

**DESVELANDO O GRANDE IRMÃO. FAKE NEWS E DEMOCRACIA: NOVOS
DESAFIOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO.**

*REVEALING THE BIG BROTHER. FAKE NEWS AND DEMOCRACY: NEW
CHALLENGES TO THE MODERN CONSTITUTIONAL LAW.*

Guilherme Mello Graça*

Resumo

O artigo tem por finalidade a conceituação das *fake news* e seu relacionamento com o atual debate democrático, procurando trazer parâmetros mínimos de caracterização, utilizando as metáforas empregadas na obra literária “1984”, de George Orwell. Ao mesmo tempo, existe a preocupação em determinar o escopo da liberdade de expressão e o direito de informação, determinados pela Constituição Federal, e como a regulamentação excessiva e superficial das *fake news* pode trazer efeitos adversos, como a censura e o denominado *chilling effect*.

Palavras-chave: *Fake News*. Democracia. Liberdade de Expressão. Regulamentação.

Abstract

The article aims at the conceptualization of fake news and its relation with the current democratic debate, seeking to bring minimum parameters of characterization, using the metaphors used in George Orwell's literary work “1984”. At the same time, there is a concern to determine the scope of freedom of expression and the right to information, as enacted by the Federal Constitution, and how excessive and superficial regulation of fake news may have adverse effects, such as censorship and the so-called chilling effect.

Keywords: *Fake news*. Democracy. Freedom of Expression. Legal Regulation.

Sumário

Introdução: *fake news* e a busca do conceito ainda não conceituado. 1. O tratamento da liberdade de expressão e do direito de informação na Constituição Federal: os limites das *fake news* e democracia. 2. *Fake news*, censura/autocensura, *chilling effect* e posição preferencial da liberdade de expressão – em busca de uma proposta consensual.

* Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGRI-UERJ) e Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Procurador Municipal. Advogado.

3. Análise do panorama de regulamentação das *fake news* no Parlamento brasileiro. Considerações Finais. Referências.

Introdução: *fake news* e a busca do conceito ainda não conceituado

O título do artigo não foi escolhido por acaso, tampouco se mostra incoerente. Foi inspirado na obra “1984”, de George Orwell¹, uma distopia futurista publicada em 1949 que narra a história de Winston, personagem que vive aprisionado na engrenagem totalitária de uma sociedade dominada inteiramente pelo Estado. Ninguém escapava da vigilância do Grande Irmão, uma personificação literária de um poder cínico e cruel, vazia de conteúdo histórico. Na obra, constata-se a ocultação e a manipulação constante da informação como maneira de legitimar os atos do Grande Irmão e dos princípios da Novafala, uma língua imposta pelo Partido para renomear os objetos, as instituições e o próprio mundo.

Interessante que a informação era completamente desvirtuada, falseada e manipulada pelo Estado e por seus funcionários, que faziam as artimanhas necessárias para adequar os fatos à propaganda do partido, e dar uma roupagem de legitimidade. Winston tinha uma noção clara dessa manipulação de informações e de seu uso nocivo pela máquina partidária, cujas engrenagens afastavam qualquer divulgação do seu conteúdo.

Na distopia orwelliana, quatro ministérios foram estruturados para lidar com os assuntos de Estado e do líder supremo. De maneira paradoxal, o Ministério da Paz cuidava dos assuntos de guerra; o Ministério do Amor era encarregado de exterminar os adversários e os sujeitos indiferentes ao regime; o Ministério da Fartura decidiu quem tinha direito aos escassos alimentos produzidos. Por fim, o Ministério da Verdade ocupava-se das mentiras produzidas e referendas pelo Estado.

Diante dessa introdução literária, o artigo tem por objeto específico estudar como as denominadas “*fake news*” teriam (ou não) implicações diretas nos rumos da democracia, seja na influência direta ou enviesada do sistema eleitoral, seja na determinação do conteúdo e alcance de direitos constitucionais protegidos, a exemplo

¹ O próprio George Orwell, na verdade, era um pseudônimo, já que seu nome registrado era Eric Arthur Blair, nascido em 1903 na Índia, onde seu pai trabalhava para o então império britânico.

das liberdades comunicativas e quais seriam os possíveis mecanismos de proteção da chamada “verdade” no âmbito do direito constitucional.

A pretensão de estudo se dá em uma área ainda pouco explorada metodologicamente, que trabalha com um tema sensível no qual tem reflexos diretos em outras áreas do conhecimento. É um caminhar na escuridão da distopia orwelliana, no qual o processo de formulação de questões e dúvidas sobre o relacionamento das *fake news* e democracia seja talvez mais importante e encorajador do que propriamente as conclusões eventualmente obtidas.

Nos últimos meses, as *fake news*, disseminadas principalmente pelas redes sociais, e não necessariamente por entes estatais tal como se vislumbra na obra literária *1984*, passaram a ser vistas por parte da opinião pública como as grandes vilãs do processo político e um (possível) risco à democracia. Uma observação inicial estruturante: na dissertação opta-se por utilizar o vernáculo consagrado em inglês *fake news* (no plural e gênero feminino), ao invés da expressão “notícias falsas” em português.

