

O FENÔMENO DAS *FAKE NEWS* E LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DE DECISÕES PARADIGMA

THE *FAKE NEWS* PHENOMENON AND LIMITS OF FREEDOM OF EXPRESSION: AN ANALYSIS FROM PARADIGM DECISIONS

Bruna Henrique Hübner¹

Janriê Rodrigues Reck²

RESUMO: O fenômeno das *fakes news* – notícias falsas, embora não seja recente, aumentou de forma alarmante com a massificação da internet e das redes sociais. Nesse contexto, o presente trabalho busca identificar o que caracteriza esse fenômeno e quais são os limites da liberdade de expressão a partir das decisões paradigma *Schenck v. United States*, *Caso Lüth-Urteil* (Alemanha) e *Caso Ellwanger* (Brasil). A metodologia a ser utilizada é a dedutiva para a abordagem, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Com o levantamento de dados busca-se uma análise qualitativa e teórica a respeito do tema investigado. A hipótese é de que teses sobre a liberdade de expressão fixadas ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo pelos Tribunais constituem-se de meios para observar e estabelecer critérios de intervenção ao fenômeno das *fake news*. O objetivo do trabalho é identificar o que caracteriza o fenômeno das notícias falsas – *fake news* a partir do levantamento bibliográfico e dos resultados de pesquisas nacionais e internacionais acerca do tema e contrapor os limites clássicos da liberdade de expressão ao fenômeno das *fake news*. Justifica-se o estudo considerando o papel de destaque da liberdade de expressão na consolidação das democracias e sua ligação com o fenômeno das *fake news*.

Palavras-chave: Direito fundamental. Desinformação. *Fake News*. Liberdade de expressão.

ABSTRACT: The phenomenon of *fakes news* – false news, although not recent, has increased alarmingly with the internet and social networks. In this context, the present work seeks to identify what characterizes this phenomenon and what are the limits of freedom of expression from the decisions made by *Schenck v. United States*,

¹ Bruna Henrique Hübner. Mestranda no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2018). Integrante do Grupo de pesquisa Estado pós-democrático, retrocesso social e o direito administrativo do futuro: uma análise dos caminhos possíveis das políticas públicas e dos serviços públicos, vinculado ao CNPq. E-mail: bruna.hubner@outlook.com.

² Janriê Rodrigues Reck. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2009). Professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul. É membro da Rede ibero-americana de Docentes de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Procurador Federal. E-mail: janriereck@unisc.br.

Lüth-Urteil Case (Germany) and Ellwanger Case (Brazil). The methodology to be used is the deductive for the approach, the monographic procedure method and the bibliographic research technique. With the data survey, a qualitative and theoretical analysis about the investigated theme is sought. The hypothesis is that theses on freedom of expression established during the development of contemporary constitutionalism by the Courts are means to observe and establish criteria for intervention in the phenomenon of fake news. The objective of the work is to identify what characterizes the phenomenon of false news - fake news from the bibliographic survey and the results of national and international research on the subject and to contrast the classic limits of freedom of expression to the phenomenon of fake news. The study is justified considering the prominent role of freedom of expression in the consolidation of democracies and its connection with the phenomenon of fake news.

Keywords: Fundamental right. Disinformation. Fake news. Freedom of expression.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno das *fakes news* – notícias falsas, embora não seja recente, aumentou de forma alarmante com a internet e as redes sociais. Nesse contexto, o presente trabalho busca identificar o que caracteriza esse fenômeno e quais são os limites da liberdade de expressão a partir das decisões paradigma *Schenck v. United States*, Caso *Lüth-Urteil* (Alemanha) e Caso Ellwanger (Brasil).

Primeiramente, busca-se identificar o que caracteriza o fenômeno das notícias falsas – *fake news* a partir do levantamento bibliográfico e dos resultados de pesquisas nacionais e internacionais acerca do tema.

