

Diana Tognini Saba
Lucas Fucci Amato
Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros
Paula Pedigoni Ponce

Fake news & eleições



estudo sociojurídico
sobre política,
comunicação digital
e regulação no Brasil



As eleições majoritárias de 2018 no Brasil – sobretudo a disputa presidencial – foram marcadas por um protagonismo inédito das plataformas digitais de comunicação (redes sociais e serviços de mensageria privada), que se tornaram bases para a disseminação massiva de notícias falsas – as *fake news*. O fenômeno repercutiu no sistema jurídico. Este livro analisa sobretudo a judicialização do tema junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e a propositura de um projeto de Lei das *Fake News*, o qual veio na esteira da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (aprovada meses antes das eleições de 2018, mas vigente apenas a partir de 2020) e do Marco Civil da Internet (2014), dentro de uma trajetória de esforço regulatório das comunicações digitais. Adotando a abordagem da teoria dos sistemas sociais, a pesquisa mapeia os movimentos que o Judiciário fez para lidar com um problema novo, de grande repercussão e ainda pouco regrado, assim como as estratégias do Legislativo para combinar a autorregulação das plataformas digitais com a criação de parâmetros do direito estatal na disciplina das responsabilidades pela divulgação de *fake news*. A obra resulta de projeto de pesquisa financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).



Fake news e eleições

Fake news e eleições

Estudo sociojurídico sobre política,
comunicação digital e regulação no Brasil

Diana Tognini Saba
Lucas Fucci Amato
Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros
Paula Pedigoni Ponce



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SABA, Diana Tognini et al.

Fake news e eleições: estudo sociojurídico sobre política, comunicação digital e regulação no Brasil [recurso eletrônico] / Diana Tognini Saba et al. -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

222 p.

ISBN - 978-65-5917-203-0

DOI - 10.22350/9786559172030

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Fake news; 2. Política; 3. Direito; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 172

Índices para catálogo sistemático:

1. Ética

172

Agradecimentos

Agradecemos à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) pelo financiamento no âmbito do projeto regular “Direito à privacidade e o processo eleitoral brasileiro: uma perspectiva sociológica sistêmica acerca da regulação jurídica da disseminação de notícias falsas a partir das eleições majoritárias em 2018” (Processo 2019/22197-7), coordenado pelo professor titular Celso Fernandes Campilongo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A Celso Campilongo agradecemos a oportunidade de participar deste projeto e também a apresentação deste livro.

Registramos também o apoio institucional do Observatório Eleitoral das Américas, vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA) e sediado no Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (IRI/USP); em especial agradecemos à professora Janina Onuki pelo apoio e organização do *webinar* “Eleições e *fake news* em tempos de pandemia”, em 15 de junho de 2020.

Agradecemos a interlocução dos professores da Queen’s University Belfast (Reino Unido) Daithi Mac Síthigh e, especialmente, Mark Hanna, com quem em diversas ocasiões debatemos o escopo desta pesquisa. Somos gratos, ainda, aos participantes do *Webinar* FD-USP “O direito e as novas mídias: teoria e pesquisa”: José Eduardo Faria, Ronaldo Porto Macedo Jr., Rafael Zanatta, Taís Gasparian, Mariana Valente e Loiane Verbicaro; do grupo de pesquisa “Sociologia Jurídica das *Fake News*: mídia, política e saúde”, no XI Congresso Internacional da ABraSD (Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito); do GT “Internet, política e cultura” no 44º Encontro Anual da ANPOCS

(Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais); das sessões “Theorising Uncertainty and Risk in the Post-Truth Public Sphere” e “Elections in Latin America”, no IV Forum of Sociology da ISA (International Sociological Association); e do Law and Society Association Annual Meeting. Somos também gratos ao professor André de Carvalho Ramos pelo posfácio.

Finalmente, destaca-se que algumas ideias desenvolvidas ao longo do livro foram preliminarmente publicadas como artigos no site jornalístico Jota (“O tsunami das *fake news* no TSE: diagnósticos e desafios à vista”, 18 ago. 2020; “O jogo regulatório das *fake news* eleitorais”, 16 jul. 2020), bem como em anais de eventos científicos (“Sociologia sistêmica das *fake news* eleitorais: os novos meios de disseminação da comunicação e suas repercussões na política e no direito”, no 44º Encontro Anual da ANPOCS; “Novos atores, velhos papéis? Os desafios das empresas de tecnologia envolvidas nos processos judiciais eleitorais em face das *fake news* no Brasil” e “Da proteção de dados pessoais à regulação da disseminação de notícias falsas: observando os atores e as respostas jurídicas no contexto brasileiro”, ambos no XI Congresso da ABraSD).

Sobre os autores

Diana Tognini Saba. Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Atualmente é *visiting professional* do Tribunal Penal Internacional em Haia, na área da Promotoria. Ex-assessora na Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo.

Lucas Fucci Amato. Professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com estágio pós-doutoral como *academic visitor* no Centre for Socio-Legal Studies da Universidade de Oxford (Reino Unido) e estágio doutoral “sanduíche” como *visiting researcher* na Harvard Law School (EUA).

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo. Realizou estágio pós-doutoral pelo Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, foi *visiting researcher* no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati (Espanha) e fez estágio doutoral “sanduíche” na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Los Angeles (EUA).

Paula Pedigoni Ponce. Doutoranda no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Sumário

Apresentação **13**

Celso Fernandes Campilongo

Introdução **17**

Capítulo 1 **26**

Fake news: política, mídia e direito

- 1.1. Um perfil dos sistemas funcionais..... 27
- 1.2. *Fake news* como produto da transformação estrutural dos meios de disseminação da comunicação..... 32
- 1.3. O jogo regulatório sob uma ótica sistêmica..... 45
- 1.4. O direito digital..... 49
- 1.5. O sistema jurídico e o argumento especializado 55
- 1.6. O sistema político: populismo, corporativismo e clientelismo cibernéticos..... 64

Capítulo 2 **75**

Fake news e eleições de 2018 no banco dos réus

- 2.1. A Justiça Eleitoral no Brasil: breve contextualização 79
- 2.2. Um novo capítulo da judicialização da política no Brasil? O caso das *fake news* e eleições..... 82
- 2.3. Justiça eleitoral e Internet 86
- 2.4. Metodologia: recortes e codificação 90
- 2.5. Estudo quantitativo e qualitativo dos julgados 92
- 2.6. Análise de casos 107
 - 2.6.1. As AIJEs sobre disparo em massa nas eleições de 2018 112
- 2.7. Uma nova postura do Judiciário diante das eleições 2020? Controle preventivo e medidas administrativas 123

Capítulo 3 **131**

Da Privacidade de dados pessoais às *fake news*: mapeando a dinâmica legislativa sobre comunicações digitais

- 3.1. Comunicações digitais em pauta: Marco Civil da Internet137
- 3.2. Dados Pessoais em pauta: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais143
- 3.3. Eleições de 2018: insuficiência de legislação sobre *fake news*151
- 3.4. *Fake News* em pauta no pós-2018: o projeto da Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet.....157
- 3.5. A Lei Geral de Proteção de Dados após as eleições de 2018167
- 3.6. A democracia digital e a privacidade de dados pessoais como direito político ..174

Conclusões **178**

Referências **195**

Anexo **216**

Conjunto de decisões selecionadas

Posfácio **217**

André de Carvalho Ramos

Apresentação

*Celso Fernandes Campilongo*¹

O grande jurista italiano Piero Calamandrei (1889-1956), em seu texto sobre *O fascismo como regime da mentira (Il fascismo come regime della menzogna)*, demonstrou como o autoritarismo operava sob um regime jurídico que contradizia na prática aquilo que proclamava em seus textos oficiais. No Brasil, em plena vigência da Constituição de 1988, várias decisões judiciais (em geral, liminares) apoiaram restrições à liberdade de expressão e de cátedra, inclusive autorizando buscas e apreensões em universidades – até serem barradas pelo Supremo Tribunal Federal, que reforçou a prevalência das liberdades públicas, do pluralismo e da democracia.

Entretanto, vivemos em uma democracia que tem demonstrado dificuldades institucionais para garantir sua autopreservação. No que diz respeito à garantia do processo eleitoral, a ordem constitucional de 1988 vem sofrendo sucessivos desgastes – mais recentemente, desde 2016, com o *impeachment* da Presidenta da República por irregularidades orçamentárias controversamente caracterizadas como crime de responsabilidade; e em 2018, com a exclusão do pleito do candidato mais bem posicionado na corrida eleitoral, devido a condenação anulada pelo Supremo Tribunal Federal em 2021, já na constância da metade do mandato de seu opositor. Neste mesmo ano, o Tribunal Superior Eleitoral absolveu por falta de provas a chapa presidencial eleita em 2018, acusada

¹ Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito e vice-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor e coordenador do Núcleo de Teoria e Filosofia do Direito do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

de beneficiar-se da prática ilícita de disparos em massa de *fake news*, financiados por empresários aliados.

Ora, o Estado Democrático de Direito legitima-se por procedimentos – legislativos, administrativos, judiciais e eleitorais. Não é possível prever e controlar o futuro e não cabe aos procedimentos predeterminá-lo. Pelo contrário: a função dos procedimentos jurídicos é manter o futuro em aberto, garantindo a disponibilidade de um excedente de possibilidades (complexidade) e institucionalizando de antemão o apoio àquela alternativa (de lei, sentença, regulamento ou candidato) que vier a ser selecionada, dentro das regras do jogo estabelecidas. O resultado poderia ser outro – é contingente, não necessário. Mas o respeito aos ritos e valores confere desde já autoridade à opção escolhida.

Os procedimentos, porém, também se observam. O procedimento judicial por vezes tem por objeto observar a si mesmo – por exemplo, notando vícios formais no julgamento da ação em instâncias inferiores. Outras vezes, a ação judicial observa o procedimento legislativo, por exemplo quando invalida seu resultado, considerando inconstitucional uma lei aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República. Quanto ao objeto desta obra, interessa a observação que o Poder Judiciário faz dos procedimentos eleitorais. Os instrumentos processuais de que dispõe a Justiça Eleitoral no Brasil são suficientes para providenciarem uma resposta temporânea e adequada às distorções provocadas pela disseminação massiva de desinformação na corrida eleitoral? O processo legislativo brasileiro já providenciou os programas decisórios necessários para se avaliar até onde vai a liberdade de disseminar notícias e interpretações, por mais inverídicas e enganadoras que sejam?

Essas são as questões que instigaram a equipe de pesquisadores e pesquisadoras da Faculdade de Direito da USP que produziu este livro. O diagnóstico apresentado foi construído em uma produtiva, criativa e

refinada conjunção de pesquisa empírica (legislativa e jurisprudencial) e teorização jurídica de matriz sociológica (inspirada pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann). Corroborando as respostas apresentadas na obra, esta apresentação frisa a dificuldade que o sistema jurídico tem para lidar com as novas dinâmicas de seu ambiente político e comunicacional.

As *fake news* viralizam com muita intensidade e rapidez. Esta dimensão do imediatismo e exponencialidade da comunicação viral propelida pelas redes digitais contrasta com os tempos dos meios tradicionais de comunicação de massa e, portanto, com os atributos da propaganda eleitoral já conhecida e disciplinada pelo direito brasileiro. Direito, política e mídia estão moldados para observarem e se operacionalizarem por meio de sistemas organizacionais (tribunais, partidos e parlamentos, empresas de mídia) e de suas respectivas decisões (sentenças, programas, manifestos e leis, reportagens e artigos). Agora, ao invés de jornalistas credenciados de veículos de mídia, temos gurus das redes sociais. Ao invés de manifestações partidárias organizadas, temos *lives* e *likes*. Ao invés de uma imprensa organizada empresarialmente, temos plataformas digitais que dão visibilidade pública a uma miríade de “formadores de opinião” e *influencers* que não são por elas contratados, e cujas opiniões não são estruturadas por qualquer linha editorial definida.

Viralização opõe-se assim a organização. Mas então como “processar” toda essa comunicação viral nos moldes de processos decisórios? A ordem jurídica, talhada para lidar com decisões cristalizadas e hierarquias organizacionais definidas, tem dificuldade de observar essa fumaça desorganizada e multifocal, produzida a partir de vários pontos e caótica em sua combinação de informação e desinformação, verossimilhança e inconfiabilidade. Como se não bastassem as dificuldades, a comunicação digital faz novas fusões e confusões entre a dimensão pública e a dimensão privada da expressão pessoal: mensagens compartilhadas em grupos

privados podem extravasar em repercussões massivas para o ambiente político; há privacidade dos dados pessoais mas publicidade dos perfis nas redes sociais; políticos e autoridades se manifestam por seus perfis oficiais, mas também fora dos canais institucionais de comunicação.

Este é, portanto, um livro sobre como se tece o futuro – qual o futuro do processo eleitoral, das regras do jogo democrático, da política nos moldes da sociedade digital vigente. Como se tece tal futuro? No subsolo, no subtexto, na *deep web* e nas *fake news*? Mas esse líquido volátil e inflamável de desinformação que se derrama das articulações e comunicações opacas à esfera pública é capaz de a qualquer momento levar à explosão da democracia e ao avanço de vertentes autoritárias. Este é o temor por trás do processo de viralização das notícias falsas: a viralização pode ser dirigida, programada, planejada; mas dificilmente pode ser observada como objeto de decisão, disciplina e punição. Afinal, sua lógica de rede é fugidia à estrutura organizada dos processos de decisão: da produção jornalística, científica, educacional, jurídica e política.

Em um momento em que se discute a permanência de resquícios do velho autoritarismo militar – como a aplicação da Lei de Segurança Nacional, invocada pelo atual governo contra seus críticos –, este livro se debruça sobre a nova onda autoritária que ameaça se instalar por intermédio da comunicação talhada para desacreditar a informação, a verdade, a legitimidade e a justiça. Enquanto os sistemas sociais funcionam com base na generalização desses símbolos e valores, construindo potenciais de confiabilidade e amainando riscos, o autoritarismo digital visa a generalizar a desconfiança e a insegurança. Compreender seus mecanismos é condição para enfrentá-lo. O estudo aqui apresentado é um passo fundamental nesse esclarecimento.

Introdução

Dentre as muitas superstições políticas do nosso tempo, uma das mais curiosas é sem dúvida a das eleições. Admissíveis quando se trata de pequenas cidades, para a escolha de autoridades verdadeiramente locais, quase municipais, como eram na antiguidade, elas tomam um aspecto de sortilégio, de adivinhação, ao serem transplantadas para os nossos imensos estados modernos.

(LIMA BARRETO, *Os Bruzundangas*, 2013 [1917], p. 94)

Em *Bruzundanga*, país fictício que retrata a nossa experiência da Primeira República (1889-1930), o escritor carioca Lima Barreto pontua bem os desafios que as eleições representavam na época. Como lidar com os sortilégios? A situação remete às dificuldades de controle das fraudes eleitorais que aconteciam em todas as etapas do processo eleitoral. Do alistamento dos candidatos ao dia da eleição, inúmeros “feitiços” eram praticados e asseguravam a manutenção do poder nas mãos de uma elite latifundiária; o coronelismo representava um complexo sistema de negociação entre os latifundiários e os governadores a partir do voto. Bico de pena, degola ou voto de cabresto nomeiam práticas que marcaram a história do exercício excludente e restrito dos direitos políticos no país.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, diversos mecanismos jurídicos e políticos implementados colaboraram para a superação dos antigos sortilégios. A elevação ao status constitucional da previsão de condições de elegibilidade e da ação de impugnação de mandato eletivo são alguns exemplos a serem citados. Apesar das conquistas desses mecanismos, encampados pela governança eleitoral e promovidos pelos juízes e tribunais eleitorais no país, é inegável reconhecer que novos perigos ameaçam a higidez do processo eleitoral democrático.

Segundo dados de 2018 (WE ARE SOCIAL, 2018), o Brasil era um dos três países cujos cidadãos gastavam mais de nove horas por dia usando a Internet, sendo que em média três horas e meia eram usadas dentro de mídias sociais. Justamente naquele ano, as eleições – sobretudo o pleito presidencial – demonstraram uma presença marcante do uso de mídias e plataformas digitais, suscitando a problemática da disseminação de notícias falsas, que desde então vem se mostrando recorrente na disputa política e na formação da opinião pública (DOURADO, 2020; TARDÁGUILA; MARÉS, 2018)¹. Aqui empregamos o já célebre termo “*fake news*” para designar justamente este fenômeno: a disseminação massiva de notícias falsas pelas mídias digitais. E focalizamos um dos processos de definição das questões públicas da sociedade em que as repercussões das *fake news* têm sido mais evidentes e danosas: as eleições.

A eleição presidencial brasileira de 2018 ficou marcada como uma das disputas políticas mais conturbadas desde o processo de redemocratização. Entre os componentes desse ineditismo esteve um fenômeno social novo na dimensão de sua repercussão no campo eleitoral: a disseminação em rede de notícias falsas direcionadas ao eleitorado, maculando de alguma forma o exercício do sufrágio. De acordo com levantamento divulgado pelo Instituto IDEIA Big Data, por exemplo, mais de dois terços dos eleitores afirmaram ter recebido *fake news* pelo WhatsApp durante a campanha presidencial de 2018². Ainda no caso das eleições presidenciais de 2018 no Brasil, segundo levantamento divulgado pelo Instituto de Pesquisa Avaaz, 98,21% dos eleitores do então candidato Jair Bolsonaro (PSL) tiveram contato com notícias falsas durante a disputa

¹ <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/12/02/pge-pede-reabertura-de-investigacao-sobre-campanha-de-bolsonaro-em-2018.htm>

² <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/2-em-cada-3-receberam-fake-news-nas-ultimas-eleicoes-aponta-pesquisa.shtml>

e 89,77% deles acreditaram que tais notícias eram verdadeiras (PASQUINI, 2018). No contexto da primeira eleição em que vigorou a proibição do financiamento empresarial de campanhas (decidida pelo Supremo Tribunal Federal em 2015³), o financiamento irregular por empresários de disparos em massa de notícias falsas por serviços de mensageria privada foi mapeado com grande destaque ainda durante o pleito eleitoral, em série de reportagens de Patrícia Campos Mello (2018).

O impacto eleitoral das *fake news* no pleito de 2018 levou a uma série de ações perante o Tribunal Superior Eleitoral. Mas o candidato vencedor foi além, implementando a disseminação massiva de notícias falsas como estratégia de governo⁴ (ver *e.g.* REZENDE, 2020); com recursos públicos e privados, como verbas de propaganda oficial, o Executivo criou uma espécie de órgão informal – conhecido pelo nome de “gabinete do ódio” – encarregado de ser epicentro para-oficial de uma rede de *fake news* coordenada pelos filhos do Presidente, composta por ministros e capilarizada em uma teia de blogueiros, “influenciadores” digitais e perfis em redes sociais (CAMPOS MELLO, 2020a)⁵. Essa reiteração e organização da atividade de envenenamento da opinião pública por narrativas conspiratórias e disseminação de eventos, fatos e comprovações notoriamente falsos acabou por mobilizar os sistemas político e jurídico a darem início a algumas respostas procedimentais: caso da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito das *Fake News*, no Congresso Nacional (criada pelo Requerimento n. 11 e instalada em 04/09/2019), e do

³ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 – Distrito Federal, Rel. Min. Luiz Fux, 17.09.2015. Note-se que o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas apresentava uma dinâmica não apenas de dispersão entre múltiplos candidatos, ideologias e partidos como também uma persistência dos doadores no tempo, atravessando diversos governos. Ver Heiler (2020).

⁴ <https://noticias.uol.com.br/colunas/constanca-rezende/2020/06/03/governo-publicou-653-mil-anuncios-em-canais-de-noticias-falsas-avalia-cpmi.htm> ; <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/10/25/secom-publicidade.htm>

⁵ <https://noticias.uol.com.br/colunas/diogo-schelp/2021/02/04/cupula-bolsonarista-faz-30-dos-tuites-que-promovem-teoria-conspiratoria.htm>

Inquérito das *Fake News* instaurado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Portaria 69/2019 da Presidência do STF.

É certo que não se trata de um fenômeno estritamente nacional – provam o contrário os indícios desde 2016 sobre o uso massivo de desinformação e notícias falsas em contextos como o do Brexit no Reino Unido e da eleição de Donald Trump nos Estados Unidos. Nos Estados Unidos, desde a eleição de Barack Obama em 2008, notou-se uma ascensão da estratégia de comunicação política pelas mídias digitais; mas a campanha de Donald Trump em 2016 marcou um novo patamar no uso e abuso de dados privados dos cidadãos americanos, produzidos a partir dos rastros deixados por sua navegação em redes sociais e plataformas digitais (BENKLER; FARIS; ROBERTS, 2018; ZIMDARS; MCLEOD, 2020). No Brasil, o marco dessa “disrupção da esfera pública” pelas mídias digitais foi a eleição de 2018, sobretudo a campanha presidencial que culminou com a vitória de Jair Bolsonaro (ITUASSU, 2019). Não apenas o Presidente e seus filhos, mas também os parlamentares e governadores recém-eleitos passaram, então, a dar nova dimensão às mídias digitais como arenas de debate público e de embates não livres de ofensas e desinformação; discursos no Congresso Nacional ou medidas de política pública passaram a ser produzidos e repercutidos em tempo real, para angariar o “engajamento” virtual da plateia cibernética (SANTOS *et al.*, 2020; ALMEIDA; PEIXOTO, 2020; BRAGA; SILVA; MACEDO, 2020; CARDOSO; OLIVEIRA; MASSUCHIN, 2020)⁶; além das redes sociais, que apesar de funcionarem como plataformas digitais abertas, são marcadas por câmaras de eco e filtros-bolha (RECUERO; ZAGO; SOARES, 2017), a

⁶ Nem decisões de saúde pública em meio à pandemia mundial do Covid-19 escaparam à teatralização e responsividade à plateia virtual de apoiadores do governo. Ver e.g. <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2020/10/bolsonaro-sabia-da-compra-de-vacinas-mas-recuou-apos-pressao-de-apoiadores-em-redes-sociais.shtml>

opinião pública fragmentou-se também em serviços de mensageria privada e plataformas de comunicação interpessoal de natureza fechada⁷ (PIAIA *et al.*, 2020).

Cada sistema social precisa processar e decodificar internamente, por suas próprias operações comunicativas, os eventos que ocorrem na grande teia comunicativa que é a sociedade, como aqueles eventos produzidos pela política eleitoral e rotineira. Essa necessidade de hetero-observação e (re)construção dos eventos por cada subsistema social vale, evidentemente, para o direito; e é justamente no sistema jurídico que centraremos nossa observação. Este livro busca identificar, no contexto brasileiro em torno das eleições de 2018, quais são as capacidades regulatórias que tribunais, legisladores e empresas privadas vêm desenvolvendo a fim de enfrentar e domar a fúria da disseminação de notícias falsas.

Resultado de uma pesquisa coletiva, o livro mobiliza a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (1927-1998) como instrumental teórico para definir as fricções entre os sistemas de (novas) mídias, política e direito provocadas pela emergência da disseminação massiva de notícias falsas pelos meios digitais. Tal referencial teórico – talhado para analisar a comunicação como elemento básico da sociedade e, assim, adaptável para descrever a atual sociedade digital – é orientado como ferramenta de observação das respostas jurídicas que vêm sendo construídas sobretudo pelo Tribunal Superior Eleitoral (com foco nas eleições de 2018) e pelo Legislativo federal (no contexto anterior e posterior a tal pleito). Nesse sentido, a discussão do projeto de lei das *Fake News*, pautado no Congresso Nacional a partir de 2020, é analisada como um passo integrado ao

⁷ <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/12/17/pesquisador-do-whatsapp-bolsonarista-relata-ameaca-e-foge-do-brasil.htm>

histórico das legislações antecedentes sobre a Internet e a privacidade e proteção de dados pessoais.

O principal material de estudo posto sob as lentes da teoria dos sistemas, portanto, é o histórico legislativo e a jurisprudência do TSE sobre as *fake news*. Em paralelos, são trazidas considerações sobre a autorregulação das plataformas, redes e mídias digitais. A combinação dessas observações possibilita demarcar as especificidades (e parcialidades) das comunicações sobre *fake news* eleitorais nas organizações (tribunais, parlamento e empresas privadas), mas também suas repercussões no âmbito dos respectivos sistemas funcionais enredados.

A hipótese apresentada é a de que, por se tratar (i) de um fenômeno novo em suas dimensões, (ii) envolvendo tecnologias sob o domínio transnacional de empresas globais e (iii) com interferências em múltiplos sistemas sociais, a disseminação massiva de notícias falsas pelas mídias digitais impõe especiais dificuldades à regulação pelo direito nacional. Se, de um lado, o fenômeno da disseminação massiva de notícias falsas é cultural, fruto de um jogo político produzido e intermediado nas redes sociais digitais, do outro lado, prevalecem tensões e pontos cegos que marcam o uso das *fake news* como estratégia eleitoral e produzem perigos à democracia. Quais respostas que esse direito – no caso, a experiência jurídica brasileira – têm produzido, e quais estratégias ele tem mobilizado, é o que o livro se propõe a debater.

O livro está organizado em três capítulos. No Capítulo 1 é apresentado o diagnóstico da comunicação sobre *fake news* eleitorais a partir de uma apreciação crítica das autodescrições dos sistemas funcionais do direito, da política e da mídia. A avaliação feita revela os perigos da comunicação digital e, simultaneamente, as tentativas de decodificação e gestão dos riscos gerados pela desinformação em cada sistema, a partir de seus códigos

e programas. Como o direito, a política e a mídia articulam e processam as *fake news*? Este registro teórico sistêmico confirma que as soluções centradas numa regulação estatal possuem dificuldade de lidar com o fenômeno da sociedade mundial e possibilita repensar também a circulação do poder sob as novas configurações nas redes sociais; ademais, o poder agora rivaliza com novos atores, como empresas oligopolistas globais, e com a transnacionalidade dos fluxos comunicativos de dados e de sua comercialização.

A observação do âmbito organizacional dos tribunais é realizada no capítulo 2. A discussão é baseada num estudo jurisprudencial da Justiça Eleitoral sobre o uso de notícias falsas durante as eleições majoritárias de 2018. Os achados da sistematização, codificação e interpretação dos casos permitiram a confirmação da hipótese de inadequação dos instrumentos processuais eleitorais disponíveis para o combate às *fake news* eleitorais. Uma das principais questões se relaciona com o tempo – a demora da prestação jurisdicional *vis-à-vis* o impacto no resultado das urnas –, bem como com as exigências relacionadas à produção de provas na seara eleitoral, que, em muitas circunstâncias, implicam quebras de sigilos. Ainda, os casos comprovam o comportamento de deferência da Justiça Eleitoral a soluções legislativas e administrativas, o que inclusive marcou a experiência regulatória após as eleições de 2018. O estudo permitiu observar uma regularidade na postura de autocontenção da corte quanto à interferência direta no debate eleitoral, apesar da pouca atenção nos julgamentos a questões atinentes ao respeito à privacidade do eleitor ou à proteção de dados pessoais.

Da observação do Tribunal Superior Eleitoral, com sua postura de autocontenção no julgamento de casos envolvendo *fake news* nas eleições de 2018, no capítulo 3 passamos a centrar o foco sobre o Legislativo: se o Judiciário teve uma postura deferente ao legislador, o que este produziu

para imunizar a sociedade da desinformação massiva por vias digitais? Notamos que o processo eleitoral de 2018 ocorreu sob um certo “vácuo regulatório”, dando margem a estratégias oportunistas pelos políticos que se valeram das *fake news*. Embora já vigente o Marco Civil da Internet, uma lei-quadro que disciplina os princípios da regulação jurídica das comunicações digitais, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, de agosto de 2018 (portanto, de meses antes das eleições de outubro daquele ano) foi alvo de polêmicas que retardaram o início de sua vigência, postergado para 2020. Finalmente, uma lei específica sobre *fake news* apenas foi debatida e votada após as eleições de 2018: aprovada no Senado Federal em 2020, ainda depende de aprovação pela Câmara dos Deputados e da ulterior sanção presidencial. Além desse atraso do processo político e legislativo em relação à premência da disseminação digital de notícias falsas, verificam-se outros movimentos que indiciam a dificuldade do direito estatal para lidar com esse fenômeno intensivo em tecnologia: é o caso das propostas de abertura da legislação estatal à autorregulação ou correção das plataformas digitais.

Por fim, quanto à metodologia deste estudo, vale apontar que a pesquisa combinou métodos qualitativos, com exame de documentos legais (propostas legislativas, leis, regulamentos e atos administrativos), acompanhamento da cobertura midiática e das redes sociais sobre alguns eventos e estudo jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral. A partir da mobilização e organização do material empírico, foi possível desenvolver uma série de interpretações à luz da já mencionada teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, mas também de articulações e digressões com outros autores da extração sociológica da diferenciação social-sistêmica, como Gunther Teubner, Helmut Willke, Dirk Baecker, Karl-Heinz Ladeur e Thomas Vesting, incluindo releituras de abordagens mais críticas, vinculadas aos processos de racionalização social, como

aquelas desenvolvidas por Boaventura de Sousa Santos, Manuel Castells e Shoshana Zuboff, que enfrentam o tema das *fakes news* e da sociedade da informação digital desde o início do século XXI. As observações marcadas neste livro escapam de uma leitura mais ortodoxa da sociologia sistêmica, mas, sem perder o rigor e o cuidado com os pressupostos do referencial teórico, o livro busca renová-lo para tempos digitais e lançar luzes em questões e contextos ainda não inteiramente mapeados por essas lentes teóricas. Este trabalho ainda aprofunda a tendência contemporânea (CAMPILONGO; AMATO; BARROS, 2021) de ampliar a escala de observação da teoria dos sistemas, para traduzir seus abstratos conceitos em cunhas para a observação empírica das operações e estruturas dos sistemas sociais, particularmente do sistema jurídico.

Para além do referencial adotado, vale ainda mencionar que a pesquisa envereda pelo caminho da observação da autodescrição do sistema jurídico a partir de sua relação constitutiva com a sociedade brasileira e, portanto, em muitas passagens, o texto avança em discussões dogmáticas relevantes para o tema de estudo, justificando a mobilização secundária de algumas doutrinas específicas do campo. Considerando estes recortes e atenções metodológicas, é inevitável indicar que o texto fornece uma análise não exaustiva do tema e dos dados, muitas vezes resultado não intencional de uma pesquisa coletiva, escrita a oito mãos, e produto da própria mutabilidade e dinâmica do objeto, sujeito às flutuações e volatilidade da política, das mídias digitais e do direito.

Boa leitura!

São Paulo, março de 2021.

Capítulo 1

Fake news: política, mídia e direito

A sociedade moderna é caracterizada pela teoria dos sistemas sociais como diferenciada internamente sobretudo por uma especialização funcional, isto é, pela subdivisão em sistemas que monopolizam a produção e circulação da comunicação marcada por certos meios simbolicamente generalizados: a verdade é tema da ciência; o poder, da política; a validade, do direito; a informação, dos meios de comunicação de massa. Diante deste referencial, o fenômeno das eleições possui uma diversidade de sentidos: considerando a especificidade da comunicação em destaque, o processo eleitoral pode representar um procedimento de escolha de governo, mas também é uma forma de debate público e de produção de conhecimento.

Este capítulo parte de uma caracterização inicial desses sistemas para, em seguida, explicar as pressões que lhes são colocadas a partir do fenômeno das *fake news eleitorais*: aos meios de comunicação de massa, pela perda de monopólio da informação por empresas de mídia; ao direito, pela inserção de *experts* no desenho legislativo e na solução de conflitos, para especificação do funcionamento das tecnologias de comunicação e dos meios de controle de seus riscos diante, por exemplo, de uma engenharia social cibernética; na política, pela ascensão de líderes que exploram a circulação policêntrica de notícias e narrativas proporcionada pelas redes sociais e serviços de mensageria privada, muitas vezes produzindo formas de tecnoautoritarismo. Tudo isso, finalmente, faz emergir uma nova arquitetura para o “direito digital” e sua regulação no âmbito eleitoral.

1.1. Um perfil dos sistemas funcionais

Podemos apresentar o perfil da sociedade funcionalmente diferenciada a partir de alguns de seus subsistemas exemplares para nosso problema de pesquisa. O quadro a seguir apresenta os critérios de diferenciação dos sistemas sociais do direito, da política, dos meios de comunicação e da ciência.

<i>Sistema</i>	Meios de comunicação	Política	Direito	Ciência
<i>Código</i>	Informação / redundância	Governo/ oposição	Lícito/ ilícito	Verdade/ falsidade
<i>Programas</i>	Temas	Políticas, leis	Leis, contratos, sentenças	Conceitos e teorias, pesquisas e métodos
<i>Função</i>	Memória social (o que lembrar/ o que esquecer)	Tomada de decisões coletivamente vinculantes	Generalização congruente de expectativas normativas	Produção de conhecimento verdadeiro

Quadro 1. Diferenciação dos sistemas jurídico, político e dos meios de comunicação

Fonte: elaborado pelos autores.

Toda comunicação que busque tratar do problema da licitude ou ilicitude é uma comunicação jurídica. Esta é sua distinção-diretriz, seu código (no sentido cibernético), explícito ou tácito. A autorreferência da comunicação sobre esse tema é o que define o sistema jurídico, nos termos da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. A função que esse subsistema da sociedade desempenha, em relação à própria sociedade, é de generalizar de maneira congruente algumas expectativas que sejam resistentes à desilusão: expectativas normativas (LUHMANN, 2004; 2014a). Como a moral e a religião se tornam escolhas individuais

particulares, na sociedade moderna é o direito que precisa generalizar essa base comum de normas.

O código lícito/ ilícito é alocado por meio de programas decisórios, que são produzidos por sistemas organizacionais dentro do sistema jurídico: no centro do direito estão os tribunais, organizações que se distinguem pela obrigação de decidir (pelo princípio da proibição da denegação de justiça) e que tomam decisões programadas; na periferia do direito são tomadas decisões programantes, nas quais problemas sociais em geral são construídos juridicamente na forma de normas, em leis, regulamentos e contratos. O meio de comunicação simbolicamente generalizado que circula dentro do sistema jurídico é a validade.

Os Poderes políticos do Estado estão, assim, na periferia do sistema jurídico – mas, ao mesmo tempo, no centro do sistema político, pois a eles cabe primacialmente tomar decisões coletivamente vinculantes e impô-las inclusive ao próprio Estado, incluindo os representantes políticos e a burocracia pública (LUHMANN, 2009; 2014b). Ou seja, aí a função do sistema político (tomada de decisões coletivas) aplica-se a si mesma (é imposta aos próprios tomadores de decisão), caracterizando a soberania e o Estado de direito. Na periferia do sistema político, estão organizações que pautam o sistema a partir de demandas sociais genéricas: partidos políticos, movimentos sociais, grupos de pressão; estas organizações tomam decisões (programas partidários, manifestos, declarações), mas não podem impô-las a toda a comunidade política. Apenas o legislador pode tomar esse conteúdo e lhe dar “força” de lei. A política democrático-representativa, assim, se organiza em torno do código governo/ oposição, e suas decisões definem os usos do meio de comunicação simbolicamente generalizado que é o poder.

A democracia passa a supor a institucionalização do governo e da oposição (LUHMANN, 2009). A oposição é excluída da chefia de governo,

mas incluída no processo de tomada de decisão através da representação parlamentar; e presume-se uma alternância temporal no governo entre os partidos organizados. A legitimidade das decisões coletivamente vinculantes tomadas inclui a presunção de que foram considerados múltiplos pontos de vista, de governo ou oposição, sobretudo por meio do debate parlamentar. Se os representantes políticos é que tomam as decisões de primeira ordem – definindo os marcos legais e as políticas públicas –, a democracia representativa depende de um mecanismo de observação de segunda ordem: quem observa os candidatos e os eleitos são os eleitores; eles decidem quem vai decidir. Aqui o processo eleitoral funciona como um mecanismo de reflexividade do sistema político: o poder dos políticos é subordinado à soberania popular. Na medida em que esse procedimento seja distorcido, o que está em jogo é a própria autonomia operacional do sistema político.

Já o sistema dos meios de comunicação de massa funciona segundo a distinção entre o que é e o que não é informativo – ou seja, entre o que tem o valor de informação, de notícia (novidade, *news*) e o que é repetição, redundância, senso comum. A mídia constrói uma visão generalizável acerca dos diversos temas sociais, cumprindo uma função de “memória” da sociedade, definindo o que deve ser geralmente lembrado e o que pode ser esquecido (LUHMANN, 2000). É aqui que entram em jogo as tecnologias digitais, enquanto “meios de disseminação” da comunicação que desintermedeiam a disseminação massiva de informações dos controles tradicionais da mídia de massa (imprensa, rádio, televisão) e reintermedeiam pelas plataformas digitais cuja propriedade intelectual é titularizada por empresas globais – sejam serviços de mensageria, sejam redes sociais de textos, áudio e vídeo.

Finalmente, a ciência se desenvolve na modernidade como um âmbito de comunicações especializado na definição da verdade ou

falsidade (LUHMANN, 1994; 1996a). Ela monopoliza a circulação da verdade como um meio de comunicação simbolicamente generalizado. A “limitacionalidade” é a fórmula de contingência da ciência, sua justificação inarredável – o equivalente para a legitimidade na política, a escassez na economia ou a justiça no direito. Isto é: a ciência só pode responder a perguntas limitadas, que ela mesma constrói, e segundo os limitados métodos que ela emprega para confirmar ou infirmar suas hipóteses. A verdade é produzida assim como um resultado contingente: só pode ser verdadeira a hipótese falseável, *i.e.* que poderia ser falsa.

Seguindo nossa hipótese conceitual, o problema das *fake news* no âmbito eleitoral coloca em fricção sobretudo esses quatro sistemas sociais. O direito estatal – como acoplamento entre sistema político nacional e sistema jurídico – precisa então construir suas respostas regulatórias diante de um sistema que lhe é estranho (os meios de comunicação), mas cujos impactos transbordam para questões de legitimidade (política) e justiça (jurídica).

Como essa policontextualidade sistêmica – a coincidência dos mencionados sistemas funcionais – conforma os procedimentos eleitorais? Mais à frente (*infra* 1.3), apresentaremos a conceituação dos procedimentos eleitorais como mecanismos que institucionalizam uma triangulação entre a esfera pública ou ambiente interno do sistema político (a opinião pública), sua periferia (organizações da sociedade civil, sobretudo partidos) e o centro organizado do sistema (o Estado, onde se alocam os representantes eleitos). As *fake news* representam uma infecção viral de desinformação no âmbito da opinião pública, com isso distorcendo os termos da concorrência que se apresenta entre candidatos e eleitos que representam seus papéis e apresentam seus programas e projetos no espelho da esfera pública política, mediada pelos meios de comunicação de massa. Com isso, as eleições podem produzir uma “legitimação pelo

procedimento” (LUHMANN, 1980) da tomada de decisões coletivamente vinculantes, função do sistema político desempenhada por sua organização central, o Estado. Ora, as eleições institucionalizam, como vimos, uma decisão de segunda ordem – sobre quem vai decidir (os representantes eleitos pelos eleitores) – que permite uma observação procedimentalmente mediada das decisões de primeira ordem (as políticas e leis aprovadas pelos representantes).