Há, evidentemente, uma multidisciplinariedade de campos de conhecimento que se debruçam sobre o tema de democracia e das informações falsas, a exemplo da teoria do discurso comunicativo, da linguística, da propaganda/marketing, da ciência política, da sociologia, e evidentemente encontra espaço no direito constitucional. A princípio, observam-se tensões iminentes de princípios de natureza constitucional, quais sejam a manifestação de pensamento x liberdade de expressão x direito de acesso à informação x vedação ao anonimato x censura x direitos da personalidade, cujos aspectos centrais serão vistos no tópico 02 do artigo.

Para além dessas questões históricas, geográficas e legislativas de regulamentação jurídica das *fake news*, existe um fator objetivo que as impulsiona, conforme mencionado na atual sociedade da informação: a expansão maciça da utilização da internet e das mídias sociais, a exemplo do Facebook, Twitter, Instagram e outros, as quais diferem substancialmente de outros meios ditos tradicionais de comunicação, que possuem, ao menos, um conteúdo editorial conhecido e direcionado. A regra da internet é a constante mudança das formas pelas quais os seus usuários

interagem, o que cria um ambiente difuso e não hierarquizado de mensagens e informações.

Desse modo, constitui uma tarefa hercúlea e movediça a conceituação jurídica de *fake news*, ainda mais por ser um conceito que possui pontos de interseção com outras áreas do conhecimento, notadamente a sociologia e a teoria da comunicação. Por sua vez, para o Dicionário de Cambridge, *fake news* indicam histórias falsas que, ao manterem a aparência de notícias jornalísticas, são disseminadas, de maneira indiscriminada e em sua maioria, pelas redes sociais e pela internet ². Não se trata propriamente de uma piada, de uma obra de ficção ou de uma peça lúdica, mas sim de uma “mentira” revestida de artifícios que dão uma roupagem de veracidade dos fatos. Conforme artigo sobre o tema:

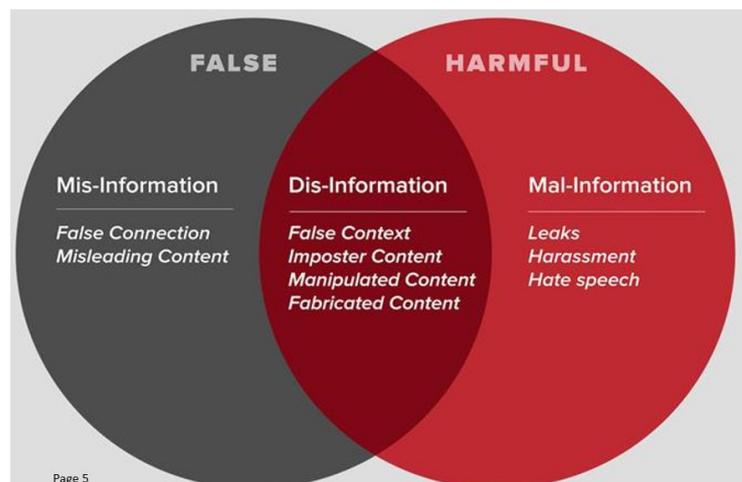
Com efeito, as *fake news* correspondem a uma espécie de “imprensa marrom” (ou *yellow journalism*), deliberadamente veiculando conteúdos falsos, sempre com a intenção de obter algum tipo de vantagem, seja financeira (mediante receitas oriundas de anúncios), política ou eleitoral (CARVALHO; KANFER, 2018).

Ao mesmo tempo, existe uma dificuldade intrínseca, e até filosófica, de se descobrir o que é propriamente verdade ou mentira. De maneira sintética, a filosofia explica que o estabelecimento da verdade se dá através de um sistema de valores, o qual passa necessariamente pelo conjunto ético e moral de uma sociedade. Por sua vez, esse conjunto ético e moral de uma civilização, de uma família ou de um indivíduo se constitui na verdade que eles encontraram. Para Michel Foucault (1993), a verdade precisa ser totalmente livre, desvinculada de formas de institucionalização, visto que a verdade poderia ser objeto de manipulação e gerar constrangimentos comportamentais.

Outros países e grupos de experts estudam e procuram conceituar as *fake news*. O Conselho Europeu, por meio de um grupo de estudos de alto nível (sigla GEAN), possui um estudo específico sobre a desordem da informação/desinformação, o que apresenta uma linha tênue entre a informação falsa e a informação caluniosa, como pode ser visualizado na imagem 01 abaixo ³:

² Cambridge Dictionary, consultado em 15.07.2018.

³ Conselho Europeu. Divisão de Mídia e Internet. Desordem da informação, apresentado pela professora Silvia Grundmann em fevereiro de 2018.



Na interpretação do quadro acima, existem algumas características que se encontram na zona de interseção entre uma informação equivocada (*mis-information*) e desinformação (*dis-information*), as quais se encontram no campo da informação falsa, a saber: falsa conexão, conteúdo equivocado, contextos falsos, manipulados e fabricados.

