarista e, portanto, suscetível a circunstâncias sectaristas. Acerca deste fenômeno, denominaram ainda Bernadini e Vieira Costa (2020, p. 388 e 389) como o momento de fundação da era da pós-verdade, senão vejamos:
O Dicionário Oxford definiu o termo pós-verdade como a palavra do ano de 2016, pós-eleições de Trump nos Estados Unidos, o que reacendeu os estudos do impacto das fake news na democracia eleitoral. Assim, caracterizou a pós-verdade como ?relativa a circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais?. O fenômeno da pós-verdade e das fake news está intrinsecamente ligado a uma refutação da ciência e uma aceitação de discursos inflamados por preconceitos, intolerâncias e táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da sociedade civil e da opinião pública, lançando mão de manobras populistas e extremistas.

Para tanto, o comportamento da tutela jurisdicional americana frente ao discorrido fenômeno, apesar de declarada preocupação, caminhou para uma proteção mais categórica da liberdade de expressão, demonstrando, em última análise, a efetividade do seu sistema de precedentes que insistentemente sobrepõe as diretrizes da Primeira Emenda em face da tentativa, por qualquer autoridade constituída, de restrição de determinados conteúdos.
Em linhas mais específicas, na jurisprudência americana, consagrada pela verticalidade cognitiva da sua Suprema Corte no caso ?Brandenburg v. Ohio?, para que haja a restrição do direito à liberdade de expressão é necessário que o elemento central da fala ou escrito a ser censurado se desemboque no denominado ?Imminent Lawless action? que, por sua vez, significa a presença de uma clara incitação à violência (Fighting words) ou iminente ação ilegal, independente do conteúdo em si das palavras proferidas, as quais não deve a tutela jurisdicional impor qualquer juízo de valor (ROSA, 2021, p. 26 a 28). Para bem corroborar o referido, vejamos trecho da cognição proferida pela Suprema Corte americana no caso ?Brandenburg v. Ohio?:
29

The Court's Per Curiam opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure

to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution 3

Tal cognição, portanto, visa privilegiar a perspectiva de que os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com o próprio fomento do livre pensamento, uma vez que, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade ? e não ao Estado ? fazer juízo de valor sobre quais ideias irão granjear a sua simpatia (ROSA, 2021, p. 28).
Em vista disso, no ano de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso ?United States vs. Stevens? (2010)4, em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que editava vídeos em redes sociais de combates entre cães da raça pitbull, foi condenado por uma lei do Estado da Pensilvânia por ?vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial?.
Valendo-se da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade, a Corte Americana declarou, naquela ocasião, a incompatibilidade da lei estadual em face da Primeira Emenda por exigir a legislação que determinada categoria do discurso devesse passar por uma análise de seu valor axiológico em face dos custos sociais que potencialmente imporia à sociedade.
Atendendo a uma perspectiva antinômica da liberdade de expressão, no entanto, argumentou a Corte que os benefícios das restrições ao Governo pelo livre pensamento superam os seus potenciais prejuízos à sociedade (ROSA, 2021, p. 33 e 34).
Adentrando finalmente no contexto deslindado na introdução deste tópico, cabe destaque a recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso ?Gonzalez v Google? 5no ano de 2023 em que a parte autora requeria a responsabilização da empresa Google pela não restrição de conteúdos em sua plataforma ligados ao Estado Islâmico, sendo esta inação supostamente influenciadora da morte de Nohemi Gonzalez, uma cidadã americana, pelo grupo terrorista, no ano de 2015 (ROSA, 2021, p. 36).

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Brandenburg v. Ohio?. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 31 de maio de 2024.
4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)?. A íntegra do caso está
disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>. Acesso em 31 de maio de 2024.
5 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Gonzalez v Google?. Disponível em <www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2024.
30

Na oportunidade, apesar de compreender a especificidade danosa do caso nos termos da Fighting words, decidiu a Suprema Corte pela não responsabilização da Google, tendo em vista que cognição em contrário originaria um efeito cascata de ações judiciais cujo objeto seria terceirização da responsabilidade dos usuários para o meios comunicativos dos quais eles utilizam ? incluindo nestes as próprias redes sociais ? independentemente de aferição do nexo de incentivo à violência por parte das empresas (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
Nessa senda, decidiu a Suprema Corte pela apreciação da Seção 230 da Lei de Decência

nas Comunicações (Communications Decency Act) que garante, desde 1996, que provedores de serviços de internet desfrutem de imunidade legal pelo conteúdo proferido pelos seus usuários, impedindo, sobretudo, mecanismos de autocensura feitas por estas empresas como forma de evitar potenciais prejuízos judiciais (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
No caso deslindado, já se observa, uma diferença entre a cognição dos supremos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos, visto que o primeiro optou, no bojo do Tema n° 995, pela atribuição de verificação da verdade e da danosidade de falas de entrevistados aos veículos de comunicação que realizassem as entrevistas, terceirizando indiretamente a tutela de censura de conteúdos a empresas privadas e, mais, proferindo juízo de valor sobre o que pode ou não ser veiculado em face dos direitos da personalidade.
A Suprema Corte Americana, por sua vez, homenageando a Primeira Emenda da sua Constituição em detrimento do seu próprio poder jurisdicional, ressaltou a obrigação das plataformas digitais de remover propaganda terrorista, não opinando, no entanto, pela sua consecutiva responsabilização em face da casual disseminação de conteúdos desta natureza, para que se evite, em última análise, um ambiente de promoção de ideias cerceado por iminentes instrumentos impostos de autocensura.
Por fim deste exame comparativo, entretanto, merece destaque a cognição da Corte Suprema Americana no bojo do caso ?NetChoice v. Paxton? 6cujo objeto fora, em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da House Bill 20, Lei do Texas que tinha como finalidade a proibição de que empresas de mídia social com 50 milhões ou mais de usuários pudessem restringir postagens com base em pontos de vista acerca de veracidade ou viés, exigindo ainda que as plataformas divulgassem publicamente informações sobre como e quando moderam o conteúdo e criassem processos para que os usuários pudessem contestar decisões editoriais específicas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
31

No fundamento da sua decisão, a Corte curiosamente pugnou pela preservação de mais de 70 anos de jurisprudências em torno da operacionalidade da Primeira Emenda, isto porque a referida, na medida em que protege a liberdade de expressão e a livre associação enquanto direitos fundamentais, tutela também o livre exercício de julgamento editorial, sobretudo se levado em consideração a tendência constitucional americana de prestar autonomia às relações contratuais na égide das propriedades privadas, tais como as próprias empresas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).
Ademais, segundo o Tribunal, no passo em que a Primeira Emenda restringe o direito de interferência do Estado ao livre exercício do pensamento, nisto também se inclui o direito dos entes federados de promover a ampliação do discurso a um certo fragmento de usuários em face do viés do seu discurso ou de suposta desvantagem nos ambientes das mídias sociais que, supostamente, tenham uma posição dominante contrária (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 12 e 13).
Dessa forma, apesar do Estado do Texas afirmar que os requisitos de restrição servem ao interesse de garantir que o público tenha acesso a diversos fontes de informação, não há,

segundo a Corte, direito válido de modular o viés editorial das plataformas por interesses no próprio conteúdo veiculado, sob pena de não refletir o escrutínio da Primeira Emenda que exige a neutralidade do Estado nesta questão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 13 e 14).
A jurisprudência do TSE, por sua vez, no bojo Representação Eleitoral n° 0601372-57, com vistas a sanar potencial desordem informacional, retirou a autoridade editorial da plataforma Brasil Paralelo sobre conteúdo verdadeiro, arrastando para si o dever de definir quais informações e quais vieses narrativos comprometem ou não a capacidade de autoconvencimento da sociedade civil. Nesse cerne, ao contrário da Suprema Corte Americana, o Tribunal Eleitoral Brasileiro opta pela deslegitimação da soberania editorial dos provedores das redes sociais, agindo como filtro de veracidade e propensão narrativa.
Em face do todo aqui exposto, observa-se, portanto, como produto do presente juízo comparado, evidentes diferenças entre as preocupações e o modus operandi para a coibição das Fake News na jurisprudência americana e brasileira, visto que enquanto a primeira vem privilegiando a estabilidade do direito à liberdade de expressão numa conduta de não-intervenção, a segunda apresenta uma preocupação sistemática a respeito do referido fenômeno, de modo a buscar o seu enquadramento semântico como forma de reconstituir a valoração da liberdade de expressão na sua arquitetura constitucional, caminho este que merece reflexões jurídicas indispensáveis, como se verá a seguir.
32

4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL

Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, em seu ensaio ?A Verdade e a Política?, para a mais justa compreensão da realidade, bem como para que se evitem nuances indeterminadas entre aquilo que é ficto e palpável, é necessário, sobretudo, consolidar conceitual e semanticamente aquilo que se obtém como verdade (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
Para tanto, segundo a filósofa, coexistem dois tipos de verdade: a verdade real e a verdade factual. A primeira decorre do conteúdo autoevidente da matemática e da filosofia, apresentando caráter despótico e coercitivo, pois, enquanto produto da mera percepção daquilo que é incontroverso, impede que o debate entre os homens ocorra, o que poderia acabar por constituir versões a respeito da mesma obviedade (ARAÚJO, 2023, p. 5 e 6).
Por outro lado, a verdade factual, a qual nos interessa especialmente, é própria do mundo dos homens e da política, no passo em que o seu desenvolvimento ocorre através da comunicação e da experiência de muitos, fazendo com que fatos e opiniões, embora distintos, constituam o mesmo universo: o domínio público. Em outras palavras, a textura do domínio público e sua verdade inerente são constituídas por fatos e eventos, formando verdades contingentes, cuja disjunção lógica faz com que seu oposto seja plausível, mediante necessária interpretação (ARENDT, 2016 p. 225).
Contudo, a própria filósofa destaca que a instabilidade da verdade factual não pode, em hipótese alguma, submeter-se a perspectiva nietzschiana da verdade como fruto meramente decorrente da interpretação de alguém sobre determinada situação, o que acabaria por arrastar a verdade e os fatos objetivos para o precipício da falsidade deliberada. Em verdade, quando há

de se entender a proeminência da verdade factual no debate público deve-se, prioritariamente considerar a comunicabilidade política por excelência, na qual os fatos em si não estão em disputa, mas os juízos de valor dele decorrentes legitimam o pressuposto da pluralidade e, por consequência, possibilitam o autoconvencimento dos homens (PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 97 e 98; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
E é nessa esteira que surge a noção elucidativa do ?mercado livre de ideias?, concebida pelo célebre juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr, na qual a propagação livre de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, habilitando-os a identificar a verdade factual, rejeitar a mentira
33

contraproducente e produzir e propagar conhecimentos orientadores (POST, 2000, p. 235 e 236).
Para tanto, destaca Holmes Jr que, mesmo na proeminência da livre circulação de ideias, na qual a verdade factual surge como principal objeto desejado, podem haver demais princípios que, por sua vez, regulem os casos em que a manifestação de pensamento represente perigo evidente e capaz de produzir males gravíssimos (POST, 2000, p. 236).
Contemplando tal perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, através da inteligência dos seu art. art. 5º (incisos IV, IX e XIV) e art. 220, assegurou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que não exercidas em abusividade e se confluentes, na medida da sua prevalência relativa, com a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez disposto no art. 5º, inc. X.
Dessa forma, recaindo sobre a interpretação constitucional da colisão dos direitos fundamentais, decidiu o constituinte originário que, na extensão fisiológica do seu exercício, obteria o livre pensamento e os seus consectários preferência apriorística em relação aos demais direitos tutelados no texto constitucional, cuja declinação dependeria de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo, critérios estes produzidos como forma de proteção categórica ao aspecto essencialmente democrático do multicitado instituto. (BARROSO, 2005, p. 103; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Arrastando esta questão para o plano de fundo das Fake News, foco do presente trabalho, observa-se, em outro viés analítico, que a proliferação sistemática da distorção da verdade vem, na égide das redes sociais, gerando fenômenos de sequestro da razão, ao colocar nichos da sociedade civil em um círculo vicioso de engano e proposital sectarismo, tudo isto fomentado pela dinâmica acelerada e incalculavelmente expansiva da internet.
Por outro lado, há de se considerar, de igual modo, que deve-se também aos provedores de serviço de internet, na qual proliferam-se as Fake News, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a livre circulação de notícias, ideias, análises, sátiras e demais manifestações não mais dependem do fulcro intermediador dos veículos de comunicação até então predominantes ? como as grandes redes de televisão ? impondo ao poder estatal e os seus representantes uma relação cada vez mais direta com os seus representados (DIMOLIUS; MARTINS, 2006, p. 274).
Essa nova configuração da dinâmica político-social, por seu turno, homenageia os vínculos mais precípuos da democracia, tendo em vista que a possibilidade dos cidadãos de

