

Data da aprovação: 12/12/2022

A HARMONIA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PONDERAÇÃO DE DIREITOS FRENTE À IMPOSIÇÃO DO FENÔMENO DAS *FAKE NEWS*.

Nícolas Galvão de Miranda Costa¹
Úrsula Bezerra Silva e Lira²

RESUMO

A presente pesquisa faz uma análise dos direitos fundamentais e suas formas de ponderação explorando especificamente a liberdade de expressão e o fenômeno das *fake news* na sociedade. Foi utilizado a metodologia bibliográfica pelo método dedutivo, ou seja, fez-se uma análise de ideias de autores, livros e artigos para deduzir um resultado final. O intuito, era solucionar a real problemática do tema, compreender os direitos fundamentais na sociedade brasileira e qual o impacto do fenômeno das *fake news* sobre os nossos direitos. Nesse sentido, compreendeu-se que as *fakes news* atentam exatamente contra o Estado democrático de direito, constituindo um instrumento de manipulação popular contra os seus próprios direitos. Afere-se que para resguardar os direitos fundamentais, o Estado deve se apropriar de técnicas de ponderação de direitos claras que preservem a liberdade de expressão e protejam a imprensa de ataques estruturados pelas *fake news*. Para tanto, o trabalho apresenta uma conceituação das *fake news*, além de suas características mais evidentes, como forma de identificar uma notícia falsa no dia a dia.

Palavras-chave: Direito fundamental. Liberdade de expressão. *Fake news*. Sociedade.

ABSTRACT

¹Acadêmico do curso de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: nicolasgalvao61@gmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: ursula@unirn.edu.br

THE HARMONY BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS: THE WEIGHTING OF RIGHTS IN FRONT OF FREEDOM OF EXPRESSION AND THE FAKE NEWS PHENOMENON.

This research makes an analysis of fundamental rights and their forms of weighting, specifically exploring freedom of expression and the phenomenon of fake news in society. The bibliographical methodology was used by the deductive method, that is, an analysis of ideas of authors, books and articles was made to deduce a final result. The aim was to solve the real problem of the subject, to understand fundamental rights in Brazilian society and the impact of the fake news phenomenon on our rights. In this sense, it was understood that fake news threatens the democratic rule of law, constituting an instrument of popular manipulation against its own rights. In this sense, it appears that in order to safeguard fundamental rights, the State must adopt clear rights-weighting techniques that preserve freedom of expression and protect the press from attacks structured by fake news. To this end, the work presents a conceptualization of fake news, in addition to its most evident characteristics, as a way to identify fake news in everyday life.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of speech. Fake news. Society

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é um estudo que visa compreender como os direitos fundamentais são compreendidos na sociedade. A perspectiva desses direitos nesse trabalho, serão vistos frente uma análise da colisão de direitos fundamentais no ordenamento jurídico, visando compreender quais são as técnicas aplicadas pelos juristas brasileiros ao ponderar direitos fundamentais. Dentro dessa perspectiva, existe um estudo sobre as *fake news* na sociedade, com o intuito de apontar, com clareza, para a sociedade, como é possível identificar e combater às *fake news*, além do seu impacto para o Estado Democrático de Direitos.

A presente pesquisa visa esclarecer os aspectos mais relevantes dos direitos fundamentais e a sua importância na sociedade contemporânea. Além disso, demonstra como pode ser identificado uma *fake news*, bem como quais são os tipos

de notícias falsas e seu grau de periculosidade. A relevância dos resultados do presente trabalho está relacionada com a forma que se pouco entende sobre o fenômeno das *fake news* e como o judiciário enfrenta-o.

A escolha do tema se dirige especificamente sobre a grande atenção que se deu sobre as *fake news* no debate público desde 2016 e em diversas eleições no mundo, inclusive no Brasil. Sendo um tema atual e que infere diretamente na vida e cotidiano das pessoas que consomem conteúdo. Além disso, nos últimos anos o judiciário fez algumas ponderações de direitos fundamentais, provocado pelo fenômeno das *fake news* e demonstrou carecer de análises sobre o tema.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica por meio do método dedutivo. Assim, fez-se uso de livros, autores e artigos para se aferir um resultado final, qual seja, como o judiciário brasileiro interpreta e aplica a liberdade de expressão frente a disseminação das *fake news*.

No segundo capítulo o trabalho apresenta os preceitos básicos dos direitos fundamentais, como o seu surgimento e sua ligação com os direitos humanos, demonstrando as raízes dos direitos fundamentais. Saliencia-se que a perspectiva de análise histórica toma os preceitos da Constituição de Weimer, considerada um marco na concretização dos direitos fundamentais de maneira mais contemporânea. Além disso, demonstra os requisitos e sujeitos dos direitos fundamentais.

Em relação ao terceiro capítulo, fez-se uma análise sobre colisão de direitos fundamentais, com uma explicação de como ocorre e quais são os métodos a serem utilizados na ponderação de direitos fundamentais, partindo sempre do preceito de harmonização de direitos (ALEXY, 1999).

O quarto capítulo se ocupa em compreender o fenômeno das *fake news* - demonstrando ser a construção de métodos arquitetados para a proliferação de notícias falsas com grande impacto (SOARES, 2019) - além de apresentar as suas características essenciais como forma de identificação desse fenômeno da sociedade.

O quinto capítulo, faz uma análise de como a liberdade de expressão é entendida no ordenamento jurídico e afere que a limitação desse direito fundamental não constitui uma censura, porém a sua harmonização frente a outro pressuposto (ALEXY, 1999). Além disso, analisa-se a ADPF.130, decisão fundamental para a concretização da liberdade de expressão no Brasil (REALE, 2010)

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 O SURGIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO

Na era moderna, analisa-se que os direitos fundamentais tiveram sua certidão de nascimento cravada na constituição alemã de 1919 que demarcou as áreas fundamentais as quais o direito alemão deveria se ater, sendo essas o cuidado com o indivíduo, sua vida social, os direitos religiosos, à educação e as relações socioeconômicas (GONÇALVES, 2011).

Nesse sentido, observou-se que surgiu um novo modelo de se olhar os direitos fundamentais, replicado e difundido não tão somente na Europa, como na constituição brasileira de 1934. Esse modelo pode ser definido da seguinte forma, observa-se que

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram em caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade, limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (GONÇALVES, 2011)

Ao fazer uma análise aprofundada da relação dos indivíduos com o novo modelo de compreensão dos direitos fundamentais, inicialmente, observa-se que os direitos fundamentais possuem uma natureza social que se difere de outros direitos subjetivos, já que nas palavras do autor “não são meros poderes de agir - como é típico das liberdades públicas de modo geral - mas sim poderes de exigir” (GONÇALVES, 2011).

Existe assim, uma necessidade de se observar que as origens dos direitos fundamentais remetem a sua própria conexão com os direitos humanos. Por essa razão, é tão abrangente a conceituação tanto de direitos fundamentais, como de direitos naturais e dos direitos humanos, pois todos estão de certa maneira interligados, com características diferentes mas conexas e se relacionam com a sociedade de formas semelhantes (MENDES, GONET BRANCO, 2009).