Após, desenvolve-se o direito fundamental de liberdade de expressão e seus limites clássicos, que serão analisados a partir de decisões paradigmáticas, quais sejam, *Schenck v. United States*, Caso *Lüth-Urteil* (Alemanha) e Caso Ellwanger (Brasil). Pretende-se contrapor os limites clássicos da liberdade de expressão ao fenômeno das *fake news*, para responder ao questionamento: de que forma os limites clássicos da liberdade de expressão se aplicam ao fenômeno das *fake news*?

Justifica-se o estudo considerando o papel de destaque da liberdade de expressão na consolidação das democracias e sua ligação com o fenômeno das *fake news*.

O método de abordagem empregado é o dedutivo, como técnica de pesquisa a bibliográfica e método de procedimento monográfico. Com o levantamento de dados busca-se uma análise qualitativa e teórica a respeito do tema investigado.

2 COMO CARACTERIZAR A FAKE NEWS

No presente tópico busca-se identificar o que caracteriza o fenômeno das notícias falsas – *fake news* a partir do levantamento bibliográfico e dos resultados de pesquisas nacionais e internacionais acerca do tema.

O artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal brasileira de 1988³ estabelece o direito fundamental ao acesso à informação. Com a internet acreditava-se no aumento da difusão de informações no tecido social e, conseqüente, no aumento do acesso à informação. Contudo o que se pode questionar hoje é: à qual tipo de informação temos acesso?

Acredita-se que a difusão de informações falsas surge junto com o advento da comunicação/linguagem humana, não existe um marco ou evento para se atribuir a primeira inverdade difundida intencionalmente, contudo na era da comunicação em rede o impacto das informações, sejam verdadeiras ou falsas, tomam proporções gigantescas. A pesquisadora e professora Irene Nohara destaca que

O fenômeno das *fake news* não é recente. Apesar de situarem seu início na Antiguidade Clássica, quando se desenvolveram a política e a retórica, ainda assim se pode especular que ele acompanhe o ser humano desde o momento que este começa a se comunicar, podendo, portanto, divulgar fatos verdadeiros ou disseminar deliberadamente notícias que são falsas para obtenção de algum benefício.⁴

O acesso à internet e as redes sociais empoderou os cidadãos⁵, ampliando a arena de debate público para “uma realidade paralela moldada pelas redes sociais”⁶. Ademais, houve um processo de descrédito dos meios tradicionais de comunicação (jornais, televisão, rádio) sob a acusação de parcialidade e manipulação de informações. Observa-se uma troca de cenário na busca por informações, dos meios

³ Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

⁴ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. In RAIS, Diogo (Coord.) Fake News: a conexão entre desinformação e o direito 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 75.

⁵ “La era digital ha puesto en nuestras manos una de las herramientas de poder ciudadano donde nos volvemos actores y expresamos nuestra opinión, e incluso nuestra protesta o inconformidad con cualquier parecer preponderantemente de índole político, o social.” RICHTER MORALES, Ulrich. El ciudadano digital: Fake news y posverdad en la era de internet. Ciudad de México: Editorial Océano de México, 2018. p. 17.

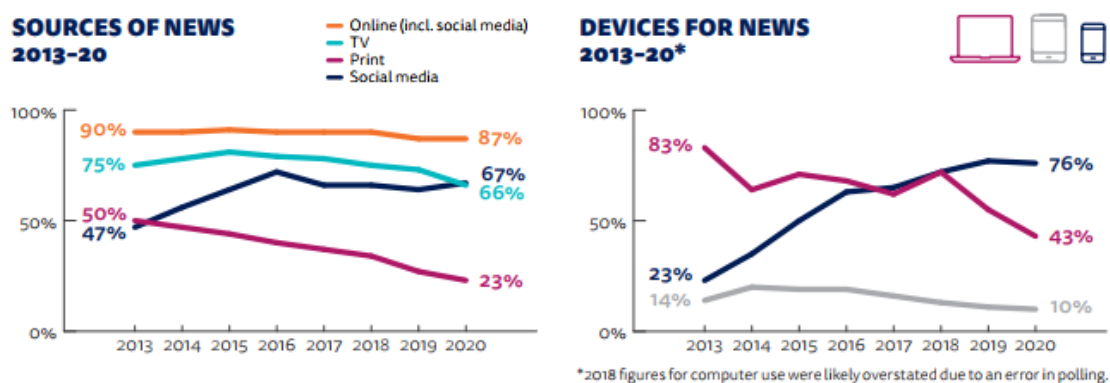
⁶ MELLO, Patrícia Campos. A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 19.

tradicionais de comunicação para sítios eletrônicos e redes sociais (WhatsApp, Facebook, Twitter).