34

fiscalizarem e se oporem diretamente aos atos do Poder Público reforça o conteúdo negativo da liberdade de expressão, cuja finalidade precípua é gerar uma comunicabilidade antinômica entre a estrutura estatal e o seu agente constituinte, limitando a possibilidade de arbitrariedades deste primeiro (BARROSO, 2004, p. 19 e 20).
Daí surge, nos dizeres de Machado (2007, p. 473 e 474), a seara objetiva do livre pensamento, este conectado ao seu exercício funcional, qual seja a sua capacidade de prover o desenvolvimento contínuo da opinião pública e do engajamento da participação política, elementos indispensáveis em um país que, do ponto de vista historicista, constituiu a sua atual Carta Magna em resposta popular à mais de 20 anos de cerceamento das liberdades políticas e (trans)individuais.
Nessa seara, merece destaque o fato de que a democratização do acesso à internet e de todo o fluxo informacional que nela se processa, ? na qual ocorre uma intervenção ativa por parte de indivíduos e grupos que não integram órgãos da mídia convencional ? vem levando o debate público a uma intensa e irreversível descentralização informacional, minando ainda, em última análise, o predomínio de determinados setores da comunicação em relação ao discurso, bem como em relação a seleção de determinadas informações mais ou menos relevantes de acordo com a aptidão editorial (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 566 apud WAACK, 2018, p. 124).
Deste mesmo fenômeno corrente, por outro lado, insurge a ausência de acuracidade das informações porventura disseminadas. Do ponto de vista da razoabilidade, no entanto, é notório que este aspecto negativo deve-se lidar, sobremodo, com (re)orientação cultural, tendo em vista que não é materialmente possível cobrar de todo cidadão a avaliação crítica profunda relativa a cada informação acessada, em razão da larga desigualdade em termos de capacidade informacional no Brasil, esta historicamente intensificada pela dependência dos grandes veículos de mídia (BALEM, 2017, p. 5).
Em razão de todo exposto, merece reflexão, prima facie, a cada mais vez dificultosa atividade jurisdicional de manter a higidez do binômio liberdade de expressão/democracia sem recair na sua consecutiva reconstituição, em razão do atualíssimo perigo resultante da manipulação virtual deliberada por pessoas ou grupos de interesse, imbuídos por ideologias nebulosas que, quase sempre, refletem a nostalgia de indesejados períodos do passado nacional.
Por outro lado, para defender alegadamente uma ideia imaterial de democracia, não é desejável que o Poder Judiciário, sobretudo a sua Suprema Corte, combata o deslindado fenômeno, fazendo-se valer, para tanto, da restrição do alcance normativo da liberdade de
35

expressão através de conceito ? in casu, as Fake News ? que, além de não refletir as diretrizes gerais da sua Constituição, ? quiçá das ciências jurídicas gerais ? obtém profunda plasticidade semântica, fato este que submeterá a cognição jurisdicional brasileira, inevitavelmente, a um labirinto de completa indeterminação.
Nesse sentido, valiosas são as lições de Oliveira (2009, p. 95 e 96) ao dizer, subsidiado nas noções de Ronald Dworkin, que o fenômeno da indeterminação linguística no Direito faz com que as decisões judiciais obtenham imprevisível discricionariedade, comprometendo a

estabilidade e coerência exigíveis ao neoconstitucionalismo. Do contrário, sob o manto de certeza do Direito, se tornam aplicáveis as normas igualitariamente a todos e, individualmente, se torna possível a atribuição da justiça imprescindível à liberdade civil, no passo em que se faz garantida uma relativa previsibilidade jurisdicional frente aos ditamos da sua carta constitucional respectiva.
Reforçando este questionamento, necessário se levar em consideração que a restrição à liberdade de expressão perpassa, na coibição jurisdicional direcionada às Fake News, pela necessidade de que os órgãos sancionatórios realizem juízo de valor acerca do que é dito ou disseminado. Nesse caso, por se tratarem as Fake News não apenas de veracidade, mas de narrativa includente, há uma dificuldade que pareia o seu enfrentamento figurado na capacidade casuística dos tribunais em distinguir o polêmico do falso, o que diz respeito não apenas ao problema de como e em que medida se desemboca uma maior ou menor capacidade crítica dos indivíduos, mas também se deve à própria natureza disjuntiva da verdade factual, na qual, inclusive, permite-se um juízo íntimo de retratação (ARENDT, 2016, p. 231 e 232).
Esta problemática, aliás, já obtém, como visto, precedente nas decisões do TSE que, na égide da Representação Eleitoral n° 0601372-57, teve que utilizar-se de notável discricionariedade linguística como recurso valorativo para conter uma narrativa polêmica, mas palpável, acerca de fatos verossímeis, sob a premissa de incorrer essa em suposta desordem informacional.
Portanto, em qualquer perspectiva, seja pela possibilidade material de conter o discurso pelo valor das suas premissas ou, ainda, pela proeminência do seu poder de ressonância, estará a tutela jurisdicional defrontando-se com o brocardo jurídico ?Ad impossibilia nemo tenetur? que expõe ao Poder Judiciário a conformação das suas possiblidades de regulamentação, sob pena de gerar precedentes de instabilidade mais gravosos que a problemática a qual se pugnou confrontar (LEFEBVRE D?OVIDIO; 2020, p. 120).
36

Para sedimentar as presentes reflexões, portanto, sabe-se que as Fake News, por sua estrutura inaugural no tecido da sociedade tenderão a gerar, em algum momento, a reconstituição axiológica da liberdade de expressão pela via legal, o que cumprirá, naturalmente, o ciclo de (re)modelação dos direitos fundamentais sob a égide das matrizes jurídicas temporal e espacialmente dinâmicas.
Contudo, havendo ainda lacuna legislativa para tal reconstituição, a iminente ideia da restrição ao livre pensamento figurada no seu conteúdo, ao invés da sua rígida prefiguração constitucional, como vem pretendendo o Judiciário Brasileiro, remete, em verdade, à necessidade de que se reforce a contínua vigilância em relação aos perigos da formação de uma ordem orwelliana 7pelo Estado que determinaria o que é verdade e o que não é ? inclusive sobre si mesmo ? baseando-se em pressupostos analiticamente indeterminados, o que impedirá, em última análise, a circulação de discursos dissidentes, fazendo-se assumir ainda ao poder estatal a feição de uma nova forma de dominação, esta fulcrada no sequestro do debate público e, portanto, da busca pela verdade factual em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, sob a ótica propedêutica-constitucional,

as necessárias reflexões jurídicas atinentes à regulação das Fake News diante do fundamento da liberdade de expressão, direito fundamental encravado no texto constitucional brasileiro.
Para tanto, tendo em vista a ausência de legislação específica que sedimentasse o cerco normativo do presente estudo, teve que se recorrer ao que há de mais profuso, em termos de jurisprudência ? inclusive internacional ? acerca desta inaugural colisão entre ?fato novo? e ?direito?. Não apenas isto, o presente trabalho comprometeu-se cabalmente em circunstanciar a necessidade de prefiguração da liberdade de expressão não apenas no campo jurídico, mas na esteira da sua imprescindibilidade política, cuja democracia se funda.
Nesse cerne, imperioso se faz concluir, não havendo ressalvas quanto a possibilidade de regulação legislativa das Fake News, que a conformação da coibição deste fenômeno, por hora, pelo poder jurisdicional, esta indiscutivelmente ameaçadora ao livre escoamento do debate público, perpassa, fundamentalmente, pela obtenção da liberdade de expressão como núcleo

7 Na ordem orwelliana, preconizada pelo escritor inglês George Orwell na sua obra distópica ?1984?, o poder
estatal age como um mecanismo de falsificação do passado e do presente, no passo em que desvirtualiza a
capacidade de expressão dos seus dissidentes, transformando o discurso em um produto monopolístico e inescapável do Estado, este denominado como ?Ministério da Verdade?.
37

essencial passível de preferência à cognição judiciária. Em outras palavras, para que sejam devidamente reguladas as Fake News deve-se, prima facie, conceber os limites materiais desta atividade, com vistas à proteção do alcance axiológico do livre pensamento, este fundamental às instituições democráticas e ao, mesmo tempo, historicamente frágil e de onerosa (re)conquista.
Mais do que isso, faz-se necessário compreender, em certo grau e sob certa égide normativa, a presunção caótica do debate público que, quase nunca, entregará pacificamente os desdobramentos do seu desenvolvimento, de modo que as suas inflamadas disjunções, naquilo que for possível, devem ser prestadas à sociedade civil como parte do processo autorregulatório da democracia, eximindo, naquilo que for possível, a intervenção do judiciário que, em face da sua matriz centralizadora, tenderá, em algum momento, pela preterição de determinada corrente aparentemente mais nociva, mas não necessariamente ilegal, prejudicando, em última análise, a obtenção da verdade factual e do autoconvencimento coletivo em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista De Direito Administrativo, 217, 67?79. 1999.
ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.
ARAÚJO, Leonardo Aires. A distinção entre a verdade filosófica e a verdade factual, na ótica arendtiana. Revista Ponto de Vista, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 01?08, 2023. DOI: 10.47328/rpv.v12i2.16444.

ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. 8ªed.São Paulo: Perspectiva, 2016.
BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das fake news e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democrática. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, 8-10, nov. 2017.
BARROSO, Luís Roberto. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./Mar. 2004.
BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade ? Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
38

BECKER, Daniel; FILHO, Humberto Chiesi; BRETZ, Luiza Pontes de Miranda. Gonzalez v. Google e Twitter v. Taamneh: lições da Scotus sobre responsabilizar plataformas. Conjur. 2023. Acesso em: 31.05.2024.
BERNARDINI, Ana Júlia Bonzanini; VIEIRA COSTA, Andressa Liegi. POPULISMO E FAKE NEWS NA ERA DA PÓS-VERDADE: COMPARAÇÕES ENTRE ESTADOS UNIDOS, HUNGRIA E BRASIL. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 28 | p. 385-412 | jan./jun. 2020 | E-ISSN 2359-2419
BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. ? Nova ed. ? Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.
BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891.
BRASIL. Constituição (1934) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.
BRASIL. Constituição (1937) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.
BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.
BRASIL. Constituição (1967) Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República [1988].
BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. BRASIL: Brasília, DF.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno,

j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, Voto. Min. Rel. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
39

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repr 0601372-57, Voto. Min. Ricardo Lewandowski. j. 13.10.2022.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2006.
DUQUE, M. S., & Nascimento, I. M. A. do. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 4(2), 949?968. 2018.
DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 2005.
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. In: Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, nº 17, p.15-19, jan./abr. 1973.
HAVARD LAW SCHOOL. Compelling speech The Supreme Court soon will decide if social media platforms must allow certain kinds of speech on their platforms. By Rachel Reed. United States (USA). 2024.
HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro de Mello Aleixo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LEFEBVRE D?OVIDIO, Francesco. Ad impossibilia nemo tenetur. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder, The Journal of European Economic History, ISSN 2499-8281, Associazione Bancaria Italiana, Roma, Vol. 49, Iss. 2, pp. 117-123
MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MAQUIAVEL, Nicolau. Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
MEIKLEJOHN, Alexander. Free Speech: And its relation to self-government. New York: Harper & Brothers, 1948.
MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, a.31, n° 122 maio/jul. 1994.
40

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009.
PEREIRA DA SILVA, Jorge. ?Fake news? conquistam 2017. O Jornal Económico, 17 novembro 2017.
POST, Robert. ?Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence?, Yale Law School Schlarship, 2000, 2355-2376.
ROSA, Pamela Dourado Kletlinger. O futuro da liberdade de expressão na era digital: moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no bojo do inquérito das fake news. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
SARLET, Ingo Wolfang. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: O CASO DAS ASSIM CHAMADAS ?FAKE NEWS? NAS REDES SOCIAIS EM PERÍODO ELEITORAL NO BRASIL. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e Liberdade de Expressão Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS. SÃO PAULO/SP. 2009.
TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. Defining ?Fake News?, Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 137-153, 2018.
WAACK, William. Fake News: uma visão político-jornalística. in: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.), Fake News e Regulação, São Paulo: RT, 2018.
WARDLE, Claire. Information Disorder. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: Council of Europe, 2017.