Sem pretensão de esgotar o tema, o qual precisa de uma análise multidisciplinar, autores apontam alguns fatores que influenciam substancialmente a disseminação de notícias falsas, como a sua origem, o grau de confiabilidade das pessoas que a disseminaram ou que a referendaram, bem como a quantidade de pessoas que está disseminando a informação, o que foi referendado nos excertos acima transcritos. Anna Bentes, professora de linguística, se expressa muito acertadamente sobre o tema:

A meu ver, o fato de a mentira, a manipulação, a fraude, o falseamento constituírem ações de textualização/discursivização que são performatizadas por atores sociais altamente legitimados por vários setores da sociedade, tais como presidentes da república, políticos em geral, gestores públicos, empresários, líderes de movimentos sociais, acaba por legitimar os grupos que são responsáveis pela produção desse gênero, a “notícia falsa”. Participar da elaboração de fake news pode se constituir em tipo de distinção porque possibilita o acúmulo de pelo menos dois tipos de capital: o social, dado que esses grupos, em geral, vinculam-se a movimentos conservadores e muito poderosos do ponto de vista político e econômico e dado que se profissionalizam, constituindo assim o grupo seletivo de experts na produção de um determinado gênero textual que “guia” as massas de pessoas por caminhos improváveis, para dizer o mínimo; e o econômico, dado que a

produção de fake news é uma atividade altamente rentável, na verdade, um modelo de negócios das plataformas digitais⁴.

A dificuldade de se delimitar uma zona conceitual para as fake news tem reflexos diretos para propostas de regulamentação legislativa, porém podemos apontar as seguintes características das fake news: atemporalidade, historicidade, globalidade, conteúdos calunioso e econômico, ausência de correspondência com os fatos, falseabilidade e manipulação constante da informação, dentre outros. Para se avançar no estudo das fake news e o seu relacionamento com regime democrático, é fundamental compreender tratamento da liberdade de expressão no âmbito constitucional, e o relacionamento das fake news com o debate democrático.

1 O tratamento da liberdade de expressão e do direito de informação na Constituição Federal: os limites das *fake news* e democracia.

O debate acadêmico de liberdade de expressão e censura constitui, talvez, um dos aspectos mais explorados no campo do direito constitucional, da filosofia política, da ciência política, da literatura e de outras áreas do conhecimento que lidam com a moral, com os limites da liberdade de expressão e os reflexos acerca da colisão (ou não) de direitos fundamentais.

Como procura ser detalhado no artigo, em um vértice encontra-se a necessidade de se precisar conceitualmente o que são os fake news, principalmente difundidas no ambiente cibernético, ao passo que existe uma linha divisória tênue e significativa entre a liberdade de expressão e a (possível) censura para fins de remoção do conteúdo de determinadas informações falsas, insertas em um contexto democrático.

Sob esse panorama, a CF/88 conferiu tratamento privilegiado à liberdade de expressão da cidadania e da imprensa, com vistas a garantir o fluxo de informações essencial à redemocratização do país, após os “anos de chumbo” da ditadura militar.

⁴ Entrevista com a professora Anna Bentes, denominada de “O texto além do texto”. Publicada na Revista do Instituto Humanitas Unisinos, nº 520, ano XVIII, de 23.04.2018.

Consoante o referencial teórico trazido pelos professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção da democracia. Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013).

Nessa linha, a carta constitucional positivou inúmeros direitos e liberdades, a exemplo das liberdades de manifestação de pensamento (art. 5º, inciso IV), de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI) e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, inciso IX).

A carta constitucional também garantiu o direito do amplo acesso à informação (art. 5º, incisos XIV e XXXIII), bem como o direito de resposta. Já no capítulo destinado à comunicação social, a CF/88 dispôs que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (art. 220, caput). Por fim, estabeleceu ser “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (§ 2º do art. 220).

Tais normas constitucionais consagram uma multiplicidade de direitos e liberdades fundamentais, que apesar de cada um deles constitua um elemento normativo autônomo, esses direitos interagem entre si, formando um verdadeiro “sistema constitucional da liberdade de expressão”⁵. Em obra que tangencia o tema, a professora Aline Osório assinala que o sistema inclui destacadamente três liberdades: (i) liberdade de expressão *stricto sensu*; (ii) liberdade de informação e (iii) liberdade de imprensa.

Em síntese, a liberdade de expressão *stricto sensu* é o direito de externar e difundir os próprios pensamentos, ideias, criações, opiniões, sentimentos e demais

⁵ A expressão foi cunhada por Gustavo Binembojm. V: BINEMBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional. In: SARMENTO, Daniel (ed.). Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

expressões. Já a liberdade de informação corresponde ao direito de transmissão e comunicação de fatos. Ela inclui destacadamente o direito de acesso à informação, o direito de informar (que inclui a liberdade para a transmissão das informações processadas a partir de um determinado meio) e o direito de ser informado (cidadãos de receberem todo tipo de informação do Poder Público, dos meios de comunicação e na era da internet) (CARVALHO, 2013). Para a professora Aline Osório:

apesar de seu âmbito normativo se entrecruzar com o das demais liberdades protegidas, a liberdade de informação tem um conteúdo próprio. De um lado, ela se diferencia da liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir especificamente a atos – e não às demais formas de manifestação do pensamento, como opiniões, juízos de valor e emoções. O interesse dos receptores no acesso a informações confiáveis sobre fatos, que lhes permitam participar da formação da opinião pública e controlar o governo e os detentores do poder, tem ensejado o estabelecimento de um regime jurídico diferenciado para a liberdade de informação. De acordo com esse regime jurídico, os fatos se sujeitam ao cumprimento de determinados requisitos (como a veracidade, a objetividade e a imparcialidade), assim como à atribuição de responsabilidades e deveres mais robustos àqueles que exercem o direito de informar (como a diligência na apuração do evento reportado e a boa-fé na transmissão) (OSÓRIO, 2017, grifo nosso).