Outra dimensão do fenômeno é a confiabilidade das informações recebidas e a falta do hábito de checagem das notícias difundidas nas redes sociais, segundo pesquisa realizada pela “consultoria Ideia Big Data realizada no Brasil em 2019 mostra que 52% das pessoas confiam em notícias enviadas pela família em mídias sociais, e 43% confiam naquelas mandadas por amigos.”⁷.

Observa-se que “la noticia ha sido el pilar de la era de la información, pero hoy ha emergido su contrapartida, la que no va de acuerdo con el acontecimiento, con la realidad de lo sucedido, eso que hoy conocemos popularmente como fake news.”⁸.

O Digital News Report é uma publicação de pesquisa do Instituto Reuters para o Estudo do Jornalismo da Universidade de Oxford e em seu relatório de 2020 apontou uma mudança de mídia no Brasil, onde pela primeira vez desde o início da pesquisa “as mídias sociais superaram a televisão em termos de consumo de mídia para notícias. O uso de notícias de smartphones está estável, enquanto o uso de computadores diminuiu. O número de leitores impressos caiu pela metade desde 2013”⁹, como se observa no gráfico abaixo, veiculado pelo citado relatório:



Fonte: Reuters Institute Digital News Report 2020.

Nesse novo cenário das comunicações, o primeiro passo a ser dado é buscar conceituar *fake news*, pois termos que passam por um processo de massificação acabam por ser polissêmicos. A expressão *fake news* é usada ora indicando uma notícia falsa, ora uma notícia fraudulenta, ora como uma reportagem com cunho

⁷ Ibidem, p. 33.

⁸ RICHTER MORALES, Ulrich. El ciudadano digital: Fake news y posverdad en la era de internet. Ciudad de México: Editorial Océano de México, 2018. p. 23.

⁹ REUTERS INSTITUTE - UNIVERSITY OF OXFORD. Digital News Report 2020. Disponível em: <http://www.digitalnewsreport.org/survey/2020/brazil-2020/>. Acesso em: 20 set. 2020.

opinativo ou parcial, ora como a agressão a alguém ou alguma ideologia. A impossibilidade de uma precisão conceitual consiste em uma das mais fortes críticas ao uso da expressão *fake news* e essa característica acaba por impossibilitar a identificação de seu tratamento, visto que pode ser tudo.¹⁰

Las noticias falsas o *fake news* adolecen de lo que los griegos denominaban *alétheia*, es decir, lo que se refiere a la sinceridad de los hechos y la realidad; o para los romanos *veritas*, la verdad, lo cual también tiene sustento en que las noticias deben estar amparadas bajo esta veracidad. De ahí que nazca en la defensa de los periodistas la *exceptio veritatis*, es decir, que lo publicado o informado sea verídico.¹¹

Em outubro de 2019 a Organização dos Estados Americanos (OEA) publicou o *Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales*, dividido em três capítulos: I) Descripción del fenómeno de la desinformación en contextos electorales. II) Sistematización de los estándares interamericanos de derechos humanos que deben guiar las respuestas estatales en la materia. III) Desarrollo de las recomendaciones que fueron solicitadas por la Asamblea General de la OEA. O documento estabelece um marco conceitual para tratar o fenômeno da disseminação de desinformação e traz recomendações aos Estados e outros atores sociais, como autoridades eleitorais, empresas que de alguma forma trabalham com comunicação ou dados, partidos políticos, agências de checagem, universidades e centros de estudo.¹² Segundo o *Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales*:

La desinformación consiste en la difusión masiva de información falsa (a) con la intención de engañar al público y (b) a sabiendas de su falsedad. El fenómeno resulta especialmente preocupante en contextos electorales, ya que---de ser efectivo---podría afectar la legitimidade de un proceso que es fundamental para el funcionamiento y la existencia misma de una sociedad democrática.¹³

¹⁰ RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha Fake news, deepfakes e eleições. In RAIS, Diogo (Coord.) Fake News: a conexão entre desinformação e o direito 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 27.