==========

Arquivo 1: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)

Arquivo 2: https://www.coursehero.com/file/p4rnucn/QUESTION-18-In-Brandenburg-v-Ohio-in-1969-the-US-Supreme-Court-used-a-two (82 termos)

Termos comuns: 0

Similaridade: 0,00%

O texto abaixo é o conteúdo do documento TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA..pdf (12482 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.coursehero.com/file/p4rnucn/QUESTION-18-In-Brandenburg-v-Ohio-in-1969-the-US-Supreme-Court-used-a-two (82 termos)

==========

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SALVADOR
2024
GUILHERME DE MAGALHÃES LEAL MOREIRA

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho apresentado à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

SALVADOR
2024

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos
Matteo e Laura, amores do titio.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAKE NEWS DIANTE DO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEGAL REFLECTIONS ON THE NECESSARY CONFORMATION OF THE CONCEPT OF FAKE NEWS IN FRONT OF THE FOUNDATION OF FREEDOM OF EXPRESSION

Guilherme de Magalhães Leal Moreira1
Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO
O presente estudo tem como objetivo tecer necessárias reflexões jurídicas acerca do (re)posicionamento do fundamento constitucional da liberdade de expressão diante do paradigma das Fake News, fenômeno atualíssimo decorrente da nova dinâmica informacional trazida pelas redes virtuais. Para tanto, busca-se prioritariamente investigar a fisiologia da liberdade de expressão no campo (filo)jurídico, bem como na própria arquitetura constitucional brasileira para que, ao fim e ao cabo, seja possível refletir o direito ao livre pensamento e suas ramificações na seara de contingências do plano de fundo das Fake News, especialmente no que tange à (in)determinação linguística e jurídica deste com fins à sua respectiva coibição jurisdicional. Nesse diapasão, tendo em vista a ausência de lei específica que regulamente o multicitado fenômeno, discute-se, do ponto de vista doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, sob quais termos a coibição às Fake News não pode corromper o núcleo essencial da liberdade de expressão, ante a sua imprescindibilidade democrática e inerente capacidade antinômica frente aos indesejados desdobramentos do poder estatal.
Palavras-chave: Liberdade de expressão, Fake News, Jurisprudência, Constituição, Democracia.

ABSTRACT: The present study aims to weave legal reflections on the (re)positioning of the constitutional foundation of freedom of expression in the face of the Fake News paradigm, which appears to be very current as a result of the new informational dynamics brought about

by virtual networks. To this end, we seek to primarily investigate the physiology of freedom of expression in the (philo)legal field, as well as in the Brazilian constitutional architecture itself so that, in the end, it is possible to reflect the right to free thought and its ramifications in the field. of contingencies in the background of Fake News, especially with regard to its linguistic and legal (in)determination with the aim of its respective jurisdictional restraint. In this context, in view of the absence of a specific law that regulates the multi-cited characteristics, it is

1 Discente do curso de Bacharelado em Direito da UCSal ? Universidade Católica do Salvador, em curso da
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do 9° semestre. Email institucional:
guilherme.moreira@ucsal.edu.br
2Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL), pós-graduado em Direito
Processual Civil pelo Juspodivm e Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade - PPGEISU/ IHAC/
UFBA.

discussed, from a doctrinal and, above all, jurisprudential point of view, under which terms the prohibition against Fake News cannot corrupt the essential core of freedom of expression , given its democratic indispensability and antinomic capacity in the face of unwanted developments of state power.
Keywords: Freedom of expression, Fake News, Jurisprudence, Constitution, Democracy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA. 2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA. 3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL. 3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES. 3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. 3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão. 4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA. 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018. 4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado. 4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade trazer necessárias reflexões jurídicas acerca do justo posicionamento do princípio da liberdade de expressão no plano de fundo do fenômeno das Fake News. Para tanto, far-se-á necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que fundamenta o conceito e a evolução normativa da liberdade de expressão na contemporaneidade, bem como conceber o que houver de dubiedade a respeito do significado do fenômeno das Fake News e, de igual modo, acerca da sua seara de afetação às democracias pós-modernas.
Nesse cerne, importa preponderar que o instituto da liberdade de expressão origina-se, uma vez ausente de elementos interventores, da mais plena comunicação entre o espírito humano da racionalidade e a sua consecutiva capacidade de perceber os fenômenos, bem como, de interpretá-los e verbalizá-los. Trata-se, portanto, de um dado da realidade espontaneamente percebido que, nas suas mais diversas manifestações, revela a heterogeneidade do senso intelectivo humano, no passo em que dá tom à livre criação de iniciativas políticas, religiosas, ideológicas, artísticas e científicas.
6

Trazendo para uma perspectiva civilizacional, ao anteceder ao conjunto complexo das normas politicamente constituídas, o referido instituto vem sendo imbuído de dificultoso esforço normativo, no transcorrer da história ocidental, para que sua repercussão seja adequadamente suportada em face da necessidade de pacificação social, sobretudo se levado em consideração que a liberdade de expressão é percebida em seus efeitos, ou seja, reformular o seu conteúdo passaria, em última análise, pela necessidade em atingir as suas manifestações.
Por outro lado, sabe-se que as matrizes jurídicas pós-modernas, como a brasileira, são marcadas pela temporalidade das estruturas normativas. Em outras palavras, o sistema normativo contemporâneo, ao ser influenciado pelo binômio ?tempo-espaço?, possui caráter de fluidez em relação aos mais novos produtos das relações intersubjetivas, fazendo com que direitos já consolidados defrontem-se aos acontecimentos e demais direitos a eles supervenientes, gerando uma contínua necessidade de atualização do seu alcance normativo.
Diante disso, tratando-se o fenômeno das Fake News de fato novo e atípico que vem ressignificando o potencial lesivo da liberdade de expressão nas redes sociais para além dos limites já impostos pelos tutelados direitos da personalidade, gerando inaugural atuação do Poder Judiciário, o presente trabalho tem como objeto central responder o seguinte questionamento: o que é necessário levar em consideração para que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão prepondere sobre a iminente regulamentação jurisdicional do fenômeno das Fake News?
Para tanto, o estudo a ser deslindado no decorrer deste trabalho terá, enquanto principais objetivos, o devido esforço propedêutico de posicionamento histórico-constitucional da liberdade de expressão, bem como da vocação etimológica e jurídica do fenômeno das Fake News, momento em que finalmente se buscará dimensionar o paradigma observado pelo livre pensamento diante do intercorrente fenômeno multicitado e suas variações observáveis no Brasil (e no exterior), analisando, ainda, posteriormente, a necessidade de que, num cenário normativo de necessária conformação entre ?direito x fato novo?, este prefigure sobre aquele.
No aspecto metodológico, por sua vez, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, substanciada em material analítico já publicado, bem como na análise primária de

documentação legislativa e jurisprudencial. Além disso, o presente trabalho se baseará no método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo em vista que a relação entre pesquisador e fenômeno pesquisado se dará em influência mútua, desdobrando-se ainda em hipóteses a serem submetidas ao processo de falseamento.

7

2. O INSTITUTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM EXAME CONCEITUAL A LUZ DA DOUTRINA JURÍDICA E FILOJURÍDICA.

A liberdade de expressão, enquanto apanágio da inclinação racional do indivíduo, vem correspondendo, no transitar das experiências civilizacionais ? sobretudo àquelas impelidas pela modernidade ? na possibilidade concreta de ação individual desentranhada, por sua vez, de condições de existência externas. Isso significa dizer que, para além de todos os preceitos formulados pelas convenções humanas e direcionados a finalidades coletivas, o instituto da liberdade de expressão origina-se e conclui-se em si mesmo, de modo que a sua única condição existencial é o próprio senso intelectivo humano (SILVA, 2000, p. 247 e 248).

Transpondo a obtenção da liberdade de expressão como um dado da realidade antecessor a qualquer convencionalidade societária, observa-se, inclusive, no ramo do estudo dos direitos fundamentais, que a liberdade de expressão, assim como as demais liberdades de vocação individual, constituiu o Estado Moderno como meio de subtração do seu poder. Nos dizeres do filósofo italiano Norberto Bobbio (2004), por exemplo, os direitos de liberdade, componentes dos denominados ?direitos de primeira geração? são marcados pelo seu conteúdo negativo, ou seja, acabaram por afetar a fisiologia estatal pré-revolução francesa, evocando o seu não-agir.

Tão relevante é o caráter negativo da liberdade de expressão, aliás, que os seus desdobramentos, como a liberdade de opinião e a própria liberdade de imprensa, servem ao exercício social da cidadania como instrumentos fiscalizatórios supraestatais da atividade política, na medida em que a sua publicidade evoca no seio societário a possibilidade de demandar as suas respectivas expectativas e críticas, gerando uma contínua comunicabilidade antinômica entre o poder estatal e o seu agente constituinte, qual seja a própria sociedade.

Acerca do referido fenômeno, ressalta ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e notório doutrinador Luís Roberto Barroso:

> Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povoe a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los (BARROSO, 2004, p. 19).

Não à toa, devido a sua potencialidade antinômica, a liberdade de expressão, na visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin, defensor da famigerada teoria constitutiva, deve ser

8

concebida juridicamente por uma visão mais ampla e estável, de modo que se entenda o seu valor por si só. Em linhas mais específicas, enquanto a teoria da verdade criada pelo polímata estadunidense Oliver Wendell Holmes visava filtrar o direito ao livre discurso através do seu conteúdo valorativo, maximizando a verdade como finalidade, a perspectiva de Dworkin recai sobre a autonomia do próprio discurso independente do seu direcionamento, de modo que, segundo o autor, trata-se de um exercício civilizatório impossível numa democracia obter um juízo moral pleno a respeito do bem comum sem que essa atividade se constitua através da participação geral e heterogênea dos seus cidadãos, o que denota, em última análise, a importância dialética da liberdade de expressão para o debate público (POST, 2000, p. 236; DWORKIN, 2005, p. 25).
Dada a sua vocação supraestatal, pode-se provisoriamente concluir, portanto, que a liberdade de expressão, ao derivar de uma ordem conatural da natureza humana, independe de qualquer empenho coletivo-racional de formulação, bastando ao Estado ? sobretudo o Democrático ? admitir a sua relevância em sua ordem jurídica, impondo-lhe limitações provenientes das características teleológicas de cada ordenamento jurídico. Na perspectiva de Dworkin, por exemplo, essa muito influenciada pela filosofia de não-restrição aos direitos fundamentais da Constituição Americana, basta ao Estado, ao lidar juridicamente com a liberdade de expressão, buscar a potencialização da independência moral dos seus cidadãos, senão vejamos:
Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual (DWORKIN, 2005, p. 26).

Em perspectiva diversa, segundo o filósofo britânico Alexander Meiklejohn, existe uma limitação precípua à liberdade de expressão: o seu desserviço à democracia. De modo explicativo, segundo o autor, a liberdade de expressão deve obter conceituação e tutela constitucional, em regra, para proteção de qualquer discurso, principalmente aquele de caráter dissidente. Entretanto, a proteção ao direito não corrobora a automática proteção ao seu abusivo usufruto, de modo que não pode o Estado permitir a dissipação de discursos que a ele tenham vocação autodestrutiva.
Isso significa dizer que se o Estado compromete-se constitucionalmente a promover uma ordem social democrática, não pode ele admitir a existência de discursos no debate político
9

que promovam a destruição dessa finalidade, sob pena de assumir para si uma fisiologia que em algum momento lhe gere uma ruptura (MEIKLEJOHN, 1948, p. 13 a 15).
A perspectiva de Meiklejohn, por esse motivo, conecta-se, de certa forma, à plasticidade não-estática da Constituição Brasileira de 1988 que, apesar de conceber plenamente a liberdade de expressão como direito fundamental, tutela implicitamente a vedação ao discurso de ódio e a apologia ao denominado conjunto de ?discursos antidemocráticos?. Nesse sentido, o jurista

brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet afirma que numa interpretação sistemática ? aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um regime democrático ? a Constituição Brasileira assegurou para a liberdade de expressão uma posição (relativa) preferencial, o que pode ser compreendido como uma preferência prima facie ? mas não absoluta ? que, por sua vez, não obsta o dever do sistema jurídico em garantir a preservação dos demais bem-jurídicos inseridos na sua Carta Magna, como dos direitos da personalidade (SARLET, 2019, p. 1225 e 1226).

Em sentido complementar, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que a garantia constitucional a liberdade de expressão está acompanhada de expressa reserva legal. Isso significa dizer que o exame conceitual da liberdade de expressão em sua justa aplicação pelo Poder Judiciário deve se dar de forma sistemática, de modo a transparecer que a evolução do direito à liberdade de expressão o conduz para a vedação ao conflito entre direitos fundamentais (Grundrechtskollision), levando a sua preferência relativa no ordenamento jurídico, em última análise, ao filtro da dignidade humana, elemento integrante do sistema de valores dos direitos (trans)individuais na Constituição Brasileira (MENDES, 1994, p. 298 a 301).

Dessa forma, observa-se que a busca pela conceituação (filo)jurídica do princípio da liberdade de expressão, ao mesmo tempo que perpassa pelo seu reconhecimento enquanto direito prefigurado às convencionalidades coletivas e prioritário no plano de fundo democrático, não furta-se de um enquadramento na sistemática constitucional, de modo que o seu eixo de limitação, como se verá mais adiante, deva encontrar solidez na garantia de outros direitos individuais, desde que garantida a reserva legal do seu exercício jurisdicional.

2.1. O FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.

10

Tendo sido bem delineada a seara (filo)jurídica da liberdade de expressão, observa-se que o seu conteúdo enquanto bem-jurídico, assim como a sua desejada aplicação no seio societário perpassam pela indispensável noção de enquadramento do referido instituto na ordenação democrática que o reconhece.

