XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS III

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JÉSSICA AMANDA FACHIN

EDGAR GASTÓN JACOBS FLORES FILHO

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito, Governança e novas tecnologias III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Edgar Gastón Jacobs Flores Filho; Jéssica Amanda Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-834-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Governança e novas tecnologias. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS III

Apresentação

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS III

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo Direito, Governança e Novas Tecnologias III durante o XII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 11 a 14 de outubro de 2023, sob o tema geral "Derecho, democracia, desarrollo y integración". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em coorganização com a Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires com o apoio do Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. Trata-se de mais uma exitosa experiência de encontro internacional do CONPEDI na América do Sul em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos ligados ao Direito e à governança a partir do desenvolvimento de novas tecnologias.

Os temas abordados vão desde os novos desafios da governança e regulação clássica, até temas fronteiriços da tecnologia, o que torna este Grupo de Trabalho um dos mais vanguardistas de todo o evento. Big data, algoritmos, criptomoedas, sham litigation, smart cities, neurotecnologias, inteligência artificial, redes sociais e racismo religioso, dentre outros instigantes temas, foram abordados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Edgar Gastón Jacobs Flores Filho

Jéssica Amanda Fachin

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO MUNDO DIGITAL CONTEMPORÂNEO: UM CASO DIFÍCIL?

DEMOCRATIC RULE OF LAW IN THE CONTEMPORARY DIGITAL WORLD: A HARD CASE?

Juliana Martins de Sá Müller

Resumo

Este trabalho se propõe a analisar a regulação jurídica (criação e aplicação do Direito) no contexto da sociedade da informação e cibercultura, tendo em vista que nesse contexto social a tecnologia é concebida de forma a condicionar as escolhas individuais, tornando-se uma aliada à disseminação de notícias falsas. Considerando que o argumento validador para propagação de fake news é o direito fundamental à liberdade de expressão, questiona-se, a partir do olhar da teoria de Ronald Dworkin, se seria possível enquadrar esse conflito do princípio constitucional como um caso difícil. A metodologia utilizada foi da pesquisa qualitativa, fundada no método de análise de conteúdo, realizando-se estudos de textos teóricos e legais, a fim de criar um sistema analítico de conceitos para embasar este artigo. A partir do entendimento de que o direito como integridade apresenta uma resposta certa aos casos concretos, ainda que se tratem de casos difíceis, quais sejam aqueles que têm sua resposta envolvida em alguma controvérsia moral ou que apresentam conflitos sobre o que é de fato é o direito, tem-se que face a uma fake news, conforme os valores da comunidade personificada, não há que se falar em direito fundamental à liberdade de expressão, não se configurando assim um caso difícil. A relevância desse trabalho consiste em analisar criticamente o papel do Direito, diante às transformações sociais trazidas pela tecnologia.

Palavras-chave: Sociedade da informação, Direito como integridade, Liberdade de expressão, Fake news, Casos difíceis

Abstract/Resumen/Résumé

This work proposes to analyze legal regulation (creation and application of Law) in the context of the information society and cyberculture, bearing in mind that in this social contexto, technology is conceived in such a way as to condition individual choices, becoming an ally to the spread of fake news. Considering that the validating argument for the propagation of fake news is the fundamental right to free speech, it is questioned, from the perspective of Ronald Dworkin's theory, whether it would be possible to frame this conflict of the constitutional principle as a hard case. The methodology used was qualitative research, based on the content analysis method, carrying out studies of theoretical and legal texts, in order to create an analytical system of concepts to support this article. From the understanding that law as integrity presents a right answer to concrete cases, even for the hard cases, the ones have their answer involved in some moral controversy or that present

conflicts about what is in fact the Law, when one has to face fake news, according to the values of the personified community, there is no need to talk about a fundamental right to free speech, thus not configuring a difficult case. The relevance of this work is to critically analyze the role of law in the face of social transformations brought about by technology.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Information society, Law as integrity, Free speech, Fake news, Hard cases

INTRODUÇÃO

No Brasil, a criação do marco legal de inovação é associada à publicação da Lei nº 10.973/2004, que sistematizou os instrumentos da política de inovação com a regulamentação dos seus respectivos regimes jurídicos. Somente após a Lei nº 10.973/2004 é que foi promulgada a Emenda Constitucional nº 85/2015. Com esta emenda, a Inovação passou a figurar na Constituição da República, como objeto de política pública, atrelada à Ciência e Tecnologia, e, dessa forma, o Estado passou a ter a inovação como um elemento a ser promovido e incentivado na garantia da ordem social.