¹¹ RICHTER MORALES, Ulrich. El ciudadano digital: Fake news y posverdad en la era de internet. Ciudad de México: Editorial Océano de México, 2018. p. 29.

¹² Organización dos Estados Americanos (OEA). *Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales*, 2019. p. 11.

¹³ *Ibidem*, p. 13.

Um dado interessante que o Relatório traz é o de que “Hay estudios que sugieren que las noticias falsas circulan más rápido que las verdaderas, porque apelan a las emociones y resultan --en consecuencia-- más atractivas”.¹⁴

Pode-se entender que a tradução livre da expressão *fake news*, notícias falsas, são seja o mais adequado, visto que essas há muito fazem parte do cotidiano das sociedades. São as características do meio digital que transcendem a expressão notícias falsas, como

i) na internet, os custos e barreiras à entrada para produção e disseminação de conteúdo são radicalmente mais baixos, permitindo uma fragmentação da produção de conteúdo e a transformação de todo usuário da rede em potencial produtor de conteúdo. Ademais, a informação se alastra mais rapidamente e de forma que dificulta seu rastreamento; ii) a Internet facilita o anonimato; iii) por fim, o modo de financiamento da produção e disseminação de conteúdo na Internet é diferente. Na Internet, o consumidor financia o acesso a grande parte do conteúdo não por meio de pagamento direto ao produtor ou disseminador de conteúdo, mas por meio do fornecimento de seus dados.¹⁵

A pandemia do COVID-19 demonstra, mais uma vez, a importância e a necessidade do acesso à informação de qualidade. Contudo, segundo a Organização Mundial da Saúde

o surto de COVID-19 e a resposta a ele têm sido acompanhados por uma enorme infodemia: um excesso de informações, algumas precisas e outras não, que tornam difícil encontrar fontes idôneas e orientações confiáveis quando se precisa. A palavra infodemia se refere a um grande aumento no volume de informações associadas a um assunto específico, que podem se multiplicar exponencialmente em pouco tempo devido a um evento específico, como a pandemia atual. Nessa situação, surgem rumores e desinformação, além da manipulação de informações com intenção duvidosa.¹⁶

No campo jurídico, buscando se distanciar da polissemia instaurada, poderia ser conceituada como “uma mensagem propositadamente mentirosa capaz de gerar dano efetivo ou potencial em busca de alguma vantagem.”¹⁷

¹⁴ Ibidem, p. 17

¹⁵ GROSS, Clarissa Piterman. Fake new e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. In RAIS, Diogo (Coord.) Fake News: a conexão entre desinformação e o direito 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 94.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Entenda a infodemia e a desinformação na luta contra a COVID-19. 2020. p. 2.

¹⁷ RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha Fake news, deepfakes e eleições. In RAIS, Diogo (Coord.) Fake News: a conexão entre desinformação e o direito 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 27.

Claire Wardle, pesquisadora da Universidade de Harvard lidera o *First Draft*, projeto de combate à desinformação na internet e aponta como tipos principais de *Fake News* que devem ser identificados:¹⁸



Fonte: WARDLEM, Claire. First Draft. Noticias falsas. Es complicado.