A desintegração do monopólio da comunicação de massa pelas empresas de mídia é o fenômeno estrutural por trás do contexto que configura a disseminação massiva de notícias falsas, com a emergência das plataformas digitais como intermediadoras de uma comunicação não apenas de consumo massificado, mas também de produção e disseminação massificada e policêntrica. Na medida em que circula desinformação que desqualifica o próprio apoio presumido aos procedimentos eleitorais, todo o mecanismo democrático enfrenta uma insegurança, um perigo, isto é, uma incerteza radical que ele tem dificuldade para quantificar e gerenciar como risco interno ao sistema (LUHMANN, 1993). A contingência do resultado eleitoral, por exemplo, torna-se potencializada pelo uso de estratégias de comunicação não reguladas por uma legislação ainda centrada na propaganda eleitoral “analógica”.

Entretanto, ao lado do aspecto interno do sistema político, há outra faceta importante dos procedimentos eleitorais: o seu funcionamento como interface intersistêmica. Luhmann (2013, p. 108-115) apresenta as eleições como um “acoplamento estrutural” entre os sistemas político e econômico. O que significa isso? Que as eleições são formas bivalentes, que permitem a conversão dos meios de comunicação simbolicamente generalizados: institucionalizam os limites em que dinheiro pode ser convertido em poder. O tema do financiamento eleitoral vem então à tona.

Ora, no contexto deste estudo se observa que as eleições de 2018 foram as primeiras em que estava vigente a proibição do financiamento empresarial de campanhas eleitorais, isto é, de doações de pessoas jurídicas. Igualmente, notaram-se indícios de grande participação de empresários – à margem do financiamento eleitoral formal – no custeio de disparos em massa em serviços de mensageria privada e redes sociais, e no suporte a redes digitais de desinformação. Do ponto de vista da interface entre política e economia, isso representa uma grave distorção do “mercado” eleitoral: o uso de dinheiro, fora dos limites permitidos pela legislação eleitoral e monitorados pela Justiça Eleitoral, para desequilibrar a disputa, violando o *fair play* entre os candidatos, sobretudo no caso de eleições majoritárias e com especial destaque para a eleição presidencial. Nesse ponto, portanto, é que o sistema político se vê irritado e corrompido por uma insegurança formada pela confluência de ilegalidades eleitorais e condutas ainda pouco reguladas pela legislação eleitoral (sistema jurídico), pelo novo protagonismo das redes sociais e plataformas digitais como ferramentas de campanha política (sistema midiático) e pelo *by-pass* à proibição do financiamento eleitoral de campanhas, por meio do financiamento privado de atividades e serviços de desinformação (sistema econômico).

1.2. Fake news como produto da transformação estrutural dos meios de disseminação da comunicação

As notícias falsas não são um produto histórico recente (para um debate, cf. por exemplo, BLOCH, 1994; 1921). Entretanto, a específica dinâmica engendrada pelas mídias sociais para a disseminação massiva de mentiras, boatos e desinformação tem sido referida sob o nome de “*fake news*”, por mais que o termo seja abrangente, vago e de definição não

consensual na comunidade acadêmica¹. Para este texto é importante destacar a natureza pública e o impacto que essas notícias provocam no âmbito das tomadas de decisão.

As notícias falsas ganham preponderância na sociedade da informação em rede². Pautando diferentes assuntos e tendo variável repercussão, essas notícias circulam no dia-a-dia com rapidez, a partir de uma zona obscura acerca da fonte produtora de informações, que é facilitada pela descentralização e pelo anonimato de “portas lógicas” das redes digitais (um tipo de desenho de circuitos eletrônicos). Qualquer um pode ser protagonista e produzir informações falsas por meio de alguns cliques na rede, seja via compartilhamento do mesmo endereço de protocolo de Internet (endereço IP), seja mesmo pela operação de robôs (*bots*).

Subjacente à questão da circulação, o interesse de apostar nas falsidades, mentiras e desinformações decorre da alta chance de sucesso ao causar impacto nas decisões públicas. Mesmo aceitando a superação do monopólio do conhecimento verdadeiro – afinal aqueles que operam com essas notícias não estão no âmbito científico –, prevalece um *trade-off* entre desinformação e aumento do poder político e econômico. Defensores dessas práticas pressupõem uma intencionalidade antidemocrática: produzir confusão para desqualificar a opinião pública com propósitos privados e assegurar a manutenção do poder das elites em diferentes contextos. Considerando os procedimentos de decisão, inclusive

¹ Para uma definição e uma ideia do tema, cf. Dentith (2017) e Gelfert (2018). Também o termo deveria ser diferenciado de outros, como “post-truth” (cf. o Oxford Dictionary: url: <https://tinyurl.com/hflzboy>) e “misleading information” (cf. GIGLIETTO *et al.*, 2019).

² Boaventura de Sousa Santos (2019) descreve com precisão o funcionamento das notícias falsas à luz das redes sociais, diz “o modo 3 (*fake news*) cria uma ignorância malévola, corrosiva e, tal como um cancro, dificilmente controlável, na medida em que o ignorante é transformado em empreendedor da sua própria ignorância. As redes sociais têm um papel crucial na sua proliferação. Esta ignorância está para além da ausência e da emergência. Esta ignorância é a prefiguração da estase, a imobilidade que estrutura a vertigem do tempo imediato”.

exemplificados pelo momento da votação, eleitores podem receber informações distorcidas e que impõem sérios custos sociais ao direcionarem o voto em candidatos que podem de fato não corresponder aos reais desejos e preferências dos eleitores. A frustração pode ser assimilada de forma *a priori*, o que torna destrutivo o efeito das *fake news* eleitorais, representando uma estratégia eleitoral poderosa e que contraria a frustração usual com a política. Muitas vezes, os descontentamentos com os candidatos eleitos ocorrem após o primeiro ano de governo, quando se inicia a fiscalização e a exigência de prestação de contas dos feitos e gastos públicos. No entanto, as *fake news* modificam por completo a relação entre eleitor e candidato diante de sinais distorcidos e que não correspondem, desde o início, à satisfação dos interesses políticos do eleitor.

Fato é que os agentes da disseminação de notícias falsas estão cientes de que o erro consiste em não saber e afirmar acreditar saber – é uma ignorância que se ignora. Mas eles não podem ignorar que sua estratégia serve como facilitadora para a dominação, já que priva eleitores, comunidades, pacientes, entre tantos outros públicos, do conhecimento dos fatos essenciais para a tomada das decisões coletivas.³ Considerando a mitigação do direito político de escolha e de participação, esses públicos agem diretamente no jogo político institucional. Diante de tamanha desinformação, o resultado é que essas notícias possibilitam o controle das decisões relevantes por grupos de interesses que se beneficiam com a produção, manipulação e circulação das redes.

A mobilização de notícias falsas na rede vem se mostrando como um negócio extremamente rentável na medida em que possibilita manter os

³ Em sentido próximo Sally Hubbard (2017, p. 1) aproxima *fake news* com o poder de mercado: “Fake news can be challenging to define. In this essay, *fake news* means stories that are simply made up for profit or propaganda without using trained journalists, conducting research or expending resources. Articles written according to journalistic practices from a particular political perspective or containing factual errors do not meet the definition of fake news used here”.

usuários envolvidos com conteúdo nas plataformas digitais com o máximo engajamento e o maior tempo possível. Quanto mais tempo os usuários gastam na plataforma, mais dados são coletados, mais anúncios são exibidos e mais dinheiro é gerado. Percebe-se, então, que essas notícias são incorporadas com maior facilidade e não há incentivos para evitar a sua proliferação. É notório, por exemplo, o aumento da circulação dessas notícias diante de contextos políticos, como em períodos eleitorais (*e.g.* eleição presidencial no Brasil de 2018) ou nas vésperas de decisões parlamentares importantes (*e.g.* Brexit) ⁴.

Considerando este contexto negocial, Shoshana Zuboff (2019) aponta que, diante da sua descrição do capitalismo de vigilância, as *fake news* e outras formas de corrupção de informações têm sido características perenes dos ambientes digitais no século XXI, com destaque para práticas do Google e do Facebook. Segundo a autora, as práticas de disseminação de notícias falsas prosperaram porque cumprem imperativos econômicos, o que é exemplificado em alguma medida pelo trabalho exercido na moderação de conteúdo pelas plataformas.

Essa força de trabalho secreta – algumas estimativas calculam pelo menos 100.000 “moderadores de conteúdo” e outras calculam que o número seja muito maior – opera à distância das funções centrais da corporação, aplicando uma combinação de julgamento humano e ferramentas de aprendizado de máquina. Às vezes chamados de “zeladores”, eles revisam filas de conteúdo que os usuários sinalizaram como problemático. Embora algumas regras gerais se apliquem a todos, como a eliminação de pornografia e de imagens de abuso infantil, um livro de regras detalhado visa a rejeitar o mínimo de conteúdo possível no contexto de uma avaliação local do limite mínimo de tolerância do usuário. O ponto maior do exercício é encontrar o ponto de equilíbrio entre a capacidade de puxar os usuários e seu excedente para o site

⁴ Sobre a difusão de informações falsa na Internet e fenômenos consequentes de reação como *debunking* e *fact checking*, cf., entre outros, World Economic Forum (2013); Quattrociochi; Vicini (2018).

e o risco de repeli-los. Este é um cálculo de indiferença radical que nada tem a ver com avaliar a veracidade de um conteúdo ou respeitar reciprocidades com os usuários. Essa tensão ajuda a explicar por que o controle da desinformação não é uma prioridade. (ZUBOFF, 2019, p. 509)

É importante destacar que, para Zuboff (2019, p. 202-206), o movimento principal do capitalismo de vigilância é o acúmulo de novas fontes de excedente (*surplus*) de comportamento dos usuários que ocorrem no ambiente *on-line* e por meio de tecnologias com cada vez mais poder preditivo, em troca de supostas facilidades para o dia a dia dos usuários. O objetivo final é a comparação de previsões com resultados garantidos no comportamento da vida real, o que, por exemplo, possibilita a realização de uma verdadeira engenharia social. A extração de dados começa *on-line*, mas o imperativo da previsão aumenta o ímpeto, levando a extração em direção a novas fontes no mundo real. Nesse contexto, a disseminação de desinformação em massa representa uma estratégia econômica para a acumulação de excedentes comportamentais, com distintos propósitos, como o eleitoral.

Neste cenário, passa a ser crucial entender a importância da informação, que serve como elemento para a exploração. O sociólogo espanhol Manuel Castells (2011, p. 119) argumenta que nas últimas décadas observa-se um novo modelo de organização social: a “sociedade da informação”, cujo elemento estruturante seria não mais a produção industrial, mas justamente a informação. A partir do desenvolvimento tecnológico e a crescente capacidade de armazenamento e processamento de bases de dados, a informação foi virtualizada nos mais diversos setores da economia, tornando-se ela própria o produto do processo produtivo

(CASTELLS, 2011, p. 119).⁵ Da perspectiva dos indivíduos, informações pessoais são aquelas vinculadas a uma pessoa, revelando seu aspecto objetivo (DONEDA, 2011, p. 93). Na sociedade da informação, novos modelos de negócio – especialmente focados nos mercados de bens de consumo – são forjados exatamente a partir da capacidade de processamento de dados pessoais, incluindo modelos publicitários (BIONI, 2019, p. 48).

Outra característica marcante da sociedade da informação é o seu caráter global. Conforme detalha Castells (2011, p. 119), a sociedade da informação é global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global. Os fluxos de informação, igualmente, são globais – já que se constroem a partir das possibilidades propiciadas pelas tecnologias de telecomunicações dispersas ao redor do globo (CASTELLS, 2011, p. 469).

Crítico ao rótulo de “sociedade da informação” (LUHMANN, 2013, p. 310-314), o sociólogo alemão Niklas Luhmann construiu, todavia, um aparato sociológico altamente abrangente que, sob influência da cibernética, descreveu a sociedade e seus subsistemas como conexões autorreferentes de um tipo de elemento: a comunicação (diferente do pensamento, autoproduzido nos sistemas psíquicos; da vida, autoproduzida nos sistemas orgânicos; da energia e matéria processadas pelas máquinas).

A teoria dos sistemas sociais concebe a comunicação como elemento básico da sociedade e sugere uma coevolução entre semântica e estrutura

⁵ Vale, brevemente, diferenciar dados de informações: o dado representa estado anterior da informação, antes de passar por atividade cognitiva de interpretação ou elaboração (DONEDA, 2011, p. 94).

social e entre formas de diferenciação social e meios de disseminação da comunicação. De um lado, repertórios de ideias, conceitos e explicações (semântica) fazem sentido na medida em que disponham da complexidade adequada para descrever a variabilidade de situações comunicativas viabilizadas dentro de certo contexto histórico (estrutura) (LUHMANN, 1983). De outro lado, os meios de disseminação da comunicação são a infraestrutura tecnológica que condiciona o grau de complexidade sustentável dentro de dada estrutura social, nos limites da “forma de diferenciação” social vigente (LUHMANN, 2013, cap. 4). Os “meios de disseminação da comunicação” (LUHMANN, 2012, p. 120-123) permitem gerar redundância na comunicação – confirmar a informação, transformando a novidade em conhecimento comum compartilhado. Dessa forma, estruturam as expectativas que ordenam as comunicações e seu repertório de signos.

Assim, se considerarmos a evolução das formas de diferenciação social segundo a sociologia sistêmica, veremos que há um paralelo entre esses tipos de sociedade e as tecnologias comunicacionais que os suportam (ou “meios de disseminação”, para LUHMANN, 2012, p. 120-123).

Em uma forma de diferenciação social simples, há unidades semelhantes de grupos diferenciados por critérios naturais: são comunidades de parentes que internamente dividem o trabalho por critérios etários e sexuais. São culturas orais, ainda que possa haver outras formas de manifestação simbólica. Nelas há clara distinção entre membros e não membros (aliados ou inimigos) e a disseminação de informação é restrita, baixa e lenta, circulando basicamente entre conhecidos (membros da mesma comunidade).

O advento da escrita marca a transição de grupos segmentários a sociedades que já se diferenciam geograficamente, com periferias que permanecem no modo de vida rural e oral e centros urbanos que dominam

o saber formal e a autoridade e concentram os recursos econômicos e militares. Já em sociedades que criam centros e periferias (como cidades e campos), os meios de comunicação simbolicamente generalizados (verdade, propriedade, poder) concentram-se de um lado, justamente aquele em que se difunde a escrita, como técnica dominada por uma elite letrada.

A sociedade estratificada continua a diferenciar seus estratos pelo acesso aos meios simbólicos. Ela vem a ser desestabilizada pela criação da imprensa, que torna possível a crítica pública, pelos súditos ou cidadãos, dos atos e acordos do poder estatal. Nasce a “opinião pública”, como um espelho anônimo que reflete e julga as decisões estatais, mas também reclama meios de trazer as diversas demandas sociais (econômicas, educacionais, sanitárias) do ambiente para dentro do sistema político, pautando-o democraticamente⁶. Do mesmo modo, as declarações de direito difundem os “direitos do homem e do cidadão” (depois, direitos fundamentais e direitos humanos), que refletem todos como sujeitos de direitos, isto é, produtores e destinatários do sistema jurídico. E assim o mercado passa a refletir as decisões econômicas tomadas por empresas e famílias – é a “esfera pública” da economia (AMATO, 2020a).

Assim, a invenção da imprensa impulsiona um amplo desenvolvimento de um sistema social específico dos meios de comunicação de massa: crescem as pressões pelo ensino público, com a massificação do letramento; diversificam-se as expressões da comunicação escrita, como em livros, jornais e revistas; constitui-se uma esfera pública política – a opinião pública, capaz de refletir sobre o poder do Estado,

⁶ O trabalho de Habermas (1991) é clássico a respeito. Para uma comparação entre os conceitos de “esfera pública” de Habermas e Luhmann, ver Ribeiro (2012).

observar seus agentes como representantes dos cidadãos e colocar-se como verdadeira origem da “soberania”.

Vesting (2020) observa como a cultura cidadina enraíza esta “sociedade civil” como uma arena de cidadãos reflexivos, que se informam e disputam sentido pela imprensa. O crescimento das organizações partidárias, sindicais e outras, nos séculos XIX e XX, já transforma essa esfera pública política em uma disputa organizada e pluralista de grupos. A emergência dos meios digitais de disseminação da comunicação, porém, desorganiza o controle da comunicação política por essas organizações políticas e pelas empresas de meios de comunicação de massa; é essa grande “desagregação” ou “fragmentação” da opinião pública o fenômeno subjacente ao problema referido como “*fake news*”. Temos, agora, uma nova estrutura – os meios digitais de disseminação da comunicação – que emerge dentro da sociedade funcionalmente diferenciada, mas lhe impõe pressões potencialmente desdiferenciantes, capazes de bloquear a autorreferência e os controles políticos, jurídicos, econômicos, midiáticos, científicos.

Baecker (2006) sugere que há formas de pensamento paradigmáticas de cada um desses tipos de sociedade: o finalismo aristotélico, que explicava a ordem das coisas a partir de uma racionalidade inerente à natureza, representaria uma tentativa de ordenar sistematicamente a complexidade social em uma cultura escrita. O racionalismo individualista moderno (de Descartes ou Kant) ilustraria o advento dos meios de comunicação de massa, era em que cada pessoa passou a ser vista como um polo de recepção de informação e geração de redundância, isto é, de massificação da comunicação. Já a teoria dos sistemas de Luhmann seria ela mesma a expressão do advento de uma sociedade digital, que se apresenta especializada em uma série de sistemas autorreferentes de comunicação diferenciada por códigos binários (lícito/ ilícito, ter/ não ter,

verdadeiro/ falso, governo/ oposição) e gerenciada por meio de programas decisórios (leis, sentenças, teorias, programas de investimento, procedimentos).

Na verdade, a sociedade em que a diferenciação funcional – entre política, economia, direito, ciência etc. – prevalece sobre outros critérios (biológicos, geográficos, hierárquicos) nasce sob o signo da imprensa e dos meios de comunicação de massa. Entretanto, essa mesma sociedade virá a produzir os meios digitais de comunicação, os quais acabam criando pressões drásticas sobre a própria autorreferência dos sistemas. O meio digital proporciona um tal grau de difusão policêntrica e anárquica da comunicação que as mensagens de desinformação acabam por corroer a credibilidade dos sistemas funcionais – dos meios de comunicação de massa, de suas pautas e empresas de mídia; do direito, com seus critérios procedimentais e probatórios; da ciência, com suas metodologias de pesquisa e verificação; da política, com seus procedimentos decisórios representativos.

Os meios de comunicação de massa processam constantemente irritações, transformando informações (notícias) em redundância (confirmação de tais notícias) (LUHMANN, 2000). Em uma sociedade altamente complexa e dinâmica como a sociedade mundial atual, os meios de comunicação de massa fornecem uma memória social generalizada, a seleção de informações que todos devem conhecer e a confirmação de informações através de redundância.

Luhmann teorizou isto em 1994 e morreu em 1998. Ele não assistiu, portanto, ao surgimento das redes sociais digitais. A novidade destas, em relação aos meios de comunicação de massa tradicionais, consiste na escassez dos controles de seleção e certificação da informação e na disseminação descentralizada em massa, de conhecidos a estranhos. Isto é, enquanto na mídia tradicional do século XIX (livros, jornais e revistas)

ou do século XX (rádio e televisão) a massificação se dava apenas no aspecto do consumo da informação (produzida a partir de poucos centros: a imprensa, as empresas de comunicação), agora a massificação ocorre também do lado da produção: todos potencialmente são autores e consumidores de informação, cuja disseminação é meramente intermediada pelas grandes plataformas digitais mundiais. É nesse contexto que surge o problema da proteção da privacidade de dados pessoais (sobretudo diante das grandes companhias globais que intermedeiam tal comunicação) e questões análogas, como a disseminação massiva de notícias falsas (com as dificuldades em definir a responsabilização pela produção de *fake news* – identificar os usuários-produtores ou punir as empresas de tecnologia que viabilizam a massificação da informação falsa e sua redundância, isto é, os efeitos sociais de sua confirmação e plausibilidade).

Luhmann (2012, p. 36) propõe substituir a metáfora da comunicação como transmissão de informação entre emissor e receptor por um conceito composto por três elementos: informação, uso (ou mensagem) e compreensão. A informação é distinguida em relação a um pano de fundo de sentidos já conhecidos; é a novidade (*news*) em relação à redundância. A mensagem é o ato de dar a conhecer uma informação, é a *performance* que um comunicador faz para produzir a informação. Já a compreensão envolve discernir a informação propriamente dita (o conteúdo das proposições, o que foi dito) e os complementos contidos na mensagem (como foi dito). A eficácia das *fake news* deriva justamente do potencial de confirmação da informação (falsa) que gera uma aparência de plausibilidade e repercute como se fosse verdadeira. As próprias instâncias de observação de segunda ordem da comunicação – como as agências de *fact-checking* – são também desacreditadas, ao lado da mídia tradicional, de modo que a produção de “narrativas” se vê sempre colocada sob

suspeita. Trata-se de um fenômeno ligado a essa dinâmica de descentralização radical da produção e consumo de informações e da própria sobreposição entre os papéis de produtor e consumidor.

Tem-se observado (FARIA, 2020) como a dinâmica interativa dos meios digitais modifica não apenas o caráter da informação – aquilo que é apresentado como novidade para mobilizar a atenção do usuário – e da mensagem, que se difunde em tempo real, mas também da compreensão: abalroados por uma avalanche de informações nas redes sociais e serviços de mensageria, os usuários não apenas têm dificuldade em certificar-se da veracidade e das fontes como também perdem a capacidade de fazer uma leitura de mundo mais complexa, para além dos “memes” e dos *slogans* hipersimplificadores. A própria função social dos meios de comunicação de massa tradicionais parece então vir à tona: eles continuam a ter especial capacidade para decodificar a informação, selecionar o que é importante e certificar o que é veraz, fornecer análises mais aprofundadas (ainda que convocando “intelectuais” do tipo “*fast thinkers*”) e, sobretudo, calibrar a memória social, destacando o que deve ser lembrado do que pode ser esquecido.

Vesting (2018, p. 464) compara os meios de comunicação de massa tradicionais, como rádio e televisão, a “agências reguladoras” competentes para disseminar informação, atestar sua validade e verdade e orientar seus consumidores (a “massa”) a adaptar suas expectativas àquelas generalizadas pela mídia. A novidade do advento das “redes sociais” digitais é que a diferenciação interna entre o público que consome informações e as empresas de mídia que selecionam, produzem e divulgam a mensagem chega a um curto-circuito. Os guardiões da informação são desacreditados – a imprensa é vista como parcial, como amiga ou inimiga do governo ou da oposição. Uma multidão de pessoas se tornou produtora e consumidora de informações, e não há uma posição

final de observação de segunda ordem que possa atestar com segurança a verdade ou a inverdade das notícias (mesmo as agências de *fact-checking*, como dissemos, são colocadas sob as mesmas suspeitas de parcialidade que atingem os meios tradicionais de comunicação de massa).

É certo que o discurso da Internet como espaço de interação virtual livre e desintermediada não guarda mais verossimilhança. É certo que a intermediação da comunicação digital pelas plataformas e redes é diversa do controle e curadoria da produção informativa pelos meios de comunicação tradicionais. Entretanto, se os nós da rede mundial são potencialmente ilimitados, a mídia tradicional continua a distender tal rede, ocupando nós estratégicos (VALENTE, 2020, p. 33): não só sua capacidade de exposição é potencializada pelas vias digitais como estas vias se constroem em grande medida como espelhos da própria mídia de massas: a notícia produzida pelos veículos de imprensa, rádio e televisão repercute como tema das interações digitais.

Em termos sistêmicos, poderíamos dizer que está em ação um processo de rediferenciação funcional: dentro do próprio sistema de mídia, a diferenciação interna entre um subsistema de mídia de massa e um subsistema de mídias digitais acaba por criar um espelho do espelho, um nível de observação de terceira ordem, a partir do qual se comenta a comunicação que é produzida já em um plano de observação de segunda ordem: na observação mútua de cidadãos (opinião pública), compradores e vendedores (mercado) e sujeitos de direitos (personalidade jurídica). Agora o próprio sistema de mídia, que se encontrava como pressuposto da estruturação dessas esferas públicas dos demais sistemas funcionais, saiu do ponto cego e tornou-se objeto observado, comentado e criticado: daí a crise de confiança nos veículos tradicionais (acusados de partidarismo e

manipulação ideológica) e o contra-argumento de que as mídias digitais são plataformas para lançamento incontrolado de notícias falsas⁷.

A interação – por presença física e, depois, remotamente, por outros meios, como o postal ou o telefônico – podia disseminar mentiras e erros, mas seu nível e velocidade de difusão eram limitados. Quando as pessoas podem dizer a grupos cada vez mais amplos e interligados quais são suas opiniões, pontos de vista ou “descobertas”, a comunicação pessoal eleva-se ao nível do sistema funcional de mídia. A informação como um todo e as mensagens – incluindo notícias falsas – também se tornam desligadas de seus fornecedores originais e passam a pertencer ao sistema “anônimo” da comunicação digital autorreferente.

Em um mundo de credos livres e divergentes, marcado por uma pluralidade de valores, a comunicação não é restringida por costumes comuns, como em uma tribo. Mas uma organização neotribal de credos políticos emerge para pressionar os limites de tolerância, que o Estado liberal institucionalizou após as guerras religiosas. Uma crise generalizada de expectativas contamina uma sociedade que foi estruturada por meio de papéis específicos e de competências comunicativas delimitadas: da política e dos políticos, da ciência e dos especialistas, do direito e dos juristas. Neste contexto de crise de expectativas, o populismo se fortalece como alternativa para simplificar excessivamente os resultados das pesquisas científicas, para desconfiar dos especialistas, para corroer os procedimentos de tomada de decisão política sob o Estado de direito.

1.3. O jogo regulatório sob uma ótica sistêmica

Ao lado da dimensão temporal de sentido (durabilidade das expectativas) e da dimensão material (identificação), há a dimensão social

⁷ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/fake-news-apelam-e-viralizam-mais-do-que-noticias-reais-mostra-estudo.shtml>

de institucionalização, de apoio, suporte ou consenso presumido a tais expectativas. Assim, instituições são definidas como expectativas “socialmente generalizadas e como tais formam a estrutura dos sistemas sociais” (LUHMANN, 2010, p. 86). Se observarmos as estruturas internas dos sistemas funcionais, veremos como o jogo regulatório ocorre no âmbito da interface entre os sistemas político e jurídico. O Estado de direito pressupõe sua contraparte – o direito estatal. O acoplamento estrutural dos sistemas jurídico e político, institucionalizado e regulado pela constituição (LUHMANN, 1996b), cria a dinâmica regulatória típica do processo de produção jurídica. Essa dinâmica se processa na circulação entre uma esfera pública (que “pré-programa” e formata os temas relevantes para cada sistema) e uma esfera organizada (sendo as organizações sistemas especializados na tomada de decisões). O quadro a seguir ilustra tais definições.

<i>Sistema</i>		<i>Política</i>	<i>Direito</i>
<i>Esfera pública ou ambiente interno</i>		Opinião pública	Personalidade jurídica
<i>Esfera organizada</i>	<i>Centro</i>	Poderes políticos (Executivo e Legislativo) e Administração Pública	Tribunais
	<i>Periferia</i>	Partidos, grupos de interesse e movimentos sociais	Poderes políticos Advogados Promotores e defensores públicos
<i>Mecanismos de triangulação</i>		Voto	Ação
<i>Acoplamento estrutural</i>		Constituição	

Quadro 2. Morfologia institucional dos sistemas político e jurídico

Fonte: os autores, baseados em Amato (2017).

A esfera pública ou ambiente interno primeiramente traduz as irritações provenientes do ambiente externo em comunicações reconhecíveis e utilizáveis pelo próprio sistema. No sistema econômico, toda irritação é traduzida como um preço no mercado – esta é a esfera pública da economia (LUHMANN, 2017). Qualquer questão de poluição, economia, artes ou religião, educação ou saúde é traduzida pela política como um tema da opinião pública (LUHMANN, 2009, cap. 8; 2014b, cap. 27). O mesmo ocorre com o sistema jurídico: as irritações são traduzidas como reclamações e conflitos na forma da personalidade jurídica: sujeitos, direitos e deveres, responsabilidades e poderes (AMATO, 2017, p. 203-216; 2020).

Na esfera organizada, há organizações periféricas e centrais. Todas elas são sistemas de tomada de decisão e hierarquias que distinguem entre membros e não-membros. As organizações periféricas na política são movimentos sociais, grupos de interesse, *lobbies*, partidos políticos. Elas tomam algumas decisões, mas estas não são coletivamente vinculantes, não atingem uma comunidade (*polity*) abrangente. Elas ajudam a traduzir e moldar a opinião pública, ligando-a à organização central: o Estado, especialmente os ramos políticos do governo e a administração pública. Os Poderes políticos estão no centro do sistema político porque desempenham, em última instância, a função de tomar decisões coletivamente vinculantes dentro de uma comunidade política (as organizações internacionais tentam imitar o âmbito estatal-nacional com instituições homólogas). Essas decisões aumentam a reflexividade, ou seja, a representação: o eleitorado toma decisões de segunda ordem (eleição) sobre aqueles que tomarão as decisões de primeira ordem (sobre políticas públicas). E o Estado está sob o paradoxo da soberania: suas decisões são vinculativas para seu povo e para si mesmo (seus funcionários e representantes).

Os procedimentos eleitorais assumem o importante papel de conectar a opinião pública às organizações da “sociedade civil” e, em seguida, aos Poderes constituídos do Estado. Quando a organização central – especialmente pelo chefe de Estado – tenta fazer um apelo direto à opinião pública, evitando as mediações dos partidos, movimentos sociais e também da imprensa, constrói-se uma espécie de liderança populista-carismática. Inflaciona-se o meio simbólico do poder, como se se pudesse decidir de acordo com a vontade popular, sem mediações processuais e organizacionais. Então surge o risco do autoritarismo – inflacionado, o meio do poder perde sua capacidade legitimatória, e o líder pode ter a violência pura como último recurso.

A constituição é o acoplamento estrutural que molda a interface entre o sistema jurídico e o sistema político – tornando o direito dependente de decisões políticas, e a política dependente de regras e procedimentos jurídicos. O sistema jurídico tem estruturas isomórficas às do sistema político. A periferia do direito abrange os ramos políticos do governo e seus programas decisórios, como leis e regulamentos. E envolve os advogados, promotores públicos e meios alternativos de resolução de disputas, incluindo seus programas: contratos, termos de ajustamento de conduta, sentenças arbitrais. A organização central do direito são os tribunais (o Poder Judiciário, no caso do direito estatal), uma vez que eles dão a palavra final sobre expectativas normativas a serem mantidas ou derrubadas, distinguindo o lícito ou válido do ilícito ou inválido. O direito tem aí sua reflexividade por meio de normas referentes a outras normas – a argumentação judicial utiliza princípios e políticas para interpretar regras, os juízes decidem sob normas processuais e tomam a constituição como o nível geral de reflexividade sobre a legislação infraconstitucional. A jurisprudência surge então sob a pressão da proibição da negação da justiça. Os poderes privados e públicos podem decidir ou não; os juízes são

obrigados a tomar uma decisão sobre o caso sob sua apreciação. Isto leva a um paradoxo: o dever de decidir se torna uma liberdade de decisão, ou seja, de justificar a decisão (LUHMANN, 2004, p. 279). Os procedimentos judiciais ajudam a vincular a personalidade jurídica (reclamações de direitos e deveres) aos advogados e depois aos juízes. Se um juiz decide observar muito estritamente as leis, sem referência à esfera pública de reivindicações de direitos e deveres, ele adota um estilo legalista, formalista ou deferente, reduzindo a capacidade de aprendizagem do direito. Se, ao contrário, decidir apenas pela observação das questões substanciais de direitos e deveres, sem referência estrita a regulamentos, leis ou acordos privados, o juiz assume uma posição ativista, que inflaciona a validade como um símbolo que determina o domínio das expectativas legalmente reconhecidas.

1.4. O direito digital

O que chamamos de jogo regulatório precisa ser compreendido em um contexto de concorrência entre o direito estatal-nacional e outras ordens jurídicas que se inter cruzam, formando nós de uma “interlegalidade” ou “interdireito” (SANTOS, 1987) em um pluralismo jurídico multiescalar, com ordens mais ou menos semelhantes em sua configuração institucional (homeomórficas ou não homeomórficas).

Se há uma coevolução entre estrutura social, suas instituições e suas semânticas, e se essa transformação estrutural tem uma tração importante no sistema dos meios de comunicação de massa, é de se esperar que as instituições e semânticas especializadas do sistema jurídico também apresentem um perfil diverso conforme o contexto (LUHMANN, 2014a).

O direito costumeiro estava vinculado à disseminação oral da comunicação, sendo a tradução de hábitos consolidados que se registraram na memória social como identidade de grupos fechados. O

costume não distingue claramente o que é do que deve ser – tudo é regularidade. Nem dispõe de regras de poder que permitam organizar a modificação intencional das normas de conduta. Culturas orais, nota Vesting (2018, p. 27), trabalham por meio de “máximas e proibições vigorosas, facilmente memorizáveis” e de “modos de conduta recorrentes”.

As altas tradições jurídicas da antiguidade são ilustradas pelo direito romano: nele, uma elite de homens letrados e conhecedores dos costumes ancestrais da cidade exerce um juízo equitativo sobre casos concretos; seleciona do repertório de soluções herdadas aquelas que podem ser aplicadas por analogia às situações presentes; e assim, considerando a posição social de cada qual, determina o que é justo.

O direito romano compilado a mando de Justiniano foi recepcionado em sociedades estratificadas; a imagem de uma ordem social unitária e hierárquica, lado a lado ao domínio da escrita nas universidades e mosteiros, acabou por produzir um modelo de “ordem jurídica”: o direito como “sistema” de signos linguísticos integrados em uma hierarquia completa e coerente. Assim como a norma inferior deveria extrair sua validade da norma superior – nos termos do positivismo jurídico –, os vassalos tinham seu poder na medida em que obedecessem e fossem leais a seus suseranos.

Com a centralização territorial, as sociedades corporativas e estratificadas por nascimento culminaram no Estado absolutista, que clamou monopólio do direito e desfez as teias normativas que enredavam a Europa feudal em múltiplas ordens de poder e direito (imperiais, reais, eclesiásticas, feudais, servis, corporativas e cidadinas). O soberano passou a ser identificado com o Estado e este com o direito. A disseminação da escrita a partir da criação da imprensa deu condições para a contestação do poder absoluto. Estruturou as esferas públicas da política (opinião

pública), da economia (mercado) e do direito (direitos subjetivos). Poder, dinheiro e direitos (validados pelo sistema jurídico) eram meios de comunicação simbolicamente generalizáveis a partir dessa estrutura relacional viabilizada pela imprensa: os governantes observados pelos governados, os compradores pelos vendedores, os sujeitos da relação jurídica entre si. O Estado passa a ser um terceiro garantidor, institucionalizando tal auto-observação dos sistemas funcionais por meio de eleições, investimentos e ações judiciais. Para isso, reteve o monopólio da violência legítima, da emissão de moeda e da execução de sentenças.

Ora, o direito da sociedade funcionalmente diferenciada generalizou pelos seus *media* – códigos, declarações de direitos e constituições – os antigos privilégios da sociedade estratificada, mas reteve desta a imagem hierárquica e monista do direito. O advento de uma nova dinâmica informacional – estruturada ao redor dos meios digitais de “autocomunicação” – pressiona os monopólios simbólicos que caracterizam a diferenciação funcional: o monopólio da verdade pela ciência, da condenação ou absolvição pelo sistema jurídico, da informação pelos meios de comunicação de massa. Em que medida essa sociedade digital manterá ou subverterá a diferenciação funcional?

Certo é que o direito que dela emerge – que podemos chamar de um “direito digital”, não no sentido de mais um ramo dogmático específico mas sim de uma arquitetura típica do sistema jurídico – insinua uma imagem diferente daquela do monismo positivista moderno. Esta imagem tem sido descrita de várias formas: uma transição da “pirâmide à rede” (LOSANO, 2005); ou da hierarquia unitária de normas positivas para uma série de “hierarquias entrelaçadas”, com “anéis estranhos” que conectam ordens jurídicas diversas (DELMAS-MARTY, 2004). Observa-se a emergência de um pluralismo jurídico transnacional formado ao redor da

ordenação jurídica privada, dominada por especialistas setoriais, tribunais arbitrais e sanções reputacionais; um direito mundial organizado

internamente em “colégios invisíveis”, “mercados e ramos de negócios invisíveis”, “comunidades profissionais invisíveis” e “redes sociais invisíveis”, estendendo-se por cima de fronteiras territoriais, mas, apesar disso, buscando insistentemente a formação de formas jurídicas autônomas. (TEUBNER, 2003, p. 14)

Mais além das colisões de ordens jurídicas, problema para cuja solução qual não há critérios disponíveis (como há para os clássicos problemas de antinomias e lacunas dentro de uma ordem jurídica unitária), há quem encontre uma dimensão constitucional neste novo direito da sociedade mundial. Neves (2009) descreve um cenário “transconstitucional” em que problemas constitucionais deixam de ser monopólio das constituições nacionais e passam a estar presentes – na forma de demandas sobre limitação e organização de poder e garantia de direitos básicos – em várias ordens jurídicas de diferentes domínios de validade (estatais-nacionais, subnacionais, supranacionais, internacionais e transnacionais). Teubner (2012) especula sobre uma série de sistemas organizacionais e funcionais que vão criando, à margem do Estado, suas próprias “constituições societais”, ordens jurídicas autoconstitucionalizadas.

Teubner (1993, p. 53-94) sugerira, aliás, que ordens jurídicas podem se construir com diferentes graus de autonomia. Um sistema jurídico que contivesse normas secundárias, no sentido de H.L.A. Hart (2007), constituiria um “direito parcialmente autônomo”, estágio intermediário entre o “direito socialmente difuso” e o “direito autopoietico”. A autonomia parcial seria obtida quando já há autodescrições e estas regulam o próprio sistema (autoconstituição); a autopoiese, porém, só existiria quando se

tem um “sistema que gera os seus elementos a partir dos seus próprios elementos e estruturas”; dessa forma, “[a] autopoiesis jurídica apenas pode emergir caso as relações autorreferenciais circulares dos componentes do sistema sejam constituídas por forma a permitirem a sua própria articulação e interligação num hiperciclo autorreprodutivo” (TEUBNER, 1993, p. 84). Neste caso, a autodescrição orienta a autorreprodução e se constitui um hiperciclo envolvendo normas, doutrinas, processos e atos jurídicos.