Os direitos fundamentais são considerados na constituição brasileira uma característica inerente à sua própria formação. Ou seja, se orchestra no ordenamento brasileiro como um elemento indissociável da carta magna do Brasil, sendo a própria

defesa da constituição brasileira uma defesa de direitos fundamentais (MENDES, 2004).

Já a compreensão de direitos humanos pode ser melhor entendida como aquele direito que tem aspirações naturais, ou seja, surgem de maneira inerente à vida do indivíduo e o acompanha até a sua própria morte (RABENHORST, 2008). Assim é possível notar que a própria compreensão dos direitos humanos está interligada com o conjunto de coisas que coadunam com os direitos fundamentais.

2.2 APLICAÇÃO E SUJEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para compreender a aplicação dos direitos fundamentais na sociedade e como se deu sua positivação, é necessário compreender requisitos básicos de sua existência. Como visto, os direitos fundamentais constituem os poderes dos cidadãos em exigir direitos (GONÇALVES, 2011). Por essa razão, determinou-se que o estado seria o responsável passivo por garantir os direitos à sociedade, devendo este ser a instância de reivindicação social.

A busca por compreender os direitos fundamentais e os componentes que os constituem um trabalho importante, pois permite aferir direitos fundamentais implícitos - de difícil visualização - e que por muitas vezes não se encontram necessariamente positivados nas constituições (GONET BRANCO, MENDES, 2009).

As características específicas dos direitos fundamentais se relacionam com a sua universalidade - pela sua relação com os direitos naturais - a historicidade - pois se compreendem em um determinado espaço de tempo - a inalienabilidade - razão pela qual não se pode transferir direitos fundamentais e a sua constitucionalização. (GONET BRANCO, MENDES, 2009).

Como os direitos fundamentais entregam ao indivíduo o poder de agir (GONÇALVES, 2011) compreende - se que a função do estado é essencial para a garantia dos direitos fundamentais. Embora exista, de forma inerente, uma limitação das ações do Estado em face dos indivíduos, é esse que deverá cumprir com as principais obrigações de prover os recursos necessários para a concretização de seus direitos. (DIMOULIS, MARTINS, 2012). Por essa razão, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins definem o Estado da seguinte forma.

Estado. Trata-se do funcionamento de um aparelho de poder centralizado que possa efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, dos tribunais, da polícia, das forças armadas e também dos aparelhos de educação e propaganda política. Sem a existência de Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja, a de limitar o poder do Estado em face do indivíduo. (DIMOULIS, MARTINS,2012)

Por essa razão, Gonet Branco e Mendes (2009) aferem a necessidade da vinculação dos direitos fundamentais na constituição, através de uma vinculação da norma pela separação dos três poderes - legislativo, executivo e judiciário - garantir a eficácia dessa norma após sua positivação.

Ou seja, o Estado é o único legitimado para impor decisões por meio de sua administração, tribunais e outras esferas sociais, e é um dos sujeitos cujo os indivíduos podem recorrer em busca de seus direitos fundamentais (com sua atuação limitada pela própria constituição. Assim, pressupõe-se a existência de outro requisito, os indivíduos (DIMOULIS, MARTINS,2012). Pois são estes que se relacionam com o estado e visam a concretização de seus direitos.

Consideram o indivíduo enquanto “ser moral, independente, autônomo e, destarte (essencialmente) não social”. Essa opção, que caracteriza todas as sociedades capitalistas, possibilita o reconhecimento de direitos individuais: liberdade, igualdade, propriedade. O indivíduo pode fazer valer esse direito tanto perante o Estado como perante a sociedade, já que a Constituição garante sua autonomia enquanto “sujeito de direito” (DIMOULIS, MARTINS,2012).

Entretanto, compreende que os direitos fundamentais nas constituições modernas não tornam o Estado o ente exclusivo pelo qual o indivíduo pode recorrer, mas também a própria sociedade como um polo em que seus direitos serão garantidos (DIMOULIS, MARTINS,2012).

O conceito de constituições modernas perpassa necessariamente sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Modernamente, se compreende que a Carta Magna deve necessariamente abarcar poderes que sejam repassados aos indivíduos. Sendo assim, existe a compreensão mais moderna de que os direitos fundamentais são inevitáveis na atual geração constitucional e obrigatoriamente carrega consigo os direitos relacionados à liberdade e direitos fundamentais (CANOTILHO,2011).

Quanto a apreciação de Canotilho acerca dos direitos fundamentais, é possível observar uma relevância especial à liberdade. Os conceitos que surgem através da revolução francesa de liberdade entre os indivíduos, constituem uma série de alterações importantes na forma como o direito interage com as pessoas. Nesse aspecto, a partir da revolução francesa, as pessoas passaram a constituir um poder limitador à afeição do Estado. Esse poder, de forma mais sintetizada possível, é baseado nas raízes da liberdade, seja a liberdade de expressão ou qualquer outra. Isso porque foi compreendido nas bases do liberalismo moderno, uma necessidade em se proteger a liberdade, inclusive, como forma de proteger os direitos fundamentais.

Para tanto, o último requisito para existência dos direitos fundamentais é a formulação de um texto normativo que regule a relação do Estado com os indivíduos (DIMOULIS, MARTINS, 2012).

Texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos. O papel de regulador entre os dois elementos supra descritos é desempenhado pela constituição no sentido formal, que declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação e livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cercamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual. O texto deve ter validade em todo o território nacional e encerrar supremacia, isto é, força vinculante superior àquela das demais normas jurídicas. (DIMOULIS, MARTINS, 2012)

Percebe-se então que para a existência de um direito fundamental é necessário a existência de uma carta magna, com poderes para vincular os agentes, com o intuito de limitar a abrangência do Estado. Assim, é possível perceber uma relação com os estudos de Canotilho. O Estado passa a ser limitado pela formatação das cartas magnas, que estabelecem direitos fundamentais, baseando-se nos princípios liberais fomentados pela revolução francesa. Sendo que durante a revolução, um dos principais apelos foi a proteção ao positivismo e por essa razão a necessidade de uma carta magna com os direitos fundamentais postos a termo.

Essa compreensão de que os direitos fundamentais são definidos através de três sujeitos interligados (indivíduo, estado e norma) traduz a teoria liberal de direitos fundamentais. Dentro dessa perspectiva, temos que os direitos fundamentais são direitos dos indivíduos para com as suas atividades perante o Estado. Ou seja, o Estado tem a sua atuação limitada pela norma constitucional e o indivíduo tem a

liberdade de requerer e postular pelo seu direito perante o Estado (CANOTILHO, 2011).

2.3 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E JURISPRUDÊNCIA.

A compreensão da importância dos direitos fundamentais é restrita e pouco estudada, somente sendo observada a sua importância na sociedade quando ocorrer alguma violação explícita, como no caso de uma prisão injustificada, ou seja, quando existe um óbice à concretização de algum direito e quando essa restrição advém de uma norma hierarquicamente inferior à constituição (DIMOULIS, MARTINS, 2012)

Como visto na obra de Martins (2012), um dos requisitos para a existência dos direitos fundamentais é um texto normativo com ressonância em todo o território nacional. Existe a compreensão de que a aplicação de uma norma em todo o Estado, constitui as garantias fundamentais, um instrumento como forma de assegurar o cumprimento do texto constitucional (FACHINI, 2022).