Pesquisa desenvolvida no ano de 2019 pelo Centro para a Inovação em Governança Internacional, que fica no Canadá, entrevistou usuários de internet de 25 países e apontou que 86% dos internautas já acreditaram em pelo uma notícia falsa “fake news”. A pesquisa também apontou serem as plataformas de redes sociais as principais propagadoras do fenômeno - 77% dos usuários do Facebook consultados disseram que viram circular informação total ou parcialmente falsa e 62% entre os usuários do Twitter.¹⁹

Outra característica do perfil da *fake news* é que

envolvem, portanto, conteúdos que despertam emoções e crenças, dado que, tendo em vista a pós-verdade, a tendência das pessoas é serem menos cautelosas com notícias que vão ao encontro de suas visões de mundo e, portanto, que confirmam suas crenças. O contrário também ocorre. As pessoas questionam tudo aquilo que vai de encontro com as suas convicções, mesmo que seja pautado em argumentos fundados em dados verdadeiros. Assim, até mesmo a verdade empírica dos fatos é posta em questionamento, caso seja uma verdade

¹⁸ WARDLEM, Claire. First Draft. Noticias falsas. Es complicado. Disponível em: https://es.firstdraftnews.org/2017/03/14/noticiasfalsasescomplicado/?_ga=2.206605011.1343734925.1600779240-586242421.1600186661. Acesso em: 20 set. 2020.

¹⁹ EXAME. Pesquisa global revela que 86% dos internautas já acreditaram “fake news”. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pesquisa-global-revela-que-86-dos-internautas-ja-acreditaram-fake-news/>. Acesso em: 23 set. 2020.

incômoda aos pontos de partida adotados pelos que se alinham com as práticas da pós-verdade.²⁰

Em 2017 quando Donald Trump assumiu a presidência dos Estados Unidos, logo após sua cerimônia de posse, o porta-voz da Casa Branca, Sean Spicer afirmou categoricamente que a pose de Trump foi a maior de todos os tempos, pessoalmente ou ao redor do mundo. Contudo, os dados fornecidos pelas autoridades e as imagens da cerimônia de posse diziam ao contrário. No dia seguinte a mentira do porta-voz, a conselheira de Trump, Kellyanne Conway tentou explicar o equívoco ao cunhar o famoso termo “fatos alternativos”: Spicer havia fornecido “fatos alternativos” aos jornalistas.²¹ Contudo, não se pode tratar fatos como meias verdades, pois

El código del medio de comunicación verdad está construído por la diferencia entre verdadero y no verdadero, en donde el primer valor permite que la comunicación proceda en búsqueda de nuevas relaciones, mientras que el segundo valor fuerza a la comunicación a la reflexión sobre las condiciones que han llevado al error y a través de tal reflexión permite que prosiga la atipoisia del sistema científico.²²

A partir da análise realizada, a fim de se compreender as características, entende-se que a expressão mais adequada seria notícia fraudulenta ou desinformação. Da mesma forma, entende-se que o fenômeno da desinformação, característico da sociedade da pós-verdade, continuará se alterando, necessitando um esforço conjunto das áreas do conhecimento que o tem como estudo.

3 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO A PARTIR DAS DECISÕES PARADIGMÁTICAS: *SCHENCK V. UNITED STATES*, CASO *LÜTH-URTEIL* E CASO *ELLWANGER*

A Constituição Federal de 1988 revela uma preocupação com a liberdade de expressão e a vedação à censura, em razão de sua promulgação ser fruto do

²⁰ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. In RAIS, Diogo (Coord.) Fake News: a conexão entre desinformação e o direito 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 80.

²¹ MELLO, Patrícia Campos. A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 130.

²² CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann. México: Universidad Iberoamericana. 1996. p. 159.

processo de redemocratização brasileiro, após um período de ditadura militar de 20 anos (1964 – 1985).

A liberdade de expressão é garantida pela Constituição Federal de 1988, principalmente nos incisos IV e IX²³ do artigo 5º, no rol de direitos e garantias fundamentais. Tamanha foi a preocupação da Assembleia Constituinte com a liberdade de expressão, que lhe atribuiu o *status* de cláusula pétrea. Ainda, no tocante aos meios de controle e de restrição dessa liberdade, a Constituição Federal de 1988 tem determinações nos artigos 220 e 221, fixando impedimentos legislativos (§ 1º e § 3º do artigo 220), proibindo expressamente a censura (§ 2º do artigo 220) e estabelecendo princípios diretivos que deverão guiar a produção publicitária, de rádio e de televisão (§§ 4º, 5º e 6º do artigo 220 e artigo 221).