No caso específico da regulação da comunicação digital – logo, da proteção contra a disseminação massiva de notícias falsas –, tem-se observado a construção desse pluralismo jurídico heterárquico. As próprias normatizações, estatais e não estatais, já são desenvolvidas sob o pressuposto de uma arquitetura que não comporta as pretensões exclusivistas (monistas) tradicionais. Isto pode ser notado desde os vínculos contratuais privados até a emergência de verdadeiras ordens jurídicas das plataformas digitais. Os vínculos entre operador e usuário das plataformas digitais podem ser descritos já como redes contratuais relacionais; em vez de explicitarem de antemão promessas completas vinculantes entre duas partes, esses contratos em rede acabam por ter como base uma relação triangular entre a empresa, o usuário específico e os outros usuários, pois a criação de um perfil em uma rede social, por exemplo, só faz sentido diante da hetero-observação por outros usuários da mesma rede. Acaba por emergir um “interesse da rede” supraindividual, para além dos termos aos quais adere um usuário ao se inscrever na plataforma. Para garantirem a proteção dos direitos da personalidade envolvidos e fugirem a sanções judiciais por eventual culpa ou responsabilidade objetiva na mediação dos fluxos comunicativos, os provedores e plataformas têm sido incentivados a criarem tribunais arbitrais digitais (*cyber courts*), em relação aos quais a jurisdição estatal

passa a ser subsidiária. São nessas cortes arbitrais digitais que se disputam em primeiro lugar operações como a retirada ou o bloqueio de postagens com discurso de ódio, informações manifestamente falsas ou conteúdos análogos. Essa jurisprudência privada é que vai codificando com os usuários regras de tráfego das comunicações digitais, sancionando e sinalizando comportamentos comunicacionais duvidosos (LADEUR, 2020).

Segundo a leitura de Luhmann (2010), os direitos fundamentais emergiram como instituições voltadas para a garantia da diferenciação funcional, contra o perigo da politização (da arte, da ciência, da economia, da religião, dos meios de comunicação de massa, da educação etc.). Daí as diversas liberdades, de expressão, de religião, de iniciativa e comércio, de cátedra e pesquisa. Hoje, porém, a diferenciação funcional é colocada sob pressão não apenas pela organização estatal, mas por uma série de atores, organizações e “*matrizes comunicativas anônimas (instituições, discursos, sistemas)*” (TEUBNER, 2012, p. 143, destaques no original), bem ilustradas pelos intermediários e plataformas digitais, assim como por sua multidão de usuários. Diante disso, clássicos direitos e liberdades, como é o caso da proteção da privacidade, ganham novo sentido e estruturação. A privacidade de dados pessoais, sobretudo, precisaria ser observada a partir de esquemas como o sugerido por Teubner (2012, p. 145, destaques no original) quando discerne três dimensões ou categorias de direitos:

- *Direitos institucionais* que protegem a autonomia dos processos sociais contra sua subjugação pelas tendências totalizantes da matriz comunicativa. Protegendo, por exemplo, a integridade da arte, da família ou da religião contra tendências totalitárias da ciência, dos meios de comunicação de massa ou da economia, os direitos fundamentais funcionam como “regras de conflito de leis” entre racionalidades parciais na sociedade.

- *Direitos pessoais* que protegem os espaços autônomos de comunicação na sociedade, atribuídos [os direitos] não a instituições, mas a artefatos sociais chamados “pessoas”;
- *Direitos humanos* como limites negativos na comunicação societal em que a integridade do corpo e da mente de indivíduos é colocada em perigo por uma matriz comunicativa que cruza fronteiras.

Nesse sentido, certos direitos fundamentais – como o direito à vida, à saúde ou à privacidade, sobretudo dos dados produzidos pelas pessoas em sua itinerância digital – contêm obrigações perante o Estado e os agentes privados (organizações, grupos e pessoas) de respeitar a exclusão do indivíduo em relação à sociedade, isto é, são expectativas normativas que funcionam como “garantias da integridade da psique e do corpo”, inclusive e sobretudo diante de violações e ameaças por agentes privados transnacionais (TEUBNER, 2006, p. 342), como é o caso das plataformas digitais. Para ser incluída como usuária das mídias digitais, a pessoa deve contar com a tutela de seus pensamentos e privacidade; entretanto, como construir parâmetros jurídicos que tutelem também a esfera pública uma vez que os pensamentos ganhem expressão social, isto é, se tornem operações de comunicação? O problema convoca não apenas o saber jurídico, mas também a assessoria dos *experts* nas tecnologias digitais.

1.5. O sistema jurídico e o argumento especializado

O direito exerce sua função em três dimensões por meio dos mecanismos correspondentes (LUHMANN, 2004). A dimensão social diz respeito ao apoio – precisamente, o apoio presumido generalizado de terceiros; ele é prestado através de procedimentos. Os procedimentos eleitorais, administrativos, legislativos e judiciais proporcionam uma certeza *a priori* sobre as regras e ritos que orientarão a tomada de decisões, com presunção de apoio ao resultado incerto desses procedimentos, tais

como a sentença, a aprovação de um projeto de lei ou a eleição de candidatos. A dimensão material é construída, sobretudo, por meio de programas decisórios: a referência a pessoas ou valores não pode ser suficientemente complexa para a sociedade contemporânea; portanto, os papéis e regras são o meio preferido para orientar a justificativa. Os programas finalísticos (que estabelecem os fins mas deixam os meios indeterminados) são um complemento aos programas condicionais (regras, que estabelecem algumas hipóteses e alguma consequência ou sanção). Finalmente, na dimensão temporal, as expectativas normativas selecionadas pelo direito positivo recebem durabilidade e reforço por meio de seu acoplamento com sanções.

A teoria dos sistemas é arcabouço adequado para um estudo empírico que analise o sistema jurídico de modo amplo, entendido como conjunto de todas as comunicações orientadas pelo direito (isto é, pela distinção entre licitude e ilicitude) (LUHMANN, 2004). Como observa Habermas (1997, p. 72-73), ao interpretar Luhmann, o sistema jurídico abrange os atos jurídicos que modificam as situações do direito; assim, ele se retroalimenta de procedimentos jurídicos institucionalizados, normas jurídicas e interpretações dogmáticas do direito. É dessa forma que o sistema jurídico fecha-se enquanto círculo de operações autorreferentes e recursivas. Por isso é que, na teoria dos sistemas sociais, o direito é apresentado como um sistema não no sentido dogmático de conjunto concatenado de normas, dotado de uma unidade lógica de sentido dada pela validade formal ou por uma orientação teleológica comum, mas sim no sentido funcional (de sua especialização com relação à sociedade) e operacional (autorreferência de suas comunicações).

Ao lado da estabilização temporal das expectativas por meio da normatização reforçada por sanções (as expectativas normativas resistem por mais tempo que as expectativas cognitivas aos desapontamentos),

ocorre uma estabilização social das expectativas comportamentais, por meio da institucionalização – baseada em procedimentos decisórios. Dada a impossibilidade de um consenso fático, ainda mais diante da complexidade e pluralidade de orientações vigentes na modernidade, a institucionalização implica a seleção de certas expectativas, com a manutenção dos processos de especificação e aumento da variabilidade das expectativas concretas (divergentes), processos estes impulsionados pela diferenciação funcional. As expectativas selecionadas, de nível genérico e abstrato, são apoiadas sobre expectativas de expectativas supostas de terceiros anônimos e desconhecidos, descolando-se de sua referência concreta. Essa institucionalização significa, enfim, a institucionalização do ato de institucionalizar, por meio de papéis especiais, como o de legislador, e pela reprodução das expectativas selecionadas em programas, critérios, mecanismos e formas jurídicas, como os contratos. Os procedimentos viabilizam, ainda, a abertura cognitiva do direito, a capacidade de aprendizagem a possibilitar a adequação das expectativas selecionadas, notadamente por meio de processos democráticos. Juridicamente, o principal mecanismo de institucionalização é o processo, isto é, os procedimentos judiciais, executivos, legislativos, eleitorais e democrático-direto. Cada processo, como um sistema temporário de interação, permite um encaminhamento ordenado e sucessivo da incerteza, orientando-se e organizando-se nesse sentido. Ademais, os diversos tipos de processo possibilitam maior grau de abstração dos programas jurídicos, facilitando sua legitimação. Por outro lado, estruturam mecanismos mais eficientes de concretizar tais programas: por exemplo, enquanto decisões judiciais de casos particulares.

Ainda, em conjunto a estabilização de expectativas nas dimensões temporal (normatização) e social (institucionalização), a congruência da

generalização dessas expectativas – que constitui a função social do direito – é garantida pela estabilização na dimensão material, que implica a identificação objetivo-sensorial das expectativas e sua sedimentação semântica em um contexto sistêmico consistente. Como guias de comportamento, as expectativas de expectativas de terceiros pressupõem o compartilhamento intersubjetivo de sentidos. A complexão de expectativas pode se dar por condensações de identificações de sentido em diferentes graus de abstração: identificação de pessoas, papéis, programas e valores. A referência a *pessoas* concretas é mais apta a captar a heterogeneidade em grupos de interação mais circunscritos. Os *papéis* são feixes de expectativas relacionadas funcionalmente, mas independentes de pessoas concretas e, por isso, intercambiáveis entre estas. Já os *programas* referem-se à (auto)normatização jurídica, seja por meio de programas intencionais (finalísticos), seja por meio de programas condicionais (esquema “se/ então”), mas apenas “quando as suas condições de aplicabilidade são especificadas”. A função dos programas está na alocação do código lícito/ ilícito às comunicações do sistema jurídico, o que significa que a distribuição de tal código é regulada pelo próprio sistema jurídico, pelo direito positivo, e não por um metacritério de justiça (LUHMANN, 2004, p. 192-193, 209, 212). Os próprios programas, porém, podem ser veículos para a inserção de códigos externos ao sistema jurídico – éticos, morais, políticos –, mas esse acolhimento não é necessário e, de qualquer forma, é mediado por critérios e processos jurídicos próprios à positivação do direito (LUHMANN, 2004, p. 186, 189, 213-214, 224-225).

A programação condicional é especialmente eficiente no âmbito do direito positivo, permitindo maior sustentabilidade das incertezas e contingências, maior previsibilidade de resultados, melhor suporte à mutabilidade e uma simplificação (“tecnicização”) dos procedimentos jurídicos, com a economia em termos de responsabilização pelas

consequências (LUHMANN, 2014a). Atendo-se a uma programação condicional, quem toma uma decisão pode descarregar-se de responsabilidades por eventuais consequências de sua escolha. Uma vez programados os processos decisórios, o direito expressa neles “sua racionalidade peculiar”, ao que se alude pela referência seja à “racionalidade do legislador”, seja à razoabilidade e à ponderação nos juízos (LUHMANN, 2004, p. 474).

Finalmente, em um nível altamente complexo, mas desestruturado, *valores* aparecem como julgamentos abstratos e indeterminados sobre a preferibilidade de ações. A heterogeneidade de valores e interesses vigentes na modernidade alia-se às exigências funcionais específicas, formando um campo de tensões e incongruências que não são mais integráveis por meio de crenças compartilhadas (LUHMANN, 2008). Nesse contexto é que se localiza o problema e a função do direito – a generalização de expectativas. Com a positividade, que implica uma interseção dos sistemas diferenciados do direito e da política, a legislação passa a ser uma função da política, passando-se a “lidar de forma oportunística com referência aos valores”, sendo que alguns podem ser preteridos por outros em dada situação (programação) e preferidos em outros momentos, o que impede uma unicidade de orientações valorativas de forma hierárquica ou sistemática.

Evolutivamente, a generalização de expectativas depende da diferenciação, do reforço e da interdependência desses quatro princípios de identificação de sentido (pessoas, papéis, programas e valores) (LUHMANN, 2014a; 1995). Modernamente, o foco está nos níveis intermediários de concretude/ abstração, ou seja, nas complexões de sentido por papéis e programas. Entretanto, programas finalísticos servem para que o centro decisório (os tribunais) decida problemas não suficientemente programados pela periferia do sistema jurídico –

legislação, contratos, acordos, *soft law*. Nesse sentido, problemas emergentes, como o aqui focado (as *fake news*), suscitam especiais dificuldades no uso de programações finalísticas e da argumentação consequencialista.

Programas decisórios finalísticos definem um estado a ser atingido, mas não predefinem os meios para concretizá-lo. Tal indeterminação precisa ser gerenciada no momento de aplicação da norma de princípio ou política pública. Um juiz apenas pode decidir com base em programas condicionais, definindo uma hipótese de fato e um consequente normativo. Se não dispõe desse programa no repertório (legislativo, administrativo ou jurisprudencial), ele precisa construí-lo. Ocorre então uma “condicionalização” dos programas finalísticos, a construção da regra para o caso concreto. De um lado, o julgador é imunizado de responsabilidade pela interpretação (por exemplo, pelas garantias da magistratura). De outro, sua análise busca avaliar os meios autorizados diante das finalidades determinadas, mas tudo isso nos limites da controvérsia sob juízo. Diferentemente do administrador, titular de um juízo de conveniência e oportunidade mais livre (discricionariedade), o julgador apenas pode determinar a desproporcionalidade, inadequação ou desnecessidade dos meios, mas não definir, em abstrato, qual política adotar e implementar.

O apelo à ciência – por meio dos *experts* – revela-se então como uma estratégia importante. A ciência, sistema social responsável pela definição da verdade ou falsidade (LUHMANN, 1996a), também é um sistema sob pressão pelo *tsunami* de *fake news*. Entretanto, para regular as tecnologias digitais emergentes, acerca das quais os cidadãos comuns, assim como os políticos e juízes, pouco sabem, é a ciência e seus representantes que são convocados para dar respostas.

A ciência não está interessada em resolver problemas operacionais de outros sistemas nem pretende servir de base para política, economia ou direito, ainda que os conhecimentos científicos possam irritar e estimular internamente estes sistemas, que têm uma variação, seleção e restabilização de seus próprios sentidos. Historicamente, a ciência se encaminhou para a instrumentalização e aplicação tecnológica. Observou-se a ascensão das disciplinas aplicadas (engenharia, medicina, direito entre outras) no sistema científico. Vanderstraeten (2015) explica que, nos últimos séculos, o conhecimento científico adquiriu uma forte autoridade cultural na sociedade mundial. Acabou-se privilegiando determinadas disciplinas aplicadas em detrimento de outras; basta notar o desenvolvimento do termo “tecnologia” em meados do século XVIII. Diz o autor que o termo “artes úteis” (ou *arts utiles, nuttige konsten, arts mechaniques*, etc.) desapareceu lentamente da cena no século XIX, enquanto termos como “ciência aplicada”, “ciência da engenharia” e “tecnologia” entraram em uso. Cientistas aplicados, na sua maioria engenheiros, poderiam cada vez mais se apresentar ou posicionar-se como os “governantes” sobre as “artes úteis” (VANDERSTRAETEN, 2015, p. 181). Ninguém duvida que questões técnicas e científicas surgem a cada dia e, em vista da alta complexidade que permeia essas descobertas, estas podem irritar outros sistemas. O problema é outro: trata-se da crítica à ideia de aplicação dos conhecimentos científicos fora do âmbito da ciência (BARROS, 2018).

A judicialização de disputas envolvendo os fluxos de comunicação digital determina crescente abertura do sistema jurídico ao papel dos *experts* nas tecnologias da comunicação e informação. Diante da incorporação dos *experts* nos sistemas jurídico e político, o grande desafio é entender o sentido de uma grande concentração de conhecimento nesses ambientes insulados que não passam pela supervisão da democracia e, por

vezes, esmagam as operações e regras do jogo das instituições públicas em nome de uma pretensa especialização técnica do conhecimento (ver SUNSTEIN, 2014). Cada vez mais é discutida a ascensão de um tecnoautoritarismo, que se diferencia do totalitarismo e é caracterizado pelo uso de tecnologia de ponta, em especial de comunicação, com a finalidade de exercer o controle e vigilância dos usuários e, novamente, como indicado por Shoshana Zuboff (2019), assegurar o exercício de um poder preditivo capaz de manipular comportamentos. Trata-se de entender a atividade computacional que renderiza, monitora, calcula e modifica o comportamento humano, identificada por Zuboff como “Big Other”, um poder instrumental que realiza a engenharia do comportamento.

Vale lembrar que, na visão de Zuboff (2019, p. 202-206), a base da operação do capitalismo de vigilância reside no controle sobre a divisão da aprendizagem e conhecimento na sociedade – o núcleo da organização social de uma sociedade baseada na informação. Este é um fato perigoso porque a concentração de conhecimento produz uma concentração de poder igualmente sem precedentes:

[...] assimetrias que devem ser entendidas como a privatização não autorizada da divisão da aprendizagem na sociedade. Isso significa que poderosos interesses privados estão no controle do princípio definidor da ordem social em nosso tempo, assim como Durkheim alertou sobre a subversão da divisão do trabalho pelas poderosas forças do capital industrial um século atrás. Como as coisas estão atualmente, é a vigilância das corporações capitalistas que sabe. É a forma de mercado que decide. É a luta competitiva entre os capitalistas de vigilância que decide quem decide. (ZUBOFF, 2019, p. 191)

A introdução dos *experts* representa um importante poder capaz de atestar uma engenharia social, inclusive eleitoral, e de atender os

interesses deste novo capital vigilante. A conexão é evidente: o mesmo conhecimento preditivo derivado do excedente comportamental que enriqueceu os capitalistas da vigilância também poderia ajudar os candidatos a ganhar eleições. No texto *Engineering an Election*, Jonathan Zittrain (2014) identifica a partir de pesquisa empírica situações de falsificações digitais programadas (*digital gerrymandering*), com a apresentação seletiva de informações por um intermediário para atender a sua agenda, em vez de servir a seus usuários. Este serviço de curadoria se revela importante fonte de controle e vigilância; diz Zittrain (2014, p. 337) que o serviço de curadoria se vale de uma receita proprietária para usar ingredientes ilimitados para preparar nossos *feeds*, e cada um está em uma posição para comandar seus usuários, distinguindo entre aqueles que acredita que apoiarão seus objetivos e aqueles que não o farão.

O equívoco das falsificações digitais programadas talvez não seja errado para um dado usuário individual, mas sim para todos, mesmo não usuários. Isso representa um abuso de uma plataforma poderosa. E nosso Facebook hipotético é simplesmente um ponto em um mapa emergente. Os governos podem minerar coisas como gráficos de amigos privados (mesmo se totalmente anônimos) de redes sociais, ou batimentos cardíacos de rastreadores de *fitness*, ou picos nos dados de chamadas telefônicas de uma determinada área, para determinar onde a dissidência ou agitação aparecerá em seguida. Quer sejam governos antecipando a pressão pública de dados privados, quer seja uma empresa como o Facebook silenciosamente inclinando-se para uma eleição, não apenas a privacidade de algum indivíduo é invadida. Os direitos coletivos é que são desafiados: o direito das pessoas como um todo de se associarem, no caso de reuniões dissidentes antecipadas, ou de desfrutar dos benefícios de um processo democrático, no caso de uma eleição silenciosamente planejada. (ZITTRAIN, 2014, p. 339)

Casos como o da empresa Cambridge Analytica e outros escândalos recorrentes apontam para a capacidade de utilização de dados pessoais

incomparáveis e altamente detalhados produzidos em plataformas e redes sociais para prever o comportamento futuro, visando inclusive aos comportamentos eleitorais. O sucesso reside na precisão de prever os indivíduos que estão “em risco” e, eventualmente, modificar suas atitudes. As previsões podem fazer com que os anunciantes intervenham prontamente, direcionando mensagens agressivas para estabilizar a lealdade e, assim, alcançar resultados garantidos, alterando o curso do futuro em troca de votos. Tal situação é delicada em países com históricos de fraudes eleitorais, como retratado na introdução deste livro.

Sem dúvida a utilização das *fake news* eleitorais no Brasil apresenta características conectadas a uma trajetória de abusos e práticas de crimes eleitorais, remetendo às situações do coronelismo que funcionava a partir de uma troca de favores entre governos e latifundiários; talvez os termos agora façam mais sentido em relação aos anunciantes e plataformas digitais, membros do capital de vigilância.

1.6. O sistema político: populismo, corporativismo e clientelismo cibernéticos

Ao mesmo tempo em que complexificação – isto é, o aumento do excedente de possibilidades de comunicação – produzida pela comunicação digital pressiona o sistema jurídico em sua abertura à aprendizagem regulatória na disciplina dos meios de disseminação, essa mesma dinâmica atinge o sistema político. Em um movimento de integração – que busca desconstruir a especialização da comunicação em sistemas autorreferentes, desautorizar os especialistas e reduzir brutalmente a complexidade do mundo –, têm surgido nessas primeiras décadas do século XXI manifestações de um populismo autoritário. Correntes políticas que se valem especialmente do arsenal de *fake news* o fazem dentro de uma estratégia retórica de oposição às “elites” – da “velha

política” ou da “mídia tradicional”. O termo elites é hoje, muitas vezes, utilizado num sentido geral para indicar “grupos de poder”, tal como no âmbito político ou financeiro, e em oposição a um outro termo banalizado: povo. O risco é justamente de utilizar uma retórica “populista”. Assim, no contexto político mais amplo, a disseminação massiva de notícias falsas insere-se dentro de uma estratégia maior de desinstitucionalização, isto é, de solapar generalizadamente o apoio presumido aos meios de comunicação de massa tradicionais e às bases da democracia representativa, como o processo eleitoral (no caso brasileiro, com especial destaque das urnas eletrônicas), o controle congressual do Executivo e o papel do Supremo Tribunal Federal. Em nosso contexto, é esperado que essas organizações contra-ataquem a ameaças do Executivo, buscando reafirmar seus papéis (como nas já citadas iniciativas da CPMI das *Fake News*, do Inquérito sobre o tema no STF e mesmo em pronunciamentos da Justiça Eleitoral reiterando a confiabilidade das tecnologias e procedimentos para as eleições); ao mesmo tempo, porém, as evidências a seguir discutidas sobre a construção jurisprudencial e legislativa no tema das *fake news* sugerem uma postura de grande precaução, resultando ainda na presença de um vácuo regulatório.

Há um século, pelas ondas do rádio e em símbolos, gestos e multidões reunidos em comícios a democracia representativa também era desafiada por lideranças como Hitler, Mussolini e Stálin, figuras que propunham a legitimação direta pelas massas como alternativa aos ritos e formalidades da competição eleitoral pluripartidária (ver *e.g.* CASSINELLI, 1960; MURATOVSKI, 2011).

Donald Trump, Boris Johnson e Jair Bolsonaro são exemplos de governantes contemporâneos identificados à nova onda de populismo autoritário ou democracia iliberal que emergiu a partir da crise da democracia representativa liberal, e da economia neoliberal, nesta

segunda década do século XXI, crise esta em relação à qual a insatisfação foi retroalimentada e exponenciada pela disseminação digital da comunicação em redes de infâmia (DRIESEN, 2021; BENKLER, 2019; DA EMPOLI, 2019; SILVA, G. N. F., 2020). A oligarquização do sistema político enrijeceu sua capacidade de aprendizagem, manifestada pela oferta de novas lideranças e programas capazes de disputar o mercado eleitoral. Dessa forma, tal mercado foi invadido por ofertantes oportunistas, que se dispõem ou prometem se dispor a quebrar as próprias regras do jogo para vencerem e permanecerem no poder. Aí estaria a catapulta que propeliu a ascensão desses governantes “incidentais” (ABRANCHES, 2020). O resultado, diríamos em termos sistêmicos, foi o descrédito generalizado dos meios simbólicos – a verdade, o poder, a validade jurídica –, com a aposta em discursos que, por linguagem ou símbolos, de maneira ora explícita ora subentendida (ver SILVA, D. N., 2020), pregavam a via da mentira, da violência e da ilicitude como atalhos aceitáveis para a conquista e o manejo do Estado. Instaurando um clima político de campanha e mobilização virtual permanente, a disseminação massiva de notícias falsas pelas mídias digitais passou de estratégia violadora do *fair play* eleitoral a estratégia rotineira e para-oficial de comunicação governamental.

Um hipotético conselheiro dos novos “príncipes” cibernéticos⁸ não poderia deixar de lhes ofertar orientações para a exploração dos discursos de medo, amor e ódio nas redes sociais e serviços de mensageria privada, e para a descredibilização dos sistemas funcionais institucionalizados: a

⁸ Citando Luhmann e outros autores, o sociólogo brasileiro Octávio Ianni há décadas especulava sobre o surgimento de um “príncipe” eletrônico, ou seja, a liderança na constituição da soberania e da hegemonia, em escala nacional e mundial, por “grupos, classes ou blocos de poder [que] dispõem de influência mais ou menos decisiva nos meios de comunicação, informação e propaganda” (IANNI, 1999, p. 27)

ciência, a política, o direito, a mídia⁹, todos resumidos a conspirações do *establishment* contra o homem comum, oprimido por uma sociedade diferenciada, pluralista e excludente. Algumas dessas orientações incluiriam distorcer os procedimentos eleitorais, distrair a opinião pública, desacreditar os meios de comunicação de massa e usar a mentira como estratégia de comunicação. Uma das formas de distorção da competição eleitoral democrática é organizar vias para usar em sua campanha e governo recursos ilegais ou ainda não regulados pelo direito. As ferramentas eletrônicas são transnacionais, sua tecnologia é de conhecimento limitado a algumas poucas empresas e especialistas; portanto, trata-se de um bom espaço para espalhar seu discurso sem maiores controles ou responsabilizações. Para evitar a análise crítica de seu governo e a responsabilização política, os novos “príncipes” cibernéticos selecionam os focos de atenção que lhes interessam, e o fazem com *tweets* e declarações absurdas. É o novo contato entre o líder e as massas, mediado não por grandes comícios, mas pela individualização de aparelhos celulares e perfis em redes sociais. Para vivificar o protagonismo das plataformas digitais e da comunicação “autoproduzida”, é preciso desacreditar o jornalismo profissional e os veículos da mídia que não queiram se tornar agentes de propaganda do governo. Finalmente, o conceito de *fake news* torna-se elusivo e perigoso, pois mesmo os governantes produtores de desinformação podem acusar seus antagonistas de serem produtores de *fake news*. Dessa forma, o código verdade/ mentira passa a ser relativizado, em favor de uma disputa de “narrativas” ao sabor do cliente-eleitor (AMATO, 2019).

⁹ <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/10/19/estudo-brasil-vive-maior-retrocesso-em-liberdade-de-expressao-do-mundo.htm>; <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/01/27/bolsonaro-compartilha-texto-criticas-leite-condensado.htm>

É certo, por outro lado, que as novas pressões colocadas sobre o sistema político democrático-representativo, canalizadas dentro deste mesmo sistema, são casos específicos de uma dinâmica geral dos vícios que podem distorcer tal representação, a qual pode ser redescrita em termos teórico-sistêmicos. Por outro lado, as novas manifestações dessas disfuncionalidades apresentam paralelos com a trajetória histórica de construção da democracia brasileira.

Se a democracia representativa moderna pode ser caracterizada basicamente como uma competição entre elites políticas organizadas em partidos que ofertam seus programas e ideologias à escolha eleitoral (SCHUMPETER, 1984), três são suas grandes distorções identificáveis a partir de uma leitura sistêmica (AMATO, 2017, p. 218-222). Um primeiro tipo de disfuncionalidade é a tentativa de isolamento do centro do sistema político em relação à esfera pública: a opinião pública refletida a partir da infraestrutura dos meios de comunicação de massa. O centro político procura uma ligação direta com a periferia organizada do sistema, sem a intermediação pela reflexão anônima e universalista da opinião pública. Trata-se das variantes de corporativismo (SCHMITTER, 1974): desde o controle estatal sobre grupos de interesse, movimentos sociais e partidos até a captura reversa, da legislação e administração pública pelos interesses particularistas organizados.

Outra disfuncionalidade vincula-se à tentativa do centro político – especialmente da chefia de Estado e/ou governo, em uma abordagem personalista – de contornar a mediação legislativa e partidária da agregação de interesses e visões políticas, buscando um vínculo direto de ressonância entre o líder carismático e seu povo, abordado também mais pela propaganda oficial do que por uma imprensa pluralista constitutiva da opinião pública. Essa disfuncionalidade caracteriza em termos sistêmicos o populismo, e seu efeito é inflacionar as expectativas acerca do

potencial transformador (revolucionário ou reacionário) do poder governamental, conduzindo a um hiato entre essas expectativas e a real disponibilidade de poder político. Ou seja, a inflação do meio de comunicação simbolicamente generalizado do “poder” tende a conduzir a uma frustração, assim como o conservadorismo e a moderação de um governo implicam um uso deflacionário do poder: tomam-se decisões menos transformadoras do que o consenso disponível e o apoio potencial. A insatisfação gerada por esse desbalanceamento de expectativas, sobretudo na via populista/inflacionária, abre caminho para estratégias de valorização do poder bruto, isto é, para regimes fundados na combinação de violência e repressão com uma busca de legitimação por resultados (morais e econômicos, sobretudo); sem disporem de uma legitimidade *a priori* (o consenso pressuposto a um governo escolhido segundo os procedimentos representativos-democráticos), é essa a legitimação buscada por regimes autoritários. Como nota Teixeira (2019), valendo-se do caráter plebiscitário que a eleição direta do chefe de Estado e governo imprime ao sistema político, desestabilizando seus acertos oligárquicos típicos da representação parlamentar, Bolsonaro capitalizou o voto “antissistêmico” em 2018.

O terceiro tipo de disfuncionalidade da representação política é o clientelismo, caracterizado também pela abordagem direta do centro político (políticos e candidatos) aos eleitores, endereçados pessoalmente pela promessa de favores e benefícios tangíveis (cargos, empregos, bens e serviços prestados privadamente ou por acesso privilegiado ao aparato estatal); dado fundamental é a contingência e condicionalidade dos benefícios prometidos (HICKEN, 2011; STOKES, 2009): “se votarem em mim, ganharão...”. Rejeita-se tanto a mediação de grupos que organizem interesses coletivos (caso do corporativismo) quanto da opinião pública universalista; ao contrário do populismo, em que o eleitor é abordado

enquanto massa homogênea sensibilizável por promessas imateriais dirigidas por um líder (portanto, emanadas do Poder Executivo), o clientelismo é mais permeável à administração pública e ao Legislativo.

Vemos na atual onda de líderes embalados por discursos de desinformação a evidente presença de um populismo cibernético, que, simplificador do embate político em um momento de grave e generalizada crise nacional, apresentou-se moralmente inflacionado (LELLIS; DUTRA, 2020) em suas promessas contra a corrupção política e a diferenciação funcional (os monopólios da verdade, da informação, do direito, do poder por sistemas especializados). A descredibilização do procedimento eleitoral, sobretudo¹⁰, visa a desestabilizar e desinstitucionalizar a democracia representativa, pressionando pela cisão do principal mecanismo de vinculação entre esfera pública e esfera organizada do sistema político, desta forma obstaculizando sua auto-observação.

Há também, entretanto, a combinação desse populismo com traços clientelistas e corporativistas forjados pela descentralização comunicativa dos meios digitais. A organização de uma rede de *fake news* que impulsionou no Brasil sobretudo a eleição do Presidente vencedor em 2018, e se manteve operante enquanto estrutura para-oficial de comunicação governamental, contou com uma série de grupos de interesse, movimentos políticos e entidades empresariais como suporte financeiro e ideológico (CAMPOS MELO, 2018; 2020a; 2020b) – uma forma pouco institucionalizada de corporativismo, diversa do corporativismo estatista típico do século XX, em que o associativismo político (protagonizado pelos sindicatos) era controlado pela burocracia pública.

¹⁰ Como fizeram Trump (<https://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2020/noticia/2020/11/22/apos-derrota-trump-pede-nova-recontagem-de-votos-na-georgia.ghtml>) e Bolsonaro (<https://oglobo.globo.com/brasil/depois-de-reafirmar-que-houve-fraude-nas-eleicoes-de-2018-bolsonaro-desconversa-sobre-provas-1-24296493>).

Não deixa de existir, ainda, um componente de clientelismo cibernético. As relações de dependência e patronagem sobretudo econômica, exponenciadas em um contexto social estruturalmente excludente e em plena crise política e econômica, como é e era o cenário brasileiro em 2018, levaram a abordagens coercitivas sobre a formação do voto popular. Alguns dos mesmos empresários que lideraram a formação das mídias bolsonaristas orientaram o voto de seus empregados¹¹; o mesmo fizeram líderes religiosos com grande ascendência popular¹². Além do potencial de difusão desses incentivos e ameaças vindos de lideranças e organizações econômicas e religiosas buscando influenciar a constituição do poder político (em uma pressão desdiferenciante), as mídias digitais acrescentaram outro componente clientelista: o desafio à garantia do sigilo do voto. Não só os meios digitais facilitam o ilícito registro e difusão do voto pessoal (por filmagens ou fotografias que eleitores podem vir a fazer do voto escolhido nas urnas, inclusive para prestar contas a seus “patrões”)¹³, mas sobretudo o sigilo da privacidade dos dados pessoais passa a entrar no campo de visão como um novo direito fundamental, inclusive no plano político.

A “tempestade perfeita” da democracia representativa no Brasil em que se contextualizam as eleições de 2018 merece remissão a alguns traços básicos que marcaram a institucionalização democrática no país. Devemos lembrar que a sociedade mundial só generalizou a democracia de massas, com universalização do sufrágio e queda das exclusões e discriminações de gênero, etnia, propriedade e renda, no período entreguerras do século XX, e sobretudo após a segunda guerra mundial, em paralelo à

¹¹ <https://veja.abril.com.br/blog/maquiavel/em-video-clono-da-havan-pressiona-funcionarios-a-votarem-em-bolsonaro/>

¹² <http://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/07/pro-bolsonaro-malafaia-ataca-midia-e-fala-de-eleicao-em-culto-para-homens.htm>

¹³ <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/28/eleitor-e-presos-em-joao-pessoa-apos-filmar-voto-com-telefone.htm>

internacionalização dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos Estados de bem-estar social (THORNHILL, 2018; 2021). Antes disso, mesmo os países de referência da tradição liberal – como Inglaterra, França e Estados Unidos – tiveram sistemas eleitorais restritivos e distorcivos.

A trajetória política brasileira deve então ser lida como especificação dessa estrutura da sociedade mundial (AMATO, 2021). No século XIX, com a independência e a adoção de um sistema parlamentarista de governo, distorcido pelo poder moderador imperial, viu-se a construção de uma prática política oligárquica e autoritária, liderada pelas elites proprietárias (fundiárias) em rodízio comandado pelo imperador. O voto era censitário e em dois graus, sendo permeado por clientelismo, violência explícita e fraudes eleitorais. Na década final do império, a votação passou a ser em um só grau, o que reduziu ainda mais a base eleitoral, pois o critério econômico adotado foi o patamar antes exigido apenas dos eleitores de segundo grau. Na república velha, às vésperas do século XX, excluído o critério econômico, a restrição de voto aos alfabetizados tratou de atuar como equivalente funcional. O restante das massas agora incluídas eleitoralmente passou a ser alvo do poder coronelista disciplinador de “currais eleitorais”; esse poder rural decadente, em uma sociedade que crescentemente se urbanizava, era ainda a base para a disputa regional, para a escolha dos governadores estaduais e, a partir da disputa entre as oligarquias do sudeste, para a escolha do Presidente da República. Afinal, não só na origem o voto era controlado clientelisticamente como também em seu destino final era distorcido pelos poderes abusivos da Comissão de Verificação de Poderes.

A Revolução de 1930 ergueu a uma de suas bandeiras a garantia do voto, e nessa linha organizou a Justiça Eleitoral como órgão disciplinador do procedimento eleitoral. A partir de então, liderando a modernização

política, administrativa e econômica do país, o Estado foi dominado, entretanto, por uma combinação viciosa de populismo e autoritarismo: seja quando o próprio líder populista investia-se de poderes ditatoriais (caso do Estado Novo, 1937-1945, quando o Congresso Nacional esteve fechado), seja quando, alegando o combate à radicalização populista (1945-1964), os adversários tomaram o poder por golpe de Estado (caso da ditadura militar, 1964-1985). As eleições de 1945 são consideradas as primeiras realmente limpas e com participação significativa na história brasileira, instituindo uma democracia de massas: foi a primeira vez que o comparecimento às urnas ultrapassou a proporção de 10% da população. A pressão sobre um sistema político historicamente oligárquico não foi trabalhada como risco gerenciável dentro da democracia, mas sim lida como perigo justificador de uma nova solução autoritária.

A partir da ditadura militar, a reconquista do voto foi progressiva: com o restabelecimento do pluripartidarismo, das eleições diretas para prefeitos de capitais e governadores estaduais e, finalmente, do voto direto para Presidente da República: em 1990 tomou posse o primeiro Presidente eleito diretamente desde 1960. Nesse meio tempo de recesso democrático, o grau de votantes em relação à população total brasileira saltou de 18% para 50%; só a partir de então, com a “Nova República”, é que mais da metade da população brasileira realmente compareceu às urnas (NICOLAU, 2004, p. 46). Ainda, a Constituição de 1988 foi a primeira a eliminar a barreira do analfabetismo como condição para o exercício do voto.

Tal pano de fundo histórico evidencia as fragilidades do sistema político brasileiro e as variáveis combinações de suas disfuncionalidades; é nessa trajetória que se integra o caso das eleições de 2018. Agora, temos

uma população predominantemente urbana (mais de 80%)¹⁴ e alfabetizada (cerca de 93%)¹⁵, mas uma nova barreira se apresenta: um em cada quatro brasileiros não têm acesso regular à Internet¹⁶, embora 97% acessem diariamente a rede, sobretudo pelo *smartphone*¹⁷. Com este perfil, a população não só está mais integrada às mídias digitais como também mais vulnerável a seus abusos; dentre os quais, as estratégias de desinformação digital que envenenam a democracia representativa contemporânea.

¹⁴ <https://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/2019/12/31/o-censo-brasileiro-de-2020.ghtml>

¹⁵ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos>

¹⁶ <https://observatorio3setor.org.br/noticias/desigualdade-social-1-em-cada-4-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet/>

¹⁷ <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/brasileiros-acessam-a-internet-todos-os-dias/> ;
<https://www.consumidormoderno.com.br/2019/08/28/brasileiros-internet-smartphone/>

Capítulo 2

***Fake news* e eleições de 2018 no banco dos réus**

A atuação dos tribunais no jogo eleitoral é cada vez mais evidente. Caso paradigmático se refere à eleição presidencial dos Estados Unidos em 2000. Em *Bush v. Gore*, a Suprema Corte reformou a decisão do Tribunal da Flórida que determinou a recontagem manual de uma série de cédulas no estado. Para além do debate político que ainda ecoa, a decisão da Suprema Corte ilustra a limitação jurídica da operação na corrida eleitoral – ao impossibilitar a recontagem das cédulas –,¹ o que repercutiu muitas vezes no sistema jurídico como forma estratégica de bloqueio do debate político. Passados vinte anos deste caso, novamente a Suprema Corte estadunidense foi instada a discutir as eleições presidenciais de 2020. Dessa vez, o pleito (apresentado pela candidatura de Donald Trump, em busca da reeleição) foi pela recontagem de votos por correspondência em diferentes estados, sob alegação de suposta fraude eleitoral, o que foi rechaçado pela Corte por ausência de fundamento jurídico do pedido.

Fato é que a estrutura do mercado eleitoral se modificou diante das transformações dos meios de comunicação digital – a disputa pela preferência do eleitor ganhou novos contornos, lembrando a definição de Schumpeter (1984) sobre o mercado eleitoral como a livre competição pelo voto livre, viabilizada pela participação de partidos como grupos cujos membros se propõem a agir combinadamente na luta competitiva pelo poder político.