Apesar de pouco percebida, os legisladores formatam instrumentos constitucionais para a plena garantia desses direitos (FACHINI, 2022), tanto que é possível notar pela Constituição Federal, em seu artigo 5º a presença de diversos direitos fundamentais positivados e com implicação em todo o território nacional.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

É possível depreender da Constituição Federal os direitos fundamentais destinados à proteção da vida, igualdade e liberdade, tornando-se uma garantia fundamental do povo brasileiro. Assim, constitui-se uma segurança aos cidadãos brasileiros a proteção desses direitos com a concretização do Estado Democrático de Direito (FACHINI, 2022).

Ainda assim, é necessário apontar que a própria hermenêutica constitucional não permite afirmar a existência de um direito fundamental absoluto (FACHINI, 2022).

Ainda quanto aos direitos fundamentais, é importante analisar a ADI 4451 ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal. Nessa ADI o Supremo tem a

oportunidade de fazer uma análise da lei 9.504/98 e o seu artigo 45, fazendo uma ponderação de sua constitucionalidade. O artigo em comento, trata da possibilidade de televisões e rádios compartilharem propaganda política.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PRÉVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA. 1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo. (ADI 4451, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019)

Na perspectiva do relator, Ministro Alexandre de Moraes, o direito à liberdade de expressão é um ponto central para a concretização da democracia de forma plena. Caso a liberdade de expressão seja tolhida, teremos um severo ataque à ordem democrática. Então, o eminente ministro conclui que toda a forma de controlar a liberdade de expressão deve ser vista de forma negativa, como forma de resguardo das pretensões constitucionais.

Faz-se uma análise jurisprudencial mediante a ponderação de direitos fundamentais, entre liberdade de expressão e o direito à comunicação. O direito a

comunicação se refere à proliferação específica de formas de transmitir ideias e notícias, apesar de ser um direito que pode ser englobado na perspectiva de direitos fundamentais, se diferencia pois se relaciona mais explicitamente com a forma de comunicação artística e jornalística (VANNUCHI, 2018).

Já a liberdade de expressão tem uma maior abrangência, sendo uma perspectiva mais antiga e presente em quase todas as constituições modernas. Por essa razão, é um dos direitos mais bem protegidos da constituição federal e denota um cuidado maior ao fazer a sua ponderação (MENDES, GONET BRANCO, 2009)

No próximo tópico, será feita uma abordagem mais específica quanto a ponderação, colisão e análise da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, por ora, cumpre demonstrar que o julgamento da ADI em análise de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, demonstra o cuidado em realizar a ponderação de direitos fundamentais e a vigilância que o judiciário tem com os direitos fundamentais.

Isso porque o julgado somente alterou a redação do artigo 45 da lei 9.405/97, deixando de maneira mais delimitada os casos em que partidos políticos poderiam fazer a transmissão de propagandas eleitorais na televisão, em especial, pós o período eleitoral. Esse cuidado serviu, ao mesmo tempo, para proteger o direito à comunicação e o direito à liberdade de expressão, vez em que ao fazer a ponderação de direitos, na lei, delimitou o alcance destes princípios fundamentais, reduzindo a possibilidade de interpretações ambíguas.

3 A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo dos direitos fundamentais deve partir da perspectiva dos limites pelos quais certas condições produzem uma restrição a esse direito de forma lícita (DIMOULIS, MARTINS, 2012).

A colisão entre direitos fundamentais é o debate quando dois direitos têm repercussões no outro durante a sua aplicação, ou seja, ao desempenharmos um direito, finda-se por afetar outro da mesma esfera fundamental (FACHINI, 2022). Por essa razão, (DIMOULIS, MARTINS, 2012) afirma que é necessário o estudo sobre a restrição da aplicação desses direitos.

Ao iniciar os estudos sobre conflito de direitos fundamentais, é importante realizar a distinção entre as formas de conflito e preceitos fundamentais. Esses conflitos podem ser divididos em colisão de direitos fundamentais, concorrência de direitos e conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional (STEINMETZ, 2000).

Wilson Steinmetz (2000) explica que a concorrência de direitos fundamentais há a existência de um titular de direitos que se relaciona com outros dois direitos fundamentais que estão em colisão quanto à conduta do titular de direitos.

Na hipótese de conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais, a análise de Wilson Steinmetz (2000) é de que existe um perigo a um bem jurídico positivado na constituição pelo exercício de algum direito fundamental por um titular de direitos.

Por fim, a análise de Steinmetz (2000), aduz que o direito fundamental se confronta com outro, quando no exercício simultâneo de ambos, existe uma expressa confrontação entre direitos fundamentais.

Assim percebe-se que a colisão de direitos fundamentais parte do princípio de que existem restrições à aplicação das normas fundamentais durante o empenho de uma que confronte outra (FACHINI, 2022) e que é necessário compreender as colisões entre direitos fundamentais (DIMOULIS, MARTINS, 2012). Ao fim, analisa-se três situações em que comumente os direitos fundamentais se confrontam (STEINMETZ, 2000).

3.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ressalta-se que a escolha pela expressão liberdade de expressão tem um sentido amplo, que pode abranger diversas compreensões sobre a liberdade de pensamento, opinião, consciência e pontos relativos à formatação de um juízo de valor. (PEREIRA, 2001)

A Constituição Federal detém de um dispositivo específico para aduzir o que seria liberdade de expressão, aferido através da leitura do artigo 220 da Carta Magna, analisa-se.

Art. 220. 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.

Na hermenêutica do artigo, é possível perceber que existe uma perspectiva restritiva ao aduzir o “observado o disposto nesta Constituição”. Denotando uma possível confrontação entre direitos fundamentais. Posto isso, Miguel Reale (2010) postulou uma ampla análise sobre os entendimentos jurisprudenciais e constitucionais da liberdade de expressão. Reale, indica em seu texto a perspectiva nacional de diversas compreensões sobre a liberdade de expressão, vejamos a sua interpretação dos julgados da Suprema Corte brasileira.

o entendimento que dá primazia ao valor da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em face do valor da liberdade de expressão, como limites imanentes; a aplicação do postulado da proporcionalidade ante as circunstâncias concretas com conclusões contraditórias, pois decide em favor da condenação por racismo e outra considera não ter havido crime de racismo; o entendimento que privilegia o exame das circunstâncias do caso concreto e, na hipótese, dá primazia à liberdade de expressão (REALE, 2010)

A liberdade de expressão, então, é considerada um direito fundamental, entretanto, como qualquer outro, não é absoluta. Isso implica em dizer que podem existir consequências que permita que a liberdade de expressão se torne pondera frente qualquer outro direito. Isso ocorre nos casos em que o indivíduo se apropria de sua liberdade em expressar para coagir outras pessoas, diminuindo a sua imagem e ferindo à sua honra. Nesse caso, é plenamente possível que a liberdade de expressão seja proporcionalmente controlada, a ponto de que não interfira em mais nenhum outro direito fundamental para cada caso concreto.