Isto porque, num primeiro momento, a liberdade de expressão aparece como fundamental corolário do sentimento democrático. Nos dizeres de Silva (2009, p. 114) a liberdade da palavra, numa democracia, está voltada para a vida coletiva através da discussão e deliberação de assuntos públicos de bem comum. Nesse cerne, a constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo torna-se, segundo o autor, premissa óbvia ? tomada como um dado ? de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o sistema democrático atingir a sua finalidade política precípua de satisfação da vontade popular.

Tão antiga e consolidada na literatura política é a importância da liberdade de expressão que, em suas obras republicanas, Maquiavel, um autor reflexo de um período não-democrático, já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar no trecho abaixo reproduzido:

Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera

útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 2000, p. 76)

Por outro lado, num segundo momento, a importância de contrastar o princípio da liberdade de expressão com o plano de fundo democrático existente se dá também com vistas a sua seara de aplicação jurídica. De acordo com Sarlet e Siqueira (2020, p. 545 e 546), na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e de informação nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, mas, também, da operacionalização, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de proteção desses direitos, o que, por sua vez, implica a salvaguarda dos direitos políticos e da democracia e suas instituições.
A perspectiva do autor brasileiro, nessa esteira, fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana é o fundamento estruturante de uma democracia, ao passo que a democracia opera como espécie de garantia organizacional e procedimental da dignidade humana (HÄBERLE, 2009, p. 86 e 87). Em sentido confluente, pode-se deduzir que a relação entre
11

democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora o aumento do potencial democrático numa sociedade possa muitas vezes significar o aumento da liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão, em seu usufruto abusivo, pode acarretar riscos para a democracia o que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão em última instância de análise (MICHELMAN, 2007, p. 58), o que torna necessário calculado equacionamento.
Na democracia brasileira, destacadamente, o problema do conteúdo e limites da liberdade de expressão somente pode ser enfrentado e equacionado, do ponto de vista jurídico, quando existe um consenso (no sentido de uma opinião e prática majoritária) relativamente ao seu sentido e alcance, o que, por sua vez, remete à querela em torno da posição da liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais (SARLET; SIQUEIRA, 2019, p. 549 e 550).
Nesse sentido, conforme observaremos mais detalhadamente no próximo capítulo do presente trabalho, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegure um idêntico status protetivo à privacidade, intimidade, honra e imagem e à liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, levando a uma interpretação sistemática que não dispensa a constitucionalidade da sua limitação pelo Poder Judiciário (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550 e 551).

3. A FISIOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PLANO NORMATIVO BRASILEIRO: UM EXAME HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Objetivando o mais justo estabelecimento da formatação do direito à liberdade de

expressão no atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no plano do Estado Democrático de Direito vigente, faz-se necessário compreender, prioritariamente, a sua história constitucional, de modo que se possa dimensionar, ao fim deste capítulo, a relevância e extensão do direito à liberdade de expressão diante do binômio espaço-temporal das normas constitucionais pátrias, chegando satisfatoriamente à sua atual fisiologia jurídica, por sua vez fundada na Constituição Cidadã de 1988.

Para tanto, trata-se de dado histórico verificável a ser ressaltado nesta oportunidade que a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro submeteu-se a diversas

12

variações, decorrentes estas, por certo, do momento histórico-social pelo qual a sociedade brasileira passava quando da adoção de cada Carta Constitucional (DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Isto dito, a contemplação constitucional do direito à liberdade de expressão teve início com a Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, em que havia, através do art. 179, IV do título ?Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros.?, previsão destacada a respeito da inviolabilidade dos direitos civis de liberdade dos cidadãos brasileiros, fazendo menção expressa ao direito de comunicação de pensamento por palavras e escritos, podendo ainda serem estes últimos publicados pela imprensa, a qual teria a sua atividade garantida sem a dependência de censura (BRASIL, 1824).

Em contrapartida, o próprio dispositivo supramencionado previa a possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de pensamento nos casos e pela forma que a lei determinasse. Tal disposição restritiva, no entanto, apesar de destacar o filtro da legalidade, era cercada de certa imprecisão, tendo em vista que a existência do Poder Moderador, este previsto no Título 5°, Capítulo I da mesma Carta, trazia como direito do Imperador prover a tudo que fosse concernente a segurança interna e externa do Estado, incluindo nisto a manutenção da ordem moral da sociedade brasileira, o que, em última análise, acabava por significar a existência de um censor de alcance ilimitado gerado pelo mesmo texto constitucional (BRASIL, 1824; DOS SANTOS, 2016, p. 108).

Com a derrubada do Império e a inauguração do regime republicano no Brasil no ano de 1889, fora criada, dois anos depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual manteve em quase total integralidade o texto constitucional do Império acerca da livre manifestação e publicização do pensamento, havendo, no entanto, diferenciação notória decorrente não em face da égide normativa em si, visto que praticamente espelhada na anterior, mas da retirada do Poder Moderador como potencial mecanismo de censura para além do filtro da legalidade (DOS SANTOS, 2016, p. 109 e 110).

Por outro lado, a primeira constituição republicana fora responsável por trazer em seu art. 72, parágrafo 12 a vedação ao anonimato, condição à livre manifestação do pensamento até hoje presente no texto constitucional brasileiro como forma de garantir a responsabilização do emissor de determinada palavra e/ou escrito através da sua obrigatória identificação (BRASIL, 1891).

13

Já no séc. XX, mais precisamente na década de 30, fora promulgada no ano de 1934 a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, inspirada na Constituição de Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931 e imbuída pela Revolução de 1930 trouxe inovações à proteção da liberdade de pensamento em seu art.113, parágrafo 9, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos e, ao mesmo tempo, permitiu a censura de espetáculos e diversões públicas, como afronta clara ao potencial antagônico da classe artística (BRASIL, 1934; DOS SANTOS, 2016, p. 110).

Três anos depois, como forma de perpetuar-se no poder e inspirado na Constituição autoritária da Polônia de 1935, o então presidente Getúlio Vargas (1882-1954), promoveu um golpe de estado em 1937 e, no mesmo ano, outorgou um novo texto constitucional em que em seu art. 122, inciso 15 ? reforçado pelo Decreto-lei no 1.949 ? estavam previstas diversas modalidades e mecanismos de censura ? inclusive prévia ? ao livre pensamento, sob a premissa de garantir a paz, a ordem, bem como a moralidade e a segurança pública (BRASIL, 1937; DOS SANTOS, 2016, p. 110).

Tais previsões constitucionais, assim que vigentes, deram origem a uma série cinzenta de atos institucionais de restrição à liberdade de expressão nas mais diversas ramificações, sobretudo no âmbito da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão e, destacadamente, na própria seara política, ausente do juízo de valor popular (DOS SANTOS, 2016, p. 110 e 111).

Com a deposição de Getúlio pelos militares e a consequente superação do seu regime no ano de 1945, fora promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, um ano depois, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, reavendo, em seu art. 141, conquistas da Carta Constitucional de 1934, além de trazer destaques quanto a liberdade da convicção religiosa, filosófica e política. Entretanto, no mesmo texto, apesar de expressa consideração das artes como livres no art. 173, a Constituição de 1946, no parágrafo 5° do art.143 destacava que os espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados, dando continuidade às afrontas moralistas ao pensamento artístico oriundas do texto constitucional de 1934 (BRASIL, 1946; DOS SANTOS, 2016, p. 111).

Quase duas décadas depois, com a instalação do Regime Militar no Brasil no ano de 1964, a Constituição de 1946 fora suprimida, dando lugar a um cenário de ausência de proteção constitucional dos direitos fundamentais, marcado este pela publicação dos Atos Institucionais I e II que suprimiram a representatividade política do país (DOS SANTOS, 2016, p. 112).

14

O novo status quo institucional ora instalado se consolidou na Constituição da República Federativa de 1967 que praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação e publicização do pensamento independentemente de censura. No entanto, diferentemente da Constituição de 1946, o texto constitucional em voga naquele período trouxe, no parágrafo 8° do art. 150, a possibilidade de intolerância jurisdicional diante de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967; DOS SANTOS, 2016, p. 112).

Nesse deslinde, foram publicados consecutivos atos institucionais até o Ato Institucional nº 5 ? AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do Poder Executivo e tratando qualquer manifestação contrária ao Regime

como crime político e contra a segurança nacional, o qual, segundo o próprio ato, estava excluído de qualquer apreciação judicial, devendo ser tratado como uma questão militar (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
Ato contínuo, no ano de 1969, a Emenda Constitucional n° 1 foi decretada pela Junta Militar vigente, modificando quase que integralmente a Constituição de 1967, de modo a dar caráter de legalidade constitucional aos atos institucionais. Sobre a Emenda referida, esclarece José Afonso da Silva (2006, p.86):
Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Assim, sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que a liberdade de expressão, com considerações ao Regime Getulista, sofreu suas maiores represálias constitucionais na história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 112).
No entanto, o contínuo desgaste do Regime Militar nos campos internacional, econômico e político acabou por culminar no processo de redemocratização do Brasil a partir do ano de 1985, processo este consolidado pela Constituição da República Federativa de 1988, atual e vigente no país, trazendo a maior proteção aos direitos fundamentais e democráticos da história brasileira (DOS SANTOS, 2016, p. 113).
No que tange ao direito ao direito à liberdade expressão, a Carta Constitucional, ao se definir como signatária efetiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representou uma verdadeira antítese ao regime antecessor, reconhecendo, como cláusulas pétreas, o direito de qualquer cidadão de, indistintamente, formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores
15

e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação (DOS SANTOS, 2016, p. 114).
Para bem ilustrar a renovação constitucional supramencionada, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 65):
A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Nesse deslinde, a liberdade de expressão passou a figurar no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando no art. 5°, IV e IX o caráter de inviolabilidade do direito ao livre pensamento com vedação ao anonimato e, ademais, fazendo-se destaque ao livre exercício das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).
Em disposição consoante, o art. 220 da Constituição Cidadã reforçou o disposto nos dispositivos supramencionados, destacando ainda a vedação ao embaraço à plena liberdade de

informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988).
Nesses termos, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente a liberdade de expressão e comunicação como elementos constitutivos do próprio regime institucional vigente, pondo fim à censura anteriormente existente, marcada esta pela relativização normativa do livre pensamento (DOS SANTOS, 2016, p. 114).
Em contrapartida, ao prever, em seu art. 5º, X a igual proteção aos direitos da personalidade ? quais sejam intimidade, vida privada, honra e imagem ? bem como promover a vedação ao seu usufruto abusivo, a Constituição de 1988 foi responsável por trazer a mais nova fisiologia do direito à liberdade de expressão, balizado pelo binômio ?liberdade x responsabilidade? e, sobretudo, pelo fenômeno da colisão dos direitos fundamentais na operacionalização (infra)constitucional destes, tema a ser analisado no tópico a seguir (DOS SANTOS, 2016, p. 114).

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PERSPECTIVA (INFRA)CONSTITUCIONAL DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E LIMITAÇÕES
De acordo com o notório jurista alemão Robert Alexy, a problemática da colisão dos direitos fundamentais decorre do próprio intento do estudo dos direitos fundamentais em revelar
16

as estruturas dogmáticas, bem como o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 1999, p. 68).
Em linhas mais específicas, ao substanciar o ideal do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se desdobram simplesmente de dispositivos racionalizados pela ordem jurídica nacional, recepcionando, em verdade, a validez universal dos chamados direitos substanciais que, por seu turno, vinculam certas exigências transnacionais ao texto constitucional de cada país que vão da hierarquização das suas cargas valorativas, até a definição dos seus conteúdos axiológicos (ALEXY, 1999, p. 67).
E é nesse deslinde que surge a necessidade de catalogação dos direitos fundamentais e, consequentemente, da revelação da sua capacidade colidente por via de interpretação constitucional, podendo ser esta capacidade ampla, quando os direitos colidentes têm vocação coletiva, ou estrita, quando o conflito normativo decorre de direitos fundamentais individuais propriamente ditos (ALEXY, 1999, p. 68 e 68).
No caso presentemente estudado, qual seja o direito à liberdade de expressão, a sua capacidade colidente desenvolve caráter evidentemente estrito, isto porque a sua carga valorativa, bem como o seu conteúdo axiológico não podem ocorrer indefinidamente no plano da realidade sem que o seu exercício normativo tenha consequências negativas sobre direito fundamental diverso, sobretudo os direitos da personalidade.
Por esse motivo, a técnica interpretativa da Constituição Federal de 1988 no que tange a colisão dos direitos fundamentais, marcada destacadamente pela Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), não apenas trouxe os direitos da personalidade como colidentes ao exercício da liberdade de expressão, como também definiu a possibilidade do seu usufruto abusivo que, dentre outros prejuízos possíveis, pode ferir diretamente a ordem pública constitucional (DUQUE, 2018, p. 963).
Para bem ilustrar a mecânica destas limitações ver-se-á especificamente a sua

operacionalidade (infra)constitucional nos tópicos a este subsequentes, destacando, sobremodo, a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, bem como à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas ao seu alcance normativo.