¹ Um dos argumentos decisivos no caso *Bush v. Gore* foi a dificuldade da recontagem *per se* diante da violação da Seção 5 do 3 US Code, que estabelecia um prazo específico para o exame das controvérsias eleitorais. A decisão da Suprema Corte permitiu a conformação dos votos anterior ao caso judicial, possibilitando que o candidato republicano conquistasse o colégio eleitoral da Flórida.

Como será discutido ao longo deste capítulo, é constatada cada vez mais a prevalência da centralidade da atuação das cortes nas disputas eleitorais; eis o fenômeno da judicialização da competição eleitoral. Trata-se de entender as atuações jurisdicionais como vetores de controle e mudança direta das corridas eleitorais, o que não é apenas observado no resultado final, mas que também pode ser constatado no momento da definição das regras da disputa (MARCHETTI; CORTEZ; 2009).

O Brasil não foge à situação de intervenção judicial no jogo eleitoral: o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em conjunto com o Supremo Tribunal Federal (STF), apresenta considerável jurisprudência que segue no sentido da interferência na disputa: caso da discussão da fixação do número de vereadores,² da fidelidade partidária e da distribuição do fundo partidário,³ da vigência da “Lei da Ficha Limpa”,⁴ das doações de campanhas por pessoas jurídicas⁵, entre outros. À primeira vista isto se refere à própria estrutura de governança eleitoral vigente no país, que preserva uma “combinação atípica de alguns elementos – concentração das atividades da governança em um único OE [organismo eleitoral] (*rule application e rule adjudication*), exclusão do Legislativo da indicação e da seleção dos membros do OE e adoção da regra da interseção [entre TSE e STF]” (MARCHETTI, 2008, p. 890).

O interessante é perceber que o desenho das regras sobre a disputa eleitoral passa a ser controlado diretamente pelos juízes e tribunais, em especial por pleitos feitos majoritariamente por atores políticos (candidatos vs. candidatos), sendo possível identificar sinais de que cada vez mais a Justiça Eleitoral assume protagonismo e – o que é problemático

² STF, RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa. Dje. 07.05.2004.

³ STF, MS 26602/DF, Rel. Min. Eros Grau. Dje 17.10.2008.

⁴ STF, RE 630147/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. Dje. 05.12.11.

⁵ STF, ADI 4650/DF, Rel. Min. Luiz Fux. Dje. 24.02.16.

- tem muitas decisões estabilizadas somente após as eleições (MARCHETTI, 2014, p. 114).

Considerando tal diagnóstico, este capítulo apresenta um estudo quantitativo e qualitativo das decisões do TSE durante o marco temporal das eleições majoritárias de 2018, circunscrevendo-se ao tema da discussão judicial sobre *fake news* nas campanhas eleitorais. A relevância do tema das notícias falsas eleitorais decorre do caráter disruptivo que a circulação dessas informações representou nas redes sociais, em situação descrita como uma nova e decisiva cultura de permanente transgressão⁶ e dissolução de fronteiras – seguindo considerações já apresentadas no capítulo 1.

Retomando a visão schumpeteriana de mercado eleitoral, é o caso de se entenderem as mudanças dos comportamentos dos atores políticos que competem pela preferência dos eleitores, observando-lhes as operações de novas estratégias e meios para a eleição. Trata-se de mudanças estruturais, já que a interatividade e a personalização definem as condições de participação entre candidatos e eleitores nas redes sociais, desde *feeds* de notícias até compartilhamento de vídeos, criando câmaras de eco, programações de robôs (*bots*), entre outras dinâmicas presentes na disputa eleitoral em meio digital. O resultado pode ser a confusão e o dano diante de uma possível sobreposição entre a manifestação de opinião (em conformidade com as regras) e a ofensa (em desconformidade com as regras)? Entre esfera pública e esfera privada? Ou, ainda, entre a crítica legítima e suspeitas delirantes? Ora, tais questões foram colocadas durante

⁶ Novamente, o caso da recente eleição presidencial nos Estados Unidos pode ser mobilizado como exemplo, com “[o] uso confirmado de uma esquema de *fake news* de larga escala pelos apoiadores de Donald Trump, o suposto envolvimento de agentes russos nas eleições, a contratação de produtores profissionais de *fake news* macedônios, o uso ilegal dos dados de usuários do Facebook pela Cambridge Analytica, e o uso intensivo de robôs para influenciar as redes sociais mostravam um novo, complexo e perigoso mundo para a democracia e a liberdade de expressão” (MACEDO JR., 2020a, p. 232-233).

a eleição de 2018 e marcaram o contexto da operação das *fake news* eleitorais, o que representou um novo desafio para a Justiça Eleitoral brasileira.⁷

Como nota Rais (2020, p. 265), já na campanha eleitoral de 2018 redes sociais como o Facebook chegaram a apagar dezenas de páginas e perfis pessoais que violariam as regras da comunidade e estariam ligados a movimentos políticos e eleitorais; por outro lado, no campo da legislação estatal não se dispunha de uma tipificação de ilícitos envolvendo especificamente produção e difusão de notícias falsas. Entretanto, o próprio Código Eleitoral (Lei 4737/65) tipifica os crimes de calúnia, difamação e injúria especificamente nesta seara (arts. 324, 325 e 326), determinando sanções na forma de multa e direito de resposta. Silveira (2020, p. 309) lembra ainda que o Código Eleitoral criminaliza a divulgação de fatos inverídicos na propaganda eleitoral (art. 323), a inutilização, alteração ou perturbação de propaganda eleitoral lícita (art. art. 331) e o impedimento do exercício de propaganda eleitoral (art. art. 332). Ainda, a Lei 9.504/97 prevê o direito de resposta contra a divulgação de fatos “sabidamente inverídicos ou ofensivos” (art. 58) e criminaliza a “contratação direta ou indireta de grupos de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na Internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação” (art. 57-H, §1º).

Em que medida, porém, a disseminação de notícias falsas pelas vias digitais extrapola as regras previstas para a tutela da propaganda eleitoral,

⁷ Considerando o contexto das eleições de 2018 no Brasil, vale destacar a seguinte ponderação: “Nas eleições de 2018, por sua vez, não havia mais porta, e o público que antes estava na arquibancada começou a de fato jogar o jogo da comunicação política, sem se importar se isso estava nas regras ou não. Em um ambiente de mídia mais híbrido, aberto e polarizado, a era da compreensão unívoca dos ‘marqueteiros’ sobre ‘a mente do brasileiro’ e das peças televisivas grandiloquentes está em decadência. Isso coincide com a própria crise do sistema político que operava estruturado durante trinta anos em torno das lideranças do PSDB e do PT, mas em colapso com os resultados da Operação Lava-Jato e das eleições de 2018” (BRITO CRUZ *et al.*, 2019, p. 18).

concebida nos moldes dos meios de comunicação de massa como imprensa, rádio e televisão? Mesmo uma lei de duas décadas atrás que tutelava ilícitos eleitorais na Internet não tinha condições de apreender a dinâmica contemporânea das redes sociais e dos serviços de mensageria privada.

Para esclarecer tal hipótese, a análise desenvolvida ao longo do capítulo se refere à repercussão das *fake news* na governança eleitoral; em especial se observa o centro de tal governança no direito brasileiro: o comportamento do TSE na disputa eleitoral de 2018 ao enfrentar julgados sobre *fake news* e eleições. Na análise dos julgados, a pesquisa avança no exame dos argumentos jurídicos debatidos pelos ministros e suas repercussões – oscilando entre decisão de bloqueio e de intervenção do pleito –, além de explorar a relevância e o ineditismo da participação de empresas de tecnologia no âmbito dos litígios.

Tal circunstância possibilita uma observação sobre a participação dos novos atores na disputa eleitoral, outrora centrada nas figuras dos partidos políticos, que agora concorrem diretamente com empresas de tecnologias. Ao final, o estudo destaca as mudanças da estrutura do mercado eleitoral e suas repercussões via a atuação do TSE, reforçando a importância de compreensão deste novo panorama político para a avaliação da governança eleitoral no país, inclusive diante das transformações observadas durante o processo de eleições municipais de 2020 – que, sob a pandemia de Covid-19, marcaram o protagonismo das mídias digitais nas campanhas.

2.1. A Justiça Eleitoral no Brasil: breve contextualização

A Justiça Eleitoral foi instituída no Brasil em 1932, com a edição de um Código Eleitoral (Decreto nº 21.076). Desde a sua origem, incorpora funções jurisdicionais e administrativas (art. 5º), contando com uma

hierarquia em três níveis formada por um Tribunal Superior, Tribunais Regionais Estaduais e juízes eleitorais. Ademais, já em seus primórdios a composição do Tribunal Superior Eleitoral era mista, formada pela convocação de Ministros e juízes de outras Cortes, bem como por advogados⁸.

Após sua criação, a Justiça Eleitoral ganhou assento constitucional em 1934, sem sofrer grandes alterações em relação às disposições anteriores (arts. 82 e 83)⁹. Contudo, a elevação ao status constitucional não garantiu a sua sobrevivência durante o período ditatorial e a Justiça Eleitoral, tal como os partidos políticos, foi extinta com a Constituição de 1937. Foi reinstituída em 1945 pelo Decreto-Lei nº 7.586, seguindo-se, em linhas gerais, os mesmos moldes anteriores: atribuição diversificada (art. 9º), composição mista (art. 7º¹⁰) e hierarquia tripartite (art. 6º)¹¹. Com o seu retorno à Constituição, em 1946, essas características são preservadas tanto na Carta de 1946¹², quanto na de 1967 (arts. 123 a 132).

⁸ Dispunha o art. 9º do referido Decreto que o presidente da Corte seria o vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, sendo os demais membros escolhidos da seguinte forma: “a) dois efetivos e dois substitutos, sorteados dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal; b) dois efetivos e dois substitutos, sorteados dentre os desembargadores da Corte de Apelação do Distrito Federal; c) três efetivos e quatro substitutos, escolhidos pelo Chefe do Governo Provisório dentre 15 cidadãos, propostos pelo Supremo Tribunal Federal”.

⁹ Além das instâncias jurisdicionais, acrescentam-se na estrutura da Justiça Eleitoral as Juntas Especiais, para apuração das eleições municipais (art. 83, §3º). O TSE é presidido pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal e composto de maneira tripartite: um terço dos membros será sorteado entre os Ministros da Suprema Corte, um terço entre os Desembargadores do Distrito Federal e um terço será nomeado pelo Presidente da República entre cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada.

¹⁰ Prevê-se que o Tribunal Superior seria composto por cinco membros, assim distribuídos: o Presidente do Supremo Tribunal Federal, um outro Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Presidente do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, um outro Desembargador do Tribunal de Apelação do Distrito Federal e um jurista de notável saber jurídico e reputação elevada, designado pelo Presidente do TSE.

¹¹ Os órgãos jurisdicionais continuam distribuídos em três instâncias, porém se acrescenta a eles um órgão da administração das eleições, que são as Juntas eleitorais, responsáveis pela contagem dos votos (art. 18).

¹² Em relação à composição do TSE, prevê o art. 110 que dois dos membros serão escolhidos entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dois entre os membros do Tribunal Federal de Recursos, um juiz escolhido entre os membros do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dois serão cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada escolhidos pelo Presidente da República. A estrutura da Justiça Eleitoral é estabelecida no art. 109, prevendo-se novamente a existência das Juntas Eleitorais além dos três órgãos jurisdicionais. Quanto à sua função, o art. 119 prevê abranger tanto questões administrativas ligadas ao registro de eleitores e organização das eleições, quanto lides processuais.

A Justiça Eleitoral mantém-se, então, formalmente atuante durante a ditadura militar (CAGGIANO, 2004), período em que se editou o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) ainda vigente (com diversas emendas). O Código Eleitoral explicita a função normativa do Tribunal Superior Eleitoral ao dispor que este expedirá instruções para a fiel execução das normas eleitorais (art. 1º, parágrafo único). No mais, segue as três tendências anteriormente verificadas¹³.

A Constituição Federal de 1988 democratiza muitas das instituições sociais e políticas do país, porém, curiosamente, mantém o Código Eleitoral em vigor, agora alçado ao status de lei complementar (art. 121, CF/88), bem como reflete as mesmas características que identificam a Justiça Eleitoral há quase 90 anos. O art. 118 mantém como órgãos da Justiça Eleitoral o TSE, os TREs, os juízes eleitorais e as juntas eleitorais. A composição do Tribunal Superior Eleitoral continua eclética (art. 119): três juízes são eleitos dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dois entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e dois são nomeados pelo Presidente da República entre advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pela Suprema Corte. Nenhuma novidade, pois, é introduzida com o retorno à democracia.

À Justiça Eleitoral atribui-se o julgamento da impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10), a análise das contas de partidos políticos e o registro de seus estatutos (art. 17, II e §2º, CR/88 e art. 6º dos ADCT), a decretação de perda de mandato de Deputado Federal ou Senador (art. 55, V), o julgamento de crimes eleitorais e outros delitos a eles conexos (art.

¹³ Composição tríptica dos órgãos jurisdicionais, havendo previsão da existência de Juntas eleitorais (art. 12); composição mista do TSE (art. 16) - na redação original, dois ministros do STF, dois ministros do Tribunal Federal de Recursos, um desembargador do TJDFT e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada nomeados pelo Presidente da República, enquanto que na redação dada pela Lei nº 7.191/1984, três ministros do STF, dois membros do Tribunal Federal de Recursos, dois advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral nomeados pelo Presidente da República -; e previsão de atribuições administrativas e jurisdicionais à Justiça Eleitoral (art. 22).

96, III; art. 108, I, 'a'; art. 109, IV), o julgamento de habeas corpus (art. 105, I, 'c') e mandado de injunção em matéria eleitoral (art. 105, I, 'h'), o registro de candidatos ao pleito (art. 5º, §1º dos ADCT), a organização de eleições (art. 13, §3º, ADCT). Novamente, mantém-se a competência mista da Justiça eleitoral, que exerce tanto uma função administrativa ligada aos preparativos e à organização do pleito, como uma função jurisdicional, ligada ao julgamento de demandas relacionadas ao processo eleitoral (GOMES, 2014).

Esse livro não tem por pretensão expor exaustivamente os detalhes da organização e do funcionamento da Justiça Eleitoral no Brasil, mas esta breve exposição introdutória mostra-se necessária, contudo, para evidenciar ao leitor que o descompasso da Justiça Eleitoral com o combate às *fakes news* – efetivo tema abordado adiante – também deriva de um descompasso desse ramo da Justiça com o próprio mundo atual: trata-se de um ramo da Justiça desenhado há 89 anos e que, no curso da história brasileira, sofreu pouquíssima alteração, sendo ainda hoje prevalecente a ideia de que se trata de uma Justiça com demanda periódica e que, portanto, não necessita de uma estrutura própria. Ocorre que num país com quase 148 milhões de eleitores¹⁴ e que contou, apenas no pleito de 2020, com 557.406 pedidos de registros de candidatura (no pleito de 2018 foram 29.085 pedidos de registros de candidatura), não é mais possível ignorar a necessidade de especialização da função eleitoral.

2.2. Um novo capítulo da judicialização da política no Brasil? O caso das *fake news* e eleições

A judicialização da política é um tema instigante que, no plano das ciências sociais, exige refletir sobre as interfaces entre ciência política,

¹⁴ Estatísticas eleitorais disponíveis em <https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais> . Acesso em 15 jan. 2021.

direito e sociologia. De modo geral, essa discussão ganha corpo quando, no contexto do pós segunda guerra mundial, diante da reforma dos Estados,¹⁵ nas fronteiras entre as operações dos sistemas da política e do direito começaram a ser observados mútuos e intensos ruídos diante das interpretações e decisões sobre normas constitucionais que especificam objetivos e prestações positivas por parte do Estado na vida social, inclusive com a dependência do protagonismo dos tribunais como organização central para a transição democrática.¹⁶ De um lado, isto representou um significativo aumento da função jurisdicional na sociedade; com a ampliação do escopo e dos instrumentos e competências processuais da jurisdição, juízes e tribunais passaram a controlar e a definir diretamente os rumos da política. De outro lado, é possível identificar que a especificidade da comunicação jurídica não se restringiu aos tribunais, mas foi incorporada também fora da jurisdição propriamente dita.

Na visão de Luhmann (2007, p. 152), é o caso de se observar uma discrepância entre pretensões e realidade: aposta-se na centralidade da atuação do Estado, mas na prática há outras organizações que ocupam o espaço estatal, o que repercute no transbordamento da comunicação política. Nessa perspectiva, é o caso de perceber que toda política é comunicação, que sempre fala sobre si mesma. Ao marcar o politicamente possível tanto como uma circunstância tanto superestimada quanto desvalorizada, a heterorreferência ao sistema político está presente nas

¹⁵ Processos de democratização são referenciados como movimentos que contribuíram para a judicialização da política (HIRSCHL, 2004). A supremacia constitucional é reputada como a base da reforma em diversos regimes pós-autoritários da Europa, da América Latina e da Ásia, sendo admitido que os princípios do constitucionalismo moderno foram rapidamente incorporados para viabilizar a transição para a democracia.

¹⁶ Na perspectiva sistêmica, por exemplo, é o caso de observar a ampliação do próprio conceito da política. Na leitura de Niklas Luhmann (2007, p. 156) sobre a experiência do Estado do Bem-Estar Social, a operação política é, de alguma forma, observada como o último destinatário de todos os problemas sociais não resolvidos, admitindo uma hierarquização social (ver também LUHMANN, 1990a).

decisões judiciais, repercutindo de diferentes maneiras na sociedade como casos de judicialização da política.

Aliás, o campo da judicialização da política é demasiadamente amplo, incorporando desde o debate da implementação e eficácia de políticas públicas até o exame da governança eleitoral. Uma sistematização interessante é, por exemplo, apontada por Hirschl (2004) ao observar o fenômeno da *juristocracia*,¹⁷ processo que se refere à transferência massiva para os tribunais das controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que um regime democrático pode contemplar.

Para determinar o conteúdo desta transferência, Hirschl (2004, p. 723) comenta que a “judicialização da política” é um termo “guarda-chuva” que se refere a três processos inter-relacionados, com dois níveis: (i) o nível mais abstrato relacionado à disseminação do discurso jurídico, jargão, regras e procedimentos na esfera política e nos fóruns e processos de formulação de políticas; bem como em níveis concretos¹⁸ (ii) sobre a tomada de decisões políticas pela administração ordinária e sua revisão judicial¹⁹ ou sobre (iii) a judicialização da política pura (*mega politics*), qualificada como a transferência direta para os tribunais de questões de natureza essencialmente política.

¹⁷ A judicialização indiscriminada da política reflete o fim da doutrina da “questão política” e representa um sério desafio à doutrina tradicional da separação de poderes. Essa tendência marca uma transição para o processo da juristocracia – um fenômeno abrangente que reflete em diferentes regiões a atuação dos tribunais como centrais para o sistema político (HIRSCHL, 2004).

¹⁸ Hirschl (2004, p. 724) sustenta que a judicialização desse tipo é inextricável da captura pelas leis das relações sociais, da cultura popular e da expropriação dos conflitos sociais. Ela decorre da crescente complexidade e contingência das sociedades modernas, ou da criação e expansão do moderno Estado de bem-estar, com suas numerosas agências reguladoras.

¹⁹ Os casos mais frequentes deste modelo são aqueles que lidam com liberdades civis clássicas, principalmente direitos de devido processo criminal. Para Hirschl (2004, p. 725), enquanto o primeiro tipo de judicialização pode ser descrito como “judicialização das relações sociais”, a judicialização deste segundo tipo concentra-se principalmente na justiça processual e formal dos processos de tomada de decisão; por ser frequentemente iniciada por requerentes de direitos que desafiam as decisões e práticas de políticas públicas, também pode ser descrita como “judicialização de baixo para cima”.

A *mega politics* se refere às controvérsias políticas centrais que marcam as disputas políticas sobretudo observadas a partir da segunda metade do século XX. Isso é identificado em processos eleitorais, nos escrutínios judiciais das prerrogativas do Poder Executivo nas esferas de planejamento macroeconômico ou mesmo em questões de segurança nacional. Tais áreas expandiram os limites do envolvimento dos tribunais superiores na esfera política, para além do âmbito dos direitos fundamentais ou da jurisprudência do federalismo, e levaram a judicialização da política a um ponto que excede em muito qualquer limite anterior.

Essa tendência foi apoiada, tácita ou explicitamente, por diversos atores políticos ao longo da história. O resultado foi a transformação das cortes supremas em pilar crucial do aparato político nacional de seus respectivos países. No Brasil, por exemplo, a história da judicialização da *mega politics* pode ser contextualizada com os movimentos revolucionários de 1930, que demandavam uma mudança da estrutura oligárquica de poder consolidada na experiência da Primeira República; pretendiam a superação do “voto de cabresto”, sobretudo por novos modelos de gestão das eleições, via a participação do Judiciário.

[...] o movimento de 30 tinha entre suas bandeiras a moralização das eleições, sumarizada no binômio cunhado por Assis Brasil, “representação e justiça”. Para isso parecia imprescindível afastar os poderes Executivo e Legislativo da administração e do controle do processo eleitoral, e retirar das Câmaras Legislativas a prerrogativa da verificação dos mandatos. (SADEK, 1995, p. 30)

Trata-se de compreender a trajetória do modelo da governança eleitoral implementado, que determina o conjunto de regras e instituições que organizam o processo da corrida eleitoral – variável de análise que

recentemente despertou interesse do campo da ciência política, mas ainda é de muito tímida repercussão na agenda de pesquisa jurídica brasileira.²⁰

Na experiência brasileira, o resultado foi a criação de uma Justiça Eleitoral responsável pela governança eleitoral, modelo que aposta na centralização da atuação judicial e que excluiu da gestão uma participação direta dos partidos. Essa estrutura contribuiu historicamente para a judicialização da competição político-partidária sobretudo no TSE, órgão de base para o controle final via o STF.²¹ Para reforçar a sincronia de atuação dessas cortes basta considerar o contencioso eleitoral de 2012 a 2016: dos 627 recursos extraordinários propostos em face das decisões do TSE, somente dois casos julgados pelo STF reformaram o acórdão (ARAÚJO; XIMENES, 2019).

2.3. Justiça eleitoral e Internet

A Justiça Eleitoral – e o direito eleitoral como um todo – embora inovadores na propositura do uso de meios eletrônicos de votação²², demoraram a enfrentar a necessidade de regulamentação do uso da Internet e de redes sociais nas eleições. Apenas em 2008 regulamentou-se, por meio de resoluções administrativas do TSE, a utilização da Internet para a prestação de contas pelos candidatos (Resolução TSE nº 22.868,

²⁰ Sobre o ponto, indica Marchetti (2008, p. 866) que “[o]s estudos sobre governança eleitoral são recentes na literatura política comparada. A *electoral governance* ganhou destaque a partir da preocupação com a credibilidade dos resultados eleitorais das democracias nascidas da terceira onda democrática. A preocupação básica nesses novos regimes era garantir que os resultados das urnas fossem justos, transparentes e sobretudo aceitos pelos competidores políticos”.

²¹ Sobre o ponto, indica Marchetti (2008, p. 885) que “[é] possível afirmar que o TSE é um órgão do STF para matérias eleitorais – não de direito, mas de fato. Como vimos, são sete os membros do TSE: três deles têm origem no Supremo, outros dois são advogados indicados por ele, produzindo uma forte influência sobre esses membros. No mínimo, podemos dizer que esses advogados serão indicados de acordo com um perfil projetado e esperado pelos ministros da Corte Constitucional. Os dois outros ministros têm origem no STJ. Entretanto, é preciso observar que esses ministros exercem menor influência sobre o perfil do TSE do que os ministros do STF. O que nos leva a essa afirmação? A questão do tempo do mandato. Todos os membros da Justiça Eleitoral possuem um mandato de dois anos, podendo ser prorrogado por mais dois. Uma regra interna no STJ, porém, eliminou a possibilidade de que seus membros pudessem ocupar o cargo de ministros do TSE por mais de um biênio. Já entre os ministros oriundos do STF e entre os advogados, o mandato de quatro anos transformou-se em prática comum”.

²² <https://www.tre-pi.jus.br/o-tre/o-tre-pi/memoria-e-cultura/evolucao-da-justica-eleitoral-no-brasil>

22.867), sendo certo que a Resolução TSE nº 22.624/2007, permitia a transmissão de petições e comunicações via meio eletrônico, mas ainda atrelado ao fac-símile (art. 5º, §6º e art. 8º).

A legislação eleitoral, por sua vez, concentrada outrora na regulamentação da propaganda eleitoral realizada em rádio e na televisão (BRITO CRUZ, 2019), apenas voltou-se aos meios digitais em 2009, com a edição da Lei nº 12.034, responsável pela inclusão dos artigos 57-A a 57-I na Lei nº 9.504/97. O primeiro desses artigos introduzido na Lei das Eleições é emblemático ao ressaltar ser permitida a propaganda eleitoral na Internet durante o período de campanhas (art. 57-A).

O Tribunal Superior Eleitoral, por sua vez, apenas em 2012 veio a abordar a questão (TENORIO, 2014), considerando irregular o uso do Twitter para a realização de propaganda eleitoral²³. Entendeu, nessa oportunidade, que o Twitter seria um meio de divulgação de informações ao conhecimento geral, configurando propaganda extemporânea a sua utilização para divulgar futura candidatura.

No ano seguinte, contudo, esse posicionamento foi alterado em outro caso que igualmente envolvia o Twitter. No Recurso Especial Eleitoral nº 74-64.20126.20.0003, o TSE determinou que a “divulgação de pronunciamentos de conteúdo eleitoral proferidos em evento partidário, em rede social fechada, em período vedado pela legislação, não configura propaganda extemporânea”²⁴. Considerou, então, o Twitter como uma rede social fechada, já que a comunicação, em regra, seria restrita aos usuários que subscrevessem a página do pretense candidato, concluindo-se que malferiria os princípios constitucionais da liberdade de pensamento e expressão vedar-se pronunciamentos nesse espaço.

²³ Representação nº 182524, Acórdão, Relator(a) Min. Aldir Passarinho Junior, Relator(a) designado(a) Min. Marcelo Ribeiro, Publicação: RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 23, Tomo 2, Data 15/03/2012, Página 65.

²⁴ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 74-64.2012.6.20.003, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 12.9.2013.

A minirreforma eleitoral do mesmo ano (Lei nº 12.891/2013) garantiu a licitude do uso da Internet como instrumento de campanha eleitoral, alterando a redação do art. 36-A da Lei das Eleições para expressamente consignar que não configura propaganda eleitoral antecipada a cobertura de atos de pré-candidatos pelos meios de comunicação social, inclusive pela Internet.

A discussão judicial em torno do uso da Internet para realização de propaganda eleitoral aos poucos foi se tornando mais familiar na jurisprudência da mais alta Corte Eleitoral do país. Assim, em 2013 tem-se o julgamento de casos envolvendo temas centrais aos pleitos passados, por exemplo, a divulgação de vídeo calunioso e ofensivo na Internet²⁵ e a inclusão *de link* em sítio de órgão oficial redirecionando eleitores a página da Internet que continha propaganda eleitoral²⁶.

A discussão em torno do uso de *links* patrocinados nas eleições é também um bom exemplo da interação entre a jurisprudência e o trabalho legislativo voltado à regulamentação do uso da Internet nas eleições. A reforma legislativa de 2009 havia introduzido na Lei das Eleições o art. 57-C, o qual dispunha ser vedada qualquer tipo de propaganda paga na Internet. Nesse sentido, o TSE, de início, aplicou a vedação em sua inteireza²⁷. Não obstante, após extenso questionamento acerca da licitude do pagamento para impulsionamento de conteúdo na Internet e, principalmente, em redes sociais, o TSE definiu ser lícita a utilização dos mencionados *links* patrocinados quando ausente o expresse pedido de

²⁵ TSE, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 8005-33, São Paulo/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 18.4.2013.

²⁶ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 8029-61, São Paulo/SP, redatora para o acórdão Min. Luciana Lóssio, julgado em 28.11.2013.

²⁷ TSE, Representação nº 94675, rel. Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, publicado em 14.10.2014.

votos no candidato²⁸, seguindo também a alteração redacional do art. 57-C promovida pela Lei nº 13.488/2017.

Com o tempo, pois, a jurisprudência da Corte tem se tornado cada vez mais leniente com o uso das redes sociais, especialmente no tocante à divulgação de ideias por particulares desinteressados. Assim, já definiu o TSE ser “lícito aos cidadãos, inclusive os servidores públicos, utilizarem-se das redes sociais tanto para criticar quanto para elogiar as realizações da administração pública, sem que tal conduta caracterize, necessariamente, publicidade institucional”²⁹.

Por outro lado, o Tribunal tem procurado lidar com os novos desafios introduzidos por esses novos métodos de comunicação em massa. Já entendeu configurar conduta vedada a distribuição de convites para eventos organizados pelo Poder público municipal através do Facebook e do WhatsApp. Consignou-se expressamente que o fato de a publicidade institucional ter ocorrido em rede social não afasta a ilicitude da conduta³⁰, ainda que se trate de rede social gratuita³¹.

Assim, a crescente importância da Internet e, especialmente, das redes sociais para o processo democrático brasileiro é refletida, ainda que tardiamente, nos debates legislativos e jurisprudenciais acerca do direito eleitoral, em particular no tocante à regulamentação da propaganda eleitoral.

A incorporação das redes sociais como importantes atores do processo eleitoral tampouco é uma novidade. Embora a campanha de 2018

²⁸ TSE, Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 1112-65/SP, Relator: Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, DJE de 5.10.2017. TSE, Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 31-17/SP, Rel. Min. Admar Gonzaga, DJE de 14.11.2017. TSE, Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 46-03/MG, Rel. Min. Rosa Weber, DJE de 15.3.2018.

²⁹ TSE, Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 376-15, Conceição da Barra/ES, julgado na sessão virtual de 20 a 26.3.2020.

³⁰ Recurso Especial Eleitoral nº 415-84/SP, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 7.8.2018. Ver também Recurso Ordinário nº 1723-65/DF, rel. Min. Admar Gonzaga, DJE de 27.2.2018.

³¹ Agravo Regimental no REspe nº 1421-84, Curitiba/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, 9.6.2015.

tenha efetivamente elevado essas empresas a relevantes partes dos processos judiciais, já nas eleições anteriores via-se o crescimento exponencial de sua influência, especialmente no tocante ao cumprimento de ordens judiciais³².

A especialidade do pleito de 2018, contudo, consistiu na consolidação desse novo *modus operandi* da Justiça e do direito eleitoral, invertendo-se a lógica predominante acerca do funcionamento das campanhas eleitorais. A Internet torna-se o principal meio de divulgação de campanhas, superando os meios tradicionais já regulamentados, como o rádio e a televisão. Ao mesmo tempo, o que se verificou nesse pleito foi um exponencial questionamento não mais da licitude da utilização das redes sociais na propaganda, mas, sim, do abuso desse direito, com a divulgação massiva de notícias falsas como estratégia de campanha. Decorre daí, portanto, a delimitação metodológica do presente estudo.

2.4. Metodologia: recortes e codificação

O estudo deste capítulo é baseado em uma análise de processos que tiveram decisões – tanto monocráticas quanto colegiadas – proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral³³ entre 01 de janeiro de 2018 e 30 de junho de 2020 e que continham a expressão “*fake news*” ou outras correlatas³⁴. Após a coleta inicial, os andamentos processuais de cada um desses processos foram analisados até 01 de março de 2021, data do fechamento desta edição.

³² Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 14-128, Joinville/SC, rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 28.9.2017.

³³ Para tanto, utilizou-se a ferramenta de pesquisa disponibilizada pela própria Corte: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>.

³⁴ As pesquisas foram realizadas utilizando os termos “fake news”, “fake e news”, fake, “notícias falsas”, “notícias e falsas”.

É importante esclarecer que a possibilidade de observar a partir do referencial sistêmico os tribunais repercute na compreensão do complexo arranjo entre sistemas organizacionais e funcionais da sociedade. Em muitas circunstâncias, a comunicação organizacional veiculada, por exemplo, via as decisões judiciais reproduzem símbolos que circulam e possuem diferentes sentidos no âmbito da política (*e.g.*, contestação), da economia (*e.g.*, valor), além é claro do direito (*e.g.*, validade). Assim o desenvolvimento de um estudo jurisprudencial representa uma forma de controlar as abstrações conceituais sobre *fake news* apresentadas no capítulo 1 deste livro para âmbitos mais concretos e identificar quais são as tensões e limitações que o tema repercute na prática adjudicatória, contribuindo para entender as diferentes dimensões de sentidos produzidas pelas comunicações organizacionais na sociedade (ver BARROS, 2019).

A restrição da análise apenas a decisões do Tribunal Superior Eleitoral justifica-se pelo fato de se tratar de órgão decisório de última instância dessa Justiça especializada, bem como porque o fenômeno das notícias falsas impactou, de forma mais contundente (que as eleições para governador ou para o Legislativo), as eleições *presidenciais* de 2018, cujo julgamento é de responsabilidade do TSE.

A data de início da filtragem corresponde ao começo do ano eleitoral, marco em que as pretensas candidaturas já estão mais consolidadas e a possibilidade de ocorrência de propaganda extemporânea é maior. A data final corresponde ao período em que a coleta de jurisprudência, empreendida entre 01/06/2020 e 13/07/2020, foi realizada.

Dentre os resultados obtidos com a utilização da ferramenta de pesquisa jurisprudencial, foram reportados aqueles que enfrentaram a questão relativa à ocorrência ou ao reconhecimento de “*fake news*”, sendo

excluídos apenas os resultados referentes às eleições de 2016³⁵ e aqueles em que a menção às notícias falsas era meramente acidental, não correspondendo ao mérito do julgamento³⁶ (e.g. casos em que a expressão era mencionada em precedente citado, mas não referente à questão principal discutida nos autos).

Ademais, é preciso notar que cada processo foi considerado como um todo, ou seja, todas as decisões proferidas no mencionado prazo foram analisadas conjuntamente e foram objeto de uma única entrada na tabela de controle. Assim sendo, todas as manifestações judiciais foram consideradas separadamente, porém consolidadas para análise. Isso permite um melhor entendimento das decisões definitivas prolatadas nos processos considerados.

Observe-se que foram consideradas tanto decisões proferidas em casos transitados em julgados quanto aquelas proferidas em casos ainda em andamento. No total, 59 casos foram analisados.

Para obter uma uniformidade entre os dados coletados e permitir uma análise comparativa objetiva, utilizou-se um formulário eletrônico extraído da ferramenta *Google forms* com questões e algumas respostas pré-estabelecidas³⁷.

2.5. Estudo quantitativo e qualitativo dos julgados

Os resultados apresentados permitem traçar um perfil das partes envolvidas nas contendas envolvendo *fake news* no pleito de 2018³⁸. Pelo

³⁵ Proc. 0001705-94.2016.6.19.0176, 0000972-29.2016.6.13.0263, 31-02.2017.621.0173, 699-30.2016.610.0038, 137-48.2016.606.0065, 0601092-28.2018.6.00.0000.

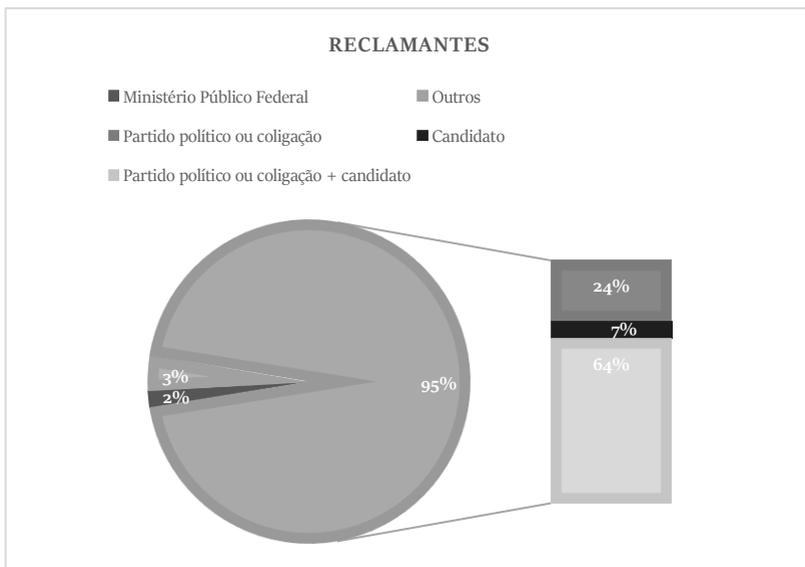
³⁶ Proc. 0601167-67.2018.6.00.0000, 0601659-47.2018.6.22.0000, 0603312-52.2018.6.16.0000, 0602455-06.2018.6.16.0000, 0601642-23.2018.6.00.0000, 0600609-61.2019.6.00.0000, 0601796-41.2018.6.00.0000, 0600558-50.2019.6.00.0000, 0601625-03.2018.6.03.0000, 0601412-82.2018.6.25.0000.

³⁷ Disponível em: https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpOLSen6xCwEgSE5ScNqrlqmXV61eKo3MxldhhPBdhsBkd16_Guw/viewform?usp=sf_link

³⁸ Os resultados consolidados podem ser consultados em: https://drive.google.com/file/d/1SteeCZT_5kgvR8ZRlo-WvcUhxixCj8k/view?usp=sharing

lado dos reclamantes, aproximadamente 95% das ações foram movidas por partidos, coligações ou candidatos, seguindo-se uma já tradicional divisão dos atores em demandas eleitorais. A participação do Ministério Público Eleitoral, por outro lado, foi irrelevante, já que este ator foi responsável pela propositura de apenas um caso da amostra coletada.

Gráfico 1. Reclamantes³⁹



Os maiores reclamantes foram os partidos e candidatos que concorreram ao segundo turno das eleições presidenciais⁴⁰, o que não é surpreendente, já que a maioria dos processos referiu-se efetivamente às eleições presidenciais, notoriamente afetadas pelo uso de *fake news*⁴¹.

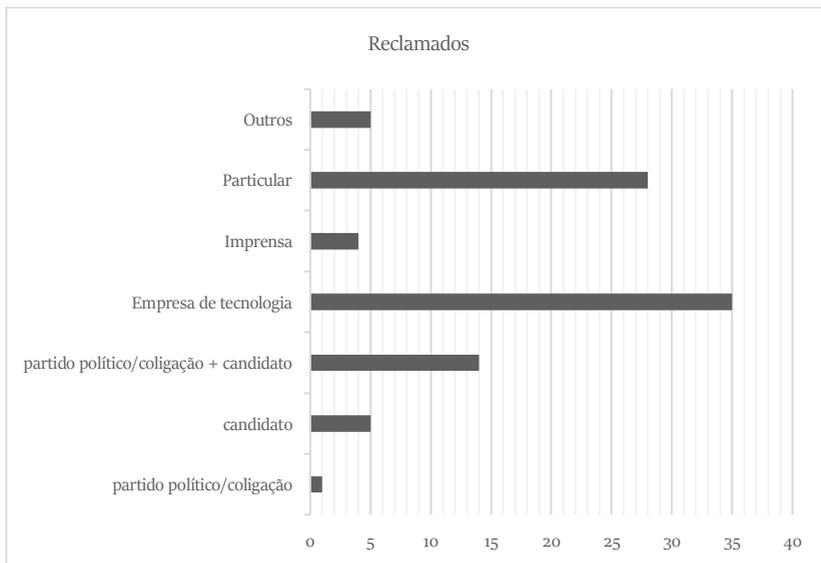
³⁹ A cifra “outros” refere-se a processos em que constam como reclamantes um particular ou instituto de pesquisa (Proc. 0600790-96.2018.6.00.0000, 0600790-96.2018.6.00.0000).