Em artigo lapidar sobre o tema, Daniel Sarmiento desconstrói a visão tradicional sobre a liberdade de expressão como um direito eminentemente negativo, que se esgota no dever de abstenção, de limitação para os poderes públicos. No seu entendimento, esta concepção não é incorreta, mas incompleta, visto que a liberdade de expressão, em um quadro de uma sociedade desigual, reclama também ações positivas do Estado, com a possibilidade real do seu exercício e do enriquecimento do debate público, o que se encaixa perfeitamente na legitimidade do regime democrático (SARMENTO, 2007).

Deve-se sublinhar que a democracia é um conceito complexo, plurissignificativo e amplamente disputado no debate acadêmico (HELD, 1987). Fato é que a democracia pouco ou nada significa sem a garantia básica das liberdades comunicativas, sem a possibilidade de discutir os temas públicos e como se opera o relacionamento da informação falsa ou não no contexto da liberdade de expressão. Como novamente explicado pela professora Aline Osório:

para além da etimologia, porém, há pouco consenso sobre o que democracia exprime ou exige. Um desses raros consensos é justamente a liberdade de expressão. Modelos clássicos, elitistas, agregativos, participativos,

deliberativos e agonísticos, todos concordam que o livre fluxo de ideias e informações é essencial ao autogoverno democrático. Igualmente, as múltiplas teorias sobre a liberdade de expressão convergem ao lhe atribuir a função de ‘guardião da democracia’ ainda que reconheçam que há outros fundamentos relevantes (OSÓRIO, 2017, p. 76).

Além da periódica participação em eleições, que caracteriza a representatividade democrática, a democracia requer, por definição, que os cidadãos sejam capazes de influenciar as decisões estatais. Certamente, o autogoverno democrático depende do funcionamento permanente de uma estrutura de comunicação que permita a formação da debatida “opinião pública” e da “vontade política coletiva” que servem de insumos para orientar a ação governamental.

Não se ignora a ideia de que opinião pública e vontade coletiva são conceitos abstratos, de difícil precisão metodológica. De toda forma, é difícil supor, no atual cenário político brasileiro, que a opinião pública seja captada pela elite política, ao mesmo tempo em que as preferências majoritárias sejam formadas no curso do processo político. O fato objetivo é que as fake news, ao criarem ruídos e falsas suposições na estrutura de comunicação com a capacidade de macular a opinião pública, podem ser danosas à formação do processo democrático.

Por todo exposto, esses pontos acima apresentados procuraram trazer balizamentos conceituais sobre o chamado sistema constitucional de liberdades comunicativas, em especial o princípio da liberdade de expressão, e quais seriam os fundamentos jurídicos que a consagram como um direito de índole constitucional, fundamental para o fortalecimento do regime democrático. No tópico a seguir, avançaremos na discussão sobre questões como fake news, censura/autocensura e posição preferencial da liberdade de expressão.

2 Fake news, censura/autocensura, chilling effect e posição preferencial da liberdade de expressão – em busca de uma proposta consensual.

Seriam a censura ou autocensura mecanismos constitucionais possíveis para combater eficazmente a disseminação das fake news? Como já ressaltado no tópico anterior, existe uma simbiose entre a liberdade de expressão e o amadurecimento do

processo democrático. Neste tópico, será discutido se a censura ou autocensura podem, direta ou indiretamente, se constituir como formas de interferir na contenção das fake news, bem como rascunhar os limites interpretativos dentro de uma moldura constitucional, onde ao mesmo tempo se privilegie a posição preferencial da liberdade de expressão.

Por censura, entende-se o mecanismo de um órgão administrativo ou juiz de direito determinarem a remoção imediata de determinado conteúdo de fake news publicado, o qual inicialmente não condiria com os “padrões de verdade”. Por autocensura, compreende-se a possibilidade do próprio provedor de notícias ou veículo de comunicação não expor o conteúdo com receio de algum tipo de sanção administrativa ou judicial, refletindo diretamente na prejudicialidade do direito constitucional de liberdade de expressão, de manifestação de pensamento e de acesso à informação, bem como promovendo o chamado chilling effect, que será apresentado oportunamente.

Pela sua própria natureza, as constituições abrigam um grande número de dispositivos que oferecem dificuldades extras ao intérprete, pois fazem a ponte entre o universo jurídico e o não jurídico, entre o universo normativo e o fático. Existe, nesse ínterim, uma discussão relacional entre fake news, censura/autocensura para fins de proteção da intimidade e vida privada do indivíduo e posição preferencial da liberdade de expressão, que guardam dificuldades de aplicação e estabelecimento dos limites de aplicação pelos intérpretes do direito.