3.1.1. A colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A Teoria dos Limites dos Limites preconiza que, através do princípio da proporcionalidade, deve-se estabelecer a definição de peso para cada um dos direitos
17

fundamentais em colisão e, assim, estabelecer de qual modo essa definição deve se dar de maneira proporcional para que se possa encontrar, finalmente, o equilíbrio correto entre os direitos fundamentais (DUQUE, 2018, p. 954 e 955).

Em outras palavras, é fundamental à técnica interpretativa constitucional analisar, mediante limitação abstrata, se o benefício alcançado com o sacrifício da aplicação de um direito fundamental não causa um prejuízo desnecessário.

No caso da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão à proteção da personalidade, segundo Alexy (1999, p. 70), a definição elementar da limitação a ela necessária perpassa indiscutivelmente pela irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total, bem como pela onipresença da ponderação entre ambos os direitos colidentes.

Essa interface interpretativa, ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao direito à liberdade de expressão uma posição preferencial relativa de exercício em relação aos demais direitos fundamentais em vista da sua teleologia democrática indispensável.

Ao mesmo tempo, ocorre na sistemática constitucional, a possibilidade concreta e material dada ao livre desenvolvimento da personalidade, oriundo da dignidade da pessoa humana, de limitar a irradiação do livre pensamento, sob a prerrogativa de que os desdobramentos do senso intelectivo não podem preponderar indefinidamente sobre o indivíduo que intelectualiza sobre si mesmo.

Nessa égide, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos extrapatrimoniais previstos em seu art. 186 faz uma operacionalização infraconstitucional da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo em vista que o dano moral, ao representar o ferimento a uma camada imaterial do titular do direito, abarca a possibilidade do uso indevido da liberdade de expressão através de palavras ou escritos que, por seu turno, exigem a consecutiva reparação nos termos do art. 927 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

O Código Penal, por sua vez, em seu Capítulo V, traz previsão de detenção e multa a quem infringir a honra de outrem. No entanto, na esfera penal, há previsão de aumento de pena baseada na pessoa da sua vítima ? como, por exemplo, o Presidente da República ou Ministro do Supremo Tribunal Federal ? e se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria, como as próprias redes sociais (BRASIL, 1940).

Seguindo a mesma toada discriminatória da tutela dos direitos da personalidade, os Estatutos da Igualdade Racial (Lei n° 12.288/2010) e da Pessoa com Deficiência (Lei n° 3.146/2015) regulam infraconstitucionalmente a liberdade de expressão, fazendo definição
18

expressa à discriminação e preconceito contra os respectivos grupos. Ademais, a Lei dos Crimes Raciais (Lei n° 7.716/1989), recentemente alterada pela Lei n° 14.532/2023, criminaliza a ofensa em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, prevendo aumento de pena ainda quando o crime ocorrer em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação ou quando praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, trazendo limitações práticas ao conteúdo humorístico de cunho racial, mas também ao racismo institucional presentes nos órgãos públicos.
Por fim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual se verá mais detalhadamente no decorrer deste estudo, atualizou a colisão entre a tutela dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão para o campo tecnológico-informacional, trazendo, no seu art. 7º, I e, em consonância ao Código Civil, a inviolabilidade do direito reparatório decorrente de conteúdos gerados por usuários e trazendo como novidade normativa, por outro lado, a neutralidade das redes em si, bem como a isenção dos seus responsáveis por estes mesmos conteúdos (BRASIL, 2014).

3.1.2. Da incidência do abuso do direito à liberdade de expressão
Apesar do abuso do direito à liberdade de expressão obter relação indissociável com a tutela dos direitos da personalidade, para os fins do presente estudo, faz-se necessário destacá-lo brevemente com vistas a dissertar acerca da sua amplitude semântica, sobretudo no contexto das redes sociais e das famigeradas Fake News delas oriundas.
De acordo com o art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A liberdade de expressão, portanto, nesse cerco normativo, deve ser exercida, inclusive por inferência lógica da Teoria dos Limites dos Limites, mediante comedimento e razoabilidade em razão de diversos outros direitos caros ao texto constitucional e, inequivocamente, ao próprio Estado Democrático de Direito.
Observe-se então que a possibilidade do abuso do direito à liberdade de expressão, diferentemente da tutela dos direitos da personalidade, possui um núcleo normativo de maior amplitude e com menor definição de alcance, caso em que poderá ser ramificada a sanção ao livre pensamento à tutela de outros direitos constitucionais que não necessariamente o livre desenvolvimento da personalidade.
Aliás, caso o abuso do direito à liberdade de expressão decorresse tão somente do ferimento dos direitos da personalidade, o direito de resposta, referendado pelo inciso V do art. 19

5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, serviria, em conjunção com a possibilidade indenizatória, como remédio respectivo para a satisfação do ofendido, bem como para a responsabilização civil e penal do ofensor, inclusive no contexto dos meios de comunicação.
No entanto, em verdade, o abuso do direito à liberdade de expressão tem ecoado, sobretudo na era das redes sociais, na insurgência do controle jurisdicional de determinados conteúdos que, apesar de não ofenderem determinado titular de direito concreto e material, obtém uma pretensa finalidade de minar certos valores constitucionais, como o Poder Judiciário

e os seus consectários, por exemplo (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 539 e 540).
Sob este novo plano de fundo, as famigeradas Fake News têm recebido destaque por se desdobrarem na criação de conteúdos, pretensamente imparciais ou não, que, na interpretação jurisdicional, representam o desvio sistemático da verdade ou contradizem os fatos integralmente, sob a finalidade de destituir a validade de determinado instituto caro ao regime democrático (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 540).
Outrossim, essa realidade emergente se agrava ainda mais, levando em consideração o potencial difusor das redes sociais, bem como a relativização do perfilamento real do ofensor que, apesar de precisar identificar-se na sua atividade virtual em face da vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF/88), pode criar intermináveis perfis que não necessariamente representem o perfil real do usuário, tendo proteção, inclusive, do direito à privacidade, tutelado pela Constituição em seu art. 5º, X e preferido infraconstitucionalmente em razão do Marco Civil da Internet (SARLET; SIQUEIRA; 2020, p. 545 e 546).
Nesse deslinde, tem-se observado o surgimento de uma inaugural atuação do Poder Judiciário no que concerne ao alcance do abuso do direito à liberdade de expressão, arrastando o seu núcleo de limitação valorativa para as redes sociais, com vistas a discernir, de forma sancionatória, o livre pensamento das famigeradas Fake News e suas variações, o que torna imprescindível, para os fins do presente trabalho, dissertar a seguir acerca da (im)possibilidade material deste atualíssimo fenômeno jurisdicional, ressaltando, sobremodo, a necessidade de preservação do núcleo da liberdade de expressão, direito fundamental relativamente preferencial aos demais na Carta Magna Brasileira.

4. O FENÔMENO PARADIGMÁTICO DAS FAKES NEWS: UM ESTUDO DA SUA ETIMOLOGIA CONCEITUAL À SUA VOCAÇÃO JURÍDICA
20

A análise ora pretendida da prefiguração do direito à liberdade de expressão no paradigma das Fake News perpassa, imperiosamente, pelo esforço antecedente não apenas de buscar a definição conceitual do multicitado fenômeno, como também se desemboca na conseguinte e, ainda mais importante para os fins do presente estudo, perseguição à sua vocação jurídica, de modo que se possa esquadrinhar finalmente a (im)possibilidade material do combate jurisdicional às Fake News em face da sua respectiva estabilidade enquanto fato novo passível de regulamentação.
Nessa esteira, conforme Allcott e Gentzkow (2017, p. 211 a 214), apesar de, grosso modo, Fake News popularmente significar, do inglês, ?notícia falsa?, o referido termo, no seu âmbito prático, abarca todas as informações veiculadas e aptas a serem disseminadas instantaneamente em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar o destinatário da mensagem inverídica e provocando, como finalidade precípua, um efeito pretendido sob determinado fragmento da sociedade.
Dessa forma, da pluralidade de manifestações cabíveis às Fake News, podem surgir erros intencionais, rumores sem origem em notícia exata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa e ainda propaganda ideológica (TANDOC JR; LIM; LING, 2018, p. 141 a 147; ALLCOTT; GENTZKOW, 2017,

p. 214).
Nessa perspectiva, as Fake News podem ainda se subdividir em três modalidades gerais quanto à sua forma e pretensão, sendo elas: a) dis-information, que ocorre quando a informação falsa e veiculada com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; b) mis-information, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; c) mal-information que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada ?pessoa, organização ou país? (WARDLE, 2017, p. 20).
Todas estas modalidades, à sua maneira, obtém a capacidade de gerar a denominada desordem informacional (information disorder) que subsiste na conexão atentatória entre os fatos (falsos ou não) e a narrativa imbricada sobre eles sob determinada finalidade extrínseca, esta geralmente danosa a algo ou alguém (LAZER; BAUM; BENKLER, 2018, p. 1094).
Desta análise conceitual já pode-se deduzir que o fenômeno das Fake News tem a capacidade material de, no seu enquadramento jurídico, desembocar casuisticamente na tutela
21

jurídica dos direitos da personalidade, visto que, dentre as suas finalidades identificáveis, o prejuízo reputacional à indivíduos e coletividades de pessoas é incontroverso. Por outro lado, há de se observar também que, ao se desenvolver sob pretenso contexto, as Fake News funcionam também como possíveis agentes de sectarismo, instabilidade político-social e proselitismo ideológico, caso em que o seu efeito danoso pode direcionar-se às vítimas imateriais, as quais a integridade só se pode verificar no âmbito das ideias e valores.
Nessa senda, a vocação jurídica das Fake News obtém concretude ante a sua seara de afetação ao livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, no que tange aos seus efeitos sobre as vítimas imateriais acima descritas, como a própria ideia jurisdicional da democracia plena, a vocação jurídica das Fake News perpassa substancialmente pela verificação da (im)possibilidade da tutela judicante de identificar a verdade factual no âmbito do debate público, sobretudo em contextos sensíveis.
Ao mesmo tempo, a vocação jurídica do multicitado fenômeno perpassa por uma limitação conceitual que não alargue indiscriminadamente o alcance dos termos linguísticos (enunciados semânticos) que o caracterizam em sua elasticidade e instabilidade, para que, ao fim e ao cabo, a sua regulação pela esfera jurídica, ante ausência, sobretudo, de regulamentação legislativa específica, não implique na maior restrição às liberdades de expressão e de informação, o que poderá desencadear na definição arbitrária dos rumos do debate público brasileiro pelo Poder Judiciário.(SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).

4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMA DAS FAKE NEWS: UM EXAME COM VISTAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES E DEPOIS DAS ELEIÇÕES DE 2018

Como visto anteriormente, sendo notória a ausência de lei que regule o fenômeno das Fake News no seio das suas especificidades, o Poder Judiciário brasileiro tem deslocado profuso esforço para conter os pretensos danos decorrentes da sua ressonância, destacando-se, nessa esteira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante a sua verticalidade cognitiva e, sobretudo,

a sua prerrogativa constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em especial a própria liberdade de expressão, visto que diretamente afeta ao tema insistentemente deslindado pela Corte.
O referido esforço da tutela jurisdicional, nesse cerne, não apenas revela a necessidade de que se analise exemplificativamente a operacionalidade judicial do controle concreto do multicitado fenômeno em face da sua instabilidade semântica, como também torna imperioso
22

que seja reflexo à questão a nova carga valorativa da liberdade de expressão no texto constitucional como subproduto das cognições do Supremo acerca das Fake News, bem como o impacto desta reconstituição ao Estado Democrático de Direito como um todo.
Para tanto, importa contrastar, a existência de uma posição preteritamente consolidada pelo Supremo, anterior às eleições de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão possui posição preferencial relativa na arquitetura constitucional e que, mais, a sua restrição depende de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo. Isto feito, se observará seguidamente a existência de uma transmutação valorativa do livre pensamento na cognição judiciária, por sua vez marcada por fenômenos concorrentes e decorrentes das eleições de 2018, em que o proselitismo ideológico e as Fake News fundiram-se como modus operandi único de populismo digital.
Assim esclarecido, como exemplo inicial da primeira via de análise supracitada, pode-se utilizar a própria ADPF n° 130, já sucintamente destacada neste estudo, em que a Suprema Corte pátria decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988. Na fundamentação da decisão, o STF sinonimizou a liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que, segundo a Corte, é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548).
Ademais, no que tange a consagração dos art. 5°, IV e IX e art. 220 da Constituição, argumentou categoricamente o Supremo na ADPF n° 130 que não há liberdade de imprensa pela metade ou praticada em face das tenazes da censura prévia, sob pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Nesse cerne, silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como esta, na visão do STF, recusar a qualificação do referido território virtual como ambiente livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação, este, por sua vez, um notório ?sobredireito? na égide constitucional. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 548 e 549).
Já no âmbito da ADPF n° 187, o Supremo, ao referendar a constitucionalidade da denominada ?marcha da maconha?, vedando a sua criminalização enquanto suposta apologia ao crime, afirmou que tratativas de limitação ao direito de livre expressão e reunião devem passar, necessariamente, pelo crivo da sua constitucionalidade, levando em consideração, sobretudo, que o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à liberdade de expressão (liberdade-fim), desde que pacíficas e ordeiras, tratam-se de pré-condições necessárias à ativa participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões no âmbito do aparelho
23