⁴⁰ Em primeiro lugar aparece o bloco Bolsonaro/Mourão/coligação com 21 ações; em segundo, Haddad/Manuela/coligação com 13 ações. Em seguida, tem-se Ciro Gomes/Partido com 9 ações, Marina Silva/partido e Boulos/partido com 2 ações cada. A cifra “outros” refere-se a processos movidos por outros partidos minoritários ou referentes às eleições para outros cargos que não a presidência, contemplando 12 processos.

⁴¹ De todos os casos analisados, 83% referiram-se às eleições presenciais, 5% aos cargos de Senador, 5% ao pleito para governador, 3% à disputa de Deputado Federal, 2% de Deputados Estaduais, 2% para outros casos (houve demandas não relacionadas a nenhum pleito especificamente).

Por outro lado, no polo “reclamado” concentram-se ações movidas em face de particulares e empresas de tecnologia responsáveis por conteúdo promovido na Internet (59,3%), alterando a lógica tradicional do processo eleitoral. Graficamente, tem-se o seguinte.

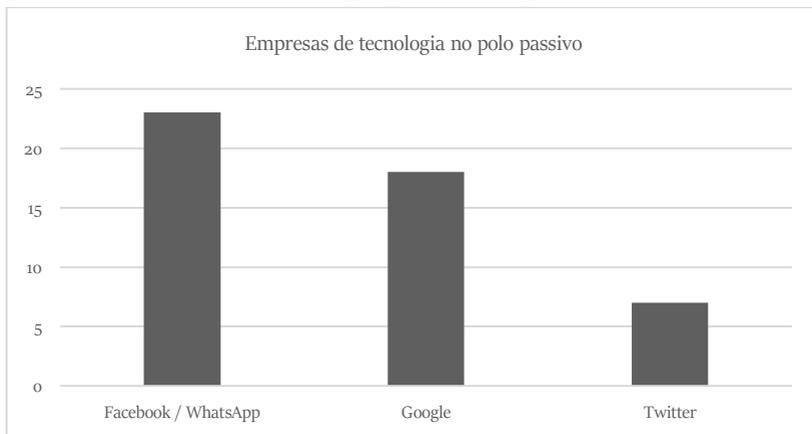
Gráfico 2. Reclamados⁴²



Tradicionalmente, as representações e ações eleitorais eram movidas em face de candidatos e/ ou partidos políticos, porém em 24 dos casos analisados os reclamados não eram nenhum destes. Ademais, em 8 casos as empresas de tecnologia foram arroladas de forma isolada como únicas rés das ações judiciais movidas.

⁴² Os resultados não somam 59 porque alguns processos foram movidos em face de mais de um tipo de reclamado. Na cifra “outros” foram incluídas ações de jurisdição voluntária e uma movida contra um Tribunal Regional Eleitoral.

Gráfico 3. Empresas de tecnologia



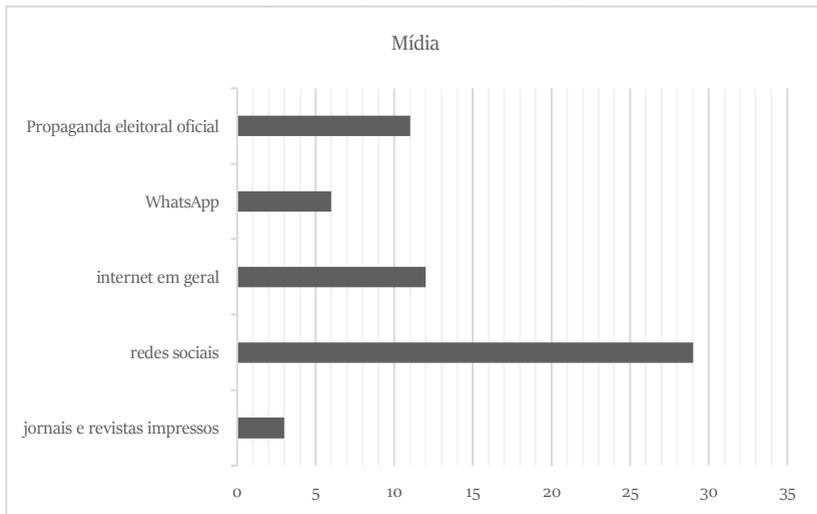
Esses dados demonstram, pois, uma particularidade das ações referentes à apreciação de *fake news* no Judiciário, pois, até aquele momento, as representações por propaganda irregular e as ações de investigação judicial eleitoral pautadas em violações já conhecidas da legislação eleitoral contavam com uma maior participação do Ministério Público no polo ativo e de candidatos e partidos no polo passivo.

Como já mencionado adrede, contudo, o fenômeno das *fake news* impacta sobremaneira a dinâmica dos atores eleitorais, incluindo novos *players* em um velho jogo. Os dados quantitativos coletados reforçam essa tendência, demonstrando claramente a inserção das empresas de tecnologia, responsáveis pela administração de redes sociais, no jogo político.

Nesse sentido, nota-se igualmente uma alteração no tipo de material objeto de contestação. Tradicionalmente, o principal veículo de divulgação de propaganda eleitoral eram os materiais produzidos pelos próprios partidos e candidatos, porém nas eleições de 2018 constatou-se que a maioria das ações julgadas impugnou conteúdos divulgados em redes

sociais e na Internet em geral (sem relação com contas e páginas oficiais de partidos e concorrentes ao pleito).

Gráfico 4. Mídia em que veiculada a notícia impugnada⁴³



A respeito do procedimento utilizado, é preciso mencionar que como não há, até hoje, um procedimento eleitoral específico para a apuração de *fake news*, os requerentes tiveram de enquadrar a conduta em um dos tipos já consagrados de ilícitos eleitorais, tais como a “propaganda irregular” ou mesmo a figura do “abuso de poder”.

As representações por propaganda eleitoral antecipada (art. 36-A da Lei nº 9.504/97) ou irregular (arts. 37 a 40, 50, 52, 57 e seguintes da Lei das Eleições) consistiram no principal meio de impugnação da disseminação de notícias falsas no pleito presidencial, correspondendo a 78% das ações analisadas. Muitas vezes, essas representações também continham pedidos para o exercício do direito de resposta previsto no art. 58 da mesma Lei eleitoral.

⁴³ A categoria “propaganda eleitoral oficial” refere-se à propaganda política gratuita veiculada no rádio e na televisão, nos termos do art. 44 e seguintes da Lei nº 9.504/97.

O problema da opção por esse procedimento é que a jurisprudência consolidada pelo Tribunal Superior Eleitoral determina que após a ocorrência do pleito não persistiria o interesse processual no julgamento, não se procedendo ao julgamento de mérito⁴⁴. Isto se aplicou também às questões referentes às *fake news*, prejudicando a formação de precedentes colegiados e definitivos balizando o tema, como será melhor apreciado a seguir.

Em segundo lugar, dentre a amostra coletada, vieram as proposituras de Ações de Investigação Judicial Eleitoral (art. 22 da Lei Complementar nº 64/90), totalizando quatro processos, baseados em conhecida investigação jornalística publicada pela Folha de São Paulo noticiando a contratação de empresas especializadas para a disseminação massiva de notícias falsas acerca da corrida eleitoral (CAMPOS MELLO, 2018).

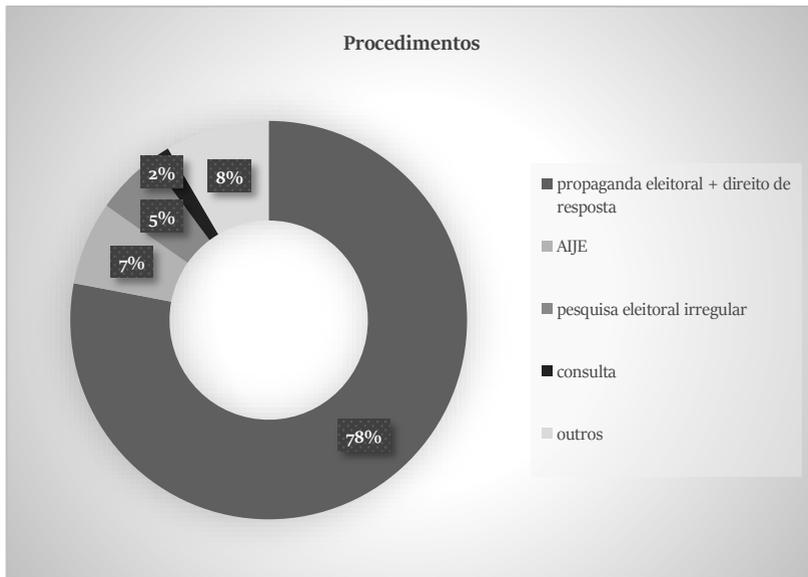
Embora se trate de um procedimento que, em tese, dependa menos de provas pré-constituídas e permita às partes maior possibilidade de instrução processual, fato é que a demora na tramitação dessas ações perante o TSE – duas foram julgadas em 2021 apenas e uma ainda estava em andamento quando do fechamento desta edição⁴⁵ – não fornece uma resposta rápida ao ilícito. De fato, após quase dois anos, aproximando-se as eleições municipais de 2020, não havia qualquer posicionamento da Corte a respeito da utilização desse esquema nas eleições pretéritas. Novamente, pois, verifica-se a ausência de definição de parâmetros jurisprudenciais claros à configuração das notícias falsas.

⁴⁴ Veja, nesse sentido: TSE, Rp. nº 0602691-28.2018.6.17.0000, rel. Min. Edson Fachin, sentença de 01/11/2018; TSE, AC nº 0601853-59.2018.6.00.0000, rel. Min. Admar Gonzaga, decisão de 06/11/2018; TSE, Rp. nº 0601820-69.2018.6.00.0000, rel. Min. Sergio Banhos, decisão de 05/11/2018; TSE, Rp. nº 0601793-86.2018.6.00.0000, rel. Min. Og Fernandes, decisão de 26/06/2019).

⁴⁵ TSE, Processo nº 0601771-28.2018.6.00.0000. Também há, aparentemente, um inquérito policial versando sobre os mesmos fatos: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Ofcioinquiritoassinado.pdf>. Acesso em 17 jul. 2020.

Em termos gerais, foram analisados os seguintes tipos de procedimento:

Gráfico 5. Tipos de procedimento⁴⁶



O fato de a maioria das ações referir-se a representações relacionadas à propaganda eleitoral contribuiu, igualmente, para os resultados observados, já que essas demandas devem ser julgadas com celeridade⁴⁷ (art. 96 da Lei nº 9.504/97). Como consequência, são, em regra, julgadas monocraticamente, já que não há tempo suficiente para levar as demandas ao plenário antes da data do pleito (quando perdem seu objeto). Nesse

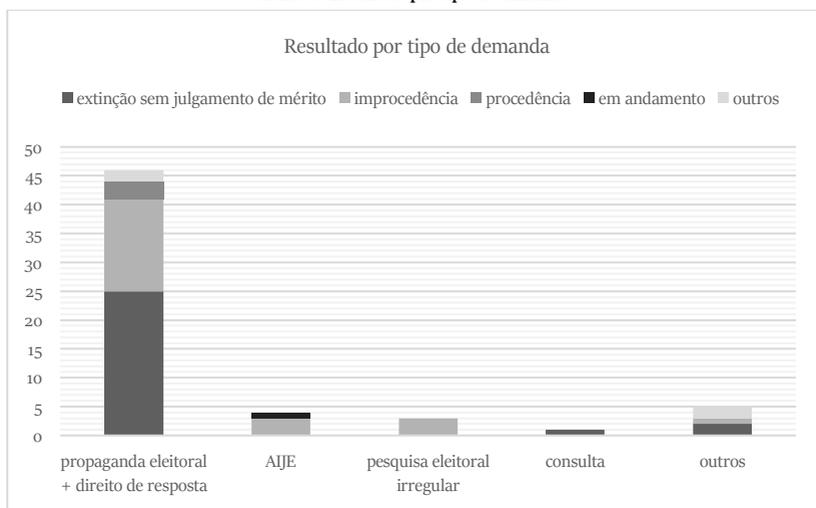
⁴⁶ A cifra outros engloba duas notícias de crimes eleitorais, um pedido cautelar para concessão de efeito ativo a mandado de segurança, uma reclamação e um pedido de providência com base no art. 23, XVIII, do Código Eleitoral.

⁴⁷ Ver Gomes (2018, p. 568). Retira-se da sentença proferida em 01/09/2018 nos autos da Rp nº 0600546-70.2018.6.00.0000: “É que, no âmbito das representações com fundamento no art. 96 da Lei das Eleições - e que tem como característica intrínseca a sumariedade do procedimento, a fim de atender à exigência do direito material invocado -, exige-se da Justiça Eleitoral a adoção de postura de intervenção mínima possível, além de bastante célere. [...] Aliás, este procedimento consegue ser o mais curto dos ritos eleitorais, razão pela qual o prolongamento das diligências, com o único objetivo de tentar identificar o real autor das postagens ofensivas, refoge à utilidade prática desta via processual. [...] Com efeito, quando a controvérsia envolver propaganda negativa na Internet durante o processo eleitoral, como ocorre na hipótese dos autos, o enfoque pela qual deve se pautar esta Justiça Especializada é de contenção de danos, atuando prontamente na remoção imediata do ilícito [...]”.

sentido, 83% dos processos analisados foram julgados de forma monocrática⁴⁸, o que demonstra a fragmentação das decisões proferidas pela Corte e a falta de uma sistematização decorrente de uma análise colegiada do tema.

Conforme já adiantado, o atual entendimento do Tribunal Superior Eleitoral é no sentido de que após o término da votação, as representações por propaganda irregular ou antecipada perdem seu objeto, devendo ser extintas sem julgamento de mérito. Dessarte, muitas das demandas referentes às *fake news* ajuizadas em 2018 não tiveram o seu mérito analisado pela Corte, prejudicando-se, novamente, a cristalização de parâmetros para análise desse fenômeno.

Gráfico 6. Resultado por tipo de demanda⁴⁹



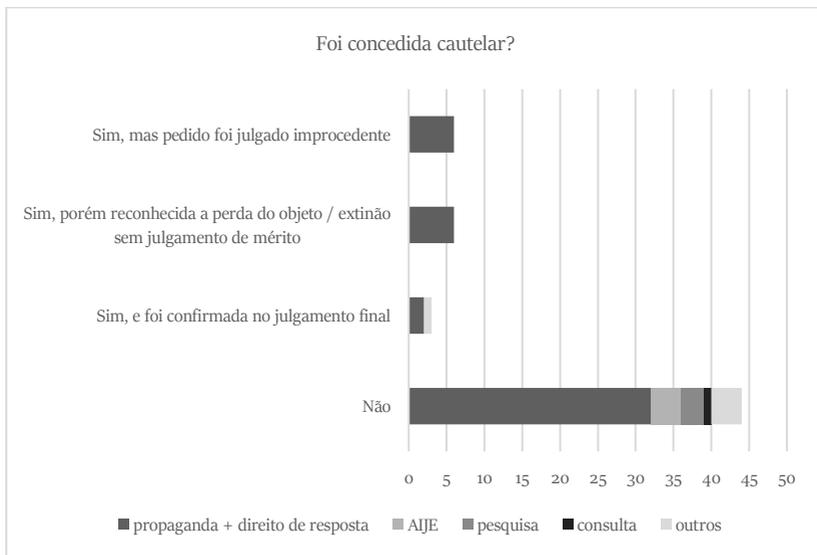
Por outro lado, os dados compilados permitem entrever que, em geral, o Tribunal Superior Eleitoral absteve-se de interferir em publicações divulgadas pelos eleitores. Essa conclusão é confirmada, primeiramente,

⁴⁸ Considerou-se apenas a última decisão proferida em cada processo analisado.

⁴⁹ A cifra outros refere-se a decisões de não admissibilidade de demandas, principalmente.

pelo diminuto número de casos julgados procedentes (gráfico 5), bem como pelo reduzido número de casos em que foram concedidas cautelares para a suspensão da divulgação de conteúdo, independentemente do resultado final da demanda (gráfico 6).

Gráfico 7. Concessão de cautelar⁵⁰



É certo, ademais, que foram explicitados diversos parâmetros para a análise de ocorrência das *fake news* e a necessidade de interferência do Judiciário para sua contenção:

- a) a utilização de montagem para manipulação de imagem de candidato⁵¹;

⁵⁰ Analisando ainda apenas os casos referentes à propaganda eleitoral ou a pedidos de resposta em que foram concedidas cautelares, os quais totalizam 14, tem-se que (i) em um caso a liminar concedida não teve por embasamento a ocorrência de *fake news*, mas sim a utilização de montagem e truncagem em propaganda e (ii) em quatro casos a liminar foi concedida apenas para que se solicitassem às empresas de tecnologia os dados de identificação dos usuários responsáveis pelas postagens, porém não se determinou a suspensão da divulgação de conteúdo.

⁵¹ TSE, Proc. 0600719-94.2018.6.00.0000: a ação, julgada procedente, impugnava a divulgação de vídeo no YouTube no qual um presidenciável era exposto como se fosse dependente químico, por intermédio da substituição de um cigarro comum, em uma foto verídica, por um cigarro de maconha, em imagem manipulada. Não obstante, na Rp nº 0601846-67.2018.6.00.0000 não se concedeu a liminar para retirada de vídeo manipulado em que se mostrava outro presidenciável jogando uma Bíblia no lixo, porquanto o relator entendeu não ser caso de intervenção precoce

- b) a necessidade de maximização da proteção constitucionalmente garantida à liberdade de expressão no processo eleitoral, permitindo-se a divulgação de opiniões e críticas relativas aos atores políticos⁵²;
- c) a necessidade de proteção da liberdade de imprensa⁵³;
- d) a imposição de uma análise de proporcionalidade entre o princípio da liberdade de expressão e a garantia da cidadania ativa⁵⁴;
- e) o não acobertamento da publicação de notícias anônimas na Internet pelo direito de liberdade de expressão⁵⁵;

da justiça eleitoral, uma vez que “eventual falsidade do conteúdo do vídeo poderia ser aferida pelos próprios usuários da Internet, prevalecendo, dessa forma, a livre circulação de ideias e a sua confrontação pública, de modo a resguardar a liberdade de expressão e pensamento das pessoas”. O mesmo ocorreu na Rp nº 0601635-31.2018.6.00.0000.

⁵² TSE, Proc. 0600717-27.2018.6.00.0000: a ação, julgada improcedente, impugnava a divulgação de notícia na Internet. A representação foi julgada improcedente porque se entendeu estar circunscrita ao campo das discussões quanto à orientação política dos pretensos candidatos a cargos eletivos. TSE, Proc 0600716-42.2018.6.00.0000: a ação, julgada improcedente, impugnava a divulgação de vídeo. TSE, Proc. 0600715-57.2018.6.00.0000: a ação, julgada improcedente, impugnava vídeo. TSE, Proc. 0601793-86.2018.6.00.0000. Da decisão liminar, extrai-se o seguinte trecho: “Com efeito, o controle sobre quais conteúdos ou nível das informações veiculadas, se aceitáveis ou não, deve ser realizado pela própria sociedade civil, porquanto a atuação da Justiça Eleitoral no âmbito da Internet e redes sociais, deve ser minimalista, sob pena de silenciar o discurso dos cidadãos comuns ou obstruir a atividade da imprensa no debate democrático”. Nesse sentido, também no Proc. 0601779-05.2018.6.00.0000 consignou-se: “Quanto a esse último ponto, é preciso reconhecer que a obrigação da Corte Eleitoral não deve ser a de indicar qual é o conteúdo verdadeiro, nem tutelar, de forma paternalista, a livre escolha do cidadão. Em uma sociedade democrática, são os cidadãos os primeiros responsáveis pela participação honesta e transparente no espaço público. A Justiça Eleitoral não deve, portanto, atrair para si a função de *fact-checking* ou ainda realizar um controle excessivo [...]”. Ver, ainda, Proc. 0601762-66.2018.6.00.0000, 0601846-67.2018.6.00.0000, 0601765-21.2018.6.00.0000, 0601765-21.2018.6.00.0000, 0601767-88.2018.6.00.0000, 0601764-36.2018.6.00.0000, 0600975-37.2018.6.00.0000, 0600986-66.2018.6.00.0000, 0600718-12.2018.6.00.0000, 0600973-67.2018.6.00.0000, 0604534-39.2018.6.13.0000, 0601732-31.2018.6.00.0000, 0601774-80.2018.6.00.0000, 0601758-29.2018.6.00.0000, 0601757-44.2018.6.00.0000 e 0600969-30.2018.6.00.0000.

⁵³ TSE, Proc. 0601781-72.2018.6.00.0000, 0601795-56.2018.6.00.0000, 0601731-46.2018.6.00.0000.

⁵⁴ TSE, Proc. 0600546-70.2018.6.00.0000: ação julgada procedente para determinar a remoção de postagens anônimas implicando uma das presidenciáveis em atos genéricos de corrupção. Extrai-se do voto do min. Relator Sergio Banhos: “O preço alto das campanhas nas ruas, em uma eleição que será marcada pela limitação de recursos financeiros decorrente da proibição de doação por parte de pessoas jurídicas, trará situação nunca antes enfrentada. São tempos de transição, que nos impõem cautela redobrada. Nessa nova trajetória, devemos ter como aliadas antigas armas da humanidade: o bom-senso, a noção de ética, de respeito ao próximo, de fraternidade e de prestígio às regras do jogo. [...] As eleições de 2018 têm o condão de representar uma virada em nossa democracia. Daí porque deve ser compromisso de todos os atores envolvidos promover o regular transcurso do processo eleitoral, condição necessária e indispensável para a legitimação dos eleitos. Devemos estar dispostos e engajados em fazer destas eleições uma disputa leal, com incondicional respeito às regras do certame eleitoral, demonstrando fidelidade às instituições e ao regime democrático. [...] Nessa quadra, a intervenção da Justiça Eleitoral, até pela importância das mídias sociais nestas eleições de 2018, deve ser firme, mas cirúrgica. É saber estabelecer o contraponto entre o direito à liberdade de expressão, consagrado na Constituição Federal de 1988, e o direito também constitucional e sagrado de bem exercer a cidadania ativa, no sentido de garantir-se a todos o direito de votar de forma consciente, a partir de concepções fundadas na verdade dos fatos, buscando a aderência do resultado eleitoral a real vontade dos eleitores. É de cidadania e legitimidade que isso se trata”.

⁵⁵ TSE, Proc. 0600546-70.2018.6.00.0000 (vide nota 34). Por outro lado, na Rp. nº 0601545-23.2018.6.00.0000, determinou-se que o anonimato do autor de blog não seria suficiente para restringir a liberdade de expressão e informação, porquanto se tratava da mera reprodução de notícias jornalísticas acerca de investigações abertas contra

- f) a não divulgação de fato sabida ou evidentemente inverídico e gravoso à imagem de candidato, ou seja, aquele cuja constatação independa de maiores exames ou avaliações⁵⁶;
- g) a mera exposição de fatos reais, amplamente divulgados e conhecidos⁵⁷;
- h) a intenção do agente⁵⁸;
- i) a possibilidade do estabelecimento de uma contraposição de ideias na própria rede social em que divulgada a informação falsa⁵⁹;
- j) a retratação posterior do agente⁶⁰;
- k) o potencial lesivo das publicações⁶¹;

candidato. Ademais, em outras ocasiões entendeu-se que ainda que o perfil em rede social não identifique claramente o seu titular, não se trataria de postagem anônima, porquanto seria possível identificar o indivíduo que administra a conta através do cadastro exigido para ingresso nas redes sociais. Ver, por exemplo, proc. 0600975-37.2018.6.00.0000, 0601635-31.2018.6.00.0000, 0600986-66.2018.6.00.0000, 0600973-67.2018.6.00.0000, 0601646-60.2018.6.00.0000.

⁵⁶ TSE, Proc. 0600717-27.2018.6.00.0000 (vide nota 32), o Min. Relator ressaltou que apenas configuraria *fake news* a desinformação divulgada com o inequívoco intuito de induzir o eleitorado a erro. Ver também as decisões proferidas nos autos n.º 0600715-57.2018.6.00.0000 (vide nota 32), 0601795-56.2018.6.00.0000, 0600718-12.2018.6.00.0000. Na Representação 0600796-06.2018.6.00.0000, o relator originário negou suspender cautelarmente a divulgação de posts em rede social que atrelavam o esposo de Marina Silva a atos ilícitos sob o argumento de que haveria um fundo de verdade nos fatos expostos - ainda que de maneira parcial e deturpada - bem como por se tratarem de posts antigos. Extrai-se de sua decisão: “É dizer, mesmo que se considere que as publicações não retratam completamente a verdade dos fatos, considerando que posteriormente não houve sequer acusação formal contra a representante ou seu cônjuge, as notícias, à primeira vista, não podem ser tratadas como inverdades patentes”. Nas Rp n.º 0601700-26.2018.6.00.0000 e n.º 0601701-11.2018.6.00.0000, o min. Rel. determinou que a divulgação de uma informação imprecisa, mas não sabidamente inverídica, não justificaria uma intervenção judicial. No mesmo sentido, Proc. n.º 0601746-15.2018.6.00.0000, 0601729-76.2018.6.00.0000. Por outro lado, na Rp 0600546-70.2018.6.00.0000, o Min. Rel. Sergio Banho concedeu a cautelar sob o argumento de que as “informações não têm comprovação e se limitam a afirmar fatos desprovidos de fonte ou referência, com o único objetivo de criar comoção a respeito da pessoa da pré-candidata”. Também na Rp n.º 0601762-66.2018.6.00.0000 reconheceu-se a veiculação de notícia sabidamente falsa ao se distorcer os planos de governo do candidato atacado. É de se acrescentar, outrossim, que na Rp n.º 0601758-29.2018.6.00.0000 consignou-se que “postagens com falsidade grosseira e óbvia, percebidas naturalmente pelos usuários da rede social, como ocorre em algumas das matérias veiculadas nos autos, ou aquelas qualificadas pelo *animus jocandi*, não ensejam a retirada, pois, com enfoque na Carta da República de 1988, prevalece a liberdade comunicativa (liberdade de pensamento, expressão e informação) em primazia à tutela do conteúdo difundido”.

⁵⁷ TSE, Proc. 0601746-15.2018.6.00.0000.

⁵⁸ TSE, Proc. 0601793-86.2018.6.00.0000. Da decisão liminar, extrai-se: “[...] não é possível aferir se as notícias foram produzidas intencionalmente para desvirtuar ou falsear a realidade, ou se decorreram de equívocos ou de negligência dos veículos de mídias sociais”. No mesmo sentido, Proc. 0601700-26.2018.6.00.0000, 0601701-11.2018.6.00.0000, 0601746-15.2018.6.00.0000, 0601729-76.2018.6.00.0000.

⁵⁹ TSE, Proc. 0601820-69.2018.6.00.0000, 0601818-02.2018.6.00.0000, 0601746-15.2018.6.00.0000, 0601729-76.2018.6.00.0000, 0601762-66.2018.6.00.0000, 0601765-21.2018.6.00.0000, 0601766-06.2018.6.00.0000, 0601767-88.2018.6.00.0000, 0601764-36.2018.6.00.0000, 0601774-80.2018.6.00.0000, 0601757-44.2018.6.00.0000.

⁶⁰ TSE, Proc. 0601700-26.2018.6.00.0000, 0601701-11.2018.6.00.0000.

⁶¹ TSE, Proc. 0601820-69.2018.6.00.0000, 0601818-02.2018.6.00.0000, 0601762-66.2018.6.00.0000, 0601765-21.2018.6.00.0000, 0601727-09.2018.6.00.0000, 0601765-21.2018.6.00.0000, 0601767-88.2018.6.00.0000, 0601764-36.2018.6.00.0000, 0601774-80.2018.6.00.0000, 0601758-29.2018.6.00.0000.

- l) o conteúdo jocoso ou humorístico da postagem⁶²;
- m) a violação de direito da personalidade⁶³;
- n) “a Res.-TSE no 23.551/2017, em seu § 6º do art. 23, afasta a responsabilidade das pessoas naturais que, espontaneamente, se manifestarem na Internet em matéria político-eleitoral – sob a forma de elogio ou crítica a candidato ou partido político – por meio de *blogs*, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de Internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado”⁶⁴.

Para sustentar esses entendimentos, várias foram as fontes argumentativas trazidas nas decisões proferidas pelo TSE. Em pelo menos 29 casos fez-se referência à jurisprudência do próprio TSE⁶⁵ ou a precedentes do Supremo Tribunal Federal⁶⁶. Em 19 deles, apoiou-se a decisão em opinião doutrinária e várias foram as citações da legislação pátria, em especial da Resolução TSE nº 23.551/2017.

O que se apresenta ao leitor, pois, foi que os resultados quantitativos considerados isoladamente levariam a crer que não houve um fio condutor claro na atuação do Judiciário com relação às *fake news* no pleito de 2018.

Não obstante – ainda que (i) poucos tenham sido julgamentos colegiados, (ii) muitos tenham sido os julgadores envolvidos na análise das demandas (dada a alternância na composição do tribunal), (iii) diversos

⁶² TSE, Proc. 0601820-69.2018.6.00.0000: “[...] postagens jocosas ou humorísticas têm como pressuposto a manipulação da realidade e até mesmo sua distorção”, não se enquadrando como *fake news*, especialmente no que tange a divulgação de *memes* na internet. No mesmo sentido, Proc. 0601818-02.2018.6.00.0000, 0601762-66.2018.6.00.0000, 0601727-09.2018.6.00.0000, 0601765-21.2018.6.00.0000, 0600969-30.2018.6.00.0000.

⁶³ TSE, Proc. 0601626-69.2018.6.00.0000: na representação, concedeu-se liminar para retirada de postagens em redes sociais que atribuíam a candidata falas contrárias ao cristianismo, o que mancharia sua imagem perante o público cristão. Não obstante, na Rp nº 0601764-36.2018.6.00.0000 consignou-se que “É natural que pessoas públicas, como o notório candidato, estejam mais expostas à opinião pública, o que não revela, por si só, violação aos direitos da personalidade”. Ver também Proc. 0601767-88.2018.6.00.0000, 0600986-66.2018.6.00.0000, 0600718-12.2018.6.00.0000, 0600973-67.2018.6.00.0000.

⁶⁴ TSE, Proc. 0601626-69.2018.6.00.0000. Ver também Proc. 0601764-36.2018.6.00.0000, 0601758-29.2018.6.00.0000.

⁶⁵ Dentre as decisões mais citadas, incluem-se, em ordem decrescente, o AgR-RO 758-25 (2017) e a Rp 0601727-09 (2018), a Rp 0600946-84 (2018), a Rp 06011758-29 (2018), a Rp 1431-75 (2014) e, a Rp 3675-16 (2010).

⁶⁶ Foram citadas as decisões proferidas nas ADIs 4439 e 4451, assim como na ADPF 130.

tenham sido os fundamentos invocados na análise das notícias falsas e (iv) muitos processos tenham sido extintos sem julgamento de mérito – é possível, surpreendentemente, extrair uma certa coesão no posicionamento do tribunal diante das *fake news*. Sempre que possível, o TSE tendeu a não se imiscuir na divulgação de conteúdo, principalmente quando essa difusão era feita por particulares na Internet.

Privilegiou-se a proteção da liberdade de expressão na rede, entendendo-se, em regra, que cabe aos eleitores manifestarem-se livremente – ainda que de forma crítica ou satírica, principalmente em ambientes virtuais –, bem como julgarem as informações a que têm acesso, não cabendo ao judiciário *prima facie* um papel de *fact-checking*. Apenas excepcionalissimamente admitir-se-ia uma intervenção judicial para a remoção de conteúdo da rede, de maneira subsidiária, quando extrapolados alguns dos parâmetros acima arrolados.

Note-se, a esse respeito, que o Tribunal Superior Eleitoral parece distinguir, de maneira bastante clara, o seu papel enquanto órgão administrativo moderador das eleições de um lado e, de outro, a sua função judicial. Assim, com base na sua função administrativa de organização das eleições, a Corte atua ativamente no combate às notícias falsas: procura esclarecer eleitores sobre os riscos associados às *fake news*⁶⁷, bem como a coibi-las através da criação de grupos de combate⁶⁸ e

⁶⁷ Isso ocorreu nas eleições de 2018 (<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Octubro/fake-news-tse-lanca-pagina-para-esclarecer-eleitores-sobre-a-verdade>); <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Octubro/videos-ajudam-eleitores-a-esclarecer-boatos-nas-eleicoes>; <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Octubro/fake-news-tse-lanca-pagina-para-esclarecer-eleitores-sobre-a-verdade>), e repetiu-se nas eleições municipais de 2020 (<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Julho/tse-faz-campanha-contr-a-desinformacao-20tse-for-fake-news-nao-transmita201d>).

⁶⁸ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-01/pf-tse-e-ministerio-publico-va0-criar-grupo-para-combater-fake-news-na>

acordos com partidos⁶⁹ e com plataformas digitais⁷⁰. Porém, de outro lado, desempenhando seu papel enquanto órgão judicial, atua em autocontenção, reconhecendo não ser possível reprimir judicialmente as manifestações em rede, senão excepcionalmente.

Diante dessas constatações, torna-se relevante inquirir, em seguida, se o recurso à judicialização da propagação de alegadas notícias falsas deu-se por motivo diverso da busca pela imposição de sanções aos responsáveis. Não é estranho ao atual momento político a utilização política do Judiciário, principalmente em contexto relacionado às eleições. Destarte, entendeu-se necessário verificar se houve um uso político dessas decisões judiciais, ainda que cautelares. Buscou-se verificar os *sites* oficiais de partidos e candidatos, bem como seus perfis oficiais no *Twitter* e no *Instagram*, a fim de se verificar se houve, durante o período eleitoral, menção às decisões proferidas pelo TSE a respeito do tema.

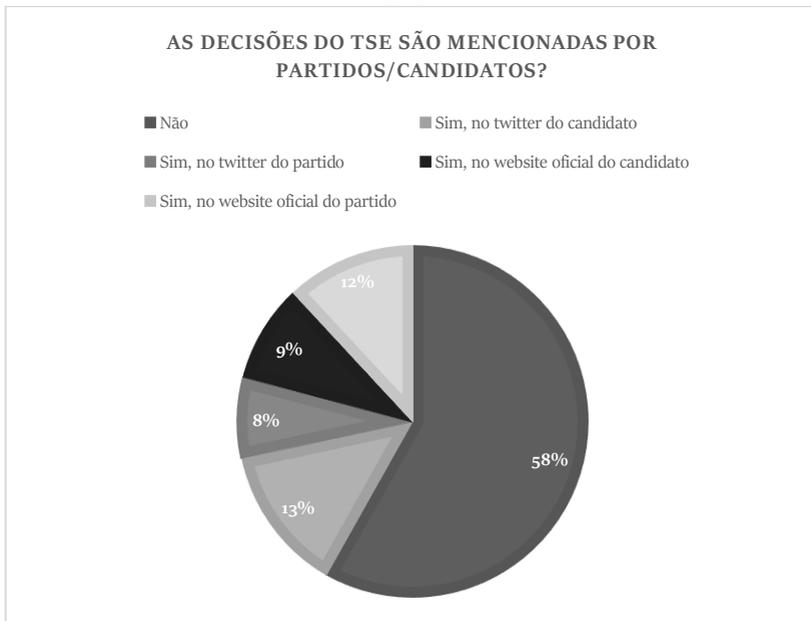
Os dados coletados, contudo, devem ser analisados *cum grano salis*. Isso porque, em primeiro lugar, muitos candidatos e partidos ou coligações desativaram suas contas oficiais após o pleito, não permitindo uma análise pretérita de suas publicações. Outrossim, muitas publicações referiam-se a decisões proferidas pelo TSE sem mencionar o número do processo ou sequer dados objetivos que permitissem identificá-las⁷¹, impedindo sua contabilização. Assim, os resultados obtidos pela pesquisa neste particular podem não refletir o cenário real.

⁶⁹ <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/17/tse-cobra-bolsonaro-haddad-fake-news.htm>. Igualmente, <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/tse-propoe-dialogo-entre-coligacoes-dos-candidatos-a-presidencia-para-evitar-judicializacao-da-propaganda-eleitoral>.

⁷⁰ <https://www.conjur.com.br/2018-out-17/whatsapp-disponibilizar-tse-ferramentas-checkagem>

⁷¹ Vide, por exemplo : <https://pt.org.br/vitorias-no-tse-contra-mentiras-e-fake-news-nas-redes-sociais/>

Gráfico 8. Utilização política das decisões



Ainda assim, é possível extrair dos dados coletados certa utilização política da máquina judiciária, já que mesmo depois de 2 anos recuperaram-se informações sobre quase 50% das ações propostas ante o TSE para questionar as *fake news*.

Em resumo, os dados quantitativos extraídos da pesquisa jurisprudencial conduzida demonstram, na prática, as conclusões doutrinárias apresentadas anteriormente neste capítulo: (i) há uma alteração nos jogadores envolvidos no jogo político eleitoral, com a inclusão de novos *players* como os particulares e as empresas de tecnologia, bem como o escanteamento de velhos atores, como o Ministério Público; (ii) verifica-se uma dificuldade instrumental da justiça em lidar com o novo fenômeno da disseminação em massa de *fake news*, o que culmina nas deficiências destacadas anteriormente pela utilização de procedimentos inadequados a essa nova demanda; (iii) a despeito do papel

imbuído ao TSE para a realização da governança eleitoral permitir que atue na contenção extrajudicial das *fake news*, o mesmo não se reflete no posicionamento jurisprudencial desta Corte, que atua em autocontenção e (iv) houve uma instrumentalização política (aferida pela repercussão midiática) da propositura de ações ante o TSE pelos candidatos, confirmando-se a tendência contemporânea de politização do judiciário.

2.6. Análise de casos

Como ressaltado, o TSE posicionou-se preferencialmente pela não intervenção em casos apresentados como envolvendo hipotéticas *fake news*; privilegiou, então, a liberdade de expressão. Dentre os diversos argumentos erigidos para sustentar esse posicionamento, destacam-se aqueles desenhados pelo Ministro Relator Carlos Horbach na decisão liminar de 17/10/2018 proferida nos autos da Representação nº 0601727-09.2018.6.00.0000, os quais foram citados em diversos outros julgados⁷².

Naquela representação, que impugnava a publicação de conteúdos supostamente ofensivos contra candidata à vice-presidência em redes sociais, o Ministro relator estabeleceu parâmetros de avaliação da situação fática de disseminação de notícias falsas a fim de avaliar a necessidade de intervenção judicial.