No ordenamento jurídico brasileiro, é preciso novamente rememorar que a censura é expressamente vedada pela CF/88 em diversos dispositivos, a exemplo do art. 5º, incisos IV, IX e XIV, bem como do art. 220 §§ 1º e 2º. Ao mesmo tempo, a Constituição tem um catálogo robusto de liberdades consagradas, que vão de encontro à censura, a exemplo do direito de resposta (art. 5º, V), liberdade de aprender, pesquisar e ensinar (art. 206, II), amplo acesso à informação (art. 5º, incisos XIV, LVII).

Nessa linha, a censura, consistente na possibilidade de o Estado interferir no conteúdo da manifestação de pensamento, não tem espaço no ordenamento constitucional, sendo rechaçada de plano. Embora seja uma conclusão clara do texto constitucional quanto à vedação da censura, repetimos a indagação feita pelo professor

Kay Mathiessen: a censura é adequada para evitar as consequências ruins? Em outros termos, a censura poderia ser encarada como um mecanismo possível para evitar a propagação das fake news, notadamente em redes sociais e na internet?

Na argumentação filosófica trazida pelo professor, abaixo são descritos, integralmente, quatro tipos de consequências prejudiciais que algum indivíduo poderia querer evitar pela censura: (1) criação de um mercado; (2) criação de um ambiente hostil; (3) influência e (4) implementação:

1. Criação de um mercado: dado que as pessoas podem ser prejudicadas na criação de certos tipos de conteúdo, fornecer acesso a tal conteúdo é criar um mercado que conduzirá à criação de mais conteúdo e, assim, mais dano àquelas pessoas utilizadas na origem, mais novamente esse argumento tem sido apresentado em relação à pornografia infantil.
2. Ambiente hostil: a acessibilidade a certos tipos de conteúdo pode criar um ambiente de atitudes que compromete a igualdade e a agência de alguma pessoa ou grupos de pessoas. Por exemplo, alguns argumentam que a pornografia deveria ser censurada porque cria uma atmosfera social que perpetua o sexismo e a reificação das mulheres.
3. Influência: a exposição a certos tipos de conteúdo pode tender a criar atitudes ou comportamentos nocivos ou antissociais. Por exemplo, o mais frequente argumento para restringir a quantidade de violência na mídia é que ela influencia crianças a serem mais violentas.
4. Implementação: a informação pode fornecer instruções que podem ser usadas para fazer alguma coisa que cause prejuízo. Esse argumento é usado para apoiar a censura de trabalhos que descrevam, por exemplo, como criar uma bomba, como cometer suicídio, como fazer drogas, etc (MATHIESEN, 2016).

Em que pesem as colocações suscitadas por Kay Mathiessen, nas quais se aventaram as possibilidades de utilização da censura como mecanismo para se evitar o acesso a determinada informação, deve-se sublinhar que os direitos à informação e à liberdade de expressão não podem ser substituídos por um raciocínio consequencialista, além de que a censura viola frontalmente todo o sistema constitucional de liberdades comunicativas.

Ao mesmo tempo, a regulamentação excessiva e irrefletida das fake news, com a criminalização rasteira e superficial dos seus termos, pode redundar na criação de um efeito adverso, qual seja o chilling effect, bem como interferir na posição preferencial da liberdade de expressão, que será explicada adiante.

Nesse ínterim, a doutrina da posição preferencial das liberdades comunicativas foi inicialmente desenvolvida na jurisprudência americana, com o termo cunhado

preferred position no caso *Jones v. Opelika*, julgado em 1942⁶. A doutrina somente ganhou densidade normativa com julgamento ocorrido em 1945, visto que, nos EUA, a doutrina da posição preferencial das liberdades comunicativas se fundamenta na ideia de que “essa prioridade confere a tais liberdades uma santidade e uma posição que não admitem intrusões dúbias (...). Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaços a limitações admissíveis”⁷.

Por força do princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia jurídica ou formal entre normas constitucionais, impedindo-se a fixação de uma regra abstrata de prevalência de um direito fundamental sobre outro. O resultado das colisões entre tais direitos deve ser aferido à luz do caso concreto. Nos dizeres de Cláudio Chequer, a “inviabilidade da hierarquização jurídica não impede que se extraia do sistema constitucional uma hierarquia de valores entre os direitos fundamentais, que garanta a determinadas normas um maior peso e uma proteção reforçada” (CHEQUER, 2011). Esta é justamente a ideia da posição preferencial da liberdade de expressão.

Por óbvio, tal posição preferencial não confere ao direito de liberdade de expressão um caráter absoluto. É válido lembrar que o STF já admitiu a validade de certas restrições pontuais a estes direitos fundamentais que são impostas pela via legislativa, como a criminalização da publicação de obras racistas⁸, bem como a proibição da divulgação dos nomes e imagens de crianças e adolescentes envolvidos em atos ilícitos⁹. Nessa linha, a própria CF/88 impõe alguns limites ou qualificações à liberdade de expressão, encontrados diretamente no texto constitucional (notadamente no art. 5º, incisos IV e V da Constituição).