do Estado, devendo ser soberano o zelo constitucional em proteger a promoção de atos de

proselitismo pela sociedade civil, inclusive em oponibilidade ao exercício do Poder Público e os seus respectivos agentes (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 549 e 550).
Pondo fim a esta apreciação jurisprudencial precedente, merece destaque a decisão paradigmática do STF para o tema em epígrafe no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451 (ADI n° 4451) em que foi declarada inconstitucional, antes das eleições de 2018, lei eleitoral (Lei n° 9.504/1997) que buscava a vedação de sátiras e críticas a candidatos feitas por emissoras de rádio e televisão (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 559 a 561).
Para tanto, importa ressaltar que, em consonância ao que já fora teoricamente deslindado até o momento a respeito do ambiente apropriado para a proliferação das famigeradas Fake News, tratam-se as eleições ali regulamentadas de notório contexto sensível.
Isto dito, a Suprema Corte, em sua marcante cognição, considerou errônea a opção do legislador em colocar a lisura do pleito eleitoral como hierarquicamente superior às liberdades de expressão, incluindo a liberdade artística, de modo a atingir inclusive o núcleo essencial das referidas liberdades, desrespeitando a sua posição preferencial no texto constitucional, que subsiste por motivos histórico-civilizacionais, sendo, ademais, fundamental para o exercício de outras liberdades e, sobretudo, para o pleno exercício da democracia.
No âmbito deste entendimento da Corte, merece ainda destaque o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes que consignou voto no sentido de que não há permissão a ser deduzida do texto constitucional com o fulcro de limitar preventivamente o conteúdo do debate público por conta de conjecturas em torno de eventuais efeitos que a divulgação de determinados conteúdos possa vir a ter na esfera pública (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Ademais, delimitando a possibilidade material de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão, afirmou o Ministro que a liberdade de crítica deve ser plena e irrestrita, não havendo razão para que as práticas dela decorrentes sejam interrompidas no período eleitoral, até mesmo pelo fato de que eventuais abusos serão sempre passíveis de eventual responsabilização cível ou mesmo criminal por terem cunho injurioso, difamatório ou mesmo configurarem calúnia. (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Em sentido confluente, entendeu o então Ministro e decano da Corte Celso de Mello: ?nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento? (BRASIL, 2018, p. 18).
24

Ao tratar especificamente das Fake News, o Ministro Luís Fux fundamentou, por seu turno, que a questão adquiriu um espaço maior, para quem a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, de modo a frisar a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão, que abarca a veiculação de opiniões e crítica e o falseamento doloso da verdade que causa danos graves e irreversíveis às suas vítimas. Para tanto, o Ministro, em sua cognição, não se desincumbiu de definir as especificidades do falseamento da verdade nos parâmetros das Fake News e nem mesmo adentrou no terreno valorativo do que seria a verdade no âmbito do debate político (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 564 apud BRASIL, 2018, p. 63 a 73).
Dessa forma, na multicitada decisão paradigmática, fora estabelecida pela Corte, assim

como em outras oportunidades, a cognição de que há uma relação de retroalimentação entre a liberdade de expressão e a democracia, da qual a intervenção judicial só pode ser benigna se for absolutamente subsidiária e fulcrada nos limites impostos pela própria Constituição.
Por outro lado, o STF, apesar de deslindar passageiramente acerca da hipótese de incidência das Fake News como abuso de direito à liberdade de expressão, sobretudo no processo eleitoral, não fora capaz, nesta decisão, de definir as suas lacunas de regulação, deixando ainda em aberto o seu alcance semântico, o que torna imperiosa, para os fins do presente trabalho, a análise de decisões atualíssimas da própria Corte arrastadas pela eclosão definitiva do fenômeno das Fake News após as eleições de 2018, marco temporal que fez com que a iniciativa de controle do Poder Judiciário se tornasse indispensável, mesmo que inequivocamente problemática.
Inicialmente, merece destaque a decisão do Supremo no bojo do Recurso Extraordinário n° 1075412 com definição de tese de repercussão geral, Tema n° 995. Nela, a Corte definiu parâmetros para a responsabilização de veículos midiáticos sobre falas dos seus entrevistados que atribuam falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sendo elas: I) se à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; II) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
Na decisão, o fundamento da tese fixada fora que, apesar da vedação constitucional à censura prévia, é admissível ao Poder Judiciário a possibilidade posterior de análise e responsabilização das empresas jornalísticas, inclusive mediante remoção de conteúdos por informações atentatórias aos direitos da personalidade, visto que salvaguardam um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas e externas (BRASIL, 2023, p. 2 e 3).
25

A decisão, nesse diapasão, merece destaque ao contrariar os atos investigativo e especulativo próprios do jornalismo, sobretudo pelo fato de que um jornalista não tem como saber o que será dito pelo entrevistado, sendo este, aliás, a razão da entrevista. Como exemplo, a entrevista dada por Roberto Jefferson no ano de 2005 que, posteriormente, gerou o famigerado caso do Mensalão, caso fosse dada na égide desta decisão do STF, teria sido tolhida e punida, ante ausência de comprovação, até aquele momento, das afirmações do então deputado federal.
Por outro lado, merecem atenção as consequências do Tema n° 995, no que se diz respeito a possiblidade iminente de que as mídias sociais e, especialmente os veículos de comunicação, passem a realizar autocensura sob temor de responsabilização posterior da tutela jurisdicional, tornando impossível à plena atividade jornalística, o que, inclusive, fere a cognição do próprio Supremo no bojo da ADPF n° 130, além do próprio Marco Civil da Internet. Tal cenário, aliás, fora perfeitamente apontado pelo então Ministro e Relator do caso, Marco Aurélio Mello que, vencido, afirmou o seguinte:
Parafraseando Voltaire, pode-se discordar do que é divulgado, mas não se pode limitar o direito de divulgar. Responsabilizar a imprensa não é a forma ideal de combate à divulgação de entrevista, ainda que inadequado o que dito pelo entrevistado. O Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho à censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer a análise, formando as próprias conclusões. Somente é possível chegar-se a uma sociedade aberta, tolerante e

consciente se as escolhas puderem ser pautadas em discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, 2020, p. 2).

Portanto, já no âmbito do Tema n° 995 se observa a tentativa do Supremo Tribunal Federal de coibir a disseminação das fake News, incorrendo para isso, no entanto, no comprometimento da liberdade de imprensa e informação que, enquanto consectários da liberdade de expressão, deveriam obter preferência na arquitetura constitucional brasileira.
Mais, a tentativa de coibição do STF revela a própria instabilidade semântica das Fake News, visto que, do ponto de vista jurisdicional, em que a sobrevivência do debate público é prioritária, não há como o Poder Judiciário consolidar para si a verdade real sem sentença transitada em julgado, tendo que se valer da subjetividade de cada juiz ou ainda editor que, temendo represálias posteriores, evitará a publicação de determinada entrevista.
Dando seguimento à presente análise, merece igual apontamento a decisão, desta vez do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no âmbito da Representação Eleitoral n° 0601372-57 do ano de 2022. Naquela oportunidade, sob a premissa de causar ?desordem informacional?, o Tribunal Eleitoral decidiu pela liminar remoção de um vídeo de 2017 do canal de entretenimento denominado como ?Brasil Paralelo? em que eram apontados os escândalos políticos ocorrentes
26

durante o Governo Lula (2003-2010), sem citar necessariamente a participação e/ou anuência do até então presidenciável nestes mesmos esquemas.
O Ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, ao trazer a referida premissa à égide do julgamento enquanto fundamento principal do seu voto, destacou que, apesar dos fatos narrados no vídeo removido serem verdadeiros, haveria neles uma ambiguidade dolosa que poderia levar os eleitores, naquele contexto sensível de eleições, a uma conclusão falsa do todo narrado, isto é a possível associação do à época presidenciável Luís Inácio Lula da Silva à esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro ocorridos durante as suas administrações pretéritas (BRASIL, 2022, n.p).
Em outras palavras, de acordo com a cognição do Ministro, a qual fora acompanhada majoritariamente pelos seus pares, o vídeo do Brasil Paralelo, mesmo que verossímil à realidade no que tange à observação dos fatos, estaria imbuído de desordem informacional, tendo, assim, a potencialidade, naquele cenário contingente, de prejudicar a autodeterminação coletiva do eleitorado comum que, por sua vez, não teria a capacidade de discernir os fatos reais da narrativa descontextualizada presente no vídeo (BRASIL, 2022, n.p).
Acerca desta decisão do TSE se observa, prima facie, a adoção da modalidade de desinformação ?mal-information? já apresentada neste estudo, em que a premissa informacional é verdadeira, mas a sua motivação extrínseca atenta danosamente os direitos da personalidade do seu alvo, gerando desordem informacional sobre este. Nessa esteira, merece ressalva o fato de que estaria o TSE desviando-se dos limites impostos pela Constituição ao livre pensamento mediante conceito que ao menos reflete às bases gerais da ciência jurídica, fazendo parte, em verdade, de um ramo do estudo sociológico ainda inconclusivo ante a própria intercorrência temporal do fenômeno das Fake News (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 540 e 541).
Nesse âmbito, se reluz a imprescindibilidade do princípio constitucional da legalidade

previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Magna Brasileira, ao evocar, em homenagem à previsibilidade e à estabilidade das normas e decisões judiciais, a inexistência de crime sem lei anterior que a defina, nem de pena respectiva sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).
Por outro lado, apesar do abarcamento teórico que envolve a desordem informacional esclarecer as maledicências da ambiguidade dolosa atrelada ao aspecto narrativo da informação, não insurge da mesma teoria a ideia de que o controle ou ainda a presunção de adequação do senso intelectivo da sociedade civil pelo Poder Judiciário seja o remédio proporcional ao fenômeno.
27

Desta forma, deve restar preferível, partindo de um cenário ideal de menor intervenção possível da tutela jurisdicional no que tange ao debate público, que a vontade livre dos cidadãos, sobretudo em período eleitoral, se perfaça do seu mais desentranhado autoconvencimento, o que, na égide da internet, apresenta possibilidade concreta se observado a profusão de informações de diferentes fontes e vieses dispostas imediatamente aos seus usuários, não sendo razoável, para tanto, a restritividade externa desse movimento, sob pena de que surtam os efeitos contrários à pretensão judicial.
Findando a presente análise, portanto, imperioso conferir a existência de notável atipicidade valorativa que vem sendo prestada pelo Judiciário, em especial a sua Maior Corte Judicante, ao direito fundamental à liberdade de expressão, ao alargar a seara de limitação do seu exercício, o que significa, por inferência lógica, a predominância de elementos restritivos estranhos ? e ausentes de definição semântica ? ao livre pensamento e sua respectiva circulação, para além daqueles taxativamente definidos na Carga Magna pátria, os quais, como já visto, fornecem preferência relativa e concreta ao livre pensamento em nossa arquitetura constitucional.
Outrossim, por serem as Fake News um fenômeno de incidência internacional, faz-se ilustrativo tecer ainda, com vistas a estabelecer contrastes mais aprofundados acerca da atipicidade acima apontada, breves comparativos entre o enfrentamento ao multicitado fenômeno na jurisprudência brasileira e na americana que, especificamente, possui semelhante circunstância de eclosão em face das eleições de 2016 que elegeram o presidente Donald J. Trump.

4.1.1. O fenômeno das Fake News na jurisprudência americana: uma abordagem à luz do direito comparado
De acordo com o doutrinador brasileiro Paulo Dourado de Gusmão, o direito comparado, enquanto método de espelhamento de legislações e jurisprudências de países diferentes, pode, quando atrelado ao ramo da sociologia jurídica, demonstrar a relatividade dos direitos e dos ideais jurídicos, realizando, em última instância, a indicação dos fatores sociais das transformações jurídicas e a respectiva resultante destas mesmas transformações no âmbito da sociedade civil de cada país, sem que, para isso, recaia no equívoco da universalização dos sistema jurídicos (GUSMÃO, 1973, p. 18 e 19).
E é nesse âmbito que se concentra a finalidade deste tópico, no passo em que serão trazidos, como efeito comparativo, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos que
28

demonstrem o seu comportamento jurisdicional diante do corrente fenômeno das Fake News, destacando ainda o grau de relativização valorativa do direito à liberdade de expressão pelo judiciário estadunidense frente do fenômeno mencionado e respeitando, sobretudo, as suas particularidades constitucionais.
Antes, importa destacar, para fins de contextualização, que a partir das eleições do ano de 2016 que consagrou o candidato outsider Donald J. Trump como o 45.º presidente dos Estados Unidos, eclodiu na política americana a existência das Fake News como potencial modus operandi de vantagem político-social, sobretudo para descredibilização de instituições tradicionais, como a grande mídia, com fins à corroboração de proselitismos ideológicos, assim como para a inflamação da polarização no ambiente político estadunidense, este já essencialmente bipartidarista e, portanto, suscetível a circunstâncias sectaristas. Acerca deste fenômeno, denominaram ainda Bernadini e Vieira Costa (2020, p. 388 e 389) como o momento de fundação da era da pós-verdade, senão vejamos:
O Dicionário Oxford definiu o termo pós-verdade como a palavra do ano de 2016, pós-eleições de Trump nos Estados Unidos, o que reacendeu os estudos do impacto das fake news na democracia eleitoral. Assim, caracterizou a pós-verdade como ?relativa a circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais?. O fenômeno da pós-verdade e das fake news está intrinsecamente ligado a uma refutação da ciência e uma aceitação de discursos inflamados por preconceitos, intolerâncias e táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da sociedade civil e da opinião pública, lançando mão de manobras populistas e extremistas.