Em sua decisão liminar, o Ministro inicia por lembrar a importância central da liberdade de expressão na Carta constitucional de 1988, o que se reflete também em âmbito eleitoral⁷³. Relembra, então, que mesmo no

⁷² Cite-se, por exemplo, as decisões proferidas na Rp nº 0601766-06.2018.6.00.0000 (decisão liminar de 25/10/2018); Rp nº 0601818-02.2018.6.00.0000 (decisão liminar de 25/10/2018); Rp nº 0601762-66.2018.6.00.0000 (decisão liminar de 19/10/2018); Rp nº 0601765-21.2018.6.00.0000 (decisão liminar de 19/10/2018); Rp nº 0601766-06.2018.6.00.0000 (decisão liminar de 19/10/2018); Rp nº 0601764-36.2018.6.00.0000 (decisão liminar de 19/10/2018); Rp nº 0601820-69.2018.6.00.0000 (decisão liminar de 25/10/2018).

⁷³ Não por outro motivo, diversos julgados também citam trecho do AgR-RO no 758-25/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 13.9.2017, no qual se estabelece que “o caráter dialético imanente às disputas político-eleitorais exige maior deferência à liberdade de expressão e de pensamento, razão pela qual se recomenda a intervenção mínima do

ambiente virtual é preciso resguardar-se esse metadireito⁷⁴, sendo certo que também em atenção ao controle da Internet a atuação do Judiciário deve “ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático” (art. 33, Res. TSE 23.551/2017)⁷⁵. Destarte, apenas excepcionalmente poderia a Justiça Eleitoral intervir na livre exposição de ideais a fim de garantir a lisura do pleito. O cerne do julgado consiste justamente no estabelecimento de “balizas claras e objetivas que permitam separar os casos em que tal interferência é justificável daqueles em que ela se apresenta como despicienda e, até mesmo, danosa”.

Analisando o teor do art. 22, §1º, da Res. TSE 23.551/2017, o qual admite restrições à liberdade de expressão quando houver “ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos”, o Ministro relator pondera que essa limitação não pode ser aplicada automaticamente, especialmente no caso da Internet, e deve, antes, ser ponderada com critérios complementares.

O primeiro desses critérios é a possibilidade de se estabelecer um embate de ideias no próprio ambiente virtual, possibilitando, assim, o livre contraditório na própria rede social em que ocorrida a publicação. Nos termos da decisão judicial, esse mecanismo permite, ao mesmo tempo, o exercício da liberdade de manifestação e o resguardo da veracidade das informações publicadas, relegando aos próprios eleitores – que teriam acesso à tese e a seu contraditório – a escolha sobre em que acreditar. Isso evitaria uma postura dita paternalista da Justiça Eleitoral, creditando-se aos eleitores a capacidade crítica de ponderar o conteúdo a que têm acesso na rede.

Judiciário nas manifestações e críticas próprias do embate eleitoral, sob pena de se tolher substancialmente o conteúdo da liberdade de expressão”.

⁷⁴ Parecer da Procuradoria Geral da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187.

⁷⁵ Trata-se, assim, de uma aproximação com a noção de livre mercado eleitoral, regulado pelas regras do *laissez faire*, conforme conceito formulado por Marchetti (2014).

O segundo critério envolve uma análise da potencialidade lesiva da postagem *on-line* para desequilibrar o pleito, determinando que se investigue se a página onde a publicação é realizada é de livre acesso e também se gera grande repercussão social (número de seguidores, compartilhamentos, comentários ou reações – *likes*).

Em suma, o Min. Carlos Horbach criou um guia aos julgadores para a análise da necessidade de intervenção judicial para retirada de conteúdo da Internet. Além da verificação da ofensa à honra ou da veiculação de patente inverdade, é necessário, ainda, preencher-se esses dois critérios adicionais a fim de se legitimar uma atitude repressiva do Judiciário, em restrição à liberdade de expressão. Não é de se estranhar, pois, que esses parâmetros de avaliação tenham sido revisitados em vários outros julgados.

Por outro lado, a Corte excepcionalmente reconheceu a existência de *fake news* em dois dos casos analisados. A Representação nº 0600719-94.2018.6.00.0000 foi movida por um partido político em face do *Google*, de uma empresa de hospedagem de sites e de particulares, com fundamento nos artigos 57 e seguintes da Lei das Eleições, os quais regulam a propaganda eleitoral na Internet. Na ação, impugnava-se a divulgação de vídeo no *YouTube* no qual um candidato era exposto como se fosse dependente químico, com flagrante depreciação de sua imagem, por intermédio da utilização de montagem, traduzida na substituição de um cigarro comum de uma foto verídica, por um cigarro de maconha. A ação foi julgada procedente, reconhecendo-se haver mácula à sua honra e imagem e determinando-se a retirada do conteúdo do ar.

Em decisão monocrática datada de 23 de setembro de 2018, o Ministro relator Sergio Silveira Banhos consignou que as críticas de caráter político, ainda que ácidas ou percucientes, devem ser toleradas por figuras públicas. O fundamento utilizado foi o artigo 33 da Resolução TSE

nº 23.551/2017, o qual expressamente limita a atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na Internet em prol da promoção de um debate democrático.

Não obstante, ponderou-se que o direito à liberdade de expressão não é absoluto e não alberga a difusão de fatos sabidamente inverídicos e ofensivos. Ênfase foi dada ao fato de ser perceptível, sem necessidade de uma maior instrução probatória, a falsidade do vídeo divulgado. Assim, com base nesse entendimento e em consonância com a exceção prevista no §1º do art. 33 da Res. TSE nº 23.551/2007, o Ministro relator julgou procedente a representação e determinou a retirada do vídeo de diversos sites e plataformas de vídeo *online*.

Já a Representação por propaganda eleitoral antecipada (art. 36-A da Lei das Eleições) nº 0600546-70.2018.6.00.0000 foi proposta por partido político juntamente com candidata à Presidência da República em face exclusivamente do *Facebook*, não havendo litisconsórcio com nenhum particular, uma vez que as notícias falsas atrelando a candidata a atos de corrupção haviam sido publicadas em perfil anônimo na rede social.

Em decisão liminar datada de 07/06/2018, o então Ministro relator Sérgio Banhos deferiu parcialmente a liminar solicitada para determinar a exclusão dos *posts* reputados falsos e para que prestasse informações sobre o perfil utilizado para postagens. Na fundamentação da decisão, ressaltou a extrema importância de se garantir a regularidade do processo eleitoral, principalmente no contexto atual, em que as mídias sociais multiplicam a velocidade de propagação e o impacto da disseminação de notícias falsas (ver ARNAUDO, 2019). Como bem lembra o Ministro relator, a divulgação de *fake news* é uma estratégia eleitoral antiga, que, não obstante, ganha contornos dramáticos quando aliada a um mecanismo de propagação rápido, de fácil utilização, barato e de alcance ilimitado. A união de uma notícia falsa construída para atingir

emocionalmente os eleitores com esse impulsionador é a receita para a catástrofe: manipulação desenfreada do debate eleitoral. Alie-se a isso, ainda, o alto custo das campanhas de rua e também a limitação de recursos destinados às campanhas, e torna-se evidente o atrativo ao resgate da divulgação de *fake news* como estratégia eleitoral.

Ressalta-se, então, no *decisum*, que, nesse contexto, torna-se essencial o compromisso de todos os atores do processo eleitoral com a lealdade e legitimidade do pleito, em especial da Justiça Eleitoral, que deve atuar para combater excessos. Essa Justiça especializada tem a função de ponderar a liberdade de expressão com o direito à cidadania ativa, tutelado apenas quando se garante aos eleitores a possibilidade de votarem de forma consciente.

No caso em questão, reconheceu-se, em sede cautelar, que a divulgação de manchetes exageradas e inflamatórias, contendo dados não comprovados e redigidas de maneira anônima, não encontra albergue na proteção constitucional da liberdade de expressão. Ponderou-se, outrossim, que as postagens acarretariam graves prejuízos à candidatura, já que a página da rede social em que divulgadas contava com mais de 1,7 milhão de seguidores.

Assim, concedeu-se parcialmente a liminar para determinar a remoção das postagens e também a disponibilização dos dados pessoais do criador e dos administradores da página na rede social. Por outro lado, foi negado, entre outros, o pedido cautelar para que o *Facebook* informasse as mensagens instantâneas e diretas trocadas pelo perfil responsável pelas publicações, entendendo-se que essas mensagens privadas encontram-se na esfera da intimidade do titular da conta.

Mesmo após cumprida a determinação cautelar, requereu-se o prosseguimento da representação para fins de identificação dos responsáveis pelas postagens, intimando-se os provedores de acesso à

Internet e registro de *e-mail* a fornecerem os dados dos usuários da rede social implicados na divulgação de *fake news*⁷⁶ (decisão interlocutória de 01/08/2018).

Após a redistribuição do feito por suspeição, o Ministro relator Luis Felipe Salomão proferiu sentença em 01/09/2018. Em sua decisão, rememorou ser recente a normatização do uso da Internet nas eleições, tendo o Tribunal Superior Eleitoral assentado anteriormente que essa Justiça especializada deve interferir de maneira mínima no debate democrático, limitando-se a determinar a remoção de conteúdo da rede apenas quando identificadas violações às regras eleitorais ou ofensa à honra de terceiros.

No caso em tela, entendeu que as postagens, além de anônimas, continham conteúdo evidentemente calunioso e ofensivo à imagem da candidata. Assim, julgou parcialmente procedente a representação para manter, de maneira definitiva, a exclusão das URLs indicadas na exordial – embora a página responsável pela divulgação tenha sido mantida ativa – e confirmar a entrega aos representantes e ao Ministério Público Eleitoral dos dados referentes aos acessos ao perfil anônimo no *Facebook*.

2.6.1. As AIJEs sobre disparo em massa nas eleições de 2018

Uma reflexão detalhada é apresentada sobre as Ações de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) que discutiram a utilização do disparo em massa nas eleições de 2018 e que foram incorporadas na amostra da pesquisa. As ações foram propostas por uma coligação partidária por supostos atos de abuso de poder econômico, fraude e ilicitude em captação e gastos de campanha em face do Presidente eleito Jair Bolsonaro, do Vice-Presidente Hamilton Mourão e de diversos empresários. A principal premissa fática

⁷⁶ TSE, Rpº 0600546-70.2018.6.00.0000, Min. Rel. Sérgio Banhos, decisão interlocutória de 01/08/2018.

foi a orquestração e o financiamento de disparos em massa de mensagens pelo WhatsApp, às vésperas do pleito, exaltando os candidatos que vieram a ser eleitos e divulgando *fake news* sobre os candidatos adversários⁷⁷. Em 09 de fevereiro de 2021, o Tribunal Superior Eleitoral julgou improcedentes, por unanimidade, as AIJEs nº 0601779-05 e nº 0601782-57.

As ações pleiteavam o reconhecimento da prática de abuso de poder econômico e uso abusivo dos meios de comunicação social, nos termos do art. 22 da LC nº 64/90, por conta do disparo em massa de mensagens mediante contratação de empresas de *marketing* digital. Como explanou o relator no julgamento conjunto das AIJEs, a de nº 0601779-05 continha causa de pedir mais abrangente, motivo pelo qual foi aquela exposta no plenário virtual para julgamento. Esta ação pautava-se na alegação de quatro ilícitos: (i) a contratação de empresas de *marketing* digital por pessoas jurídicas apoiadoras da candidatura dos candidatos representados para disparo em massa de mensagens enaltecendo a campanha de Bolsonaro e Mourão e criticando outros candidatos, inclusive com a propagação de *fake news*; (ii) o uso de base de dados de usuários fornecida por empresas de estratégia digital para disseminação em massa dessas mensagens; (iii) o recebimento de doação de pessoa jurídica não declarada nas contas de campanha dos candidatos e (iv) a utilização de valores acima do limite legal para campanha eleitoral.

⁷⁷ Até a data de fechamento do texto (março de 2021) ainda não haviam sido publicados os acórdãos. As informações analisadas refletem, portanto, o vídeo da sessão de julgamento, em que apenas foram apresentados os principais pontos do voto do relator (<https://www.youtube.com/watch?v=Pr7UIM6eYWs&list=PLjYw1P54c4xWXYgzTGTCyTZpkD64Q7Tt&index=4>), bem como o que foi noticiado tanto pelo próprio Tribunal (<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Fevereiro/tse-julga-improcedentes-duas-acoes-contra-bolsonaro-por-suposto-disparo-em-massa-de-mensagens-pelo-whatsapp-nas-eleicoes-de-2018>) quanto na mídia (<https://www.conjur.com.br/2021-fev-09/nao-provas-disparos-massa-favor-bolsonaro>; <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-10/tse-absolve-chapa-bolsonaro-mourao-de-disparo-de-mensagens-em-massa-na-eleicao-de-2018.html>; <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/tse-forma-maioria-para-rejeitar-acoes-do-pdt-contra-bolsonaro-por-disparo-de-mensagens-na-eleicao-de-2018.shtml>).

Como visto na amostra de casos do estudo, não se tratam das únicas ações junto ao TSE que questionam os mesmos fatos, expostos em reportagem da Folha de S. Paulo CAMPOS MELLO, 2018). Há outras duas ações cíveis em andamento no tribunal que questionam os mesmos fatos, bem como corre ainda no Supremo Tribunal Federal o Inquérito 4781/DF, instaurado *ex officio* pela Corte constitucional para apuração das *fake news*.

Uma das preliminares arguidas e rechaçadas pelo Relator foi justamente a de litispendência, afastada com base no entendimento de que as AIJEs não compartilhariam as mesmas partes e nem os mesmos pedidos. Conforme entendeu o Ministro, embora baseadas em fatos comuns – a alegação do disparo em massas e a contratação de empresas de *marketing* para tanto – as imputações em cada um dos feitos são diferentes. Assim, embora guardem certa semelhança, não estariam preenchidos os requisitos para o reconhecimento da litispendência.

A coligação autora das AIJEs julgadas pelo TSE solicitou tanto o julgamento conjunto de todas as ações cíveis em tramitação, quanto o compartilhamento das provas até agora colhidas no curso do inquérito policial, porém ambos os pedidos foram negados pela Corte Eleitoral.

Ao analisar a preliminar de conexão, contudo, ponderou o Ministro relator Luis Felipe Salomão que a celeridade processual deveria ser priorizada em prol da pacificação social. De acordo com o Ministro, seguido pela maioria dos componentes do Pleno, o julgamento das ações eleitorais cujo resultado pode impactar a legitimidade do pleito deve ocorrer de forma célere, a fim de conferir estabilidade ao sistema democrático.

Nos termos da argumentação deduzida na sessão de julgamento, não haveria economia processual com o reconhecimento de eventual conexão entre os feitos, porquanto as quatro AIJEs encontrar-se-iam em diferentes

fases processuais (as duas então analisadas já teriam exaurido a fase instrutória, contando com memoriais, inclusive, enquanto as demais ainda estariam na fase de produção de provas). Eventual reunião, então, nos termos do voto do Ministro, apenas tumultuaria e atrasaria a marcha processual, dada a ampliação significativa do número de partes, pedidos e causa de pedir, que não seriam idênticos entre as ações.

Além disso, o distanciamento temporal entre a data da propositura das ações e as diferenças entre os estágios em que se encontram as demandas também tornaram desacertada a conexão, face à necessidade de garantir-se a celeridade dos julgamentos. Para o Ministro, então, o interesse público é maior no julgamento do feito em tempo adequado, conferindo estabilidade ao sistema democrático. Não haveria risco de haver julgamentos conflitantes, dado que as AIJEs compartilham o mesmo relator, o que já garantiria, segundo o Min. Luis Felipe Salomão, a coerência entre os julgamentos.

A preliminar de inépcia foi afastada no voto, tendo em vista que a peça possibilitou à defesa exercer o contraditório, passando-se à quarta e última preliminar, referente ao pedido de reabertura da instrução para realização de novas diligências e provas. Entendeu o relator que as provas solicitadas seriam ou imprestáveis para a comprovação dos fatos narrados ou impossíveis, por conflitarem com o texto constitucional. Nesse sentido, dispôs o relator que o pedido de oitiva de cidadão espanhol cuja empresa, conforme relatado na matéria jornalística, teria sido contratada para orquestrar os disparos em massa seria, assim, desnecessária, tanto porque o indivíduo teria já retratado essa afirmação quanto pelo fato de não haver indícios materiais mínimos da ocorrência desse fato ou da ciência desses disparos pela equipe de campanha dos candidatos representados, a justificar a dilação do prazo processual para a colheita desse depoimento.

Conforme ressaltou, a peça jornalística é genérica ao mencionar a contratação da empresa, não informando quem teria adquirido o serviço.

Denegou-se também a oitiva dos proprietários das empresas de *marketing* digital brasileiras que teriam sido contratadas para a realização dos disparos, porquanto seriam suspeitas para depor as pessoas que tenham interesse no litígio, sendo certo que a maioria destas compuseram o polo passivo, já tendo se manifestado nos próprios autos. Quanto à requisição de relatórios contábeis, notas fiscais, contratos e outros documentos sob a guarda dessas empresas, entendeu o relator que a medida importaria quebra do sigilo fiscal bancário e dos negócios dessas empresas e empresários, o que só pode ser autorizado excepcionalmente, com base em amplo arcabouço probatório, ainda que indiciário. No caso dos autos, contudo, entendeu o Min. Luis Felipe Salomão que esse requisito não teria sido preenchido, porquanto a ação viria baseada tão-somente em matéria jornalística, inapta a justificar o afastamento de garantias constitucionais fundamentais. No seu voto, ressaltou que não havia qualquer prova nos autos acerca da ocorrência desse disparo de mensagens, sendo certo que a coligação autora sequer teria colacionado cópias das mensagens supostamente distribuídas. Não haveria, para o relator, prova da ocorrência do fato.

Ponderou-se, ainda, que verificação realizada pelo próprio WhatsApp teria ensejado a suspensão de apenas três contas ligadas às empresas investigadas por violação das políticas de uso do aplicativo, número ínfimo comparado às mais de 600 contas a ela vinculadas. Ademais, considerou-se a aprovação das contas de campanha prestadas pelos candidatos como demonstração – ainda que não inafastável – da regularidade das despesas de campanha.

Como base nesse entendimento, o Ministro relator não apenas afastou a preliminar de dilação probatória, como também julgou

improcedente a demanda, porquanto, conforme demonstrado, a AIJE estaria baseada em meras ilações deduzidas a partir de matéria jornalística, sem que os autores tivessem apresentado elemento apto a comprovar contratação de serviços de impulsionamento de mensagens. As provas requisitadas pelos representantes seriam, como já mencionado, desnecessárias, inadequadas ou mesmo impossíveis, sendo certo, ainda, que a equipe de campanha dos investigados teria negado qualquer relação com o alegado ou mesmo ciência dos fatos.

Argumentou-se que a AIJE não possuiria natureza de inquérito policial; não seria, portanto, instrumento apto à colheita de provas, mas, antes, caberia ao seu autor trazer provas pré-constituídas dos fatos mencionados na exordial, provas essas que deveriam ser fortes a fim de demonstrar as necessárias gravidades e potencialidade lesiva da conduta. Nesse sentido, considerou o relator que no caso de eleições presidenciais a Corte deveria ser ainda mais cautelosa na análise de AIJEs, procedimento que poderia impactar o resultado democrático das eleições e o voto popular, tanto por se tratar de pleito de proporções continentais quanto pela importância do cargo.

O voto do Ministro relator foi seguido, em sua inteireza, pelo Min. Mauro Campbell, quem ainda acrescentou que, no caso, sequer restou comprovada a existência da conduta ilícita (disparo de mensagens), não havendo, pois, de se cogitar acerca de sua gravidade ou potencialidade lesiva.

É preciso ressaltar, contudo, que o afastamento da preliminar de conexão, embora tenha sido a tese vencedora, não contou com a adesão unânime de todos os julgadores. Em seu voto, o Min. Edson Fachin inicia por esclarecer que os fatos nas quatro AIJEs em tramitação perante o TSE seriam essencialmente os mesmos, sendo certo que a diferença na composição dos polos ativo e passivo não afastaria a incidência do art 96-

B da Lei das Eleições. De acordo com o Ministro, ainda, acarretaria grave risco à coerência das decisões do Tribunal aceitar que o julgamento da mesma tese jurídica possa ocorrer com base em conjuntos probatórios diversos.

Ressaltou que o Judiciário deveria observar a metáfora da jurisprudência como um “romance em cadeia”, proposta por Dworkin (1982); ou seja, deveria apreender e explicitar a compreensão e interpretação sob o prisma do leitor em cadeia, de forma a evitar que a leitura de capítulos anteriores – como seria o caso do julgamento apartado das AIJEs – possa render desnecessários ou contraditórios os capítulos subsequentes. Haveria, assim, uma relação de coerência entre o julgamento de todas as ações que tornaria prematuro o julgamento de umas sem a conclusão do ciclo probatório dos fatos comuns.

O Min. Fachin desconstruiu o argumento acerca da segurança jurídica que seria em tese obtida com o julgamento, pois a decisão neste primeiro julgamento seria proferida sem o mínimo de certeza que as provas poderiam oferecer, e, ademais, não esgotaria o tema, permanecendo as partes – bem como a sociedade brasileira – ainda em estado de incerteza quanto ao resultado das eleições, dada a tramitação das duas outras ações sobre o mesmo tema.

Concluiu, portanto, que seria heterodoxa a proclamação de um julgamento *rebus sic stantibus*. Isso porque, nos termos do voto vencido, todas as ações deveriam ser julgadas sob o mesmo contexto fático, ainda que haja prejuízo à celeridade, pois exercer jurisdição em processo que não está pronto para julgamento apenas em prol da celeridade importa em negativa da prestação jurisdicional. O julgamento precoce dessas AIJEs, pois, nos termos do voto vencido, pode se tornar inútil no caso de provas nos demais autos virem a comprovar a existência ou inexistência em definitivo dos fatos; esse juízo seria melhor à pacificação social que a mera

extinção do feito por falta de provas. No mais, contundentemente ressaltou o Ministro ser contraditório negar a realização de provas nos autos para, em seguida, julgar o feito improcedente por falta delas.

Rememorou o Ministro que o debate travado nas quatro ações eleitorais é sensível a toda a população brasileira, ao tratar da normalidade do pleito para o único cargo eletivo que representa a todos os brasileiros. Não obstante, ao contrário do relator, que se baseou nesse argumento para fazer prevalecer o princípio da celeridade processual, entendeu-se no voto divergente que essa especialidade impõe à Justiça Eleitoral o dever de analisar a situação fática como um todo, de forma que a adjudicação judicial possa definitivamente informar a sociedade sobre a regularidade das eleições. A celeridade, portanto, não poderia legitimar um apressamento da investigação de tema central à pacificação democrática.

Tampouco a disparidade das fases processuais poderia ser invocada como empecilho à reunião dos feitos, porquanto as provas emprestadas solicitadas nos autos já teriam sido colhidas nos autos do Inquérito das *Fake News* (conduzido pelo STF), de forma que não haveria um grande lapso temporal para sua produção. A perda de tempo seria, assim, justificada pelo ganho em profundidade e certeza jurídica.

O Min. Alexandre de Moraes, por sua vez, embora tenha acompanhado o voto do relator, fez algumas observações importantes em sua manifestação. Primeiramente, o Ministro repreendeu advogadas que, em sustentação oral, atacaram a jornalista responsável pela elaboração da matéria jornalística acostada à exordial, lembrando que o trabalho do jornalista não é produzir provas com o rigor exigido pelo princípio do contraditório e da ampla defesa.

Em segundo lugar, o Ministro alertou para a necessidade de elaboração de um anteprojeto de lei para alteração do procedimento das AIJEs, já que o autor dessas ações eleitorais não tem condições de coletar

provas pré-constituídas a embasar uma futura condenação. Essa situação foi equiparada à do cidadão que ingressa com ação civil pública por improbidade no lugar do Ministério Público, não sendo exigível deste que possua os instrumentos necessários à produção antecipada de provas. Reconheceu, assim, o magistrado haver um descompasso entre a previsão legal do procedimento das AIJEs e a realidade, resultando na dificuldade de produção de provas no seio de AIJEs.

Por fim, valendo-se de outra comparação, agora com o processo penal, entendeu o Min. Alexandre de Moraes que os investigados estariam sido absolvidos por ausência de provas e não pela comprovação de sua inexistência, o que pode ser ainda provado nas demais ações em andamento, o que seria salutar para conferir finalmente segurança jurídica e tranquilidade institucional ao país.

Derradeiramente, votou o Presidente da Corte Eleitoral, Min. Luís Roberto Barroso, que, tal como o anterior, apesar de acompanhar o voto majoritário, teceu interessantes observações. Inicia sua manifestação por lembrar que o TSE não é ator político e nem local adequado para se travar um “terceiro turno das eleições”, já que seu trabalho não se dá em razão de preferências pessoais. O Ministro, então, enalteceu o pioneirismo da matéria jornalística que levantou tema importante para o processo eleitoral, não só no Brasil, mas no mundo e procedeu a defender o trabalho jornalístico realizado, tal como o Min. Alexandre de Moraes. Ressaltou que a matéria não seria infundada, tal como alegado pelos investigados, porquanto o próprio WhatsApp teria banido diversas contas e mudado as políticas de uso do aplicativo como consequência da publicação.

Pontuou-se que os disparos ilegais de mensagens são proibidos pela legislação brasileira, uma vez ser vedado pagar a depositários de bancos

de dados para enviar mensagens⁷⁸. Essa irregularidade tornar-se-ia ainda mais grave quando o uso desses dados serve ao propósito de disseminar *fake news*, delito que se potencializou com a Internet e que ameaça democracias em todo o globo, pois embora o regime democrático comporte muitos pontos de observação, é atacado em seus fundamentos pela disseminação da mentira deliberada. No mérito, o Min. Barroso acabou por ressaltar que os autores não se desoneraram do ônus de sair do domínio da especulação, não tendo apresentado provas mínimas dos disparos ilegais a fim de embasar o deferimento de provas profundamente invasivas.

Essas decisões são emblemáticas e corroboram as conclusões já extraídas dos tópicos precedentes acerca do posicionamento da Justiça Eleitoral em relação às notícias falsas. Primeiramente, comprova-se a inadequação dos instrumentos processuais eleitorais ora à disposição para o combate da mentira deliberadamente disseminada com vistas a influenciar o resultado das eleições. Exigir que os interessados produzam extrajudicialmente provas para a comprovação da disseminação de notícias falsas é impor a essas partes uma prova impossível, pois isso depende, em grande parte, da quebra de sigilos, ao mínimo comunicativos.

Em segundo lugar, as decisões comprovam a deferência da Justiça Eleitoral a soluções legislativas, ao reconhecer-se o problema decorrente da inadequação do procedimento das AIJEs para enfrentamento da questão, mas submetendo a questão a uma solução legislativa. Simultaneamente, esta situação de imbróglie e dificuldade de atuação judicial se revela como uma estratégia eleitoral interessante, sobretudo

⁷⁸ O que seria lícito é a contratação direta de mídias sociais para a realização de propaganda paga, devidamente caracterizada e declarada.

diante da dificuldade e prevenção dos disparos diante da decisão judicial e das limitações processuais de produção de provas.

Ademais, verifica-se, na prática, a dificuldade em comprovar-se tanto a propagação de *fake news* quanto os seus responsáveis, dado se tratar de ilícito disseminado de forma indireta pelo envio de mensagens a diversas pessoas que não necessariamente terão ciência de que mensagens idênticas foram encaminhadas a outros e que podem, elas mesmas, contribuir para essa disseminação através do encaminhamento dessas mensagens.

Por outro lado, a decisão do TSE é consistente com seu posicionamento de autocontenção quanto à interferência no processo eleitoral, relegado à *ultima ratio*, medida aplicável apenas quando houver elementos claros da falsidade das mensagens encaminhadas e da lesão à honra dos concorrentes. Tampouco é surpreendente a decisão quanto à posição de cautela na quebra de sigilos constitucionais, dado o histórico da Corte⁷⁹.

Note-se, contudo, que em nenhum momento a Corte referiu-se à liberdade de expressão no julgamento destas AIJEs e tampouco a qualquer fundamento legislativo na proteção de dados pessoais, diferentemente do que se verificou no julgamento de representações por propaganda eleitoral irregular. Naquele caso, contudo, o que estava em jogo era a possibilidade de cidadãos manifestarem-se livremente em redes sociais, enquanto nesse caso o que se analisava era o uso abusivo de meios de comunicação como estratégia de campanha e disseminação de notícias falsas.

⁷⁹ Em seu entendimento sobre gravação ambiental, já superado. Ver, por exemplo: Recurso Especial Eleitoral nº 1003-27/SP, Relator originário: Ministro Herman Benjamin, Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes, DJE de 3.8.2018. Recurso Especial Eleitoral nº 344-26/BA, rel. Min. Marco Aurélio, em 16.8.2012.

2.7. Uma nova postura do Judiciário diante das eleições 2020? Controle preventivo e medidas administrativas

Os dados analisados neste capítulo permitem concluir que há uma profunda alteração no *modus operandi* do mercado eleitoral (MARCHETTI, 2014) em andamento. Por um lado, tem-se a inclusão de novos atores nesse mercado – até então marcado pela competição entre candidatos e partidos. Agora, surgem como novos *influencers* da opinião eleitoral – as empresas de tecnologia e seus usuários – que, com a criação de redes sociais, ganham maior plataforma para divulgação de suas opiniões. Por outro, a relação entre mídias sociais, debate eleitoral e Judiciário é muito tormentosa, sobretudo considerando o seu papel de fazer a gestão das eleições no Brasil.

Portanto, essa alteração de funcionamento desse mercado não é acompanhada por uma revolução de seus mecanismos de controle, ainda atrelados às antigas disputas político-eleitorais. Como visto, a utilização da representação por propaganda eleitoral mostra-se ineficaz no combate às *fake news*, porquanto não permite que se forme precedentes estabilizados acerca de sua apreciação. O recurso à propositura de ações de investigação judicial eleitoral, por outro lado, tampouco parece adequado, porquanto (i) não permite que se obtenha uma resposta judicial na mesma velocidade das redes e (ii) demanda uma adaptação dos velhos modos de investigação das fraudes eleitorais, agora disseminadas em inúmeros pequenos atos de compartilhamento.

O desenho institucional desse mercado eleitoral, então, começa a ser questionado, já que não consegue mais satisfatoriamente responder aos anseios sociais de garantia de uma disputa justa e, por consequência, do estabelecimento de um regime democrático livre de questionamentos – com amplo consenso pressuposto, isto é, institucionalização. Essas fissuras, como vimos acompanhando, dão azo a todo tipo de ataque, não

apenas ao sistema eleitoral (vide os diversos questionamentos quanto ao funcionamento das urnas eleitorais, sem apresentação de provas⁸⁰), como à própria democracia brasileira.

Essa fratura acaba expondo uma das instituições responsáveis por essa regulamentação mercadológica das eleições: o Tribunal Superior Eleitoral. Ainda que tenha tentado, nas eleições 2018 e também nas de 2020, estabelecer parcerias e programas de combate às *fake news* no exercício de sua função administrativa, enquanto órgão judicial o TSE acabou por adotar uma posição de autocontenção.

Macedo Jr. (2020a, p. 240-245) diagnosticou uma tendência punitivista e repressiva nas iniciativas de repressão da disseminação de notícias falsas, seja nos projetos de lei, seja nas campanhas e medidas tomadas pela Justiça Eleitoral em sua função administrativa; como quando o TSE e a Advocacia-Geral da União criaram uma força-tarefa para combater *fake news* nas eleições de 2018 ou com a criação, pela presidência da Corte, de um Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições. A tendência seria privilegiar a eliminação de conteúdo em detrimento da liberdade de expressão. Isso seria problemático sobretudo em “casos limítrofes de difícil enquadramento”, como a veiculação digital de “informações parcialmente distorcidas, descontextualizadas, enviesadas ou dúbias” (MACEDO JR., 2020b, p. 75). Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência americanas sobre a liberdade de expressão têm desenvolvido testes e critérios mais precisos para justificar a intervenção judicial e a determinação de remoção de conteúdos, por exemplo (MACEDO JR., 2020c): é preciso distinguir a ofensa direta em relação a discursos ofensivos no debate público, discernir o perigo claro e iminente,

⁸⁰ Verdadeira obsessão do próprio Presidente da República eleito em 2018. Ver e.g. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/11/sem-provas-bolsonaro-volta-a-questionar-seguranca-da-urna-eletronica.shtml>

o descaso negligente e a intenção maliciosa nos delitos informacionais, entre outros conceitos. Laurentis e Thomazini (2020) reverberam o tema, ao concluírem que parâmetros jurídicos brasileiros para a tutela judicial da liberdade de expressão são obscuros e imprecisos em comparação com os desenvolvidos no direito americano.

Entretanto, embora sem uma sólida consolidação jurisprudencial por decisões de mérito e colegiadas, o posicionamento do TSE enquanto órgão judicial foi, segundo diagnosticamos, de autocontenção, o que é, em primeiro lugar, simultaneamente, surpreendente e problemático. Surpreendente porque a despeito dos diversos fatores que dificultariam uma resposta unívoca de seus diversos ministros, a Corte conseguiu chegar a uma resposta coesa com relação às notícias falsas, qual seja, a não intervenção. Por outro lado, averigua-se que embora o ponto final tenha sido o mesmo, diversos foram os caminhos e os exploradores que levaram a ele, demonstrando uma fragilidade na atuação da Corte com relação ao tema.

Ademais, foram expostos os limites operacionais dessa autoridade, cujo enfrentamento da problemática das *fake news* demonstra que sua atuação não é consentânea e apta a abarcar as novas práticas mercadológicas do processo eleitoral. É momento de a Justiça Eleitoral também repensar seu funcionamento, sob pena de não só permitir a captura do mercado eleitoral por novas ilicitudes ou novos *players*, mas também de se tornar irrelevante enquanto administradora e árbitra dessa disputa.

No caso da experiência das eleições municipais de 2020, no Brasil ganharam destaque as formas de controle preventivo adotadas pelas plataformas digitais e incentivadas pela Justiça Eleitoral, além, é claro, de medidas administrativas compreendidas como soluções negociadas e implementadas diretamente pelos órgãos responsáveis pela governança

eleitoral. É importante também ter em vista que as restrições trazidas pela pandemia deram um protagonismo às redes sociais em 2020, intensificando o seu uso.⁸¹

Vale ressaltar que em 2019, o TSE criou o chamado “Programa de Enfrentamento à Desinformação”⁸², no intuito de promover uma parceria com outros órgãos, como veículos de imprensa, partidos, redes sociais e agências especializadas em checagem de fatos. O objetivo do programa era amortecer os efeitos negativos da propagação de notícias fraudulentas, contando, para isso, com a colaboração da Justiça Eleitoral.⁸³ Considerando o âmbito do programa adotado, o TSE firmou parcerias inéditas com WhatsApp, Facebook, Twitter, Instagram e TikTok. O presidente do TSE, Ministro Luís Roberto Barroso, afirmou que as redes sociais supracitadas demonstraram um comprometimento com a fiscalização de conteúdos que eventualmente pudessem conter *fake news*. O objetivo maior do TSE com essas medidas extrajudiciais foi evitar a propagação de notícias falsas, tal como foi observado nas eleições presidenciais de 2018, fazendo uma atuação preventiva e evitando uma eventual atuação da Justiça com a remoção de conteúdos⁸⁴.

Além das medidas mencionadas, em 2020 os eleitores tiveram à disposição três meios para o encaminhamento de denúncias de *fake news*: através do aplicativo Pardal, ao Ministério Público Eleitoral (MPE) e por

⁸¹ Vale destacar a promulgação da Emenda à Constituição n. 107/20, que permitiu o adiamento das eleições municipais e uma readequação dos partidos ao formato virtual demandado pela pandemia.

⁸² <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/eleitor-conta-com-varios-canais-para-denunciar-fake-news-e-outras-irregularidades-nas-eleicoes-2020>.

⁸³ Vale lembrar que este programa foi desenvolvido na esteira de outras medidas implementadas em eleições passadas. Por exemplo, o TSE lançou em 2016 a página “Fato ou Boato”, que busca esclarecer o eleitorado sobre a divulgação de determinados conteúdos na internet, exibindo, para isso, notícias checadas.

⁸⁴ <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2020/noticia/2020/09/27/eleicoes-2020-tse-tera-parceria-com-redes-sociais-para-combater-fake-news-diz-barroso.ghtml>.

meio das Ouvidorias que foram criadas pela Justiça Eleitoral⁸⁵. O aplicativo Pardal⁸⁶, por exemplo, facilitava o processo da denúncia de *fake news* e outras irregularidades eleitorais, através do envio de materiais, como imagens, áudios e vídeos à Justiça Eleitoral. A responsabilidade da análise dos materiais ficava com o estado onde foi feita a denúncia⁸⁷.

Por fim, comparado o contexto das eleições de 2018 com o das realizadas em 2020, muitas iniciativas de combate às *fake news* partiram também de condutas e programas das redes sociais. O aplicativo WhatsApp passou a adotar em 2019 medidas contra agentes que promovessem disparo de mensagens em massa, prática que já era vedada pelos Termos de Uso da empresa durante o pleito de 2018, como uma tentativa de evitar práticas abusivas e a propagação de conteúdo fraudulento por usuários e empresas, afirmando que o descumprimento poderia levar ao bloqueio da conta⁸⁸. De acordo com o aplicativo, a violação dos termos de serviços, também pode levar à tomada de medidas judiciais quando necessário⁸⁹. A grande inovação nas eleições de 2020 foi que o disparo massivo de mensagens já estava também proibido explicitamente pela Justiça Eleitoral⁹⁰.

⁸⁵ <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Octubro/eleitor-conta-com-varios-canais-para-denunciar-fake-news-e-outras-irregularidades-nas-eleicoes-2020>.

⁸⁶ Em um levantamento divulgado pela página do TSE, a Justiça Eleitoral aponta que durante as Eleições Municipais de 2020, foram feitas 105.543 denúncias de irregularidades em propagandas eleitorais. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Dezembro/pardal-recebeu-mais-de-105-mil-denuncias-de-irregularidades-eleitorais-nas-eleicoes-2020>.

⁸⁷ <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Octubro/eleitor-conta-com-varios-canais-para-denunciar-fake-news-e-outras-irregularidades-nas-eleicoes-2020>.

⁸⁸ https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/unauthorized-use-of-automated-or-bulk-messaging-on-whatsapp/?lang=pt_br. Ver também <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/whatsapp-admite-envio-massivo-ilegal-de-mensagens-nas-eleicoes-de-2018.shtml>

⁸⁹ O aplicativo divulgou que medidas legais podem ser tomadas contra quem violar ou auxiliar terceiros a violarem os Termos de serviço, em casos de envio massivo de mensagens ou envio de mensagens automatizadas, por exemplo. Disponível em: https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/unauthorized-use-of-automated-or-bulk-messaging-on-whatsapp/?lang=pt_br. Acesso em: 13 dez. 2020.