É possível notar as divergências quanto à compreensão da liberdade de expressão e seus limites.

O referido autor assevera que os fatos são suscetíveis de prova da verdade, ao passo que as opiniões ou juízos de valor não podem ser submetidos à comprovação em razão da natureza abstrata que ostentam. Por conseguinte, a liberdade de expressão teria âmbito de proteção mais amplo do que a liberdade de comunicação, pois o exercício daquela não se sujeitaria ao limite interno da veracidade, aplicável a esta última. (DANTAS, 2018)

Em contrapartida, analisa-se que o direito à liberdade de expressão não faz uma obrigatoriedade quanto ao que deve ou não ser dito. Ou seja, a princípio, o escopo da liberdade de expressão não é acompanhado por um juízo daquilo que pode ou não ser dito, se a informação é falsa ou verdadeira (CANOTILHO, 2011). Por essa razão, assim como observamos, a liberdade de expressão por não ser absoluta, seu uso irresponsável assevera implicações civis e até mesmo criminais.

Antes de analisar as técnicas de ponderação de direitos, é necessário realçar que a conclusão dos dois textos analisados neste tópico, resulta na mesma compreensão: de que a liberdade de expressão é limitada. Veja-se que Dantas (2018) frisa que assim como qualquer direito fundamental existem limites ao seu desempenho.

Ressalte-se, contudo, que a liberdade de expressão e comunicação, assim como qualquer direito fundamental, não é absoluta, possuindo limites. Com efeito, além do limite interno da veracidade da informação, esse direito “deve compatibilizar-se com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas opiniões e informações, bem como ainda com outros bens constitucionalmente protegidos, tais como a moralidade pública, saúde pública, segurança pública”, entre outros. (DANTAS, 2018)

Bem como, Miguel Reale (2010) exprime que desde os primeiros artigos da constituição, podemos observar que os direitos fundamentais possuem contrapesos, previstos quase que expressamente. Observa-se.

pode-se visualizar nos primeiros artigos da Constituição, que estabelecem a forma de organização política do Estado e a natureza de nossa sociedade política, determinar-se que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República. Logo a seguir, no art.3º, IV, estabelece ce a Constituição que é objetivo fundamental da República “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (REALE, 2010)

3.2 PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ponderação de direitos fundamentais é baseada na proporcionalidade, como uma forma de justificar intervenções quando houver colisão de direitos, nesse sentido, o ordenamento jurídico se apropria de uma compreensão baseada em construir uma proporção, para se chegar a um meio termo (DIMOULIS, MARTINS,2012).

A ideia da proporcionalidade encontra-se enraizada no pensamento jurídico constitucional contemporâneo. Desenvolvida originalmente nos moldes jurídico-dogmáticos que aqui interessam, pela jurisprudência do Tribunal

Constitucional Federal alemão já a partir da década de 1950, foi prontamente recepcionada pela doutrina daquele país e, nas últimas décadas, exportada para várias partes do mundo, inclusive para os países da Península Ibérica, que determinam em larga medida, mas não exclusivamente, suas formas de recepção no Brasil e em outros países da América Latina. (DIMOULIS, MARTINS, 2012)

Para o autor André Canuto (2014), a ideia da ponderação de direitos fundamentais baseada na proporcionalidade é de fato imprescindível na corroboração do encontro de equilíbrios entre direitos fundamentais. Por essa razão, a harmonia só pode ser encontrada por essa forma de ponderar direitos.

O princípio da proporcionalidade é um dos mais importantes princípios do pós-positivismo, pois exerce função imprescindível na proteção dos direitos fundamentais. Observa-se que a harmonia entre os direitos fundamentais só é alcançada através da aplicação da proporcionalidade que, sob a forma de princípios, devem ser realizados nas máximas medidas possíveis. (CANUTO, 2014)

Ao analisar a jurisprudência alemã (DIMITRI, MARTINS, 2012) nota-se que a proporcionalidade é medida que ganhou força praticamente constitucional nas discussões jurídicas da corte da Alemanha. Sendo assim, imprescindível a sua aplicação em todos os conflitos normativos.

O conceito foi inicialmente elaborado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Segundo decisão prolatada na década de 1960, o "princípio" (*Prinzip*) da proporcionalidade "resultaria da própria substância dos direitos fundamentais". Em seguida, o mesmo tribunal afirmou que, por essa razão, a proporcionalidade, embora não positivada no texto constitucional, possui *status* constitucional. (DIMOULIS, MARTINS, 2012)

Para explicar a relação dessa tal proporcionalidade, Robert Alexy (1999), afirma que para enfrentar toda e qualquer colisão de direitos fundamentais, haverá de ocorrer sacrifícios de ambos os lados. Assim, é possível que um direito exceda o outro em certa medida, ocorrendo necessariamente uma busca pela harmonia entre os direitos.

O olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais deu à luz constelações altamente diferentes que, porém, têm algo em comum: todas as colisões podem somente então ser solucionadas se, ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer. Na resposta a esta questão devem ser tomadas decisões fundamentais sobre a estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. (ALEXY, 1999)

Segundo André Canuto (2014), é possível interpretar que a compreensão de Alexy foi fundamental para a formulação de formas para combater a colisão de direitos, pois o jurista entende que na teoria de Alexy, houve uma racionalização das

decisões jurídicas, que traz segurança para qualquer caminho que o juiz prossiga ao confrontar direitos fundamentais.

Nota-se que Alexy defende a ponderação como um modelo de fundamentação (e não de mera decisão), assegurando sua segurança, ou seja, sua racionalidade. Para tanto, o jurista desenvolve um conjunto de regras da argumentação aptas à racionalização das decisões jurídicas. Alexy formulou uma lei que se aplica a todas as ponderações de princípios, a chamada "lei da ponderação", que prescreve que quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro. (CANUTO, 2014)

Para Alexy (1999), é necessário traçar alguns pressupostos. Inicialmente, analisa-se a condição dos direitos fundamentais, se os direitos fundamentais analisados fazem parte do escopo do indivíduo que se relaciona com ele (DIMOULIS, MARTINS, 2012). A segunda condição é estabelecer se os direitos fundamentais teriam funcionalidade de regras ou de princípios. Nesse último aspecto, Alexy asseverou o seguinte.

É a grande vantagem da teoria dos princípios que ela pode evitar um tal correr no vazio dos direitos fundamentais sem conduzir ao entorpecimento. Segundo ela, a questão de que uma intervenção em direitos fundamentais esteja justificada deve ser respondida por uma ponderação. O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido; o segundo, o da necessidade desse meio. Um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor (ALEXY, 1999).

Assim, mediante a distinção e a separação daquilo que seria regra na constituição e o que pode ser hermeneuticamente compreendido como um princípio, é possível que possamos realizar com mais facilidade a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, sem que isso implique em alterações consubstanciadas da constituição federal. Ao buscar o máximo de harmonia entre normas, sugere-se que exista o mínimo de intervenção possível entre os direitos colididos.

A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma "reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade". Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação (ALEXY, 1999).