Na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão nas suas mais diversas dimensões, por um lado, e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, por outro, mas também o de operar como instrumento para a afirmação, do ponto de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de tolerância e reconhecimento. Sem isso, o próprio Estado Democrático de Direito, necessariamente livre, plural e igualitário, estará em risco.²⁴

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos aponta que

La Comisión Interamericana destacó la triple función del derecho a la libertad de expresión en el sistema democrático: a) como derecho individual que refleja la virtud humana de pensar el mundo desde una perspectiva propia y comunicarse entre sí; b) como medio para la deliberación abierta y desinhibida sobre asuntos de interés público; c) como instrumento esencial en la garantía de otros derechos humanos, incluyendo la participación política, la libertad religiosa, la educación, la cultura, la igualdad, entre otros.²⁵

No presente trabalho os limites da liberdade de expressão serão abordados a partir de decisões paradigmáticas, quais sejam, *Schenck v. United States*, Caso *Lüth-Urteil* (Alemanha) e Caso *Ellwanger* (Brasil). Passa-se agora a descrever os casos em estudo.

²³ Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

²⁴ SARLET, Ingo. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019. p. 1209-1210.

²⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente / Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. p. 34.

A Suprema Corte Norte-americana, no ano de 1919, deparou-se com uma questão relativa à Primeira Emenda no caso *Schenck v. United States*. A decisão se insere em um período caracterizado pela xenofobia decorrente da Primeira Guerra Mundial. Schenck, então secretário geral do partido socialista, foi condenado por causar insubordinação no Exército e na Marinha e por obstruir os serviços de recrutamento e alistamento nos Estados Unidos, enquanto o país encontrava-se em guerra com o Império Alemão²⁶. Na página da Suprema Corte os fatos são assim relatos:

During the First World War, the federal government imposed conscription into the armed services. Opposing the draft, the Executive Committee of the Socialist Party in Philadelphia authorized General Secretary Charles Schenck to print and distribute 15,000 leaflets to the public, in collaboration with Elizabeth Baer. The socialists declared that the Thirteenth Amendment prohibition against involuntary servitude meant that the draft was unconstitutional and should not be obeyed. Not long before, however, Congress had passed the Espionage Act of 1917 to forbid conduct undermining the war effort. Schenck and Baer were convicted of violating this law and appealed on the grounds that the statute violated the text of the First Amendment.²⁷

Schenck e Baer foram condenados por violar a Lei de Espionagem de 1917 (proibia condutas que fossem contra o esforço de guerra) e apelaram alegando que a lei violava o texto da Primeira Emenda, que consagram a proteção da liberdade de expressão ou de imprensa.²⁸

Em seu voto Holmes apresentou o “teste de perigo claro e presente”, a fim de saber se as palavras estão no âmbito de proteção da Primeira Emenda. Também alegou que a Primeira Emenda não permite que as pessoas gritem "Fogo!" em um teatro lotado, que ele viu como paralelo aos folhetos. A Corte, de forma unânime, sustentou as condenações, em síntese,

Articulating the clear and present danger test, Holmes voiced the opinion of a unanimous Court in sustaining the convictions. Holmes felt that courts owed greater deference to the government during wartime, even when constitutional rights were at stake. He held that the First Amendment does not protect speech that comes close to creating a clear and present danger of a significant evil that Congress has the power to prevent. There must be some degree of imminence to meet this test, but Holmes found that the widespread dissemination of the leaflets was sufficiently likely to disrupt the conscription process. He famously argued that the First Amendment does

²⁶ Schenck v. United States, 249 US 47 (1919). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>. Acesso em: 22 set. 2020.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

not allow people to shout "Fire!" in a crowded theater, which he saw as parallel to the leaflets.²⁹