⁹⁰ https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/unauthorized-use-of-automated-or-bulk-messaging-on-whatsapp/?lang=pt_br.

Além disso, para as eleições 2020, o WhatsApp firmou uma parceria direta com o TSE para o recebimento de denúncias e análise de possíveis casos de propagação de informações falsas, através do preenchimento de um formulário *on-line*⁹¹. Houve ainda a possibilidade de conversar com o TSE, diretamente pelo WhatsApp, através de um número disponibilizado no site do Tribunal.

Outro aplicativo que adotou medidas importantes foi o Facebook, que sinalizou que passaria a avisar seus usuários quando um vídeo, foto ou notícia fosse falsa. Os conteúdos inverídicos passariam a ter um aviso e os usuários que tentassem compartilhá-los seriam redirecionados a *links* que explicariam a versão verdadeira dos fatos e eventos⁹². Embora a rede social não tenha uma ferramenta específica para a denúncia de *fake news*, há já a possibilidade de submeter uma denúncia à análise dos moderadores⁹³. Além disso, publicidade sobre eleições precisa ser devidamente identificada como “Propaganda Eleitoral” ou “Pago”, informando dessa forma aos usuários a natureza do conteúdo. O Facebook ainda inaugurou uma página intitulada “Facebook para governo, política e defesa de interesses sociais”, cujo objetivo é orientar governos e instituições na produção e divulgação de conteúdos de qualidade, com as ferramentas oferecidas pela plataforma, além de divulgar as ações tomadas pela empresa para garantir a segurança dos processos eleitorais⁹⁴.

O Instagram também anunciou em 2019 que passaria a trabalhar com empresas de checagem de informações, objetivando sinalizar aos

⁹¹ <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/eleitor-conta-com-varios-canais-para-denunciar-fake-news-e-outras-irregularidades-nas-eleicoes-2020> .

⁹² https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/10/23/internas_economia.800003/acao-consciente-facebook-e-instagram-vaio-fiscalizar-fake-news.shtml .

⁹³ <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/eleitor-conta-com-varios-canais-para-denunciar-fake-news-e-outras-irregularidades-nas-eleicoes-2020> .

⁹⁴ <https://www.facebook.com/gpa> .

usuários quando uma informação fosse falsa, colocando um aviso na postagem em questão⁹⁵. O objetivo dessa ferramenta utilizada pelo aplicativo, é impedir a disseminação de *fake news*. Nas eleições municipais de 2020, assim como o Facebook, o Instagram sinalizou que passaria a avisar os usuários quando uma postagem tivesse publicidade política, com conteúdo pago. Ademais, a rede social, juntamente com o Facebook e o Whatsapp, anunciou a criação de uma central de operações para acompanhamento das postagens nos dias que antecederam as eleições e nos dias de votação⁹⁶. A central contou com o trabalho de equipes especializadas, que fizeram um acompanhamento objetivando identificar possíveis violações dos termos de uso.

Vale mencionar ainda o Twitter, em especial considerando o protagonismo desta rede social durante a campanha eleitoral e também para a comunicação política (BURSON COHN; WOLFE, 2018), o que simboliza para alguns autores a operação de uma “Twitocracia” (ALMEIDA *et al.*, 2019; GERBAUDO, 2018). Em 2019, a empresa anunciou que baniria a promoção de conteúdo político internacionalmente. No caso brasileiro, isto implicou que, durante as eleições municipais, essa rede social não autorizou a publicação de *posts* políticos pagos. Além disso, a plataforma possibilitou que o usuário denunciasse conteúdos que violassem as suas diretrizes de uso.

O Twitter removeu postagens fraudulentas que objetivavam manipular os eleitores de forma desonesta⁹⁷. Além disso, conteúdos de políticos com informações inverídicas sobre a Covid-19 receberam uma

⁹⁵ <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/12/instagram-anuncia-ferramenta-para-combater-noticias-falsas-no-brasil.ghtml> .

⁹⁶ <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2020/noticia/2020/10/16/veja-o-que-as-redes-sociais-anunciaram-para-conter-a-desinformacao-nas-eleicoes-de-2020.ghtml> .

⁹⁷ <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/eleitor-conta-com-varios-canais-para-denunciar-fake-news-e-outras-irregularidades-nas-eleicoes-2020> .

“etiqueta”, com aviso informando de que se tratava de uma mensagem falsa⁹⁸. Seguindo o que já havia feito na eleição presidencial estadunidense de 2020, por exemplo, o Twitter marcou com uma etiqueta a postagens com conteúdo duvidoso realizadas por candidatos e até suspendeu a conta de determinados atores, abrindo margem para uma novíssima discussão a respeito de moderação de conteúdo e seus impactos em termos de censura e controle do debate público.

O saldo final das experiências observadas permite marcar um novo registro sobre a judicialização da competição eleitoral no Brasil, com a inclusão de novos atores e pretensões do campo da tecnologia da informação. Diante da expansão da pandemia do Covid-19 e das eleições municipais de 2020 também foi possível assinalar uma transformação no comportamento das organizações no âmbito digital para viabilizar a campanha eleitoral e o debate político. É neste sentido que se constatou a importância da adoção de um comportamento preventivo pelos eleitores, partidos políticos e das plataformas digitais para a checagem das fontes e evitar a disseminação de notícias falsas. Diferente da experiência de 2018, tais medidas preventivas tiveram o auxílio da Justiça Eleitoral, que assumiu uma postura ativa e dialogada com a sociedade para lidar com a complexidade das *fake news*, apesar do complexo problema regulatório e debate legislativo de fundo que persiste e é apresentado a seguir.

⁹⁸ <https://link.estadao.com.br/noticias/empresas/twitter-vai-adicionar-etiquetas-contra-desinformacao-sobre-coronavirus,70003299613>.

Capítulo 3

Da Privacidade de dados pessoais às *fake news*: mapeando a dinâmica legislativa sobre comunicações digitais

O capítulo anterior mapeou a projeção específica do problema da disseminação massiva de notícias falsas no âmbito das disputas eleitorais, convocando a atuação especialmente do Tribunal Superior Eleitoral em sua função administrativa, de organização do processo eleitoral, e jurisdicional, de última instância desta Justiça especializada e órgão com competência originária para julgar, entre outras causas, “o registro e a cassação de registro de partidos políticos, dos seus diretórios nacionais e de candidatos à Presidência e Vice-Presidência da República” (Código Eleitoral, Lei 4.737 de 1965, art. 22, I, a). Vimos como a Justiça Eleitoral precisou adaptar procedimentos e tipificações de ilícitos – um corpo processual e material de direito já estabelecido há décadas – às novas condutas delitivas que surgem em meio digital e são reproduzidas de maneira policêntrica e em velocidade quase instantânea. Como tratar tais condutas – por exemplo, disparos em massa, disseminados voluntariamente por um público estimulado emocionalmente à aclamação ou linchamento virtual de candidatos e partidos – segundo o *modus operandi* usual de identificar partidos e coligações responsáveis, por exemplo, por “propaganda irregular”? Como responder em tempo aos delitos digitais, prevenindo sua repercussão exponencial antes que seja tarde? Como tratar a continuidade dessas condutas se determinados procedimentos perdem objeto logo que passado o pleito eleitoral?

Essas são questões específicas que se colocam a um dos ramos do direito em ação. Mas o problema que investigamos mobiliza diversos

outros ramos, com seus anacronismos, ritos e tipificações talhadas para uma sociedade pré-digital, em que a comunicação de massa estava centralizada por órgãos oficiais de mídia – no caso de emissoras de rádio e televisão, organizadas como concessões públicas (Constituição Federal, art. 21, XII). Como tratar, nesse novo cenário midiático de serviços de mensageria privada, redes sociais e plataformas digitais, clássicos direitos civis como a liberdade de expressão, comunicação e imprensa (CF, art. 5º, IX; 221,§1º)? Ou o direito à privacidade e ao sigilo – previstos constitucionalmente nos seguintes termos: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” (CF, art. 5º, XII)? Como tirar a esfera digital de um estado de natureza e impor a seus protagonistas o império da lei, se “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II), mas as leis vigentes foram desenhadas para outra realidade social? Poderíamos ainda remeter ao direito civil e à proteção dos direitos da personalidade (ver MÁRTON, 2016), que o Código Civil (Lei 10.406/2002) garante como “intransmissíveis e irrenunciáveis” (art. 11).

A interdisciplinaridade jurídica convocada pelo problema das *fake news* tem sido o caminho seguido pelo sistema jurídico para lidar com a novidade deste objeto de regulação. Assim, a proposta, atualmente em discussão no Congresso Nacional, de uma Lei das *Fake News* só pode ser compreendida em dois sentidos: como mais um passo dentro de um histórico legislativo que tem procurado neste início de século XXI construir uma teia regulatória para as comunicações digitais, e como uma lei conectiva, que faz acoplamentos com uma série de outras leis e com ramos diversos do ordenamento jurídico.

Se o capítulo anterior focou a jurisdição – centro do sistema jurídico estatal, obrigado a decidir conflitos com a programação jurídica vigente –

, este capítulo volta-se para a periferia política do sistema jurídico – o Legislativo –, onde são processadas e traduzidas em programas decisórios as irritações autoproduzidas pela atual sociedade digital e onde se consolidam em novas leis as demandas e pressões conflitantes de diversas organizações da “sociedade civil”, como grupos de pressão, universidades, institutos e consultorias jurídicas e tecnológicas, empresas de comunicação digital, políticos e partidos.

Buscamos apresentar as tendências contemporâneas observadas na regulação jurídica das comunicações digitais. Para tanto, enfocamos diferentes áreas do direito estatal brasileiro, alinhando comparativamente o processo legislativo e o desenho institucional incorporado em três leis: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/ 2014), Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, Lei 13.709/ 2018) e projeto de Lei das *Fake News* (PLS 2630, ou Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, aprovada em 2020 no Senado Federal e pendente de aprovação pela Câmara dos Deputados).

Esse pacote regulatório da comunicação digital evidencia um movimento de abertura a normas técnicas (adensando as expectativas cognitivas e o papel dos especialistas na definição do direito) e de apelo do legislador à sociedade civil e às associações e especialistas. Conhecimento e legitimidade são as demandas que o Legislativo nacional busca atender, ainda quando delega o detalhamento das regras, sua implementação ou a decisão de conflitos a instâncias autorreguladas, como as próprias plataformas digitais.

Conforme discutido ao longo do livro, o advento das tecnologias digitais de comunicação gera a necessidade de configurar novos direitos (como a proteção da privacidade de dados pessoais) e de balizar o tratamento jurídico de novos problemas (como a disseminação de notícias falsas). O pacote regulatório que o direito brasileiro vem construindo a

respeito inclui importantes legislações setoriais – do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/ 90) ao Marco Civil da Internet (Lei 12.965/ 2014), passando pela Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/ 2014). Em 2018, o Congresso Nacional aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, Lei 13.709/ 2018) como a primeira regulamentação abrangente sobre o processamento de dados pessoais no Brasil – abrangendo processamento *on-line* e *off-line*, bem como os setores público e privado. Em 2020 o Senado Federal aprovou um projeto de Lei das *Fake News* (ou Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet), ainda em discussão pela Câmara dos Deputados (quando do fechamento deste livro, no início de 2021) e dependente, posteriormente, do veto ou sanção presidencial.

Observar como o direito estatal brasileiro está programando seus parâmetros diante do protagonismo da comunicação digital é uma oportunidade privilegiada de se entender o jogo regulatório na construção jurídica contemporânea, em complemento ao debate do capítulo 2 sobre como as instituições judiciárias atuam. O objeto deste capítulo – analisar a emergência dos padrões jurídicos de tratamento da privacidade de dados pessoais e da disseminação de notícias falsas – congrega uma série de elementos especialmente interessantes para proporcionar essa observação da configuração de um jogo regulatório. Afinal, a disciplina jurídica da comunicação digital envolve uma problemática com repercussões em múltiplos setores sociais (pense-se, por exemplo, na repercussão das *fake news* nos sistemas político, sanitário, científico e educacional) (ver *e.g.* MARTENS *et al.*, 2018), viabilizada por fluxos transnacionais (típicos de uma sociedade mundial) e dominada por especialistas nessas tecnologias emergentes e por um pequeno grupo de empresas globais (SRNICEK, 2017; MOROZOV, 2018), capazes não apenas de incidir em estruturas e condutas anticompetitivas como também de, com isso, controlar e usar os

dados privados dos cidadãos gerados na navegação digital (SRINIVASAN, 2019).

O capítulo foca-se no mapeamento do histórico legislativo referente à disciplina jurídica da comunicação digital. Especialmente sobre a questão da regulação das *fake news*, que ganhou o parlamento em 2020, deve-se notar de início um embate entre Legislativo e Executivo sobre o tema, representado pelo interesse do presidente da Câmara dos Deputados à época em pautá-lo e pela resistência do Executivo em investigar e disciplinar uma ferramenta de governo da qual há amplos indícios de que ele se vale¹. Por outro lado, como visto no capítulo anterior, o Tribunal Superior Eleitoral adotou uma postura de deferência e espera em relação às definições tomadas pelo Legislativo (periferia do sistema jurídico e centro do sistema político, encarregado portanto de vincular-se às próprias decisões coletivamente vinculantes que venha a instituir). Mas e o legislador, como lidou com as *fake news* eleitorais? Afora a CPMI das *fake news*, que pautou o tema no sistema político e assim pode exercer alguma força dissuasória, interessam-nos as respostas regulatórias. Estas revelam um apelo não apenas aos especialistas (academia e sociedade civil, portanto, periferia do sistema político), convocados como consultores no desenho legislativo, mas também uma abertura do direito estatal à autorregulação.

O projeto de Lei das *Fake News* (ou Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet), aprovado em 2020 no Senado Federal e pendente de aprovação pela Câmara dos Deputados, deve ser posicionado como terceiro elemento dentro de uma série de iniciativas legislativas que incluem, sobretudo, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, Lei 13.709/

¹ <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/maia-acusa-bolsonaro-de-comandar-fake-news-nas-redes-sociais/>

2018). A LGPD, especialmente, foi alvo de intensa disputa: aprovada no Congresso Nacional em agosto de 2018, apenas foi sancionada pelo Presidente da República em setembro de 2020, com sanções administrativas sendo imponíveis a partir de agosto de 2021. Essa lei regula dispositivos do Marco Civil da Internet e forma uma moldura regulatória de direito digital dentro da qual também deve se integrar uma futura Lei das *Fake News*.

Esta moldura, vale notar, estava longe de ser completada quando o TSE julgou as ações relativas ao processo eleitoral de 2018: nem a LGPD estava vigente, nem sequer havia o encaminhamento do projeto de Lei das *Fake News*. O legislador – que deveria servir como anteparo ao Judiciário, já disciplinando os conflitos sociais (entre usuários, plataformas de mídia e produtores de conteúdo, candidatos e tantos outros atores) e transformando-os em decisões coletivamente vinculantes – não conseguiu consolidar respostas regulatórias a tempo, e os procedimentos judiciais-eleitorais limitaram a capacidade cognitiva do TSE para criar *ad hoc* normas capazes de dar conta do novo fenômeno que se lhe apresentava.

Por outro lado, mesmo a lei vigente mais diretamente aplicável ao tema – o Marco Civil da Internet – teve pouca acolhida na seara eleitoral; no contexto político a Internet ainda aparecia como uma zona praticamente não regulada, abrindo espaço para o oportunismo de grupos políticos e econômicos interessados em explorar os limites ou a ausência de limites para a propaganda e o discurso de ódio ou aclamação em meio digital. Ainda no pleito imediatamente anterior ao de 2018 – as eleições municipais de 2016 –, a campanha eleitoral na Internet não era incentivada e o direito eleitoral tratava impor restrições quanto à divulgação de propaganda política nas redes sociais.

3.1. Comunicações digitais em pauta: Marco Civil da Internet

Ao menos uma década antes de nosso período de análise, centrado em 2018, os desafios da regulação do ambiente digital como palco para as comunicações já se traduziam em esforços legislativos no país. Nesta seção, será explorado o caminho legislativo que levou à aprovação do Marco Civil da Internet (MCI), como primeira reação bem-sucedida do Legislativo ao advento da era das comunicações digitais.

O Marco Civil da Internet foi inicialmente previsto como resposta a um esforço legislativo para criminalizar múltiplas condutas *on-line* (Projeto de Lei n. 84/1999 ou Lei Azeredo). De acordo com a proposta, haveria penas de prisão de até três anos para o acesso não autorizado a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado (Artigo 339-A da Redação final do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 89, de 2003²) e obrigações gerais para os provedores de acesso à Internet manterem registros de conexão de dados por três anos (artigo 22), bem como a obrigação de que os provedores de conexão de Internet informassem as autoridades policiais sobre quaisquer condutas criminosas sob a plataforma – o que criaria incentivos para a supervisão constante do conteúdo transmitido na Internet.

Em 2008, proposta alternativa ganhou força no Senado Federal e, como resposta, acadêmicos e governo abraçaram a ideia de criar um “marco de direitos civis” para a Internet (SOUZA; VIOLA; LEMOS, 2017). Com este objetivo, o Ministério da Justiça se uniu ao Centro de Tecnologia e Sociedade (da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro) para criar uma consulta pública *on-line* com os princípios gerais que integrariam a regulamentação dos direitos civis na Internet. Com uma ampla participação pública (mais de 300 participantes entre cidadãos,

² <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4807956&ts=1593940738169&disposition=inline>

representantes do setor privado, organizações da sociedade civil e representantes diplomáticos), os comentários foram consolidados no Projeto de Lei n. 2.126/2011 pelo Poder Executivo (BRITO CRUZ, 2015, p. 75-88).

Enquanto o Projeto de Lei estava em processo legislativo regular, em 2013, ocorreram as revelações de Edward Snowden sobre práticas de vigilância em massa do Estado americano, com implicações diretas para o governo brasileiro. Então o Congresso Nacional optou por acelerar o processo e aprovar o Marco Civil da Internet como resposta àquelas revelações. Embora inicialmente o projeto não contasse com disposições de proteção de dados, o Congresso decidiu incluir algumas normas a respeito, enquanto não havia legislação geral de proteção de dados no Brasil (vale notar que, até então, o Ministério da Justiça já havia estabelecido duas consultas públicas para um projeto de lei geral de proteção de dados).

Considerado um paradigma internacional na matéria (ARNAUDO, 2017) e referência para a garantia de direitos humanos *on-line*, o Marco Civil Da Internet centra-se em alguns aspectos-chave, como responsabilidade de intermediários, neutralidade de rede e regras para a guarda de registros (de conexão e acesso a aplicações da Internet). O foco na definição de princípios pode ser notado neste Marco Civil da Internet. Em seu artigo 2º, são definidos os fundamentos da disciplina da Internet, e a liberdade de expressão ocupa posição especial no *caput*. Além disso, são enumerados “o reconhecimento da escala mundial da rede”, o respeito aos “os direitos humanos”, “a pluralidade e a diversidade”, a “abertura e colaboração” a “livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor” e a “finalidade social da rede”. Em seguida, no artigo 3º, são listados os princípios para a disciplina do uso da Internet no país, que incluem:

- garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- proteção da privacidade;
- proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
- preservação e garantia da neutralidade de rede;
- preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
- responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
- preservação da natureza participativa da rede;
- liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta lei.

Essa considerável lista de princípios foi a saída encontrada para uma das preocupações relacionadas à regulação da Internet e das comunicações digitais: a de que as alterações no ordenamento jurídico não acompanhassem a velocidade da transformação da tecnologia, gerando normas que representariam freios para o desenvolvimento tecnológico. O Marco Civil da Internet foi concebido como lei que pudesse preservar as bases para a promoção das liberdades e dos direitos na Internet no Brasil, especialmente a partir de sua alta carga principiológica (SOUZA; VIOLA; LEMOS, 2017, p. 16).

Um dos pontos centrais do Marco Civil da Internet é a resposta que oferece às preocupações de possibilidade de responsabilização de agentes por condutas ilícitas realizadas na Internet. Esse ponto é endereçado a partir de dispositivos relativos a dois temas: a responsabilização de intermediários e as obrigações de guarda e retenção de registros por provedores de conexão e serviços na Internet.

O tema da responsabilização de intermediários diz respeito à possibilidade de provedores de serviços da Internet – incluindo entre estes

os provedores de conexão à Internet (isto é, agentes contratados para o fornecimento de conexão da Internet) e provedores de aplicações (como redes sociais, *websites* e aplicativos) – serem responsabilizados por atos ilícitos realizados por usuários e terceiros na Internet. Com a popularização da Internet comercial e a chegada de pleitos de responsabilização por condutas na Internet ao Judiciário, a ausência de legislação específica sobre o tema traduzia-se em decisões judiciais muitas vezes contraditórias (BRITO CRUZ, 2015, p. 20). Para ilustrar com um notório caso que antecedeu as discussões legislativas do Marco Civil da Internet: em janeiro de 2007, imagens íntimas de uma modelo e de seu namorado foram veiculadas no YouTube. Diante da situação, o casal ajuizou uma ação na Comarca de São Paulo com o fim de proibir a transmissão das imagens, ordem que não foi imediatamente cumprida pela plataforma. Em face do descumprimento, o YouTube foi bloqueado pelo período de 24h (SÃO PAULO. TJSP. 4ª Câmara. Dir. Priv., Apelação Cível nº 556.090.4/4-00, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julg. em 12.06.2008).

Alternativa a essas situações, o modelo de responsabilização de provedores de serviços é louvado por privilegiar a liberdade de expressão. Para regulamentar o tema, a legislação divide os provedores entre provedores de conexão e provedores de aplicações da Internet. Com relação aos primeiros, a norma determina que estes não poderão ser responsabilizados por danos decorrentes de conteúdo de terceiro (art. 18). Tratava-se de tema já pacificado na jurisprudência nacional e internacional (SOUZA; VIOLA; LEMOS, 2017, p. 98). Já com relação aos provedores de aplicações de Internet, o art. 19 do Marco Civil da Internet estabelece:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser

responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Com o dispositivo, o Marco Civil afasta a aplicabilidade da tese da responsabilidade objetiva de provedores de aplicações por conteúdo danoso veiculado nas redes, a qual se fazia presente em debates doutrinários e jurisprudenciais. Em suma, a tese de responsabilização objetiva era ancorada, respectivamente, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor; argumentava-se que a Internet representaria atividade de risco ou defeito da prestação do serviço em relação de consumo. Caso adotada pela legislação, essa norma de responsabilização incentivaria o monitoramento constante por parte de aplicações, bem como a exclusão preventiva de conteúdo potencialmente controvertido – representando restrição excessiva à liberdade de expressão (TEFFÉ; MORAIS, 2017, p. 132). Com o art. 19, a responsabilização de provedores de aplicação é de natureza subjetiva e tem como marco a notificação judicial. Nos termos do parágrafo 1º, a referida ordem judicial deve conter, sob pena de nulidade, a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.³

A identificação de agentes *on-line* depende dos registros de conexão e acesso mantidos, respectivamente, pelos provedores de conexão e aplicativos da Internet. O MCI prevê que a retenção e a divulgação dos registros de aplicação e conexão devem ser fundamentadas em

³ Vale destacar que o Marco Civil da Internet conta com regra especial para dois tipos de crimes: violações de direitos autorais (que será regulamentado por lei específica, conforme o art. 19, §2º) e pornografia de vingança (onde basta a mera notificação extrajudicial como marco para início da responsabilização, conforme art. 21).

privacidade e proteção de dados (artigo 10). Além disso, prevê os prazos para a retenção de tais registros, para que os provedores tenham prazos definidos que estejam de acordo com os direitos fundamentais dos usuários da Internet. De acordo com o art. 13, provedores de conexão devem guardar os registros de conexão ao menos por 1 (um) ano. Além disso, provedores de conexão não podem guardar registros de acesso a aplicações de Internet (art. 14). Já o artigo 15, ao tutelar o dever de guarda dos provedores de aplicações, como sites e aplicativos, estabelece que estes devem guardar os registros de acesso às aplicações ao menos pelo período de 6 (seis) meses.

Outra disposição importante do MCI no sentido de proteger a privacidade dos usuários de Internet e desincentivar a prática de monitoramento constante por parte de provedores de serviço é aquela que estabelece que os provedores só devem divulgar tais informações *on-line* após ordens judiciais (art. 10, §1º). Referida ordem, por sua vez, deve conter no mínimo (art. 22): (i) fundados indícios de ocorrência do ilícito; (ii) justificativa motivada da utilização dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e (iii) identificação do período a que se referem os registros.

Por fim, quanto às disposições de privacidade e proteção de dados do MCI, ele prevê a necessidade do consentimento expresso do envolvido para o processamento de dados (artigo 7, IX) – nesse sentido, foi a única base legal, isto é, hipótese legal de tratamento de dados pessoais prevista para o processamento de dados *on-line*. Além disso, há disposições que estabelecem o direito à informação sobre o processamento de dados (artigo 7, VII), concedendo o direito a informações claras e completas sobre a coleta, uso, armazenamento e processamento de dados e também o direito de solicitar que os dados referentes ao envolvido sejam eliminados (artigo 7, X).

Especificamente com relação às comunicações digitais, o MCI também teve papel relevante. O sigilo das comunicações é previsto pelo art. 5º, inc. XII da Constituição Federal, que estabelece que sua quebra depende de ordem judicial, nos termos da Lei de Interceptações Telefônicas. Ocorre que, desde 2006, o Supremo Tribunal Federal firmou interpretação no sentido de que a proteção conferida pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição de 1988 – que prevê o sigilo de dados em paralelo ao sigilo das comunicações – seria referente somente ao fluxo de dados.⁴ Isto é, a exigência de ordem judicial para a violação do sigilo não seria aplicável para os dados armazenados.⁵ O Marco Civil da Internet, por sua vez, propõe-se a igualar a proteção conferida aos dados em fluxo e aos dados armazenados para as comunicações realizadas pela Internet, conforme os incisos II e III do art. 7º.

3.2. Dados Pessoais em pauta: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Zanatta (2015, p. 462-463) identifica o caráter principiológico do Marco Civil da Internet, notando sua insuficiência para tratar da proteção de dados pessoais, definida meramente como um direito. Se o MCI simplesmente não tratou do uso indevido de dados pessoais por empresas privadas, inclusive para fins de propaganda comportamental, a Lei 12.965/2011 (art. 15) definia como regra a retenção, por autoridades administrativas encarregadas de investigações, de dados pessoais guardados por provedores de aplicações de Internet. Portanto, a privacidade de dados pessoais estava pouco guarnecida antes da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 418.416-8/SC**. Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 10 maio 2006.

⁵ Vale destacar que, em 2020, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal revisitou este entendimento, concluindo que a relevante modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas teria condicionado mutação constitucional, de modo que o acesso a comunicações armazenadas necessitaria de autorização judicial. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 168.052/SP**. Ministro Relator Gilmar Mendes, 20 out. 2020.

Similarmente ao Marco Civil da Internet, de 2014, quanto à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) notou-se a combinação de regras de conteúdo altamente especializado com princípios gerais. Além disso, ficou evidente a busca de abertura participativa no processo legislativo como estratégia de legitimação para o tratamento jurídico de um tema controverso, similarmente ao processo legislativo anterior, a respeito do MCI.

A LGPD é a primeira série de normas a regular o tratamento de dados pessoais de forma transversal aos vários setores da economia brasileira. Antes de sua aprovação em 2018, o ordenamento jurídico brasileiro contava com normas setoriais esparsas sobre o tratamento de dados pessoais – incluindo, entre outras, o Marco Civil da Internet (aplicável para o tratamento de dados pessoais realizado na Internet), o Código de Defesa do Consumidor (aplicável para as relações de consumo) e a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011, aplicável para *bureaus* de crédito).

Observa-se, desde a década de 1980, no plano internacional, um processo de convergência das normas sobre proteção de dados pessoais – impulsionado principalmente pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo Conselho da Europa. Em paralelo a uma série de razões geopolíticas e econômicas, destaca-se a preocupação de garantir um nível de convergência regulatória que permitiria o livre fluxo de dados pessoais (MENDES; BIONI, 2019, p. 163).

A LGPD é a projeção brasileira desse complexo e heterárquico direito da globalização (FARIA, 1999), que se apresenta ora por meio de ordens jurídicas internacionais (tratados e declarações) ou transnacionais (privadas), ora por meio de pressões e modelos regulatórios fornecidos para os Estados nacionais por *think tanks* e organismos diversos, sob o incentivo de agências que trabalham pela unificação regulatória –

sobretudo em temas tão claramente transfronteiriços como os fluxos de dados.

A LGDP, assim como o MCI, foi resultado de um processo altamente participativo. Foram realizadas duas consultas públicas *on-line* (2011 e 2014) antes da apresentação pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional – tratava-se de iniciativa do Ministério da Justiça, cujos membros elaboraram a primeira minuta do anteprojeto submetido a consultas públicas. No Congresso Nacional, este projeto foi apresentado pelo Executivo como o PL nº 5.726/2014, sendo objeto de múltiplas audiências públicas conduzidas por Comissão Especial para analisar os Projetos de Lei sobre Proteção de Dados Pessoais na Câmara (dentre os quais havia também o PL nº 4060/2012). Ao todo, ao longo do processo legislativo, foram conduzidas 11 (onze) audiências públicas e dois seminários internacionais – com a participação de sociedade civil, academia e setor privado (OBSERVATÓRIO DA PRIVACIDADE, 2019a).

Em 2018, porém, muitos fatores internacionais seriam decisivos para a aceleração na aprovação do projeto de lei. O escândalo da Cambridge Analytica, no uso irregular de dados pessoais para as eleições americanas, na votação do Brexit no Reino Unido e mesmo com repercussões no Brasil (ver GAGLIONI, 2020), o interesse do Brasil em entrar na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a entrada em vigor da GDPR (*General Data Protection Regulation*) na União Europeia foram elementos relevantes que levaram o projeto de lei a ganhar força (OBSERVATÓRIO DA PRIVACIDADE, 2019b).

Revelado em 18 de março de 2018, o episódio da Cambridge Analytica foi usado para aumentar a conscientização sobre a necessidade de aprovar a minuta – com muitos acadêmicos apontando que a falta da LGPD poderia deixar os cidadãos brasileiros vulneráveis ao processamento de dados pessoais em estratégias de microdirecionamento de campanhas eleitorais.

A Cambridge Analytica era uma empresa britânica especializada na mineração de dados e consultoria, com fornecimento de serviços de perfilhamento de eleitores e de *marketing*. Conforme revelado por ex-funcionários da empresa, ela minerou informações de mais de 50 milhões de perfis de usuários do Facebook a partir do aplicativo “thisisyourdigitalife”. A coleta de informações se deu à medida que usuários da plataforma se inscreviam para realizar teste de personalidade para fins acadêmicos. Conforme as regras de funcionamento da plataforma anteriores a 2014, com o teste era possível acessar também informações de seus amigos na rede, de modo que foram criados registros de dezenas de milhões de norte-americanos.⁶ Esses registros, por sua vez, foram mobilizados nas eleições norte-americanas de 2016 para o perfilhamento de eleitores, *microtargeting* e outros serviços de *marketing*.

Agentes que acompanharam de perto o debate da LGPD afirmam que o escândalo da Cambridge Analytica teve papel central na inserção definitiva do tema na agenda (OBSERVATÓRIO DA PRIVACIDADE, 2019b). Ainda, reagindo ao escândalo, em 21 de março, o Senado Federal promoveu uma sessão de debates temáticos destinada a discutir o tema “*Fake News*” e seu impacto nas eleições de 2018.⁷

Conforme indicam outros participantes do processo legislativo da LGPD, a entrada em vigor do GDPR em 25 de maio de 2018 igualmente teria ressaltado a necessidade de legislação brasileira que garantisse segurança jurídica para o tratamento de dados pessoais no Brasil (OBSERVATÓRIO DA PRIVACIDADE, 2019b). Comentando o feito à época,

⁶ Conforme apurado pela Federal Trade Commission (2019): entre 250-270 mil usuários do Facebook interagiram diretamente com o aplicativo, enquanto foi possível obter informações de cerca de 50-65 milhões de amigos no Facebook daqueles usuários.

⁷ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/20/senado-debate-noticias-falsas-na-internet-em-sessao-tematica-no-plenario-nesta-quarta-21> ; <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/05/24/especialistas-discutem-influencia-das-midias-sociais-no-processo-eleitoral>

o advogado Ronaldo Lemos afirmou que o GDPR teria efeito viral: especialmente em razão de empresas de tecnologia ao redor do mundo que prestam serviços digitais para europeus e estariam sujeitas a regulação. Ecoando tal diagnóstico, Mendes e Bioni (2019, p. 178) ressaltam como as próprias normas de nível mínimo de adequação para transferências internacionais postas pelo GDPR colocariam incentivos para a adoção de regimes jurídicos nacionais com algum grau de interoperabilidade. Este seria mais um capítulo do histórico de convergência das normas de proteção de dados pessoais.

Por fim, um último elemento do ano de 2018 associado à aprovação da LGPD no mês de agosto (portanto, às vésperas das eleições de outubro, quando a lei ainda não esteve vigente, lembre-se) foi a manifestação do interesse por parte do governo brasileiro de integrar a OCDE (OBSERVATÓRIO DA PRIVACIDADE, 2019b). O organismo conta, desde 1980, com orientações para normas de regulação de tratamento de dados pessoais. A ausência de uma legislação abrangente para regular o tema no Brasil foi considerada uma lacuna e levou o Governo Federal a apoiar a aprovação da LGPD (MONTEIRO, 2018). Mais recentemente, após a entrada em vigor da LGPD, o pleito de entrada na OCDE foi igualmente central para a criação efetiva da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais em outubro de 2020.⁸

Esses muitos episódios foram acompanhados por uma forte mobilização das organizações da sociedade civil (OBSERVATÓRIO, 2018). Nesse sentido, vale ressaltar a Coalizão *Direitos na Rede*, que reúne 39 organizações da sociedade civil, acadêmicos e ativistas interessados em políticas de Internet e proteção ao consumidor e outros defensores dos direitos humanos. A Coalizão teve um papel relevante em Brasília ao

⁸ <https://observatoriolgpd.com/2020/09/24/criacao-da-anpd-aproxima-o-brasil-da-ocde-diz-minicom/>

pressionar para a aprovação da legislação. Durante o processamento do projeto de lei na Câmara dos Deputados, o Deputado Relator Orlando Gomes reuniu organizações da sociedade civil, acadêmicos e representantes da indústria a fim de encontrar alguns pontos em comum sobre a legislação. De acordo com aqueles que participaram dessas reuniões, o projeto final apresentado pelo deputado Orlando Gomes teve concessões de agentes privados e do terceiro setor – mas foi acordado por ambas as partes. Com efeito, quando o projeto de lei foi aprovado na Câmara dos Deputados e apresentado ao Senado, esses agentes multissetoriais assinaram uma carta em apoio à aprovação do projeto redigido em conjunto com o deputado Orlando Gomes sem emendas (BRASSCOM, 2018).

A LGPD é a primeira legislação abrangente sobre proteção de dados no Brasil – abrangendo todas as atividades de processamento de dados realizadas no país, ou relacionadas à oferta de serviços e produtos aos brasileiros, e mesmo cobrindo situações em que os dados são coletados no território brasileiro (artigo 3) – independentemente do setor econômico, incluindo tanto o setor privado quanto o público. A LGPD adota um conceito amplo de dados pessoais – definindo-os como quaisquer dados relacionados a uma pessoa física identificada ou identificável (art. 5, I). Além disso, a norma fornece uma definição para dados pessoais sensíveis – que é uma categoria especial de dados, o que significa que há algumas limitações para as atividades de processamento de dados, pois seu uso indevido pode gerar danos relevantes para o indivíduo. De acordo com o Artigo 5, II, os dados pessoais sensíveis incluem dados relativos à origem racial ou étnica, crença religiosa, opinião política, sindicato ou afiliação religiosa, política, entre outros.

O largo uso de princípios está presente nos artigos 2º e 6º da lei. O primeiro traz os fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais,

que incluem “o respeito à privacidade” a “autodeterminação informativa”, “a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião”, “a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem”. Em paralelo, o artigo 6º prevê os princípios que devem orientar as atividades de tratamento de dados pessoais, incluindo, além da boa-fé, os princípios da finalidade, adequação e necessidade – estabelecendo que o tratamento de dados deverá ter sempre uma finalidade legítima, devidamente informada ao titular dos dados; e que o tratamento deve ser adequado àquilo que foi efetivamente informado ao titular e ser realizado na medida necessária para atingir a finalidade indicada. São também princípios da LGPD o livre acesso, a qualidade dos dados e a transparência – que buscam garantir ao titular de dados pessoais a possibilidade de consulta aos seus dados pessoais tratados, com o objetivo de garantir que estejam exatos, atualizados e que seu tratamento seja de conhecimento do titular de dados pessoais. Ainda, a norma prevê os princípios da segurança, prevenção e responsabilização e prestação de contas – os quais orientam que as entidades adotem medidas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas relacionadas aos dados pessoais, bem como da ocorrência de outros danos decorrentes do tratamento, demonstrando os esforços de cumprimento da legislação aplicável.

Como destacam Mendes e Bioni (2019, p. 165-166), os princípios da LGPD refletem consenso transnacional acerca dos princípios que regem a matéria – processo que de se desenvolve ao menos desde de 1970 com a criação dos *Fair Information Practice Principles* (FIPPs), pelo Departamento da Saúde e Bem-Estar dos Estados Unidos. A natureza principiológica da lei, ainda, além de remontar ao processo de convergência regulatória já comentado, é também reflexo da preocupação

do legislador em estabelecer balizas para a interpretação de normas cujo objeto, a tecnologia, está em constante desenvolvimento.

Além disso, a legislação de proteção de dados prevê que os dados só podem ser processados (isto é, utilizados) quando houver uma base legal em vigor. A LGPD fornece dez bases legais, que devem ser aplicadas de acordo com a natureza do processamento de dados; elas incluem: consentimento, interesse legítimo, execução de contratos e o processamento pela administração pública para políticas públicas (art. 7). A LGPD também prevê direitos para os titulares dos dados para que possam assumir o controle sobre os dados a eles relacionados. Por exemplo, a nova legislação prevê o direito de ter informações sobre os objetivos e a natureza das atividades de processamento de dados, bem como o direito de acessar e corrigir informações processadas sobre si mesmos e de retirar o consentimento ou exigir a eliminação de dados excessivos (art. 18).

Aspecto interessante da LGPD é a forma como ela aborda temas relativos à segurança da informação. Ao abordar o tema no artigo 46, a LGPD prevê de forma genérica que os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de tratamentos inadequados – por exemplo, acessos não autorizados e outras situações acidentais. Sem esclarecer o que seriam as medidas de segurança aptas, a LGPD afirma que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados poderá estabelecer padrões técnicos mínimos considerando o estado atual da tecnologia, a natureza das informações tratadas, dentre outros (art. 46, § 1º).