Para tanto, o comportamento da tutela jurisdicional americana frente ao discorrido fenômeno, apesar de declarada preocupação, caminhou para uma proteção mais categórica da liberdade de expressão, demonstrando, em última análise, a efetividade do seu sistema de precedentes que insistentemente sobrepõe as diretrizes da Primeira Emenda em face da tentativa, por qualquer autoridade constituída, de restrição de determinados conteúdos.
Em linhas mais específicas, na jurisprudência americana, consagrada pela verticalidade cognitiva da sua Suprema Corte no caso ?Brandenburg v. Ohio?, para que haja a restrição do direito à liberdade de expressão é necessário que o elemento central da fala ou escrito a ser censurado se desemboque no denominado ?Imminent Lawless action? que, por sua vez, significa a presença de uma clara incitação à violência (Fighting words) ou iminente ação ilegal, independente do conteúdo em si das palavras proferidas, as quais não deve a tutela jurisdicional impor qualquer juízo de valor (ROSA, 2021, p. 26 a 28). Para bem corroborar o referido, vejamos trecho da cognição proferida pela Suprema Corte americana no caso ?Brandenburg v. Ohio?:
29

The Court's Per Curiam opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act

made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution 3

Tal cognição, portanto, visa privilegiar a perspectiva de que os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com o próprio fomento do livre pensamento, uma vez que, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade ? e não ao Estado ? fazer juízo de valor sobre quais ideias irão granjear a sua simpatia (ROSA, 2021, p. 28).
Em vista disso, no ano de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso ?United States vs. Stevens? (2010)4, em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que editava vídeos em redes sociais de combates entre cães da raça pitbull, foi condenado por uma lei do Estado da Pensilvânia por ?vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial?.
Valendo-se da sua prerrogativa de controle de constitucionalidade, a Corte Americana declarou, naquela ocasião, a incompatibilidade da lei estadual em face da Primeira Emenda por exigir a legislação que determinada categoria do discurso devesse passar por uma análise de seu valor axiológico em face dos custos sociais que potencialmente imporia à sociedade.
Atendendo a uma perspectiva antinômica da liberdade de expressão, no entanto, argumentou a Corte que os benefícios das restrições ao Governo pelo livre pensamento superam os seus potenciais prejuízos à sociedade (ROSA, 2021, p. 33 e 34).
Adentrando finalmente no contexto deslindado na introdução deste tópico, cabe destaque a recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso ?Gonzalez v Google? 5no ano de 2023 em que a parte autora requeria a responsabilização da empresa Google pela não restrição de conteúdos em sua plataforma ligados ao Estado Islâmico, sendo esta inação supostamente influenciadora da morte de Nohemi Gonzalez, uma cidadã americana, pelo grupo terrorista, no ano de 2015 (ROSA, 2021, p. 36).

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Brandenburg v. Ohio?. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 31 de maio de 2024.
4 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)?. A íntegra do caso está
disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>. Acesso em 31 de maio de 2024.
5 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?Gonzalez v Google?. Disponível em <www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2024.
30

Na oportunidade, apesar de compreender a especificidade danosa do caso nos termos da Fighting words, decidiu a Suprema Corte pela não responsabilização da Google, tendo em vista que cognição em contrário originaria um efeito cascata de ações judiciais cujo objeto seria terceirização da responsabilidade dos usuários para o meios comunicativos dos quais eles utilizam ? incluindo nestes as próprias redes sociais ? independentemente de aferição do nexo

de incentivo à violência por parte das empresas (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
Nessa senda, decidiu a Suprema Corte pela apreciação da Seção 230 da Lei de Decência nas Comunicações (Communications Decency Act) que garante, desde 1996, que provedores de serviços de internet desfrutem de imunidade legal pelo conteúdo proferido pelos seus usuários, impedindo, sobretudo, mecanismos de autocensura feitas por estas empresas como forma de evitar potenciais prejuízos judiciais (BECKER; FILHO e BRETZ; 2023, n.p).
No caso deslindado, já se observa, uma diferença entre a cognição dos supremos tribunais do Brasil e dos Estados Unidos, visto que o primeiro optou, no bojo do Tema n° 995, pela atribuição de verificação da verdade e da danosidade de falas de entrevistados aos veículos de comunicação que realizassem as entrevistas, terceirizando indiretamente a tutela de censura de conteúdos a empresas privadas e, mais, proferindo juízo de valor sobre o que pode ou não ser veiculado em face dos direitos da personalidade.
A Suprema Corte Americana, por sua vez, homenageando a Primeira Emenda da sua Constituição em detrimento do seu próprio poder jurisdicional, ressaltou a obrigação das plataformas digitais de remover propaganda terrorista, não opinando, no entanto, pela sua consecutiva responsabilização em face da casual disseminação de conteúdos desta natureza, para que se evite, em última análise, um ambiente de promoção de ideias cerceado por iminentes instrumentos impostos de autocensura.
Por fim deste exame comparativo, entretanto, merece destaque a cognição da Corte Suprema Americana no bojo do caso ?NetChoice v. Paxton? 6cujo objeto fora, em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da House Bill 20, Lei do Texas que tinha como finalidade a proibição de que empresas de mídia social com 50 milhões ou mais de usuários pudessem restringir postagens com base em pontos de vista acerca de veracidade ou viés, exigindo ainda que as plataformas divulgassem publicamente informações sobre como e quando moderam o conteúdo e criassem processos para que os usuários pudessem contestar decisões editoriais específicas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
31

No fundamento da sua decisão, a Corte curiosamente pugnou pela preservação de mais de 70 anos de jurisprudências em torno da operacionalidade da Primeira Emenda, isto porque a referida, na medida em que protege a liberdade de expressão e a livre associação enquanto direitos fundamentais, tutela também o livre exercício de julgamento editorial, sobretudo se levado em consideração a tendência constitucional americana de prestar autonomia às relações contratuais na égide das propriedades privadas, tais como as próprias empresas (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p).
Ademais, segundo o Tribunal, no passo em que a Primeira Emenda restringe o direito de interferência do Estado ao livre exercício do pensamento, nisto também se inclui o direito dos entes federados de promover a ampliação do discurso a um certo fragmento de usuários em face do viés do seu discurso ou de suposta desvantagem nos ambientes das mídias sociais que, supostamente, tenham uma posição dominante contrária (HAVARD LAW SCHOOL, 2024, n.p; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 12 e 13).

Dessa forma, apesar do Estado do Texas afirmar que os requisitos de restrição servem ao interesse de garantir que o público tenha acesso a diversos fontes de informação, não há, segundo a Corte, direito válido de modular o viés editorial das plataformas por interesses no próprio conteúdo veiculado, sob pena de não refletir o escrutínio da Primeira Emenda que exige a neutralidade do Estado nesta questão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, p. 13 e 14).
A jurisprudência do TSE, por sua vez, no bojo Representação Eleitoral n° 0601372-57, com vistas a sanar potencial desordem informacional, retirou a autoridade editorial da plataforma Brasil Paralelo sobre conteúdo verdadeiro, arrastando para si o dever de definir quais informações e quais vieses narrativos comprometem ou não a capacidade de autoconvencimento da sociedade civil. Nesse cerne, ao contrário da Suprema Corte Americana, o Tribunal Eleitoral Brasileiro opta pela deslegitimação da soberania editorial dos provedores das redes sociais, agindo como filtro de veracidade e propensão narrativa.
Em face do todo aqui exposto, observa-se, portanto, como produto do presente juízo comparado, evidentes diferenças entre as preocupações e o modus operandi para a coibição das Fake News na jurisprudência americana e brasileira, visto que enquanto a primeira vem privilegiando a estabilidade do direito à liberdade de expressão numa conduta de não-intervenção, a segunda apresenta uma preocupação sistemática a respeito do referido fenômeno, de modo a buscar o seu enquadramento semântico como forma de reconstituir a valoração da liberdade de expressão na sua arquitetura constitucional, caminho este que merece reflexões jurídicas indispensáveis, como se verá a seguir.
32

4.2. A NECESSIDADE DE PREFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL EM IMINENTE RECONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA INDECLINÁVEL

Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, em seu ensaio ?A Verdade e a Política?, para a mais justa compreensão da realidade, bem como para que se evitem nuances indeterminadas entre aquilo que é ficto e palpável, é necessário, sobretudo, consolidar conceitual e semanticamente aquilo que se obtém como verdade (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
Para tanto, segundo a filósofa, coexistem dois tipos de verdade: a verdade real e a verdade factual. A primeira decorre do conteúdo autoevidente da matemática e da filosofia, apresentando caráter despótico e coercitivo, pois, enquanto produto da mera percepção daquilo que é incontroverso, impede que o debate entre os homens ocorra, o que poderia acabar por constituir versões a respeito da mesma obviedade (ARAÚJO, 2023, p. 5 e 6).
Por outro lado, a verdade factual, a qual nos interessa especialmente, é própria do mundo dos homens e da política, no passo em que o seu desenvolvimento ocorre através da comunicação e da experiência de muitos, fazendo com que fatos e opiniões, embora distintos, constituam o mesmo universo: o domínio público. Em outras palavras, a textura do domínio público e sua verdade inerente são constituídas por fatos e eventos, formando verdades contingentes, cuja disjunção lógica faz com que seu oposto seja plausível, mediante necessária interpretação (ARENDT, 2016 p. 225).
Contudo, a própria filósofa destaca que a instabilidade da verdade factual não pode, em hipótese alguma, submeter-se a perspectiva nietzschiana da verdade como fruto meramente

decorrente da interpretação de alguém sobre determinada situação, o que acabaria por arrastar a verdade e os fatos objetivos para o precipício da falsidade deliberada. Em verdade, quando há de se entender a proeminência da verdade factual no debate público deve-se, prioritariamente considerar a comunicabilidade política por excelência, na qual os fatos em si não estão em disputa, mas os juízos de valor dele decorrentes legitimam o pressuposto da pluralidade e, por consequência, possibilitam o autoconvencimento dos homens (PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 97 e 98; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 539 e 540).
E é nessa esteira que surge a noção elucidativa do ?mercado livre de ideias?, concebida pelo célebre juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr, na qual a propagação livre de uma opinião ou de um pensamento beneficia menos seu emissor e mais seus receptores, habilitando-os a identificar a verdade factual, rejeitar a mentira
33

contraproducente e produzir e propagar conhecimentos orientadores (POST, 2000, p. 235 e 236).
Para tanto, destaca Holmes Jr que, mesmo na proeminência da livre circulação de ideias, na qual a verdade factual surge como principal objeto desejado, podem haver demais princípios que, por sua vez, regulem os casos em que a manifestação de pensamento represente perigo evidente e capaz de produzir males gravíssimos (POST, 2000, p. 236).
Contemplando tal perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, através da inteligência dos seu art. art. 5º (incisos IV, IX e XIV) e art. 220, assegurou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que não exercidas em abusividade e se confluentes, na medida da sua prevalência relativa, com a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez disposto no art. 5º, inc. X.
Dessa forma, recaindo sobre a interpretação constitucional da colisão dos direitos fundamentais, decidiu o constituinte originário que, na extensão fisiológica do seu exercício, obteria o livre pensamento e os seus consectários preferência apriorística em relação aos demais direitos tutelados no texto constitucional, cuja declinação dependeria de robusta justificação e reforçado ônus argumentativo, critérios estes produzidos como forma de proteção categórica ao aspecto essencialmente democrático do multicitado instituto. (BARROSO, 2005, p. 103; SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 550).
Arrastando esta questão para o plano de fundo das Fake News, foco do presente trabalho, observa-se, em outro viés analítico, que a proliferação sistemática da distorção da verdade vem, na égide das redes sociais, gerando fenômenos de sequestro da razão, ao colocar nichos da sociedade civil em um círculo vicioso de engano e proposital sectarismo, tudo isto fomentado pela dinâmica acelerada e incalculavelmente expansiva da internet.
Por outro lado, há de se considerar, de igual modo, que deve-se também aos provedores de serviço de internet, na qual proliferam-se as Fake News, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a livre circulação de notícias, ideias, análises, sátiras e demais manifestações não mais dependem do fulcro intermediador dos veículos de comunicação até então predominantes ? como as grandes redes de televisão ? impondo ao poder estatal e os seus representantes uma relação cada vez mais direta com os seus representados (DIMOLIUS; MARTINS, 2006, p. 274).