Nesse momento, constituía-se a economia do conhecimento, na qual o recurso mais fundamental para a competitividade na atualidade e no qual se baseia todo o processo produtivo é o conhecimento, que é o alicerce da inovação.

Assim, com o avanço da tecnologia ao longo dos anos e a consolidação da economia do conhecimento, a sociedade se estruturou de forma digital, e a evolução tecnológica passou a impactar os institutos e instituições do Estado Constitucional de Direito, inclusive no que toca aos direitos e a forma democrática de governo.

Esse trabalho pretende, portanto, averiguar a regulação jurídica balizado por esse mundo atual, da sociedade da informação. Nessa temática, estuda-se aqui o papel do Direito, tendo em vista os fundamentos do Estado e da Democracia contemporânea, no contexto do mundo digital. De forma específica, analisa-se a construção da realidade enviesada pela disseminação viral de inverdades e a eventual ausência de regulação jurídica.

Questiona-se, então, se nesse contexto social em que a tecnologia é concebida de forma a condicionar as escolhas individuais, tornando-se uma aliada à disseminação de inverdades, é possível defender a existência de um conflito com o princípio constitucional da liberdade de expressão, a partir da ideia de casos difíceis (*hard cases*) de Ronald Dworkin.

Partindo-se da hipótese de que os casos difíceis são aqueles que têm sua resposta envolvida em alguma controvérsia moral ou, mais ainda, são aqueles que apresentam conflitos sobre o que é de fato Direito, sobre quais são seus fundamentos, espera-se que o conflito entre liberdade de expressão e disseminação de notícias falsas, não se configure como um caso difícil, dado o contexto social do mundo digital.

A escolha de Ronald Dworkin deve-se a sua característica de ser ferramenta útil na resolução de problemas jurídicos e políticos de uma comunidade. Tendo essa teoria como base,

a relevância deste trabalho consiste na necessidade de se constituir uma análise crítica do Direito, dado seu caráter responsivo às questões sociais.

A metodologia utilizada foi da pesquisa qualitativa, fundada no método de análise de conteúdo. Desse modo, realizou-se um estudo de textos teóricos e legais, consubstanciado por meio de documentação indireta, bibliográfica e documental, criando-se um sistema analítico de conceitos, para estruturar a base fundamental a ser aplicada nas interpretações quanto à sociedade contemporânea e ao Direito necessárias a este trabalho.

O artigo, então, será dividido em três seções. Primeiramente será delimitado o contexto social em que se vive atualmente, o mundo digital, a propagação de maneira viral das inverdades chamadas *fake news* e o mecanismo de manutenção do sistema de condicionamento das pessoas. Em seguida será discutido o conceito de Direito, a fim de se delimitar seu papel, a necessidade e o modo de regulação jurídica, a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin. Enfim, será avaliado o conflito entre liberdade de expressão e disseminação de *fake news*, a partir da ideia de *hard cases*, a fim de verificar se, de fato, há uma questão moral a ser tratada.

1. A REALIDADE SOCIAL NO MUNDO DIGITAL

Ensina Baldi (2018) que a sociedade contemporânea, sociedade da informação e do conhecimento, tem gerado um processo de oposição ao racionalismo, o que acaba por levar à sociedade da pós-verdade e até mesmo institucionalizar as chamadas *fake news*. Aponta, ainda, que

> [a] desintermediação proporcionada pelas redes sociais implicou, de facto, a tendência para nivelar a percepção das diferenças entre opiniões individuais e conhecimentos objetivos, desafiando aquele afastamento entre factos e interpretações que reforça um tipo de credulidade falaciosa em notícias sempre mais distorcidas e alteradas. (BALDI, 2018)

Nesse cenário, é possível perceber que o uso indiscriminado da rede sem uma consciência de seu funcionamento e a desinformação acerca do acesso e distribuição de conteúdo digital, proporcionam uma imaturidade retroalimentada pela autonomia e autodidatismo face à tecnologia, que viabilizam a disseminação de todo e qualquer tipo de informação (mesmo quando contrária à de especialistas).