Necessário ponderar que a dignidade da pessoa humana passou a ser vista como uma forma de limitar o alcance de toda e qualquer intervenção de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, todos os direitos que

venham a ser debatidos, não podem ultrapassar a premissa máxima da proteção da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, enquanto fonte de valor do sistema constitucional condiciona a interpretação e aplicação de todo o texto e, desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a servir de bússola orientadora aos intérpretes constitucionais, ante sua representação pelo mínimo existencial do ser humano, condicionando, além da atuação do intérprete, a atuação estatal e particular como toda interpretação de lei fundamental (STEFFLER, 2016).

Por essa razão, é inaceitável que qualquer ponderação entre direitos fundamentais não coloque como pressuposto máximo a proteção da dignidade da pessoa humana, sendo esse princípio, quase que praticamente o único a não sofrer ingerências de proporcionalidade. É nesse sentido que Canuto (2014), alega ao concluir seu raciocínio sobre ponderação de direitos fundamentais.

Mesmo questionada, parece irrefutável que a ponderação não pode ser cumprida sem estar presente a observação da dignidade da pessoa humana. Não se pode aceitar que, após a realização de uma ponderação de princípios, o resultado da restrição de um deles seja tão grave que interfira na dignidade da pessoa humana. Se isso ocorresse, estaria sendo incotornavelmente ferido um direito fundamental – e, por mais simples que pareça a afirmação, se é fundamental não pode ser afastado integralmente. Como consequência, a ponderação estaria sendo utilizada somente para tentar legitimar um procedimento em que se praticou a mais grave violação de um direito fundamental (CANUTO, 2014).

4 AS FAKE NEWS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

4.1 O QUE SERIA “FAKE NEWS”?

As *fake news* podem ser compreendidas como um fenômeno na nossa sociedade, estreitamente conectado com os meios de comunicação digital que fornece informações inverídicas na internet (AMATO, 2021). Por isso, podemos entendê-lo como algo novo e pouco regulado. Para explicar esse fenômeno, devemos compreender sua diferença quanto a veiculação de informações na mídia tradicional e na mídia digital, vejamos:

Os meios digitais protagonizam a dinâmica em que a informação atrai a atenção dos usuários por ser facilmente decodificada e atrair uma forte apreciação moral (de apoio ou repulsa) – até aí, também o rádio ou a televisão constroem sua audiência dessa maneira (AMATO, 2021).

Assim, notamos uma ligação dos meios de comunicação tradicionais com as redes sociais. Ambos visam a máxima atratividade ao se apresentar ao público para aumentar o seu alcance. Porém é possível elencar a principal distinção para compreender por onde surgem as *fake news*. Enquanto nos meios digitais inexistem qualquer tipo de controle sobre as informações, os meios de comunicação tradicionais (as companhias de televisão, jornal e outros meios), detêm de uma equipe técnica e profissional que ao apurar algum caso, realiza a checagem dos fatos como forma de segurança da informação (AMATO, 2021).

O autor explica que as *fakes news* surgem através da veiculação de informações que não passam por uma checagem profissional e são transmitidas através de pessoas de um círculo de confiança próximo, o que “autoriza” que essas informações sejam repassadas entre outras pessoas na internet. (AMATO, 2021).

Porém, especificamente nos meios digitais há uma distinção no nível da mensagem: a informação é confirmada por uma série de mensagens similares de pessoas de confiança (geralmente parentes, amigos e colegas de trabalho). Assim, por meio da redundância (que caracteriza o aspecto massificado dos meios de disseminação), a mentira repetida ganha o valor social de “verdade”. Nas plataformas digitais, os controles sobre as fontes e a creditação da informação são inexistentes (livre acesso e publicação nas redes) ou desautorizados (quando a mídia tradicional ou as agências de fact-checking repercutem as informações das redes, fazendo uma observação “de segunda ordem” do que as redes sociais observaram). Assim, a compreensão que se tem da mensagem (confiança quanto ao “transmissor”) e da informação (moralmente carregada) passa a constituir uma “narrativa” prêt-à-porter (AMATO, 2021).

Então, as *fake news* em dado momento, se transparecem por meio de um caráter inofensivo, sendo apenas a interlocução entre pessoas que compartilham, através da internet, informações em seus grupos. Vemos que Meneses (2018), trata sobre as motivações que levam a propagação de notícias falsas:

No nosso caso, as motivações são completamente desvalorizadas na tentativa de definição do problema. Por um lado, porque entendemos que não é (a descoberta) a motivação, havendo intenção de manipular os consumidores, que vai alterar a classificação. Qualquer que seja a motivação (financeira, política/ideológica, pessoal ou outra) a essência é a mesma. Depois porque nem sempre é clara a motivação inicial: até se descobrir que um grupo de jovens da Macedónia era responsável por diversas fake news que influenciaram as eleições norte-americanas de 2016, pensava-se que a motivação dos seus autores, quem quer que fossem, era política. Conhecer a real motivação foi um choque para muita gente, mas não alterou nada sobre o conceito. Aliás, em muitos casos não é perceptível qual é essa motivação,

como acontece quando as fake news são elaboradas por trolls (MENESES, 2018).

Para definir as *fake news* é necessário compreender três noções relacionadas aos discursos das notícias falsas (SOARES, 2019). Inicialmente percebe-se o conceito da informação errada, quando essas são compartilhadas sem a intenção de ocasionar prejuízos. A segunda noção se relaciona com a desinformação, quando existe a real intenção de se produzir efeitos danosos. Por fim, o conceito de má informação, quando existe uma real intenção de ocasionar danos a pessoas, organizações ou país (SOARES, 2019).

4.2 OS EFEITOS SOCIAIS DAS *FAKE NEWS*

Ao analisar casos concretos, podemos observar perfeitamente as noções propostas por Soares (2019), especialmente quanto a última implicação das *fake news* - má informação - quando existe a real intenção de ocasionar danos às pessoas.

Analisa-se inicialmente a perspectiva dos ataques ao Capitólio - nos Estados Unidos - que durante a aprovação do pleito presidencial pelo Congresso americano, ocorreu uma série de manifestações truculentas, motivadas por notícias inverídicas de que poderia haver indícios de que nas eleições norte-americanas as urnas haviam sido fraudadas (CNN, 2022).

Nesse caso, temos duas perspectivas estudadas. A primeira perspectiva é do descrédito da mídia profissional (AMATO, 2021), que foi incapaz de conter os ânimos das pessoas completamente enfurecidas com os precedentes eleitorais. Por outro lado, temos a perspectiva da noção de má informação que causa uma euforia danosa à sociedade (SOARES, 2019)

Segundo a reportagem da CNN (CNN, 2022), centenas de pessoas, motivadas por um noticiário completamente inventado, foram levadas a se enfurecer quanto ao resultado das eleições nos Estados Unidos, baseando-se em um suposto preceito de que houve fraude na contagem de votos e que por essa razão, o pleito eleitoral não poderia ser legítimo.