Como qualquer outro direito fundamental, a liberdade de expressão e os direitos insertos no sistema constitucional das liberdades comunicativas colidem com outros direitos de igual estatura constitucional, cuja solução adequada parece a técnica

⁶ EUA, Suprema Corte, caso *Jones v. Opelika*, 316 U.S. 584 (1942).

⁷ EUA, Suprema Corte, caso *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945). No original em inglês: “the priority gives these liberties a sanctity and sanction not permitting dubious intrusion (...). For these reasons any attempt to restrict those liberties must be justified by clear public interest, threatened not doubtfully or remotely, but by clear and present danger (...) only the gravest abuses, endangering paramount interests give occasion for permissible limitation. It is therefore in our tradition to allow the widest room for discussion, the narrowest range for its restriction”.

⁸ Caso *Ellwanger*, HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe 19/03/2004.

⁹ ADI 869, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe.de 04/06/2004.

da ponderação de princípios, que não será tratada no presente artigo, por não constituir um objetivo metodológico a ser explorado.

Embora desenvolvida, inicialmente, nos EUA, a doutrina da posição preferencial é aceita pelos Tribunais brasileiros, ainda que de forma tímida¹⁰, sendo que a solução das colisões envolvendo liberdade de expressão e outros bens, direitos e valores constitucionais se resolve, em princípio, a favor daquela. Luís Roberto Barroso aponta o seguinte:

entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – preferred position – em relação a direitos fundamentais individualmente considerados. (...) dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação (BARROSO, 2013).

O reconhecimento da posição preferencial decorre da centralidade do sistema de liberdade de expressão, enquanto garantia institucional constitutiva de democracia. Parafrazeando Gustavo Binimbojm (2015), “não existe democracia, quer sob um viés procedimental, quer sob uma perspectiva substantiva, sem um sistema amplo de liberdade de expressão”.

Lado outro, a regulamentação excessiva ou rasteira das fake news, diante da complexidade em se trazer um conceito hermético e que será melhor visualizado nos PLs descritos no tópico seguinte, pode ocasionar o chamado chilling effect, traduzido pela doutrina como “efeito resfriador”. Consoante lição de Steiner e outros:

relacionado à liberdade de expressão, o chilling effect é caracterizado quando a própria mídia ou os indivíduos impõem uma espécie de autocensura no que dizem ou publicam, com receio de serem processados criminalmente (STEINER, 2007).

O *chilling effect* foi inicialmente desenvolvido na Suprema Corte dos EUA em 1963, relacionado a casos de liberdade de expressão e leis de difamação (*libel laws*), ao

¹⁰ Vide Pet nº 3486/DF. Rel. Min. Celso de Mello, Dje. 22.08.2005.

passo que o mesmo pode ser diferenciado sob duas perspectivas: (i) direta, quando as expressões são especificamente alteradas devido a considerações legais e (ii) estrutural, quando as expressões são empregadas de maneira subliminar, prevenindo a criação de determinado tipo de material ou mencionando determinadas questões. Estudiosos como Frederick Schauer assim se expressam:

[t]he danger of this sort of invidious chilling effect lies in the fact that something that ‘ought’ to be expressed is not. Deterred by the fear of punishment, some individuals refrain from saying or publishing that which they lawfully could, and indeed, should” (SCHAUR, 1978, 685-732).

Esse efeito pode ter consequências nefastas sobre a liberdade de expressão, na medida em que, com receio da sanção penal ou administrativa possivelmente aplicada, o indivíduo deixa de manifestar, o que a rigor empobrece o debate público diante da ausência do pluralismo de ideias, mesmo que controversas ou falseadas. De acordo com o professor Daniel Sarmento:

No caso em questão, Ernst Zundel havia sido criminalmente acusado com base no art. 181 do Código Penal do Canadá, que punia quem publicasse declaração, narração ou notícia falsa, que causasse dano ao interesse público. O Tribunal canadense considerou que a lei em questão não guardava correlação estrita com o combate à intolerância, e havia sido redigida de forma excessivamente ampla, de modo a exercer um “efeito resfriador” (chilling effect) sobre o discurso, já que pessoas poderiam deixar de expor e defender suas próprias idéias pelo medo da persecução penal e da condenação. Portanto, o debate no caso não foi centrado no conteúdo das idéias antisemitas de Zundel e na sua eventual proteção constitucional, mas em defeitos existentes na legislação incriminadora, cuja aplicação poderia comprometer valores centrais à liberdade de expressão (SARMENTO, 2018, grifo nosso)

Onde se quer chegar nesse tópico é afirmar que, mesmo em um ambiente de fake news, cujas mensagens tenham um conteúdo falso a ponto de difamar determinado indivíduo ou grupo, não pode haver um controle a priori sob o prisma legislativo ou judiciário que boicote ou censure a informação, a fim de que o sistema constitucional das liberdades comunicativas seja preservado. Busca-se, em última análise, que a posição preferencial da liberdade de expressão seja exaltada, sendo que a análise quanto à remoção de conteúdos qualificados como fake news deve ser feita in casu, e de modo fundamentado (e parcimonioso) pela autoridade judicial.