A utilização acrítica da rede, além de demonstrar excesso de confiança das pessoas na informação recebida, se pauta ainda na urgência e imediatismo. Como assevera Baldi (2018):

> A esmagadora maioria dos utilizadores da Web procura e acede aos conteúdos digitais, dizem-nos os investigadores, através de queries de apenas uma palavra e durante um tempo de poucos minutos (apenas 5, no 70% dos casos). **Preguiça e**

> **pressa na busca, confiança cega na lista dos resultados e adesão às respostas que mais sintetizam qualquer assunto problemático, são valores incorporados na práxis digital que entregam aos intermediários das plataformas (considerados transparentes) e dos motores de busca (tão eficazes, porque rápidos) um poder enorme de condicionamento da organização do conhecimento e das práticas quotidianas**. (grifou-se)

Aqui, há que se observar as mudanças sociais acarretadas pela *cibercultura*. Além do imediatismo e falta de criticidade apontados, é possível identificar também a consolidação das disputas nas redes, inclusive a partir da disseminação viral de informações, muitas vezes, falsas ou incompletas e a utilização das falácias, especialmente verificadas hoje nas disputas políticas. A forçosa simplificação de temas sociais bastante complexos, como as questões de ordem política, acaba por fazer com que as instituições, até então consolidadas, não atendem às atuais circunstâncias sociais. Faz-se necessário, portanto, que a própria democracia, como postulado do sistema político, seja repensada.

Nesse sentido, Castells (2018) aponta que a sociedade hoje vive sua maior crise institucional, a crise da legitimidade democrática. O autor se dedica a estabelecer as causas dessa crise, acentuada nas últimas décadas. Ele assenta que, com a globalização, os Estados-nação têm se distanciado da nação que representam para se conformar como Estado-rede e quanto mais se distanciam, o Estado e a nação, mais cresce a crise de legitimidade nos cidadãos.

Ainda sobre as causas da crise da legitimidade democrática na contemporaneidade, apontadas por Castells, sintetiza Marrafon (2019) que os seguintes fatores são observados em conjunto:

> i) incapacidade de resposta do Estado-Nação no mundo globalizado aliada à crise de representação e de identidade, ii) crise econômica e sentimento de impotência das populações locais, iii) crise moral e corrupção incrustada no sistema político e iv*) fake n*ews impulsionando ainda mais escândalos em escala local e global (política do escândalo).

O anacronismo do Estado diante, principalmente, à atual *cibercultura*, incluída aí a autonomia comunicativa dos cidadãos, alimenta a ideia trazida por Castells (2018) de que a luta pelo poder na sociedade democrática contemporânea passa, necessariamente, pela política midiática e do escândalo. Ainda, a simplificação das mensagens, que, muitas vezes, são transmitidas a partir de uma única imagem, cria um cenário de impacto antes da elaboração, da crítica, da reflexão. "A [i]mpressão vai se tornando opinião" (CASTELLS, 2018).

É nesse cenário que hoje é construída a democracia. Aponta Marrafon (2019) que muito embora houvesse esperanças de que o mundo digital traria consigo um fortalecimento da democracia, com o que chamou de *Ágora* digital, propiciado maior participação e interação dos cidadãos, na verdade, ele "[deu] lugar à formação de ilhas de intolerância, isoladas pelos mares de discursos de ódio, ensejando forte polarização e novas formas de autoritarismo".

Nesse contexto, é possível inferir que as consequências às quais a sociedade contemporânea e as instituições modernas estão sujeitas são muito gravosas, não apenas pela caracterização de possíveis retrocessos, mas principalmente pela sujeição da democracia, postulado do sistema de governo, à disseminação de *fake news*.

Isso ainda se agrava quando na atual sociedade imersa na *cibercultura,* são inseridas a automação e os algoritmos de personalização, pois isso implica em monitoração de comportamentos, exposição a publicações e publicidades adequadas ao perfil pessoal. Observa-se assim um contexto bastante obscuro (ou até mesmo de interdependência) entre aquilo que se consome e o que se quer consumir. Nas palavras de Baldi (2018): "Os algoritmos da personalização desafiam um círculo vicioso onde o que o código sabe acerca de nós passa a ser a fonte do nosso ambiente mediático. E o **nosso ambiente mediático condiciona as nossas preferências e escolhas futuras"** (grifou-se).

Há que se observar, enfim, que muito embora esse trabalho apresente uma problemática social advinda da forma que a tecnologia é utilizada na concretização do atual mundo digital, não há aqui qualquer contrariedade à inovação. Diversamente, entende-se que é necessário avançar para o futuro, porém, com a devida cautela, para que os objetivos sociais sejam alcançados (e não desvirtuados) pela tecnologia.