Diversas testemunhas afirmam que Trump instigou seus apoiadores a atacar o Capitólio. Muitos deles reconhecem que infringiram a lei e dizem que foram enganados pelo presidente, mas outros alegam que apenas estavam utilizando o direito a liberdade de expressão. (CNN, 2022)

Assim, existe um claro perigo na ausência de checagem de informações, comum na mídia tradicional (AMATO, 2021), pois qualquer pessoa consegue compartilhar em seu ciclo e espelhar informações sem precedentes para todo o mundo, causando revoltas e indignações motivadas por presunções inexistentes que tem um poder gerador de risco absurdo.

Todavia, é possível identificar pelo recorte da reportagem que nem todas as pessoas se enquadram no pressuposto da noção de má informação - com intenção de causar prejuízo - muitas dessas pessoas foram ao capitólio com a intenção de reivindicar seus direitos, sem ter a noção de que, daquela forma, como estava sendo organizado, poderia haver em uma proporção sem precedentes. O caso da noção da informação errada ou da desinformação. (SOARES, 2019).

Nesse sentido, identificamos que as *fake news* podem deter um potencial ofensivo de unir pessoas movidas por notícias falsas a cometer crimes, inclusive, contra a ordem democrática e constitucional. Então, a proposta é analisar como o judiciário brasileiro realiza a ponderação de direitos fundamentais frente ao desafio das *fake news* e quais foram esses direitos em comparação.

5 COMPREENSÃO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

5.1 CONSAGRAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELA ADPF. 130.

A liberdade de expressão, assim como qualquer outro direito fundamental encontra limitações frente a sua propagação quando colidir com outro preceito igualmente importante (DIMOULIS, MARTINS, 2012). Por outro lado, a liberdade, seja essa de expressão ou qualquer outra, é positivada e um dos preceitos mais percebidos pela sociedade no cotidiano, sua ausência causa desconforto e indignação (GONÇALVES, 2011).

Assim, é correto afirmar que a jurisprudência pátria compreendeu que a liberdade de expressão, quando postas em bases ofensivas as outras pessoas ou seja danosas ao convívio em sociedade são passíveis de indenização nos termos previstos, seja na reparação criminal ou na seara cível. (HASSELMAN, 2021)

A intenção da ADPF 130, proposta pelo Partido Democrático do Trabalhador (PDT), foi solucionar uma questionamentos quanto à interpretação da Constituição Federal quanto à lei de liberdade de imprensa, à vista de que, apesar de resguardados os principais princípios interligados a proliferação de informações e comunicação livre, o passado histórico brasileiro requereu um adendo quanto à liberdade de expressão pelo Superior Tribunal Federal. (BIANCHI, 2013). Percebe-se que o próprio Supremo Tribunal Federal compreende que houve uma proibição expressa a qualquer espécie de censura prévia (BRASIL, 2018)

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA (...)

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. 2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELLECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A ADPF 130 / DF Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII) . A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e

espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.(...)

A perspectiva de que a ADPF definiu quatro pontos fundamentais quanto à atuação do estado no que diz respeito à restrição de direitos à liberdade de expressão. O primeiro ponto se refere a assuntos de ordem lateral, ou seja, aqueles em que o Estado deve de fato se manter inerte, sendo necessária a provocação para aferir se o indivíduo extrapolou ou não quanto ao seu uso da liberdade de expressão. Nesse caso, a atuação do Estado é muito restritiva.

Por outro lado, sendo esse um aspecto importante para os dias atuais em compreensão aos casos relativos as *fake news* e a liberdade de expressão, é que o judiciário não poderia tão somente se ater à matérias “laterais”, mas também sobre o conteúdo efetivo da informação, podendo proibir uma certa divulgação de notícias caso seja compreendido que aquela informação causa algum dano. (MORAIS DA COSTA, 2014). Importa, nesse caso, chamar a atenção ao seguinte julgado.

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DECIDIDO NA ADPF 130. DECISÃO RECLAMADA QUE NÃO ESTABELECEU CENSURA PRÉVIA. EVENTUAIS ABUSOS NA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO DEVEM SER EXAMINADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A decisão reclamada não impôs nenhuma restrição à reclamante, que ofendesse a proteção da liberdade de manifestação em seu aspecto negativo, ou seja, não estabeleceu censura prévia. 2. Dessa forma, não se vislumbra qualquer desrespeito ao decidido na ADPF 130 (Rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, DJe de 6/11/2009), pois eventuais abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário, com a cessação das ofensas, direito de resposta e a fixação de consequentes responsabilidades civil e penal de seus autores. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (Rcl 44244 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 30/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-002 DIVULG 08-01-2021 PUBLIC 11-01-2021)

Notoriamente, ao asseverar no julgado acima que os abusos ocorridos em decorrência da manifestação de pensamento são devidos de análise pelo poder judiciário, em virtude da ADPF 130, podendo haver consequente responsabilização civil e penal (BRASIL, 2021, *on line*) percebe-se que a utilização do conceito vislumbrado no primeiro ponto de análise da ADPF 130, qual seja, os assuntos de

ordem lateral, terão suas implicações relacionadas com a indenização civil e reparação criminal. Sendo assim, notadamente a jurisprudência nacional segue as perspectivas basilares da ADPF 130 (HASSELMAN, 2021).

5.2 A PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS À HONRA E À IMAGEM PELA PROLIFERAÇÃO DE *FAKE NEWS*.

Trata-se de analisar o confronto entre liberdade de expressão e a propagação de informações falsas no ordenamento jurídico brasileiro. Inicia-se, sobre a compreensão da ADPF 130 como base para todas as decisões brasileiras em relação à liberdade de expressão (REALE, 2010).

A partir disso, faz-se uma análise do julgado 0727239-02.2019.8.07.0001 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, com relatoria de Lucy Farya, fazendo alusões analíticas em função dos temas abordados nesse trabalho quanto aos direitos fundamentais, ponderação de direitos - entre intimidade, direito à honra e direito à imagem frente a liberdade de expressão - dois direitos fundamentais.

Previamente, o *decisum* analisa a posição da liberdade de expressão no Estado democrático brasileiro, e impõe que existe uma pré-condição preferencial quanto ao seu respeito em detrimento de outras liberdades (BRASIL, 2020). A partir dos ensinamentos de Alexy (1999), infere-se uma necessidade explícita de se compreender a posição de cada direito e princípio antes de fazer qualquer ponderação entre direitos fundamentais. Por essa razão, a introdução do julgado se apresenta como coerente para a busca da harmonização entre direitos fundamentais.

Vale ressaltar que o julgado analisa se houve violação ao direito à honra e a imagem após a divulgação de informações falsas. Ao final da análise, irá se perceber que o fato acarretou em uma má informação, ou seja, com a real intenção de se causar prejuízo a outrem (SOARES, 2019)

Outro ponto de bastante relevância para a utilização das técnicas de Alexy (1999) é a necessidade de se analisar os direitos fundamentais e compreender que eles não são sempre absolutos, podendo ser condicionados à interpretações que os limitem em face de outros direitos (STEFFLER, 2016), por essa razão, ao fazer a

ponderação de direitos se encontra uma harmonia entre direitos fundamentais, o que garante que ao limitar a liberdade de expressão não teremos uma efetiva censura. O *decisum* asseverou o seguinte.