Essa nova configuração da dinâmica político-social, por seu turno, homenageia os vínculos mais precípuos da democracia, tendo em vista que a possibilidade dos cidadãos de
34

fiscalizarem e se oporem diretamente aos atos do Poder Público reforça o conteúdo negativo da liberdade de expressão, cuja finalidade precípua é gerar uma comunicabilidade antinômica entre a estrutura estatal e o seu agente constituinte, limitando a possibilidade de arbitrariedades deste primeiro (BARROSO, 2004, p. 19 e 20).
Daí surge, nos dizeres de Machado (2007, p. 473 e 474), a seara objetiva do livre pensamento, este conectado ao seu exercício funcional, qual seja a sua capacidade de prover o desenvolvimento contínuo da opinião pública e do engajamento da participação política, elementos indispensáveis em um país que, do ponto de vista historicista, constituiu a sua atual Carta Magna em resposta popular à mais de 20 anos de cerceamento das liberdades políticas e (trans)individuais.
Nessa seara, merece destaque o fato de que a democratização do acesso à internet e de todo o fluxo informacional que nela se processa, ? na qual ocorre uma intervenção ativa por parte de indivíduos e grupos que não integram órgãos da mídia convencional ? vem levando o debate público a uma intensa e irreversível descentralização informacional, minando ainda, em última análise, o predomínio de determinados setores da comunicação em relação ao discurso, bem como em relação a seleção de determinadas informações mais ou menos relevantes de acordo com a aptidão editorial (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 566 apud WAACK, 2018, p. 124).
Deste mesmo fenômeno corrente, por outro lado, insurge a ausência de acuracidade das informações porventura disseminadas. Do ponto de vista da razoabilidade, no entanto, é notório que este aspecto negativo deve-se lidar, sobremodo, com (re)orientação cultural, tendo em vista que não é materialmente possível cobrar de todo cidadão a avaliação crítica profunda relativa a cada informação acessada, em razão da larga desigualdade em termos de capacidade informacional no Brasil, esta historicamente intensificada pela dependência dos grandes veículos de mídia (BALEM, 2017, p. 5).
Em razão de todo exposto, merece reflexão, prima facie, a cada mais vez dificultosa atividade jurisdicional de manter a higidez do binômio liberdade de expressão/democracia sem recair na sua consecutiva reconstituição, em razão do atualíssimo perigo resultante da manipulação virtual deliberada por pessoas ou grupos de interesse, imbuídos por ideologias nebulosas que, quase sempre, refletem a nostalgia de indesejados períodos do passado nacional.
Por outro lado, para defender alegadamente uma ideia imaterial de democracia, não é desejável que o Poder Judiciário, sobretudo a sua Suprema Corte, combata o deslindado fenômeno, fazendo-se valer, para tanto, da restrição do alcance normativo da liberdade de
35

expressão através de conceito ? in casu, as Fake News ? que, além de não refletir as diretrizes gerais da sua Constituição, ? quiçá das ciências jurídicas gerais ? obtém profunda plasticidade semântica, fato este que submeterá a cognição jurisdicional brasileira, inevitavelmente, a um labirinto de completa indeterminação.
Nesse sentido, valiosas são as lições de Oliveira (2009, p. 95 e 96) ao dizer, subsidiado

nas noções de Ronald Dworkin, que o fenômeno da indeterminação linguística no Direito faz com que as decisões judiciais obtenham imprevisível discricionariedade, comprometendo a estabilidade e coerência exigíveis ao neoconstitucionalismo. Do contrário, sob o manto de certeza do Direito, se tornam aplicáveis as normas igualitariamente a todos e, individualmente, se torna possível a atribuição da justiça imprescindível à liberdade civil, no passo em que se faz garantida uma relativa previsibilidade jurisdicional frente aos ditamos da sua carta constitucional respectiva.
Reforçando este questionamento, necessário se levar em consideração que a restrição à liberdade de expressão perpassa, na coibição jurisdicional direcionada às Fake News, pela necessidade de que os órgãos sancionatórios realizem juízo de valor acerca do que é dito ou disseminado. Nesse caso, por se tratarem as Fake News não apenas de veracidade, mas de narrativa includente, há uma dificuldade que pareia o seu enfrentamento figurado na capacidade casuística dos tribunais em distinguir o polêmico do falso, o que diz respeito não apenas ao problema de como e em que medida se desemboca uma maior ou menor capacidade crítica dos indivíduos, mas também se deve à própria natureza disjuntiva da verdade factual, na qual, inclusive, permite-se um juízo íntimo de retratação (ARENDT, 2016, p. 231 e 232).
Esta problemática, aliás, já obtém, como visto, precedente nas decisões do TSE que, na égide da Representação Eleitoral n° 0601372-57, teve que utilizar-se de notável discricionariedade linguística como recurso valorativo para conter uma narrativa polêmica, mas palpável, acerca de fatos verossímeis, sob a premissa de incorrer essa em suposta desordem informacional.
Portanto, em qualquer perspectiva, seja pela possibilidade material de conter o discurso pelo valor das suas premissas ou, ainda, pela proeminência do seu poder de ressonância, estará a tutela jurisdicional defrontando-se com o brocardo jurídico ?Ad impossibilia nemo tenetur? que expõe ao Poder Judiciário a conformação das suas possiblidades de regulamentação, sob pena de gerar precedentes de instabilidade mais gravosos que a problemática a qual se pugnou confrontar (LEFEBVRE D?OVIDIO; 2020, p. 120).
36

Para sedimentar as presentes reflexões, portanto, sabe-se que as Fake News, por sua estrutura inaugural no tecido da sociedade tenderão a gerar, em algum momento, a reconstituição axiológica da liberdade de expressão pela via legal, o que cumprirá, naturalmente, o ciclo de (re)modelação dos direitos fundamentais sob a égide das matrizes jurídicas temporal e espacialmente dinâmicas.
Contudo, havendo ainda lacuna legislativa para tal reconstituição, a iminente ideia da restrição ao livre pensamento figurada no seu conteúdo, ao invés da sua rígida prefiguração constitucional, como vem pretendendo o Judiciário Brasileiro, remete, em verdade, à necessidade de que se reforce a contínua vigilância em relação aos perigos da formação de uma ordem orwelliana 7pelo Estado que determinaria o que é verdade e o que não é ? inclusive sobre si mesmo ? baseando-se em pressupostos analiticamente indeterminados, o que impedirá, em última análise, a circulação de discursos dissidentes, fazendo-se assumir ainda ao poder estatal a feição de uma nova forma de dominação, esta fulcrada no sequestro do debate público e, portanto, da busca pela verdade factual em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, sob a ótica propedêutica-constitucional, as necessárias reflexões jurídicas atinentes à regulação das Fake News diante do fundamento da liberdade de expressão, direito fundamental encravado no texto constitucional brasileiro.

Para tanto, tendo em vista a ausência de legislação específica que sedimentasse o cerco normativo do presente estudo, teve que se recorrer ao que há de mais profuso, em termos de jurisprudência ? inclusive internacional ? acerca desta inaugural colisão entre ?fato novo? e ?direito?. Não apenas isto, o presente trabalho comprometeu-se cabalmente em circunstanciar a necessidade de prefiguração da liberdade de expressão não apenas no campo jurídico, mas na esteira da sua imprescindibilidade política, cuja democracia se funda.

Nesse cerne, imperioso se faz concluir, não havendo ressalvas quanto a possibilidade de regulação legislativa das Fake News, que a conformação da coibição deste fenômeno, por hora, pelo poder jurisdicional, esta indiscutivelmente ameaçadora ao livre escoamento do debate público, perpassa, fundamentalmente, pela obtenção da liberdade de expressão como núcleo

7 Na ordem orwelliana, preconizada pelo escritor inglês George Orwell na sua obra distópica ?1984?, o poder
estatal age como um mecanismo de falsificação do passado e do presente, no passo em que desvirtualiza a
capacidade de expressão dos seus dissidentes, transformando o discurso em um produto monopolístico e inescapável do Estado, este denominado como ?Ministério da Verdade?.
37

essencial passível de preferência à cognição judiciária. Em outras palavras, para que sejam devidamente reguladas as Fake News deve-se, prima facie, conceber os limites materiais desta atividade, com vistas à proteção do alcance axiológico do livre pensamento, este fundamental às instituições democráticas e ao, mesmo tempo, historicamente frágil e de onerosa (re)conquista.

Mais do que isso, faz-se necessário compreender, em certo grau e sob certa égide normativa, a presunção caótica do debate público que, quase nunca, entregará pacificamente os desdobramentos do seu desenvolvimento, de modo que as suas inflamadas disjunções, naquilo que for possível, devem ser prestadas à sociedade civil como parte do processo autorregulatório da democracia, eximindo, naquilo que for possível, a intervenção do judiciário que, em face da sua matriz centralizadora, tenderá, em algum momento, pela preterição de determinada corrente aparentemente mais nociva, mas não necessariamente ilegal, prejudicando, em última análise, a obtenção da verdade factual e do autoconvencimento coletivo em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista De Direito Administrativo, 217, 67?79. 1999.

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.

ARAÚJO, Leonardo Aires. A distinção entre a verdade filosófica e a verdade factual, na

ótica arendtiana. Revista Ponto de Vista, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 01?08, 2023. DOI: 10.47328/rpv.v12i2.16444.
ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. 8ªed.São Paulo: Perspectiva, 2016.
BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das fake news e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democrática. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria, 8-10, nov. 2017.
BARROSO, Luís Roberto. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 1-36, jan./Mar. 2004.
BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade ? Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
38

BECKER, Daniel; FILHO, Humberto Chiesi; BRETZ, Luiza Pontes de Miranda. Gonzalez v. Google e Twitter v. Taamneh: lições da Scotus sobre responsabilizar plataformas. Conjur. 2023. Acesso em: 31.05.2024.
BERNARDINI, Ana Júlia Bonzanini; VIEIRA COSTA, Andressa Liegi. POPULISMO E FAKE NEWS NA ERA DA PÓS-VERDADE: COMPARAÇÕES ENTRE ESTADOS UNIDOS, HUNGRIA E BRASIL. Rev. Cadernos de Campo | Araraquara | n. 28 | p. 385-412 | jan./jun. 2020 | E-ISSN 2359-2419
BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. ? Nova ed. ? Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.
BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891.
BRASIL. Constituição (1934) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.
BRASIL. Constituição (1937) Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.
BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.
BRASIL. Constituição (1967) Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República [1988].
BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF.
BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e

deveres para o uso da Internet no Brasil. BRASIL: Brasília, DF.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451, Voto. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, Voto. Min. Rel. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
39

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1075412, rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 08.03.2024.
BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repr 0601372-57, Voto. Min. Ricardo Lewandowski. j. 13.10.2022.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2006.
DUQUE, M. S., & Nascimento, I. M. A. do. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CRITÉRIOS DE ANÁLISE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 4(2), 949?968. 2018.
DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 2005.
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ?NetChoice v. Paxton?. Disponível em <www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf >. Acesso em 31 de maio de 2024.
GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. In: Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, nº 17, p.15-19, jan./abr. 1973.
HAVARD LAW SCHOOL. Compelling speech The Supreme Court soon will decide if social media platforms must allow certain kinds of speech on their platforms. By Rachel Reed. United States (USA). 2024.
HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro de Mello Aleixo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LEFEBVRE D?OVIDIO, Francesco. Ad impossibilia nemo tenetur. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder. Notes on Giulio Andreotti and Europe. A rejoinder, The Journal of European Economic History, ISSN 2499-8281, Associazione Bancaria Italiana, Roma, Vol. 49, Iss. 2, pp. 117-123
MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MAQUIAVEL, Nicolau. Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
MEIKLEJOHN, Alexander. Free Speech: And its relation to self-government. New York: Harper & Brothers, 1948.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, a.31, n° 122 maio/jul. 1994.
40

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 70-105, jul./set. 2009.
PEREIRA DA SILVA, Jorge. ?Fake news? conquistam 2017. O Jornal Económico, 17 novembro 2017.
POST, Robert. ?Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence?, Yale Law School Schlarship, 2000, 2355-2376.
ROSA, Pamela Dourado Kletlinger. O futuro da liberdade de expressão na era digital: moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no bojo do inquérito das fake news. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
SARLET, Ingo Wolfang. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: O CASO DAS ASSIM CHAMADAS ?FAKE NEWS? NAS REDES SOCIAIS EM PERÍODO ELEITORAL NO BRASIL. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e Liberdade de Expressão Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS. SÃO PAULO/SP. 2009.
TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. Defining ?Fake News?, Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 137-153, 2018.
WAACK, William. Fake News: uma visão político-jornalística. in: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.), Fake News e Regulação, São Paulo: RT, 2018.
WARDLE, Claire. Information Disorder. Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: Council of Europe, 2017.