2. O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Tendo em vista que em um Estado Democrático de Direito deve haver regulação jurídica – aqui, no caso, para aplicá-la face ao mundo digital contemporâneo – primeiramente se faz necessário delimitar o que é o Direito e como ele regula a vida social.

O Direito é um fenômeno social responsivo. Na definição Dworkiniana (2003), trata-se de uma prática argumentativa construtiva, que se configura no direito como integridade, o qual deve ser visto a sua melhor luz, mediante uma interpretação criativa, que proporciona um equilíbrio entre a jurisdição tal como ela se manifesta e a melhor justificativa para seu exercício.

Para concretização do direito como integridade, este deve se pautar nos princípios definidos pela comunidade personificada. Essa comunidade, chamada também de comunidade política ou fraterna, é ente moralmente autônomo, com identidade própria que a distingue dos sujeitos que a compõem, consagrando-se antes do indivíduo; é, portanto, um ente formador de princípios e valores (FERES, MÜLLER, OLIVEIRA, 2013).

Assim, a legitimidade política consiste no direito de uma determinada comunidade política tratar seus membros como detentores de obrigações decorrentes de decisões coletivas da comunidade (DWORKIN, 2003). E a moralidade política se assenta em tratar a todos com igual consideração e respeito. Assevera Dworkin (2003) que:

> os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que esses nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados.

Tratar a todos com igual consideração e respeito, o fundamento da moralidade política, significa, quanto à consideração, estabelecer políticas sociais que deem a todos os indivíduos a mesma importância, e, em relação ao respeito, respeitar a escolha de cada indivíduo sobre o que este considera ser uma vida boa. O Governo, portanto, deve ter igual preocupação com o destino de todos e igual deferência pelas liberdades individuais.

Dessa forma, em seu objetivo de coerência de princípios, a integridade é necessária tanto na criação quanto na aplicação das normas jurídicas. Faz-se imprescindível na criação, pois, tendo a integridade como fonte de Direito, criar um Direito íntegro é criar um Direito de acordo com os princípios que emanam da comunidade personificada. E sua imprescindibilidade quanto à aplicação das normas segue na mesma direção, vez que uma decisão íntegra é aquela pautada pelos princípios que emanam da comunidade personificada (FERES, MÜLLER, OLIVEIRA, 2013).

Nesse diapasão do direito como integridade construído por meio de uma interpretação criativa a partir dos princípios da comunidade personificada, tem-se uma justificação moral para aplicação do direito. Assim, o direito como integridade vê a coerência de princípios como fonte dos direitos.

"O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade" (DWORKIN, 2003). É tanta a importância da moral institucional e do reconhecimento de pertença à comunidade que o juiz deve aplicar a moralidade política mesmo que esta vá de encontro às suas convicções pessoais. Observa-se que não se trata de ausentar as decisões da análise subjetiva do julgador, mas sim limitar essa análise por meio dos princípios norteadores de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo. Nesse sentido, assevera Dworkin (2003) que:

> [o] direito como integridade pede aos juízes que admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a

> equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

No direito como integridade, a justiça impõe que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões do Estado sejam reconhecidos pelo Direito. A equidade exige que os princípios morais necessários à justificativa da autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. E o devido processo legal adjetivo determina que os procedimentos previstos sejam obedecidos nos julgamentos, objetivando-se alcançar o equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito (LACERDA; MÜLLER, 2016).

Tem-se, portanto, que os princípios da justiça, da equidade e do devido processo legal adjetivo visam limitar a análise subjetiva do julgador e não ausentar as decisões dessa subjetividade.

O raciocínio jurídico, então, deve ser esse exercício de interpretação, que permite que o direito constitua a melhor justificativa para as práticas jurídicas, sendo ele a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis. Assim, ao decidir um caso, é fundamental que o juiz construa o direito, o que torna a interpretação construtiva essencial à solução dos casos difíceis (TRESSE; MÜLLER, 2013).

Esses casos, chamados *hard cases*, são aqueles que têm sua resposta envolvida em alguma controvérsia moral ou, mais ainda, são aqueles que apresentam conflitos sobre o que é, de fato, Direito, sobre quais são seus fundamentos. Importante observar que esses casos que abordam questões complexas estão pautados no desenvolvimento do Direito como um romance em cadeia, uma literatura inacabada sendo produzida na interseção com os valores da comunidade personificada.