3 Análise do panorama de regulamentação das *fake news* no Parlamento brasileiro.

O presente tópico não tem a pretensão de trazer uma proposta exauriente sobre os (possíveis) mecanismos de regulamentação das fake news no ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que se apontam as contradições e falhas na sua regulamentação. Serão apresentadas e criticadas as propostas legislativas que tratam de forma rasteira e míope o tema, visto que as mesmas não têm o devido cuidado de analisar profundamente as causas das fake news e quais os direitos em risco em caso de regulamentação excessiva.

Percebe-se um senso de imediatismo do legislador brasileiro, que possivelmente se vê atacado e defenestrado nas redes sociais e na internet em razão da descrença da sociedade brasileira com os projetos políticos e a falta de legitimidade social. No parlamento brasileiro, as tentativas de regulamentação perpassam na maioria das vezes pela criação um tipo penal que, necessariamente, criminalize as condutas praticadas. O legislador brasileiro parte do pressuposto de que a criação de tipos penais para os indivíduos que pratiquem os verbos nucleares da conduta (divulgar, compartilhar, modificar e desvirtuar a verdade) seria a panaceia para resolver um tema complexo, poroso, o qual exige um estudo aprofundado.

Em pesquisa por amostragem no sítio eletrônico do Congresso Nacional, foram identificados até o momento três projetos de lei, sob as mais diferentes exposições de motivos e justificativas, quais sejam os PL de nº 317/2018 de autoria do deputado Pompeo de Mattos (PDT/RS); nº 8.592/17, de autoria do deputado Jorge Côrte Real (PTB/PE); nº 6.812/2017, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly – PSDB/PR. Como exemplo, destaca-se o seguinte projeto de lei:

Projeto de Lei nº 6.812/2017, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly – PSDB/PR

Art. 1º Constitui crime divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica.

Penal- detenção de 2 a 8 meses e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 2º Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o artigo primeiro serão creditados à conta do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – CFDD.

A partir do momento em que as fake news são criminalizadas, a lei penal representa uma medida que o Estado adota para, supostamente, para proteger os direitos fundamentais e os demais bens jurídicos que a Constituição ordena sejam otimizados. Conseqüentemente, sustenta-se que o legislador penal também pode vulnerar os direitos fundamentais (leia-se sistemas constitucionais de liberdades comunicativas) quando a severidade de suas previsões não chega a lhes oferecer uma proteção suficientemente efetiva.

Como se observam nos projetos de lei acima transcritos, existe uma dificuldade hercúlea em definir e categorizar em um tipo penal o que se trata de “notícia que sabe ser falsa”, “corromper a verdade”, “informação falsa ou prejudicialmente incompleta”. Trazer o debate das fake news para o campo do direito penal não consiste na solução mais adequada, com a correspondente criminalização.

Na realidade, observe que existe uma dificuldade enorme na apuração persecutória do que seria necessariamente uma informação verdadeira/falsa, bem como existem dificuldades em punir o sujeito ativo do crime que, por ignorância e erro, compartilha determinado tipo de informação. Ademais, não é juridicamente aconselhável elaborar um tipo penal amplo, que trabalhe com conceitos indeterminados.

Pode-se apontar, de modo categórico, que as proposições legislativas trazidas não tocam na questão central das fake news, sequer consegue identifica-las. Políticas legislativas, ainda mais de caráter penal, não teriam esse condão. Um direito fundamental, qual seja da liberdade de expressão e do direito à informação, não pode ser suprimido ou ameaçado por uma norma infraconstitucional, sob pena de empobrecer o debate e trazer, novamente, uma medida inócua, sem efetividade. Para finalizar, cita-se novamente os ensinamentos de Carlos Bernal Pulido sobre o tema:

o constitucionalismo impossível é aquilo que se deriva da faceta negativa dos direitos fundamentais, e consiste na proibição de que a lei penal intervenha em excesso no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na liberdade pessoal e nos demais direitos do indivíduo. O constitucionalmente necessário é aquilo que ordenam os direitos de proteção, ou seja, que os bens mais preciosos do indivíduo sejam protegidos pelo legislador de maneira eficaz e suficiente contra as intervenções do Estado e dos particulares (PULIDO, 2007).

Em entrevista dada à Revista do Instituto Humanitas Unisinos, o professor Antônio Fausto Neto é cético em relação a qualquer solução normativa, conforme se reproduz a seguir:

Não existe uma solução normativa para isso. Países europeus estão à beira de criar normas regulatórias, mas a regulação cabe a escapes e pontos de desvio, porque é um fenômeno enraizado, é a expressão do efeito do modelo de comunicação. Existem alternativas em processo de formulação. Um deles é o processo de letramento, educar a sociedade para compreender o protocolo de comunicação no qual ela vive, desautomatizar a comunicação ou desautomatizar a posição de receptor (FAUSTO NETO, 2018).