O destaque da decisão se dá na história da jurisprudência referente à Primeira Emenda por definir o teste de perigo claro e presente que capitaneou a análise dos tribunais durante esse período. A liberdade de expressão nos Estados Unidos é marcadamente de caráter liberal e, historicamente, a decisão em *Schenck v. United States*, estabeleceu um limite a seu exercício. Schenck e a abordagem holmesiana desapareceram com *Brandenburg v. Ohio* em 1969.³⁰

O caso *Lüth-Urteil*, de janeiro de 1958, levou ao Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) a discussão sobre até que ponto as leis civis têm de observar os direitos fundamentais. Tratava-se da tentativa de boicote e exclusão de um filme da programação dos cinemas locais pelo então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, que restou processado pelos produtores do filme em perdas e danos. O filme foi produzido por um cineasta que era colaborador do regime nazista na Alemanha. Em primeira instância os produtores do filme lograram êxito, com base na fundamentação de que a tentativa de boicote viola a moral e os bons costumes previstos no Código Civil alemão. Contudo, o Tribunal entendeu que houve violação à liberdade de expressão, pois são os direitos fundamentais direitos de defesa.³¹

Foi no caso *Lüth-Urteil* que pela primeira vez, uma corte constitucional admitiu que um particular utilizasse direitos fundamentais contra outro particular. Acerca da decisão histórica do Tribunal Constitucional Alemão, Sarlet destaca que

além de outros aspectos relevantes, foi dado continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores, ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.³²

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática-uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 64-65

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 125.

Constitui-se um dos aspectos mais destacados da atuação do Tribunal Constitucional Alemão a ênfase na concretização dos direitos fundamentais, os quais são elemento central do constitucionalismo alemão, partindo da noção de dignidade da pessoa humana, que para parte da doutrina constitui-se como meta-valor do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a partir do caso *Lüth-Urteil* o Tribunal manifesta a ideia de possuírem os direitos fundamentais uma dupla dimensão: um caráter subjetivo e um caráter objetivo, de maneira concomitante.³³

O Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2003, por 8 votos a 3, condenou pelo crime da prática de racismo Siegfried Ellwanger (HC 82.424/RS). Ao longo de anos Ellwanger dedicou-se de maneira sistemática e deliberada a publicar livros notoriamente anti-semitas, como os "Protocolos dos Sábios de Sião", e a denegar o fato histórico do Holocausto - livro "Holocausto - judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século".³⁴

Um dos pontos de destaque do caso Ellwanger é devido sua importância sobre o discurso de ódio. Em seu voto, o ministro Celso de Mello apontou que

A prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial – veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional dos limites da crítica política ou da opinião histórica transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.³⁵

A liberdade de expressão não pode ser exercida com o propósito de disseminar práticas criminosas ou que estimulem situações de intolerância e de ódio público. Assim, os ministros do STF manifestaram que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e acerca do conflito entre dignidade da pessoa humana e liberdade de expressão a Corte entendeu que

O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas

³³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática-uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 62-64.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82424/RS. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. p. 532.

³⁵ *Ibidem*, p. 629.

de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.³⁶

Trata-se de decisão paradigmática no ordenamento jurídico brasileiro acerca da liberdade de expressão e seus limites. A corte mensurou que a dignidade da pessoa humana deve prevalecer caso entre em conflito com outros princípios.

Não se trata em excluir o direito de liberdade de expressão, ou cristalizar o seu afastamento necessário em conflito com outro direito, tampouco de criar uma ordem hierárquica entre os direitos fundamentais. Trata-se, tão somente, em abrir margem para uma análise *in casu*, à luz da dignidade da pessoa humana e dos demais preceitos da Constituição Federal.³⁷

As decisões aqui analisadas tratam acerca dos limites clássicos e mais conhecidos da liberdade de expressão, contudo observa-se que as publicações e comentários em redes sociais por vezes não respeitam esses limites clássicos.