Objetivando superar essas dúvidas, Dworkin se vale de uma análise interna, a partir da perspectiva do aplicador do direito, e demonstra como devem atuar os juristas para que esses casos sejam superados, tendo por base o ideal do direito como integridade:

> **Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade**. [...]
> Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. **Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade** – suas normas públicas como um todo. (DWORKIN, 2003) (grifou-se)

Assim, cabe aos juízes atuarem, principalmente no tocante aos casos difíceis, essencialmente por meio da interpretação, com base nos princípios adotados pela comunidade

personificada. Nesses casos, em que há dois princípios divergentes a serem interpretados, o aplicador do direito, a fim de se estabelecer a coerência, deve realizar uma adequação de princípios, aplicando o princípio mais adequado ao caso, tendo por base os valores da comunidade personificada (TRESSE; MÜLLER, 2013).

A teoria de Dworkin, portanto, explica o que é o Direito e como este deve ser aplicado. A aplicação íntegra do direito garante a segurança jurídica e evita que o juiz se transforme em uma espécie de legislador. É, dessa forma, uma teoria normativa, apta não apenas a identificar a lei (ou o precedente), mas também a justificá-la moralmente do melhor modo possível. Sua principal preocupação é afastar a possibilidade de edição, por parte do juiz, de novas regras criadas após o fato, desconsiderando, desse modo, os direitos individuais pré-existentes. Nesse cenário, vê-se que as decisões judiciais devem se preocupar com esses direitos e não com a delineação de um bem comum, tarefa que deve ficar a cargo da política (LACERDA; MÜLLER, 2016).

Neste ponto demonstra-se a importância da teoria dworkiniana para este trabalho, pois, o que se propõe é exatamente discutir como deve ser realizada a interpretação do Direito pelos juízes em casos nos quais direitos individuais garantidos constitucionalmente, aparentemente estariam sendo questionados.

3. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS FAKE NEWS: UM CASO DIFÍCIL?

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, apresenta que "[t]odos 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". Dentre as liberdades garantidas, tem-se, por exemplo, a liberdade de crença, de associação e, como objeto deste trabalho, a liberdade de expressão.

Em sentido estrito, entende-se a liberdade de expressão como o direito fundamental de livre manifestação do pensamento (artigo 5º, inciso IV, CFRB/1988). Porém, em sentido amplo, ela está relacionada à liberdade de comunicação de forma geral. Nas palavras do constitucionalista José Afonso da Silva (2009):

> A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII,

> e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial.

Assim, observa-se que o Estado-Nação brasileiro, ao promulgar sua Constituição Federal, declarou, como valores a serem garantidos e resguardados, ou seja, como concepções caras à sociedade brasileira, a criação, a expressão e a difusão do pensamento e da informação.

Todavia, se, por um lado, a garantia constitucional dos direitos fundamentais tem função de limitar o poder do Estado perante o cidadão, criando um dever de abstenção; por outro lado, há uma certa relatividade no exercício desses direitos, que não são absolutos. Essa limitação dos direitos fundamentais é comumente observada quando em conflito com algum outro direito dessa ordem.

Nesse sentido, de maneira geral, em se tratando da liberdade de expressão, é bastante comum que seja discutida a limitação desse direito de um indivíduo face aos direitos de personalidade de outro cidadão. Contudo, o que se propõe neste trabalho não diz respeito ao conflito entre liberdade de expressão e direitos de personalidade – intimidade, privacidade, honra e imagem –, mas sim à interpretação do que de fato seria (ou não seria) o exercício do direito fundamental da liberdade de expressão em sentido amplo.

Discute-se aqui sobre a possibilidade de contenção do direito de liberdade de expressão em razão da disseminação de inverdades; se isso seria um excesso do Estado, como uma espécie de censura, ou, de outra feita, se seria uma forma de garantir o direito fundamental do acesso à informação. Propagar uma notícia falsa é um direito individual garantido pela liberdade de comunicação? O acesso à informação, constitucionalmente garantido, estaria restrito à informação de qualidade garantida? Esse conflito seria tratado como um caso difícil para Dworkin?

Para responder o questionamento que esse trabalho propõe, o primeiro passo é delimitar o que seriam as chamadas *fake news* ou notícias falsas.

A expressão *fake news* vem ganhando espaço nos últimos anos, com as redes sociais, em razão da disseminação viral de conteúdo, o que é proporcionado pela tecnologia. Como se viu na primeira seção, a estruturação social hoje, pautada no processo informacional, criou um cenário de imediatismo e excesso de confiança na informação compartilhada, que viabiliza um alastramento de conteúdo sem a devida verificação de sua veracidade, tanto pela urgência, quanto pela falta de criticidade do público, condicionado dessa forma pela *cibercultura*.