Importante, por fim, trazer os apontamentos de Marco Antonio da Costa Sabino, que se opõe expressamente a qualquer tentativa de criminalização das fake news por meio da propositura de projetos de lei. O autor traz até uma metáfora interessante sobre o assunto, na medida em que “quando um anteprojeto de lei surge, a censura sorri. Ela, censura, que é sempre dissimulada, não se apresenta como tal, queda escondida. Fica sempre à espreita, aguardando uma oportunidade de disfarçar-se e capturar um pretexto tema para, então, agir”¹¹.

Considerações Finais

George Orwell, em tom profético, já dizia que liberdade é a liberdade de dizer que dois mais dois são quatro. A verdade dessa equação matemática, a princípio, demonstra a complexidade de se estruturar uma verdade, ou em contrapartida, uma mentira. Na distopia orwelliana, o Estado totalitário (na personificação do Grande Irmão) poderia, talvez, dizer que dois mais dois não são quatro, e sim cinco. A imensidão da internet e os labirintos das redes sociais poderiam (e assim o fazem) disseminar, indiscriminadamente, que cinco é o resultado “verdadeiro”. A partir dessas inverdades, as fake news estariam prontas para ganhar “ares de autonomia” e terem reflexos diretos na democracia.

Nesse caleidoscópio de conhecimentos, em que diversas áreas reivindicam o protagonismo dos estudos das fake news, o direito constitucional é um instrumental

¹¹ Artigo publicado no sítio eletrônico Jota, em 05.03.2018. “Fake news: a censura sorri no canto da sala”. Autor: Marco Antonio da Costa Sabino.

muito útil para investigá-lo. Como procurou-se fazer ao longo do artigo, existe um relacionamento tormentoso entre fake news e democracia, por meio da necessidade de dotar o cidadão de informações para a participação madura no debate democrático, no qual, ao mesmo tempo, seja privilegiado o princípio das liberdades comunicativas.

Somente com comunicação fluida e desimpedida é que se combate as fake news, e não com propostas legislativas superficiais, de caráter de criminalização por meio da criação de tipos penais amplos, os quais têm efeitos nefastos e inibitórios na liberdade de expressão, visto que as fake news são um tema complexo e de difícil conceituação, o qual exige estudo, maturidade e compreensão.

Referências

ARENDDT, Hannah. *Verdade e Política*. Texto foi publicado pela primeira vez em The New Yorker, em fevereiro de 1967 e integrado no livro “*Between Past and Future*”, em 1968.

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais: ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BENTES, Anna Christina; MUSSALIM, Fernanda. *Introdução à Linguística: fundamentos epistemológicos*. São Paulo: Editora Cortez, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – o Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade crítica política

em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

BROWN, Ian. Autorregulação da internet e os direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Liberdade de expressão no século XXI*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016.

CALAZANS, Paulo Murillo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

CARVALHO, Gustavo Arthur Lobo de; KANFER, Gustavo Guilherme Bezerra. *O tratamento jurídico das fake news*. Artigo publicado no sítio eletrônico Jota, em 08.03.2018.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie* (Análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COHEN, Joshua. Freedom of Expression. *Philosophy & Public Affairs*, v. 22, n. 3, pp. 207-263, 1993.

FOUCAULT, Michel. Verdade e subjectividade (Howison Lectures). *Revista de Comunicação e Linguagem*, Lisboa, n. 19, 1993.

MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teorias das Mídias Digitais: linguagens, ambientes e redes*. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

MATHIESEN, Kay. Censura e Acesso à Expressão. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Liberdade de expressão no século XXI*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Fake News e censura: a mais nova história de uma proposta que ninguém apoia*. Artigo publicado no sítio eletrônico Jota, em 06.03.2018.

NETO, João Costa. *Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

PULIDO, Carlos Bernal. O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal. In: SOUZA NETO, Daniel Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br> >.

SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do "Hate Speech"*. Disponível em: <www.dsarmento.adv.br>. Acesso em 12 abr. 2018.

SARMENTO, Daniel. *Reclamação e liberdade de expressão: quando a pedagogia exige firmeza*. Publicado no sítio eletrônico Jota, em 01.12.2014.

SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the 'Chilling effect'. *Boston University Law Review*, v. 58, pp. 685-732, 1978.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de expressão: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e Liberdade de Expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade da palavra*. Tese apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2009.

STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Artigos publicados na imprensa

Artigo publicado no sítio eletrônico Jota, em 05.03.2018. “Fake news: a censura sorri no canto da sala”. Autor: Marco Antonio da Costa Sabino.

Artigo publicado pelo professor Ronaldo Lemos publicou, em 23.04.2018, artigo na Folha de São Paulo, denominado de “Batalha pela realidade está começando: quem acha que o tempo das *fake news* está passando precisa pensar melhor”.

Entrevista com a professora Anna Bentes, denominada de “O texto além do texto”. Publicada na Revista do Instituto Humanitas Unisinos, nº 520, ano XVIII, de 23.04.2018.

Seminário do Comitê Gestor da Internet (CGI) para analisar soluções e boas práticas para as *fake news* e o discurso de ódio na internet, ocorrido em 04.04.2018, em São Paulo – SP.

Submetido em 16 de julho de 2018.

Aprovado para publicação em 02 de agosto de 2019.