As *fakes news* que são deliberadamente difundidas pelos usuários da rede fomentam os discursos de ódio e a intolerância. Como consequência da pós-verdade acaba-se criando bolhas, nichos daqueles que compartilham das mesmas ideias, sem, contudo, respeitar e aceitar os que pensam de forma contrária. Infelizmente passou a reinar nos ambientes virtuais a máxima: na falta de argumentos, use xingamentos.

4 CONCLUSÃO

Buscou-se identificar o que caracteriza o fenômeno das *fake news* e quais são os limites da liberdade de expressão a partir das decisões paradigma *Schenck v. United States*, *Caso Lüth-Urteil* (Alemanha) e *Caso Ellwanger* (Brasil).

A partir da análise realizada, a fim de se compreender as características, entende-se que a expressão mais adequada seria notícia fraudulenta ou desinformação. Da mesma forma, entende-se que o fenômeno da desinformação,

³⁶ Ibidem, p. 524.

³⁷ BARBOSA E. SILVA, Adrian; GUIMARAES DE OLIVEIRA, Felipe; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. A liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988 e no Supremo Tribunal Federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 9, n. 2, p. 771-790, 2011. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200021&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 23 set. 2020. p. 777.

característico da sociedade da pós-verdade, continuará se alterando, necessitando um esforço conjunto das áreas do conhecimento que o tem como estudo.

Schenck v. United States determina que se a intenção é que o discurso resulte em crime e exista perigo claro e presente de que realmente resulte em crime, a liberdade de expressão não protege o orador.

Em *Lüth-Urteil* o Tribunal entendeu que os direitos fundamentais não se limitam a direitos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição.

No Caso *Ellwanger*, a Corte entendeu que a liberdade de expressão não pode ser exercida com o propósito de disseminar práticas criminosas ou que estimulem situações de intolerância e de ódio público.

Dessa forma, o trabalho pretende demonstrar que teses sobre a liberdade de expressão fixadas ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo pelos Tribunais constituem-se de meios para observar e estabelecer critérios de intervenção ao fenômeno das *fake news*.

REFERÊNCIAS

BARBOSA E. SILVA, Adrian; GUIMARAES DE OLIVEIRA, Felipe; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. "A liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988 e no Supremo Tribunal Federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger". *Estudios constitucionales*, v. 9, n. 2, 2011, Santiago, Universidad de Talca, p. 771-790. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200021&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82424/RS. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente / Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*. Ciudad de México DF: Universidad Iberoamericana. 1996.

EXAME. Pesquisa global revela que 86% dos internautas já acreditaram "fake news". Disponível em: <https://exame.com/brasil/pesquisa-global-revela-que-86-dos-internautas-ja-acreditaram-fake-news/>. Acesso em: 23 set. 2020.

GROSS, Clarissa Piterman. “Fake new e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão”. In RAIS, Diogo (Coord.) Fake News: a conexão entre desinformação e o direito 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática-uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MELLO, Patrícia Campos. A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. “Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação”. In RAIS, Diogo (Coord.) Fake News: a conexão entre desinformação e o direito 2. ed.rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales, 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Entenda a infodemia e a desinformação na luta contra a COVID-19. 2020.

RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha. “Fake news, deepfakes e eleições”. In RAIS, Diogo (Coord.) Fake News: a conexão entre desinformação e o direito 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

REUTERS INSTITUTE - UNIVERSITY OF OXFORD. Digital News Report 2020. Disponível em: <http://www.digitalnewsreport.org/survey/2020/brazil-2020/>. Acesso em: 20 set. 2020.

RICHTER MORALES, Ulrich. El ciudadano digital: Fake news y posverdad en la era de internet. Ciudad de México DF: Editorial Océano de México, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. “Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais”. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 1207-1233.

SCHENCK V. UNITED STATES, 249 US 47 (1919). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>. Acesso em: 22 set. 2020.

WARDLEM, Claire. First Draft. Notícias falsas. Es complicado. Disponível em: <https://es.firstdraftnews.org/2017/03/14/noticias-falsas-es->

complicado/?_ga=2.206605011.1343734925.1600779240-586242421.1600186661.
Acesso em: 23 set. 2020.