Assim, o direito à liberdade de expressão deve ser analisado também a partir da sociedade da informação, da construção da realidade em rede. A facilidade da disseminação de

inverdades nesse cenário atual exige a (re)validação do que seria o conteúdo da liberdade de expressão.

Por essa razão, esse trabalho se vale da teoria Dworkiniana, para que o direito individual da liberdade de expressão possa ser visto a sua melhor luz, como propõe a construção de um direito íntegro. Assim, para que se possa verificar se a comunicação em massa de uma inverdade está abarcada pelo direito à liberdade de comunicação ou se isso fere os direitos dos demais em relação ao acesso à informação, há que se observar quais são os valores que emanam da comunidade personificada.

Isso porque, numa eventual divergência jurídica, faz-se necessário analisar o conflito entre os princípios. Como aponta Dworkin (2007):

> [Q]uando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.

Nesses casos, o aplicador do direito deve se valer da adequação de princípios a fim de solucionar o caso concreto. Isso porque com a adequação de princípios o juiz vai aplicar ao caso o princípio mais adequado às circunstâncias em específico, de acordo com os valores que se extraem da comunidade de princípios em que se insere, viabilizando a resposta certa para a definição do caso, ainda que se trate de um caso difícil.

Ensina Dworkin (2011) que

> [...] uma proposição de Direito é bem fundada se faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas. [...] [H]á duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria fornece a melhor justificação dos dados jurídicos disponíveis: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política. [D]imensão da adequação [...] duas teorias diferentes podem fornecer justificativas igualmente boas, segundo essa dimensão, em sistemas jurídicos imaturos, com poucas regras estabelecidas, ou em sistemas jurídicos que tratam apenas de um âmbito limitado da conduta de seus participantes. Mas, em um sistema moderno, desenvolvido e complexo, a probabilidade antecedente desse tipo de empate é muito pequena. Não quero dizer que será raro que os juristas discordem sobre qual teoria fornece, mesmo nessa dimensão, uma justificativa melhor. Será raro que muitos juristas concordem que nenhuma fornece uma adequação melhor que a outra.
>
> A segunda dimensão – a dimensão da moralidade política – supõe que, se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral; isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm. A disponibilidade dessa segunda dimensão torna ainda mais improvável que algum caso específico não tenha nenhuma resposta certa.

Dessa forma, busca-se aqui qual a resposta certa diante à liberdade de expressão e o direito à informação, quando a Constituição não explicita se o acesso à informação diz respeito à informação verídica ou de qualidade e na qual a limitação ao direito à liberdade de comunicação pode ser configurada como censura. Aqui, a adequação desses princípios (de

liberdade de expressão, vedação à censura e acesso à informação) deve ser fundamentada em argumentos principiológicos pautados nos valores da comunidade personificada.

Portanto, passa-se a extrair os valores da comunidade, vez que o limite de aplicação dos direitos depende da adequação aos princípios aos quais serão referenciados. Assim, é preciso extrair da comunidade fraterna se é mais valorosa a proteção à liberdade de expressão ou o acesso à informação verídica, para então verificar se este conflito se configura como um caso difícil no conceito dworkiniano.

De início, há que se verificar que a CRFB dispõe, em seu artigo 5º, inciso XIV, que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (BRASIL, 1988). Observa-se que não foi qualificado pelo constituinte a qual informação não pode ser vedado o acesso, não se discriminou no dispositivo que está assegurado o acesso à informação verídica. E, no atual contexto da *cibercultura*, pode-se dizer que aqui se configura uma lacuna.

As lacunas, então, são problemas jurídico-políticos, vez que se constroem no descompasso entre a produção normativa, o litígio jurisdicionalizado e a dinâmica social. Com a criação normativa pelo legislativo, o direito, como já apontado, se dá de forma responsiva, observando primeiro os anseios e as necessidades sociais. Porém, a produção normativa acaba por ser dissonante quando comparada ao rápido avanço social, de modo que, à medida que a legislação envelhece, torna-se deficiente e apresenta lacunas. É diferente da exclusão intencional de algum padrão pelo legislador, tratando-se especificamente da incompletude de uma norma, que acontece quando, a partir da lei, não pode ser encontrada uma decisão. (LACERDA; MÜLLER, 2016).