APELAÇÃO. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DIREITO À PROTEÇÃO DA HONRA E DA IMAGEM. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO. RELATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. DISCURSO INDUZIDOR DE AVALIAÇÃO NEGATIVA ACERCA DO USO DE DINHEIRO PÚBLICO POR DEPUTADA FEDERAL. DIVULGAÇÃO PELAS REDES SOCIAIS. INFORMAÇÃO DIVULGADA SEM IMPRESCINDÍVEL CHECAGEM GARANTIDORA DE MÍNIMA PROIBIDADE DO RELATO. FALTA DE DADOS QUE PERMITAM DISSIPAR EVENTUAIS DÚVIDAS. FAKE NEWS. PRINCÍPIOS EM CONFLITO. NECESSÁRIA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO EM CONCRETO. PROPORCIONALIDADE. INFORMAÇÃO INVERÍDICA. DISCURSO NÃO PROTEGIDO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. PROTEÇÃO PREVALENTE AO DIREITO À HONRA E À IMAGEM. DANO MORAL CARACTERIZADO PARA O CASO CONCRETO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. NOTÍCIA COM POTENCIALIDADE DE RETIRAR A CREDIBILIDADE DA AGENTE PÚBLICA FEDERAL ENVOLVIDA NO CONTEXTO FÁTICO DA NARRATIVA, CONQUANTO NÃO O SEJA EM GRANDE MONTA. VALOR DE RESSARCIMENTO REDUZIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ABUSO PROCESSUAL CONFIGURADO. MULTA. ART. 81 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 2. A medida do direito à liberdade de expressão em uma sociedade que se afirma democrática, consideradas as dimensões individual e social que a caracterizam, impede, de um lado, que alguém seja arbitrariamente limitado ou impedido de manifestar suas ideias e opiniões, o que fortalece o funcionamento do sistema democrático pluralista; por outro lado, não sendo absoluto o direito à liberdade de expressão, também ilimitada não é a proteção da livre circulação de pensamento. (TJ-DF 07272390220198070001 DF 0727239-02.2019.8.07.0001, Relator: DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA, Data de Julgamento: 18/11/2020, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/11/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Com isso, a decisão cumpre dois requisitos previstos para a ponderação de direitos, conforme Alexy (1999), sendo a interpretação do direito analisado e a compreensão de suas limitações em face de outros. A decisão ainda identifica as características das *fake news*, identificando alguns pontos intrínsecos a propagação dessas notícias.

APELAÇÃO. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DIREITO À PROTEÇÃO DA HONRA E DA IMAGEM. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO. RELATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. DISCURSO INDUZIDOR DE AVALIAÇÃO NEGATIVA ACERCA DO USO DE DINHEIRO PÚBLICO POR DEPUTADA FEDERAL. DIVULGAÇÃO PELAS REDES SOCIAIS. INFORMAÇÃO DIVULGADA SEM IMPRESCINDÍVEL CHECAGEM GARANTIDORA DE MÍNIMA PROIBIDADE DO RELATO. FALTA DE DADOS QUE PERMITAM DISSIPAR EVENTUAIS DÚVIDAS. FAKE NEWS. PRINCÍPIOS EM CONFLITO. NECESSÁRIA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO EM CONCRETO. PROPORCIONALIDADE. INFORMAÇÃO INVERÍDICA. DISCURSO NÃO PROTEGIDO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. PROTEÇÃO PREVALENTE AO DIREITO À HONRA E À IMAGEM. DANO MORAL CARACTERIZADO PARA O CASO CONCRETO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. NOTÍCIA COM POTENCIALIDADE DE

RETIRAR A CREDIBILIDADE DA AGENTE PÚBLICA FEDERAL ENVOLVIDA NO CONTEXTO FÁTICO DA NARRATIVA, CONQUANTO NÃO O SEJA EM GRANDE MONTA. VALOR DE RESSARCIMENTO REDUZIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ABUSO PROCESSUAL CONFIGURADO. MULTA. ART. 81 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Hipótese fática em que reunidos elementos indicativos da ocorrência de circunstâncias evidenciadoras da divulgação de fake news: (a) fatos manipulados ou inventados; (b) arbitrariedade na seleção dos fatos noticiados; (c) parcialidade na divulgação; e (d) checagem deficiente. Informação reconhecida inverídica. (TJ-DF 07272390220198070001 DF 0727239-02.2019.8.07.0001, Relator: DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA, Data de Julgamento: 18/11/2020, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/11/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Posto isso, ainda aduz que essa forma de expressão não é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Situação de inafastável prevalência do direito à honra e à imagem (BRASIL, 2020). Assim, ao delimitar a liberdade de expressão não temos uma censura, mas tão somente uma busca para a sua harmonização no ordenamento jurídico brasileiro (ALEXY, 1999)

Nesse sentido, analisa-se que o direito à honra e a imagem é assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º tendo premissa fundamental em nosso ordenamento jurídico, bem como o direito à liberdade de expressão. Assim, temos uma verdadeira colisão entre direitos fundamentais, posto que duas premissas igualmente normatizadas estão em conflito (DIMOULIS, MARTINS, 2012).

Ao final, o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal percebeu que existiu um excesso à liberdade de expressão, sendo um caso típico de má informação compartilhada - com o intuito de se prejudicar outra pessoa - um dos tipos de divulgação de *fake news* previstos nos estudos jurídicos e sociais (SOARES, 2019).

Por essa razão, o *decisum* assevera a necessidade de responsabilização daquele que “teve intenção de infligir dano ou que estava plenamente consciente de estar divulgando notícias falsas”. Ao se utilizar dos princípios ensinados por Alexy (1999), realizando os pressupostos de ponderação de direitos fundamentais, temos que as prerrogativas dos fundamentos do direito à liberdade de expressão, na decisão analisada, trouxe a tônica de que se encontra limitada a sua proliferação enquanto não prejudicar outrem. Nesse sentido, fica perfectibilizado que o direito à imagem e à honra, no caso do julgado estudado, foi protegido em detrimento da liberdade de expressão.

A perspectiva da violação da honra mediante a divulgação de notícias falsas traz uma análise relevante sob o ponto de vista do direito civil, sendo consenso de que a liberdade de expressão nos casos de comprovada influência negativa sobre a honra do indivíduo, implicará em uma responsabilização civil (SCHREIBER, 2014).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se atingir resultados, o trabalho se ocupou a responder a três objetivos principais: compreender os direitos fundamentais e sua relevância na sociedade; apresentar da maneira como se caracterizam as *fake news*; demonstrar que a técnica de ponderação utilizada garante que o judiciário brasileiro proteja os direitos fundamentais.

Percebeu-se que os direitos fundamentais na sociedade moderna são instrumentos intrínsecos aos indivíduos. Em especial, no Brasil, a constituição brasileira é inteiramente conectada com direitos fundamentais, ou seja, qualquer colisão em direito fundamental tem implicações na Constituição e consequência na vida das pessoas.