Nesse cenário, sendo o direito um conceito interpretativo, deve-se considerar que seu aplicador avalia o procedimento de aplicação numa perspectiva de construção institucional de princípios morais. E, na situação em tela, parece bastante simples perceber que, muito embora em 1988 não fosse necessário especificar que o acesso à informação não abarca as notícias falsas, com a disseminação das *fake news,* os aplicadores do direito colmatariam essa lacuna com simples observações aos valores de moralidade, justiça, boa-fé e os princípios gerais do direito que se baseiam em provas e vedação ao dano. Vê-se que a criação da norma observou os valores presentes na comunidade daquele momento e que, agora, a interpretação da norma, para construção de um direito íntegro, deve observar os valores atuais.

Superado este ponto, há que se analisar se a vedação à censura garante a liberdade de comunicação até mesmo de inverdades. Trata-se da adequação de princípios. É importante destacar que se sabe que os casos difíceis não são construídos em tese, eles se dão de forma

concreta, aplicando o direito íntegro à situação de fato. Porém, o que este trabalho visa responder é se os casos envolvendo *fake news* seriam, de fato, casos difíceis. Investiga-se, portanto, se há alguma divergência do que é, realmente, o direito à liberdade de expressão.

A partir dos valores que se extraem da comunidade personificada tem-se que a liberdade de expressão, em sentido lato, é um princípio que deve ser protegido, inclusive por garantir a emancipação individual e social. Nesse sentido é que se observa a preservação da livre a manifestação do pensamento; o direito de resposta; a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; o sigilo da correspondência e das comunicações; o acesso à informação e a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação.

Todavia, por se tratar a comunidade personificada de um ente político, se faz necessário considerar o contexto social da atualidade, que impacta diretamente nos valores exarados. Assim, a institucionalização das *fake news* na sociedade informacional e sua associação à crise de legitimidade democrática demonstram que a disseminação de inverdades pelas redes e a proliferação de desinformação na distribuição dos conteúdos digitais, não atendem aos anseios de um Estado Democrático de Direito.

No Direito brasileiro não seria diferente.

O primeiro ponto a ser observado é o fato de que o ordenamento jurídico, em vários pontos, pressupõe a boa-fé: isso se dá em relação às normas de consumo, aos direitos comerciais e, especificamente, em relação à lei civil geral, a jurisprudência é pacífica no sentido de que a boa-fé se presume (devendo a má-fé ser comprovada).

No que concerne às garantias constitucionais, a educação é um direito social resguardado e, *per se*, é incompatível com a desinformação. Ademais, ao tratar da gestão educacional, a CRFB garante a observância à transparência. Além de determinar que a gestão pública deve se pautar pela moralidade.

Esses valores, edificantes do Estado Democrático de Direito, demonstram que para a vida privada foi eleito pela comunidade o valor da boa-fé e, para a vida pública, a moralidade. A confluência desses cenários culmina pela repressão às notícias falsas. Usar o direito fundamental da liberdade de comunicação como subterfúgio para propagar inverdades – no contexto da *cibercultura* em que a utilização acrítica das redes potencializa eventuais danos –, institucionalizando as *fake news*, é ir de encontro aos anseios da comunidade personificada.

Assim, não há que se falar em *hard cases*, pois não se configura aqui uma divergência no teor do que é direito. Não há necessidade de adequação de princípios, a fim de se solucionar conflitos, pois entender a disseminação de inverdades como liberdade de expressão é criar uma

falsa simetria entre o que é e o que não é direito, de modo que a repressão às notícias falsas não configuraria excesso do Estado.

Enfim, observa-se que esta manifestação se dá em tese, cabendo àquele que se sentir censurado, buscar o judiciário para solução de conflito casuístico. Todavia, é possível perceber que um juiz comprometido com um direito íntegro, analisará o caso de acordo com os princípios da comunidade personificada, a qual expressa os valores do Estado Democrático de Direito, e, portanto, não se submeteria à institucionalização das *fake news*.

CONCLUSÃO

Esse trabalho objetivou analisar a regulação jurídica (criação e aplicação do Direito) no contexto da sociedade da informação e da *cibercultura*, discutindo como deve se dar o Estado Democrático de Direito no ambiente do mundo digital, em que a construção da realidade é enviesada pela disseminação de *fake news*.

Para tanto, apresentou-se a estruturação da sociedade hoje, que se baseia no uso indiscriminado das redes e sofre com a institucionalização de notícias falsas, em razão da desinformação acerca do acesso e distribuição de conteúdo digital, que proporcionam uma imaturidade retroalimentada pela autonomia e autodidatismo face à tecnologia. Nesse contexto de imprecisão entre impressão, opinião e informação, potencializadas pela incapacidade do Estado de conformar indivíduo e rede no mundo globalizado, aliadas à crise moral do sistema político, expôs-se que a democracia pode acabar se sujeitando às *fake news*.