Por essa razão, ponderar direitos é algo complexo e necessita de técnica para tanto. Observa-se que os direitos fundamentais ao colidir com outro, necessariamente irão limitar o alcance do exercício de algum outro direito. Por exemplo, a dignidade da pessoa humana como preceito constitucional máximo, durante a pandemia do covid-19 se apropriou de alguns direitos fundamentais, como os direitos de ir e vir. Sendo assim, é sempre necessário observar a técnica pela qual o judiciário brasileiro fundamenta suas decisões de ponderação.

Observou-se então que a melhor forma de ponderar direitos fundamentais é buscando a sua plena harmonia, ou seja, nem desconsiderar a existência do outro direito, mas plenamente equilibrar o exercício de cada um dos direitos fundamentais na rotina das pessoas.

No caso, as *fake news* trouxeram imensuráveis desafios, pois desafiam a própria constituição e suas respectivas instituições no mundo inteiro, sendo um instrumento de disseminação de notícias falsas que ocorre de forma, muitas vezes, planejada e organizada para diversos fins, porém, sobretudo nas esferas políticas. As

fake news têm um poder de controle sobre as pessoas que é danoso, pois as fazem se insurgir exatamente sobre fatos que foram criados com o intuito de manipulação social.

A principal tática de disseminação das *fake news* é o descrédito da mídia tradicional (redes de televisão e jornal). Isso porque aqueles que proliferam notícias falsas não têm qualquer comprometimento real com a verdade, por óbvio não checam informações e muitas vezes criam fatos inexistentes, apenas para tentar garantir algum interesse próprio.

Por outro lado, a mídia tradicional é pautada em uma ética profissional e inclusive acadêmica. Sempre com pessoas formadas em jornalismo e diversas áreas de análise da sociedade, economia, política e direito. Sendo assim, esses profissionais não levam qualquer tipo de informação para a sociedade, mas tão somente informações pautadas na ciência.

O método é desacreditar a mídia tradicional para conseguir mais público consumindo informações falsas, com o intuito de manipular essas pessoas. Nesse sentido, foi visto que existem três tipos de proliferação de notícias falsas. O primeiro tipo é inofensivo, comumente quando uma informação é divulgada equivocadamente, o que leva as pessoas retificarem a sua posição. Por outro lado, existem os casos das notícias falsas que são publicadas sem a intenção de causar prejuízos nas causas. Porém a mais comum e arquitetada é a má informação, com o real intuito de causar prejuízo.

Nesse sentido, observa-se que a proteção dos direitos fundamentais é essencial no combate às *fake news*. Sobretudo, garantindo a plena liberdade de expressão à imprensa profissional, e a protegendo, sendo assim, uma estrutura de Estado para o combate das *fake news*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, v. 217, p. 67, 1 jul. 1999.

AMATO, L. F. Fake news: regulação ou metarregulação? **Revista de Informação Legislativa**, v. 58, n. 230, p. 29–53, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Acesso em 23 set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4451**. Liberdade de expressão e pluralismo de ideias. Valores estruturantes do sistema democrático. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão. Am. Curiae. Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 21 de junho de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acessado em 22 de novembro de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADFP. 130. Relator (a) Min. CARLOS BRITO. Julgado em 30/04/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acessado em: 22/11/2022

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível 0727239-02.2019.8.07.0001**. 1ª Turma Cível. Apelação. Direito à Liberdade de expressão. Honra e da imagem(...). Apelante: Carlos Henrique Arouck de Souza. Apelado. Carla Zambelli Salgado. Relatora: Desembargadora DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA. Data de julgamento: 24 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1130464309/inteiro-teor-1130464541>. Acesso em 22 de novembro de 2022.

BIANCHI, José Flavio. **Decisão do STF na ADFP nº 130 (Lei de Imprensa): análise...** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24250/analise-critica-da-decisao-do-stf-na-adpf-n-130-lei-de-imprensa>>. Acesso em: 28 nov. 2022.

CANUTO F. DE LIMA, André. Jus.com.br. **O modelo de ponderação de Robert Alexy**. 30/08/2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey>. Acessado em 15/11/2022

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Portugal: Almedina, 2011. 1522 p.

COMODARO, Eduardo Nery. **As Fake News e o discurso de ódio no contexto da Constituição**. Revista de Iniciação Científica e Extensão – II Simpósio da FDF. V.5.

n. 2. Publicado em 2021. Disponível em <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1161>. Acesso em 23 set 2022.

CNN, Invasão do Capitólio completa um ano: lembre o ataque à democracia dos EUA, Tortella, Tiago. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/invasao-ao-capitolio-completa-um-ano-relembre-o-ataque-a-democracia-dos-eua/>. Acesso em 23 set 2022.

DANTAS MENDES RIBEIRO, Barbara Maria. Jus.com.br. Colisão de direitos fundamentais. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67467/colisao-de-direitos-fundamentais>. Acessado em 23/11/2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo . **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 320 p.

FARIAS, Edilsom Pereira de. repositório.ufsc.br. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em 16/10/2022

FACHINI, Tiago. projuris.com.br. **Direitos e garantias fundamentais: conceitos e características**. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/o-que-sao-direitos-fundamentais/#h-o-que-e-colisao-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 15/10/2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 232 p.

GONÇALVES, Manoel. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13ª edição. São Paulo. Saraiva. 2011.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. Origens, conceito e características dos direitos sociais: uma análise das consequências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão. In: **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo–SP nos dias**. 2010. p. 05-06.

HASSELMAN, Gustavo. conjur.com.br. **Liberdade de expressão e seus limites: a posição recente do STF**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-16/hasselman-liberdade-expressao-limites-posicao-stf>. Acesso em 22/11/2022.

MENESES, João Paulo. **Sobre a necessidade de conceptualizar o fenómeno das fake news**. 2018. 17 f., Instituto Universitário da Maia, Maia, 2018. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6648894>. Acesso em 23 set 2022.

MORAIS DA COSTA, Thales. Scielo.br. **Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Y75v4h9svKt8NRZFNybR7RP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 22/11/2022.

MENDES, Gilmar Ferreria. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 8, p. 131-142, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1424 p.

SOARES OLIVEIRA, André. sisbib.emnuvens.com.br. **Os limites da liberdade de expressão: fake news como ameaça a democracia**. Disponível em <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1645/pdf>. Acesso em 21/11/2022.

STEINMETZ, Wilson. Acervodigital.ufpr.br. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/56635/WILSON%20ANTONIO%20STEINMETZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em 16 /10/2022.

STEFELLER, Hellen Thais. Bibliodigital.unijui.edu.br. **Colisão de direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana como limite à atividade de ponderação**. Disponível em <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3649/Hellin%20Tha%c3%ads%20Steffler%20TCC%20%20pronto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 24/11/2022.

RABENHORST, Eduardo R. **O que são direitos humanos**. ZENAIDE, Maria de Nazaré T. et al. Direitos Humanos: capacitação de educadores–Fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos da educação em direitos humanos. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, v. 1, p. 13-21, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. *periodicos.unoesc.edu.br*. **Limites à liberdade de expressão**. 2010. Disponível em <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1954/1022>. Acessado em 23/11/2022.

VANNUCHI, C. **O direito à comunicação e os desafios da regulação dos meios no Brasil**. *Galáxia* (São Paulo), n. 38, p. 167–180, ago. 2018.