Tendo em vista que os disseminadores de inverdades se utilizam do argumento de que lhes é garantida a liberdade de expressão, esse trabalho visou responder à pergunta de se nesse contexto social em que a tecnologia se tornou uma aliada à disseminação de notícias falsas, seria possível defender a existência de um conflito com o princípio constitucional da liberdade de expressão, a partir da ideia de casos difíceis (*hard cases*) de Ronald Dworkin.

A fim de perquirir tal questionamento foram apresentados os fundamentos da teoria dworkiniana, entendendo-se o Direito como uma atitude interpretativa, construtiva e fraterna, ou seja, o direito como integridade, o qual se dirige às políticas, construindo o direito por meio dos princípios que emanam da comunidade personificada – ente moralmente autônomo. Nesse cenário, o direito apresentará uma resposta certa aos casos concretos, ainda que se tratem de casos difíceis, quais sejam aqueles que têm sua resposta envolvida em alguma controvérsia moral ou, mais ainda, são aqueles que apresentam conflitos sobre o que é de fato direito.

Passou-se então a analisar o que seria o exercício do direito fundamental da liberdade de expressão e, se no caso de disseminação de inverdades, esse direito poderia ser restringido pelo Estado. Discutiu-se, enfim, se havendo esse conflito, este seria tratado como um caso difícil para Dworkin.

Observou-se que o cenário de alastramento de inverdades está associado à sociedade da informação e que é a partir dessa baliza que o direito à liberdade de expressão deve ser analisado na atualidade. Assim, uma vez que o direito íntegro está de acordo com os princípios que emanam da comunidade personificada, tal qual ente moralmente autônomo, formador de valores, os princípios a serem observados se centram na verdade, como a boa-fé e a transparência. Ademais, apontou-se também como valores do Estado Democrático de Direito a educação e a moralidade.

Nesse sentido, a disseminação de *fake news* sob o argumento de liberdade de expressão se constitui como falácia, de modo que não estaria constituído um *hard case*, pois não haveria aqui uma divergência quanto ao teor do Direito.

REFERÊNCIAS

BALDI, Vania. **A construção viral da realidade: ciberpopulismos e polarização dos públicos em rede.** Observatorio Journal, Special Issue: 2018. Disponível em: <A construção viral da realidade: ciberpopulismos e polarização dos públicos em rede | Baldi | Observatorio (OBS*)>. Acesso em 20 ago 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago 2022.

_____. **Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015**. Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc85.htm#art1>. Acesso em 20 ago 2022.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 20 ago 2022.

_____. **Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 20 ago 2022.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura. A crise da democracia liberal.** Trad. Joana Angélica D'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Justiça para ouriços.** Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O que é uma vida boa?** Tradução autorizada Emilio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Freire. Revista Direito GV, São Paulo, Jul-Dez 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/download/24010/22764/43633> Acesso em 20 ago 2022.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERES, Marcos Vinício Chein; MÜLLER, Juliana Martins de Sá; OLIVEIRA, Ludmila Esteves. **Contratos de cooperação tecnológica e inovação. Uma análise a partir do Direito como integridade e identidade.** Revista de Informação Legislativa. Revista de Informação Legislativa, v. 50, p. 265-279, 2013. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p267.pdf>. Acesso em 20 ago 2022.

LACERDA, Bruno Amaro; MÜLLER, Juliana Martins de Sá. **As lacunas constitucionais e o Direito como integridade: análise de um caso concreto**. Scientia Iuris (UEL), v. 20, p. 102, 2016. Disponível em < http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2016v20n1p102>. Acesso em 20 ago 2022.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Reengenharia constitucional para superar a crise da democracia liberal**. Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/constituicao-poder-reengenharia-constitucional-superar-crise-democracia-liberal>. Acesso em 16 mar 2022.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional.** 7ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TRESSE, Vitor Schetino; MÜLLER, Juliana Martins de Sá. **Marcas e Nome Civil: Como construir o conflito entre Direitos de Personalidade e do Direito a Marca sob um viés Íntegro?** In: CONPEDI/ UNICURITIBA. (Org.). Propriedade Intelectual. 1ed.Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 159-175. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6a130f1dc6f0c829>. Acesso em 20 ago 2022.