Com efeito, a própria criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) demonstra a preocupação do legislador de criar agente com corpo técnico apto a regulamentar, interpretar e aplicar a legislação de acordo com a evolução tecnológica. A ANPD tem entre suas competências

a de decidir, na esfera administrativa, em caráter terminativo sobre a interpretação da legislação (art. 55-J, inc. XIX), garantindo maior segurança jurídica às relações de tratamento de dados pessoais. Há de se destacar que demandas relacionadas à LGPD podem ser levadas ao Judiciário pelos titulares de dados pessoais, o que gera não só a possibilidade judicialização crescente de demandas, mas de aplicação pouco coerente da nova legislação.

Por fim, vale mencionar dispositivos da LGPD que abrem espaço para iniciativas de autorregulação e corregulação. O artigo 51 da LGPD estabelece que agentes de tratamento de dados pessoais, seja individualmente ou por meio de associações, podem formular regras de boas práticas e de governança que “estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.” Referidas regras seriam adequadas às atividades de tratamento realizadas por esses agentes e poderiam ser consideradas para fins de aplicação de penalidades por violações da legislação (art. 52, § 1º, inc. IX).

3.3. Eleições de 2018: insuficiência de legislação sobre *fake news*

As eleições presidenciais do Brasil de 2018 ocorreram meses após a aprovação da LGPD pelo Legislativo; a lei não estava vigente e sequer havia sido sancionada pelo Executivo (o que só se deu em 2020). Enquanto isso, o processo político-eleitoral foi marcado pela incorporação das capacidades ofertadas por novas tecnologias de comunicação e informação às campanhas políticas. Analisando o fenômeno, sociólogos do direito

apontam para a existência de estruturas de campanha em rede, isto é articulação de redes de atores em diferentes espaços digitais, em padrões de relacionamento diverso e movidos por diferentes motivações (BRITO CRUZ; VALENTE, 2018; BRITO CRUZ *et al.*, 2019, p. 15). Para além dos atores tradicionais das campanhas políticas (como agentes políticos, mídia, agentes de governo, agentes privados e sociedade civil), as campanhas em rede são caracterizadas pela entrada de novos atores, como as plataformas de Internet e usuários que podem, em paralelo, ser produtores ou amplificadores de conteúdo para campanhas (BRITO CRUZ *et al.*, 2019, pp. 14-18). Os ambientes nos quais estas interações se dão também são múltiplos, incluindo redes sociais, plataformas de vídeo, mecanismos de busca, páginas na Internet, aplicativos de trocas de mensagens, entre outros (BRITO CRUZ *et al.*, 2019, pp. 14-18).

A Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) passou por duas minirreformas eleitorais em 2009 e 2017 nas quais foram inseridos dispositivos sobre comunicações digitais. Segundo a norma, os meios disponíveis para a realização de propaganda eleitoral na Internet são (art. 57-B): os sites do candidato e partido ou coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral; o envio de mensagens eletrônicas para endereços cadastrados pelo partido ou coligação ou por meio de *blogs*, redes sociais, sites de mensagens instantâneas e aplicações, desde que realizadas por candidatos, partidos ou coligações – ou pessoas naturais, estas desde que não contratem impulsionamento de conteúdo. Conforme a norma prevê, ainda, o impulsionamento de conteúdos é a única forma de veiculação de propaganda eleitoral paga na Internet permitida no país (art. 57-C), desde que seja identificado de forma inequívoca como tal, contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e disponibilizado por provedor de aplicações de Internet (art.

57-B, § 3º). Não há na Lei das Eleições, todavia, definição do que configura “impulsioneamento de conteúdo”.

Com relação aos cadastros de eleitores por candidatos, partidos e coligações e ao envio de mensagens, a Lei das Eleições já contava nas eleições de 2018 com dispositivos vedando a venda de cadastros de endereços eletrônicos ou sua utilização a favor de candidatos, partidos ou coligações por parte de governos, organizações da sociedade civil, entidades de classe e sindicais entre outros agentes (art. 57-E). Além disso, as mensagens eletrônicas enviadas por referidos agentes eleitores devem conter mecanismo de oposição que permitam seu descadastramento por parte do destinatário (art. 57-G). Por fim, com o objetivo de permitir o constante aperfeiçoamento da legislação eleitoral ao desenvolvimento das diferentes formas de comunicação digital, a Lei das Eleições prevê que o Tribunal Superior Eleitoral regulamentará os dispositivos já indicados de acordo com o cenário e ferramentas tecnológicas existentes em cada momento eleitoral (art. 57-J).

A campanha eleitoral de 2018 combinou ferramentas de *marketing* digital por meios institucionais, isto é, aqueles previstos legalmente, e outras estratégias realizadas à margem da legislação. Tratou-se do primeiro pleito com campanhas em redes sociais *on-line* regulamentadas, de modo que os gastos de campanhas com comunicação digital para criação e inclusão de páginas na Internet, impulsioneamento de conteúdos, despesas com hospedagem de *websites* e taxas de administração de financiamento coletivo foram regularmente informados à Justiça Eleitoral. Estudos exploratórios a partir dos dados disponibilizados por esta apontam que a maior parte dos recursos gastos em campanhas digitais foi dirigida para o impulsioneamento de conteúdo – mas os gastos com campanhas digitais ainda são consideravelmente pequenos, em

comparação aos demais gastos de campanha (BRITO CRUZ *et al.*, 2019, p. 30; CERVI; VASCONCELLOS; CAVASSANA, 2021).

Ainda que estas sejam as hipóteses de comunicação digital com previsão legal, há de se destacar outras estratégias empregadas nas eleições de 2018 excluídas da regulação eleitoral. É o caso do uso de *bots* que automatizam o envio de conteúdo, contas falsas para a amplificação, veículos de mídia focados na produção de desinformação (*junk news*), contratação de perfis influentes em redes sociais para a realização de campanhas e disparos em massa de mensagens por meio de aplicativos de mensageria privada (BRITO CRUZ *et al.*, 2019; WOOLLEY; HOWARD, 2019, p. 5). Especificamente com relação à utilização de aplicativo de mensageria privada WhatsApp, utilizado por ao menos 120 milhões de brasileiros, série de reportagens da Folha de São Paulo revelou a contratação de disparos em massa de mensagens eleitorais, incluindo a venda de bancos de dados – em violação à legislação eleitoral –, ponto que foi inclusive admitido pela empresa (CAMPOS MELLO, 2020b).

Vale destacar, entretanto, como os diferentes elementos utilizados por campanhas digitais interagem a partir de estrutura de rede, de modo que campanhas passam a envolver a articulação destes componentes, seja de forma autônoma, seja profissional, que juntos trabalham a partir da lógica eleitoral em favor de uma candidatura. Para citar o exemplo do WhatsApp, observa-se a porosidade entre as ações profissionais, feitas no âmbito das equipes de campanha, e aquelas orgânicas, consideradas de engajamento cidadão (CESAR; SANTOS; CAVASSANA, 2021). Para representar esse mecanismo de rede de forma esquemática, estudos indicam a provável atuação profissional na produção de conteúdo e disseminação inicial – enquanto usuários teriam papel voluntário e espontâneo na disseminação desse conteúdo para seus contatos, em

grupos e conversas particulares (MACHADO; KONOPACKI, 2018; BRITO CRUZ; VALENTE, 2018).

Ainda, há de se comentar sobre como dados pessoais podem ser mobilizados por técnicas de comunicação digital em contextos eleitorais. Dados pessoais são relevantes mecanismos para que as campanhas conheçam seu eleitorado e possam comunicar-se com ele de forma efetiva – permitindo, por exemplo, o microdirecionamento de mensagens que lhe interessem. Por exemplo, informações de endereço, hábitos e interesses podem possibilitar o foco de determinado candidato em um determinado público eleitor (BRITO CRUZ, MASSARO, 2021; MASSARO, 2020, p. 5-7). Conforme já mencionado, o episódio de Cambridge Analytica demonstra a possibilidade de realização de *marketing* digital com a sofisticação de técnicas de persuasão e engenharia social. Além disso, o próprio impulsionamento regulado pela legislação eleitoral permite a utilização de informações pessoais para o direcionamento de mensagens.

Em 2018, pouco antes da revelação do escândalo de Cambridge Analytica, o *think tank* Coding Rights conduziu pesquisa com agências de prestação de serviços de estratégias de *marketing* voltadas para eleições – incluindo a Ponte Estratégia (ex-representante da Cambridge Analytica no Brasil), Grupo Numbr, Idea Big Data e Stilingue. Por meio de entrevistas e pesquisas de ofertas disponibilizadas por esses agentes, o estudo concluiu que “a maioria das empresas enfatizou que as informações coletadas legalmente por meio de redes sociais cruzadas com informações de bancos de dados como o IBGE ou o Serasa Experian, até recentemente um parceiro do Facebook, foram suficientes para desenvolver suas estratégias” (CODING RIGHTS, 2018, p. 10). Por exemplo (CODING RIGHTS, 2018, p. 43-55), a pesquisa já ressaltava os serviços, disponibilizados pela Serasa, de acesso a bancos de dados pessoais com segmentação dos consumidores, bem como a informações de contato para

atividades de *targeting*. De forma semelhante, a Ponte Estratégia narrava como acessava informações de *data brokers* como o Serasa para construir banco de dados para incidência das campanhas eleitorais. A pesquisa demonstrou a disponibilidade de ferramentas para a realização de estratégias de microdirecionamento em campanhas eleitorais – a reboque das normas referentes à proteção de dados pessoais disponíveis no sistema jurídico naquele momento.

Deve-se notar que durante as eleições de 2018 foi observado o uso massivo do impulsionamento de notícias falsas através das mídias digitais; entretanto, não havia um marco legislativo consolidado (o MCI pareceu ser insuficiente e sequer a LGPD estava vigente); desde então, a própria Justiça Eleitoral tem sido tímida ao tratar da comunicação eleitoral por esses meios. Como notamos no capítulo anterior, não houve decisões colegiadas que permitissem consolidar parâmetros jurisprudenciais seguros sobre a definição de *fake news* e sobre seus conflitos com direitos tais como a privacidade de dados pessoais ou a liberdade de expressão. Portanto, o centro decisório do sistema jurídico definiu critérios de maneira *ad hoc* e não consolidada jurisprudencialmente, tentando enfrentar a ausência de uma adequada programação pela periferia jurídica. O Poder Legislativo, por sua vez, está na periferia do direito, mas no centro do sistema político. Sua estratégia típica tem sido então a abertura à periferia política: à sociedade civil, com destaque para as associações e especialistas em direito digital. Com a continuidade da propagação de notícias falsas na comunicação política, para além do processo eleitoral, o Legislativo se mobilizou para reger o tema. Tal é o objeto do projeto de Lei das *Fake News* em discussão no Congresso em 2020.

3.4. Fake News em pauta no pós-2018: o projeto da Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet

Desde 2018, foram várias as iniciativas por parte do Legislativo para enfrentar o tema das *fake news*. Levantamento da Agência Pública de maio de 2018 apontava que eram 20 os projetos de lei que buscavam criminalizar a criação e o compartilhamento de notícias falsas (GRIGORI, 2018). Pesquisa somente na Câmara dos Deputados em janeiro de 2021 indica a existência de ao menos 68 projetos de lei endereçando o tema da *fake news*.⁹

Em 13 de maio de 2020, o Senador Alessandro Vieira (do partido Cidadania) apresentou o Projeto de Lei nº 2.630/2020, que se convencionou chamar de Projeto de Lei das *Fake News*. O projeto foi conduzido a toque de caixa e foi aprovado pelo Senado Federal já no final de junho de 2020. A pressa para votar o projeto foi altamente criticada por acadêmicos e membros da sociedade civil, exatamente por não possibilitar debate técnico apurado sobre seus termos (COALIZÃO DIREITOS NA REDE, 2020; GASPARIAN; BLANCO; BUCCI, 2020).

O projeto de lei destacou uma série de princípios substantivos, que complementam aqueles já trazidos no Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Dentre tais princípios, destacam-se no artigo 3º a liberdade de expressão e de imprensa, a garantia dos direitos de personalidade (inclusive da privacidade), a responsabilidade compartilhada pela preservação de uma esfera pública plural e democrática, a garantia da confiabilidade e integridade dos sistemas informacionais, a proteção dos consumidores e a transparência nas regras para veiculação de anúncios e conteúdos pagos.

⁹ <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecificas=true&filtros=%5B%7B%22descricaoProposicao%22%3A%22Projeto%20de%20Lei%22%7D.%7B%22emTramitacao%22%3A%22Sim%22%7D%5D&q=fake%20news&tipos=PL.P,PL.PDL>

O projeto, especialmente as primeiras versões oferecidas, contava com diversos pontos possivelmente preocupantes de perspectivas de proteção de dados pessoais e liberdade de expressão. Para mencionar alguns dos temas tratados anteriormente, o PL contava com disposições que demandavam a apresentação de documento de identidade para a criação de conta em redes sociais e serviços de mensageria privada (art. 7º). Outra disposição problemática era a obrigação de serviços de mensageria privada de guardarem os registros de envios de mensagens veiculadas em encaminhamento em massa pelo prazo de 3 meses (art. 10) – o que exigiria a criação de sistema de vigilância gerido por aplicativos de mensageria privada. Estas medidas contrariariam a lógica da LGPD e a proteção conferida à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação ao tema da responsabilização de plataformas, o PL de *Fake News* inicialmente previa alteração substancial do regime adotado pelo Marco Civil da Internet. O projeto criava obrigações aos provedores de aplicações – como o bloqueio ou exclusão de contas inautênticas, de disseminadores artificiais e de redes de disseminação artificial, o que só seria possível a partir de análise do conteúdo produzido por terceiros veiculado na plataforma. Conforme argumentado por organizações da sociedade civil, a medida implicaria que plataformas utilizassem mecanismos de moderação exagerados, com técnicas de automatização, o que aumentaria as chances de equívocos e representaria restrição à liberdade de expressão (COALIZÃO DIREITOS NA REDE, 2020).

Outro aspecto muito criticado das versões iniciais do PL de *Fake News* era a adoção de diversos conceitos genéricos como “conta inautêntica” ou “desinformação” – termos definidos de forma ampla pela legislação, o que poderia igualmente gerar restrições à liberdade de expressão. Ainda com relação às preocupações de *experts* com o projeto, uma questão levantada por estes é que as normas previstas para aplicativos de mensageria privada

não seriam tecnologicamente neutras – o que poderia restringir a inovação e o desenvolvimento tecnológico ao fixar modelos de negócios na regulação (ITS RIO, 2019).

Mas, além da definição principiológica e ilustrando o apelo aos *experts*, o PL consagra explicitamente uma estratégia de abertura do direito estatal à autorregulação privada. O PL das *Fake News* avançou nessa linha. Sob o conselho de especialistas em regulação digital (ver ABOUD; CAMPOS, 2020; SILVESTRE, 2020, p. 177-183) e por proposta de emenda de um senador, o Senado Federal incluiu no artigo 31 do PL o instituto da “autorregulação regulada”, prevendo que “[o]s provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada poderão criar instituição de autorregulação, voltada à transparência e à responsabilidade no uso da Internet [...]”. Essa instituição tem como finalidade (art. 31, I): “criar e administrar procedimento em plataforma digital voltada à transparência e à responsabilidade no uso da Internet, que contenha regras e procedimentos para decidir sobre a adoção de medida informativa, tendendo ao disposto nesta Lei”. Diz o §1º, ainda, que “[a] instituição de autorregulação deverá ser certificada pelo Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet.”

Isto é o que a teoria dos sistemas chamou de “direito reflexivo” (TEUBNER, 1983; 1986; 1992), “programas relacionais” (WILLKE, 1986) ou “procedimentalização” (WITHÖLTER, 1986; 2011): trata-se de formas jurídicas que se distanciam do sistema político estatal e se implantam dentro da dinâmica autorreferente de outros sistemas (no caso, o sistema dos meios de comunicação digitais). O direito estatal busca não pré-definir as regras substantivas pelas quais os problemas serão resolvidos, mas meramente assegurar parâmetros procedimentais para a decisão a ser tomada na esfera privada. Trata-se, portanto, de uma alternativa (ou complemento) tanto à programação condicional (a definição direta de

regras, com hipóteses e consequências estritas) quanto à programação finalística (a mera indicação de princípios ou objetivos de política pública, sem definição completa de seus meios).

A “autorregulação regulada” se faz presente no direito da Internet em diversos ordenamentos e propostas regulatórias, como na Lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (*NetzDG*, de 2017) ou em recomendações da União Europeia sobre a regulação das mídias (desde 2004) (MARSDEN, 2004). A legislação alemã, tal como o PL brasileiro de *Fake News*, prevê obrigações das plataformas para removerem conteúdo “claramente ilegal”, além de exigir a adoção de medidas de transparência por parte das plataformas. Desde sua entrada em vigor em 2018, muito se discute o sucesso (no caso alemão, o combate ao discurso de ódio) ou insucesso (possibilidade de gerar restrições excessivas à liberdade de expressão) da norma – tratando-se de legislação muito contestada ao redor do mundo (SCHREIBER, 2020).

A lei alemã configurou legislativamente as obrigações e responsabilidades dos intermediários dos fluxos digitais (EIFERT, 2020). A lei volta-se aos “grandes intermediários”, isto é, às plataformas digitais operadas com cunho lucrativo e com acesso de um número de usuários a partir de significativa ordem de grandeza (a princípio, dois milhões de usuários). Com isso, busca reduzir a carga regulatória para desenvolvedores de tecnologia nascentes, diminuindo-lhes as barreiras à entrada nesse mercado e estimulando a competição. O foco mais notado da lei é a obrigação dos provedores de retirarem conteúdos ilícitos levados a seu conhecimento; esses conteúdos são delimitados a partir de um rol taxativo de tipos penais. A lei exige que a plataforma estabeleça um procedimento pelo qual garanta celeridade no apagamento de conteúdos evidentemente ilícitos; aí centram-se as acusações de uma indevida transferência de poder às plataformas (levando a um *overblocking*). O que

o direito estatal buscou neste caso, entretanto, foi exigir das empresas um regime de conformidade (*compliance*) e transparência para a sua tomada de decisão. As regras autoformuladas pelos intermediários digitais – os chamados *community standards* – serão formuladas para um domínio de validade global, ao mesmo tempo em que mimetizam traços do direito estatal típico de suas matrizes (em geral, sediadas nos Estados Unidos). Por isso, em comparação com as definições legislativas e jurisprudenciais de cada país, a autorregulação de determinada plataforma pode apresentar variações marginais em relação a condutas que seriam sancionadas naquele país, mas são aceitas pela plataforma, ou vice-versa. A autorregulação, em outros termos, estabelece sua ponderação entre liberdade de expressão, repressão ao discurso de ódio e outros valores ou interesses. Se a aplicação do direito penal continua incontroversa, varia o grau de incidência do direito civil (sobretudo direitos da personalidade) ou mesmo da eficácia privada de direitos fundamentais.

O instituto da “autorregulação regulada”, que se busca transplantar ao Brasil, conflui enfim com a nova estratégia das empresas globais de plataformas digitais para reivindicarem sua legitimidade como tomadoras de decisão acerca da moderação de conteúdos impróprios e falsos. Trata-se de uma busca de “legitimação pelo procedimento” (LUHMANN, 1980) no “direito das plataformas”, isto é, na autorregulação privada (RAMOS, 2020). A comunicação digital aparece a princípio como desintermediada, em comparação com a dinâmica dos meios de comunicação de massa, na qual os centros produtores de informação definem os conteúdos e os consumidores os recebem. Nas redes sociais e plataformas digitais, todos produzem e consomem informações. Entretanto, a intermediação das empresas de comunicação reaparece sobretudo na moderação de conteúdo e o protagonismo das gigantes da Internet se sustenta sobre seus direitos intelectuais, seu poder de mercado e a *expertise* envolvida no domínio de

complexos códigos de programação. Se em um primeiro momento tais empresas desenvolveram estruturas opacas de decisão sobre a moderação dos conteúdos nelas manifestados, agora as plataformas evoluem para procedimentalizar o exercício deste poder decisório. De maneira paradoxal, ordenar e procedimentalizar a moderação de conteúdo amplia a participação dos usuários e reduz o poder decisório arbitrário da própria plataforma e de seus gestores; entretanto, ao mimetizar parâmetros do próprio Estado de direito democrático, o direito autorregulado das plataformas se legitima como uma ordem jurídica própria e se imuniza de interferências externas, firmando-se como arena própria para decisões sobre os conteúdos – o que subsidia uma posição deferente do próprio direito estatal (legisladores e tribunais) em relação à autorregulação privada, particularmente em temas como a liberdade de expressão. A definição de regras e punições é institucionalizada como atribuição desta ordem jurídica própria das plataformas digitais.

O movimento autorregulatório das plataformas digitais vem ganhando nova dimensão com medidas de sinalização sobre informações falsas ou duvidosas e com o bloqueio (“desplataformização”) de autoridades públicas cujo discurso possa representar perigo ou ameaça à normalidade institucional (os casos mais expressivos foram relativos ao banimento do Presidente Donald Trump no início de 2021 pelo Twitter, Facebook, Instagram e YouTube, após a invasão do Capitólio por apoiadores violentos, que se recusavam a aceitar a diplomação de seu adversário, eleito em 2020)¹⁰. Enquanto a autorregulação progride nessas

¹⁰ <https://today.law.harvard.edu/blocking-the-president/> ; <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/apos-ameaca-a-trump-twitter-suspende-conta-de-lider-iraniano.138498ec82abc3ee27f44f8bc6ef5fceb2s28tlo.html> ; <https://oglobo.globo.com/economia/deplataformizar-como-twitter-fez-como-trump-a-nova-palavra-na-praca-24849392> ; <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/01/08/banido-do-twitter-trump-usa-conta-presidencial-e-posts-sao- apagados.htm> ; <https://oglobo.globo.com/mundo/trump-pagou-us-27-milhoes-organizadores-de-manifestacao-que-levou-invasao-do-capitolio-24850907> ; <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55580191> ; <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/01/07/trump-bloqueado-saiba-os-motivos-da-acao-do-facebook-instagram-e-twitter.htm> ; <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/afp/2021/01/13/youtubebloqueado>

grandes plataformas, sob pressão dos órgãos estatais¹¹, um novo perigo se torna a expansão de plataformas e serviços de mensageria alternativos, não autorregulados e obscuros à regulação pública, nos quais grupos extremistas podem se alojar para produzir discursos antidemocráticos, quando não mesmo para partir para as vias de fato contra a institucionalidade¹². O clássico direito da liberdade de reunião (Constituição Federal, art. 50, XVI), pensado para espaços físicos, haveria que ganhar agora novas projeções para as arenas virtuais.

Quanto à relação entre regulação estatal e autorregulação privada, pode-se abordá-la dentro de um espectro normativo que vai de posturas paternalistas a libertárias. A postura paternalista exigiria do direito estatal o controle total sobre a definição dos direitos, deveres, poderes e responsabilidades na esfera imaterial, com expectativas de que o Estado monopolizasse as sanções e protegesse o usuário diante das plataformas digitais. A postura libertária estimularia a governança liderada pelas plataformas, opondo-se a maiores intervenções governamentais sobre este mercado. Parece claro que garantir a liberdade de expressão contra a censura pública ou privada, e ao mesmo tempo reconhecer que há sempre uma regulação das expectativas normativas em jogo (pois cada plataforma traz uma incontornável definição do código, da programação e dos algoritmos), apresenta como solução a combinação de autorregulação e heterorregulação. Proibir a autorregulação e impor o direito estatal dentro de uma visão hierárquica monista e unidirecional é desconhecer a dinâmica “anárquica” ou “acêntrica” da nova configuração do sistema dos

[suspende-canal-de-trump-e-apaga-video-por-risco-de-violencia.htm](https://noticias.uol.com.br/noticias/redacao/2021/01/20/legado-de-trump-desinformacao-com-selo-oficial-pede-acao-alem-de-checkagem.htm) ; <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2021/01/20/legado-de-trump-desinformacao-com-selo-oficial-pede-acao-alem-de-checkagem.htm> ; <https://tecnoblog.net/404640/comite-de-supervisao-do-facebook-vai-analisar-banimento-de-trump/> .

¹¹ <https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2020/11/19/whatsapp-bane-mais-de-mil-contas-apos-denuncias-ao-tse.htm>

¹² <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/01/13/como-extremistas-usaram-plataformas-web-para-articular-invasao-nos-eua.htm>

meios de comunicação. Liberar a pura autorregulação, por outro lado, é instituir um estado de natureza digital em que a concentração de poder econômico, informacional e político pelas plataformas digitais acaba por produzir um Leviatã descontrolado. O desenvolvimento da regulação das comunicações digitais por ordens jurídicas de diferentes escalas e domínios de validade – direito estatal-nacional, internacional, supranacional e transnacional-setorial – permite a mútua observação da incompletude de cada ordenação, a multiplicidade institucional para a canalização de denúncias e o encaminhamento de processos, vínculos de colaboração e concorrência entre corpos normativos, jurisprudenciais e arenas decisórias diversas (do Judiciário estatal às *cyber courts* privadas instituídas pelas próprias plataformas para arbitragem de conflitos entre elas e seus usuários).

Ao lado da autorregulação das plataformas¹³, o desenho em curso da legislação brasileira de combate às *fake news* deve ser posicionado em meio às iniciativas internacionais e supranacionais contemporâneas na matéria. No fulcro do direito internacional, cresce a preocupação com a espionagem entre Estados, ampliando-se o campo dos delitos cibernéticos internacionais (DELERUE, 2020), bem como de crimes informacionais imputados a autoridades estatais (KOENIG, 2019).

A Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) lançou em 2019 um documento conclamando à extensão do “império do direito” para o domínio digital (NATO, 2019). Comunidades nacionais procuram também padronizar sua infraestrutura jurídica sobre as comunicações digitais. Por exemplo: a Comunidade Britânica, atingida pelo polêmico processo político do Brexit, no qual não faltaram estratégias de desinformação nem

¹³ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/11/saiba-como-as-redes-sociais-lidam-com-as-fake-news-e-quais-medidas-cada-plataforma-tem-adotado.shtml> ; <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/11/13/whatsapp-processa-empresas-brasileiras-de-disparo-em-massa.htm>

decisões judiciais de abrangência inédita na história inglesa recente (ver *e.g.* PATERSON, 2021), lançou em 2020 um guia de melhores práticas sobre a segurança cibernética em eleições, prevendo aspectos da gestão de riscos ao longo de todo o processo eleitoral, incluindo logística, campanhas e comunicação dos resultados (COMMONWEALTH SECRETARIAT, 2020).

O âmbito supranacional é identificado sobretudo com a experiência da União Europeia, cujas decisões vinculam diretamente os cidadãos dos Estados membros. Destaca-se que em 2018 a Comissão Europeia instituiu o Grupo Independente de Alto Nível sobre Fake News e Desinformação On-line (*High Level Group on Fake News and Online Disinformation, HLEG*), cujo relatório sugeriu a autorregulação das plataformas combinada com medidas para aumentar a alfabetização e letramento digital da população, para empoderar usuários e jornalistas a identificarem e combaterem desinformação e para fomentar a pluralidade informativa nos meios digitais. No mesmo ano, a Comissão Europeia emitiu uma comunicação sobre “Combater a Desinformação em Linha: Uma Estratégia Europeia”, enfatizando ainda o cabimento de políticas que promovam maior transparência quanto a fonte, direcionamento e patrocínio das notícias e informações e maior credibilidade das informações por sinalização de sua confiança e fidedignidade e pela rastreabilidade do conteúdo, a ser autenticado por meios de comunicação acreditados. Naquele mesmo ano a Comissão Europeia lançou o Código de Conduta contra a Desinformação, instrumento de adesão voluntária, voltado a estabelecer um patamar para a autorregulação das plataformas; desde o início o Código foi assinado por Facebook, Google, Twitter e Mozilla, juntando-se posteriormente a Microsoft e o TikTok. Um dos compromissos diz respeito à propaganda política e exige a identificação de conteúdo patrocinado, com transparência sobre os valores despendidos no anúncio e os critérios de seu direcionamento. No mesmo ano de 2018 a

Comissão Europeia lançou um “Plano de Ação Contra a Desinformação” buscando reforçar alertas rápidos para a comunicação entre os Estados-membros e as instituições da União Europeia. Além de ilustrarem a novidade do tema, em um contexto análogo ao brasileiro, esta datação é ainda mais significativa pelo seguinte evento: essa série de medidas regulatórias em torno do controle das *fake news* é explicada pela preocupação com a integridade das eleições para o Parlamento Europeu em 2019 (SILVESTRE, 2020, p. 184-194).

Em paralelo a isso é que podem ser posicionadas as iniciativas tomadas no Brasil (SILVESTRE, 2020, p. 194-198) com vista às eleições municipais de 2020. Essas medidas incluíram a instituição de um Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições pela Presidência do TSE (Portaria nº 949/ 2017); um acordo de “não proliferação de notícias falsas” por representantes de 28 partidos políticos com o TSE (2018); um Seminário Internacional “*Fake News* e Eleições” no TSE (2019); a instalação, pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, de um Painel Multissetorial de Checagem de Informações e Combate a Notícias Falsas (2019); e o Programa de Enfrentamento à Desinformação com Foco nas Eleições 2020, lançado pelo TSE.

Por outro lado, a autorregulação passa a incluir instâncias de observação de segunda ordem sobre as plataformas digitais e o jornalismo profissional, incluindo parâmetros e entidades de acreditação de agências de checagem de fatos. A Rede Internacional de Verificação de Fatos (*International Fact-Checking Network*), lançada ao final de 2015, instituiu no ano seguinte um Código de Princípios, que vem recebendo adesão de uma série de agências de verificação, veículos de mídia profissional e redes sociais. A adesão aos diversos compromissos elencados no Código, relativos a transparência de informação, financiamento e organização, assim como a políticas de moderação de conteúdo, correção e checagem

de fatos, depende da submissão de candidaturas a um comitê independente de assessores externos (IFCN, 2020).

3.5. A Lei Geral de Proteção de Dados após as eleições de 2018

O ano de 2020, além de ser marcado por articulações no Congresso Nacional em torno do PL de *Fake News*, também foi palco de debate acerca da possível prorrogação da entrada em vigor da LGPD. A entrada em vigor da norma estava prevista para agosto de 2020, conforme definido por meio da Medida Provisória nº 869/2018, que prorrogou a norma pela primeira vez. Eram vários os elementos em jogo na disputa sobre a prorrogação da norma, mas um deles foi a iminência do pleito eleitoral e a vigência, ou não, de normas sobre proteção de dados pessoais com possíveis repercussões nesse processo político.

Pouco depois do reconhecimento do estado de calamidade pública em razão da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), o senador Antônio Anastasia apresentou Projeto de Lei nº 1179, de 2020, que visava a estabelecer um Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), com normas de caráter transitório e emergencial para o período da pandemia. Dentre as diversas normas afetadas pelo RJET, propunha-se a prorrogação por mais doze meses da LGPD, com a justificativa de “não onerar as empresas em face das enormes dificuldades técnicas econômicas advindas da pandemia.”¹⁴.

Vale destacar que, embora a pandemia fosse ali apontada como razão imediata para a prorrogação da LGPD, já havia antes, desde 2019, articulação em torno da postergação do início de vigência da lei. Em 30 de outubro de 2019, o deputado Carlos Bezerra apresentou o PL nº 5.762/2019, que propunha a alteração da vigência da LGPD para agosto de

¹⁴ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8o81773&ts=1609782721066&disposition=inline>

2022, isto é, uma prorrogação de 2 anos. O PL justificava que há pouco menos de 10 meses da entrada em vigor da LGPD, pesquisas indicavam que uma parcela pequena de empresas havia iniciado o processo de adaptação ao novo cenário jurídico. Além disso, apontava a morosidade do Poder Público na instalação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a ausência de tempo hábil para que a Autoridade estabelecesse as normas e regulamentações “necessárias à fiel execução da nova lei”¹⁵.

O PL nº 1.179/2020 foi votado no Senado Federal em abril de 2020. Quanto à LGPD, preponderou o entendimento da relatora Simone Tebet, que afirmou buscar uma solução intermediária – entre os anseios da sociedade civil e entidades (inclusive, mencionada uma entidade que representa mais de 7 mil de veículos de comunicação). Reconhecendo que a proteção de dados pessoais precisa ser assegurada no país, mas que a pandemia impossibilitaria inúmeras empresas de cumprir as obrigações previstas na LGPD, a solução intermediária aprovada pelo Senado Federal foi adiar a *vacatio legis* da Lei Geral de Proteção até 1º de janeiro de 2021, com a ressalva de que os artigos relativos às sanções só entrariam em vigor em agosto de 2021.¹⁶

Enquanto o PL referente ao RJET aguardava votação na Câmara dos Deputados, em 29 de abril de 2020, o Presidente da República apresentou Medida Provisória nº 959/2020, versando sobre o pagamento do benefício emergencial. Contava com um artigo isolado, entretanto, que prorrogava a vigência da LGPD para 3 de maio de 2021. A esta altura, portanto, eram três possíveis prazos de entrada em vigor da LGPD: agosto de 2020, caso nenhuma das normas fosse aprovada de forma definitiva pelo Congresso; maio de 2021, caso a MP fosse convertida em lei pela Câmara e Senado; e

¹⁵ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1828121&filename=Tramitacao-PL+5762/2019

¹⁶ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8o8898o&ts=16o9782726492&disposition=inline>

a solução intermediária de entrada em vigor e janeiro de 2021, com sanções suspensas até agosto de 2021, caso preponderasse o PL nº 1.179/2020.

Ao apreciar o PL nº 1.179/2020, a Câmara dos Deputados alterou novamente as cartas do jogo (isto é, as datas disponíveis para a entrada em vigor). Em face da MP nº 959, sugeriu-se a manutenção dos dispositivos relativos às sanções entrarem em vigor em agosto de 2021 e supressão do dispositivo que estabelecia que a norma entraria em vigor em janeiro de 2021. Conforme parecer proferido em plenário, seria conveniente que o debate sobre a entrada dos demais dispositivos se desse por ocasião da apreciação da MP nº 959/2020.¹⁷

De volta ao Senado, o PL referente ao RJET foi apreciado em 19 de maio de 2020. Especificamente quanto ao artigo referente à LGPD, o Senado Federal manteve a sugestão da Câmara e aprovou somente a alteração da entrada em vigor das sanções, prevista para agosto de 2021. Em Plenário, vários parlamentares revelaram ser favoráveis à antecipação da entrada em vigor da LGPD para agosto de 2020, em razão das eleições municipais.¹⁸ Ainda, o Presidente do Senado Davi Alcolumbre assim divulgou a aprovação do tema pela casa: “O @SenadoFederal aprovou, agora à noite, a antecipação da vigência para este ano ainda da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), principal legislação na prevenção e combate aos ataques criminosos promovidos pelas *Fake News* no país. O Congresso continuará atento ao tema.”¹⁹ Tratava-se de momento em que já se discutia no Congresso Nacional o PL de *Fake News*, mas o Senado Federal sinalizou

¹⁷ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1893920&filename=Tramitacao-PPP+1+PL117920+%3D%3E+PL+1179/2020

¹⁸ <https://www.jota.info/legislativo/senado-aprova-pl-sobre-direito-privado-na-pandemia-e-texto-vai-a-sancao-19052020>

¹⁹ <https://twitter.com/davialcolumbre/status/1262889438117494785>

preocupação com viabilizar a existência de norma aplicável ao fenômeno já durante o pleito de 2020, que se aproximava.

A despeito da decisão por parte do Senado Federal no âmbito do PL nº 1.179/2020, a MP nº 959/2020 ainda estava em vigor, aguardando apreciação por parte do Congresso Nacional. Naquele momento, as normas vigentes estabeleciam que a LGPD entraria em vigor em maio de 2021, enquanto as sanções administrativas somente seriam aplicáveis em agosto de 2021. Tratava-se de cenário precário, aguardando a apreciação da MP por parte do Congresso Nacional. Havia a expectativa de que a Medida Provisória caducasse, sem a apreciação por parte do Congresso Nacional, mas a data final para esta definição era 26 de agosto de 2020.

Entre junho e agosto, portanto, diversos grupos empresariais articularam-se em público requerendo a resolução do imbróglio. A Confederação Nacional das Indústrias defendeu a prorrogação da norma por meio da aprovação da MP nº 959/2020²⁰; a Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde, representante de 21 entidades representativas do setor, enviou ofício ao Senado Federal solicitando a manutenção da MP nº 959/2020²¹; ainda, a Associação Brasileira de Empresas de Software (ABES), junto com mais 12 associações do setor de tecnologia, enviou carta aberta aos pedindo que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) tenha sua entrada em vigor prorrogada para maio de 2021, uma vez que seria preciso criar e estruturar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) antes da entrada em vigor da norma.²²

Novamente inserindo mais uma data possível à disputa, durante a apreciação da MP nº 959, a Câmara dos Deputados alterou a data de início

²⁰ <https://noticias.portaldaindustria.com.br/posicionamentos/cni-considera-necessaria-prorrogacao-da-lei-geral-de-protecao-de-dados/>

²¹ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8920345&ts=1612208214654&disposition=inline>

²² <https://abessoftware.com.br/entidades-pedem-criacao-da-anpd-e-adiamento-da-entrada-em-vigor-da-lei-geral-de-protecao-de-dados/>

de vigência da LGPD para dezembro de 2020, data prevista para o fim do período de calamidade pública, com exceção dos dispositivos referentes às sanções administrativas. Em apreciação do tema, o Plenário do Senado Federal concluiu pela aceitação do prazo sugerido pela Câmara dos Deputados, que representaria “solução salomônica”²³. Entretanto, para surpresa de muitos, o Senado Federal publicou nota no mesmo dia esclarecendo que o artigo 4º da MP, referente à LGPD, havia sido considerado prejudicado, uma vez que o tema já havia sido apreciado por parlamentares, e portanto fora suprimido da norma.²⁴

Neste cenário de diversas possibilidades de prorrogação, apesar de *vacatio legis* longa de 2 anos, a entrada em vigor da LGPD foi tida como repentina. Da perspectiva eleitoral, o debate sobre vigência era ainda mais sensível. Partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado - que não realizam o tratamento de dados pessoais para fins exclusivos particulares e não econômicos e portanto não têm suas atividades excepcionadas pela legislação. São, portanto, de entidades sujeitas à LGPD.

Adicionalmente, a legislação eleitoral contava com especificidade: na Resolução nº 23.610/2019, sobre propaganda eleitoral, o TSE incluiu o art. 31, parágrafo 4º ditando que o tratamento de dados pessoais de eleitores deveria atender os requisitos da LGPD - uma vez que a legislação supostamente entraria em vigor em agosto de 2021. No cenário sem entrada em vigor da LGPD, esta regra foi esvaziada.

Desde abril de 2020, portanto, quando se passou a discutir a possibilidade de prorrogação da norma, instaurou-se debate acerca dos efeitos da prorrogação da LGPD para a esfera eleitoral. De um lado,

²³ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8881794&ts=1612208213413&disposition=inline>

²⁴ <https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/notas/nota-de-esclarecimento-vigencia-da-lgpd;%20https://www.camara.leg.br/noticias/687781-senado-exclui-de-mp-o-adiamento-da-vigencia-da-lei-geral-de-protecao-de-dados/>

argumentava-se que a entrada em vigor da legislação era urgente para conter abusos no tratamento de dados pessoais para fins eleitorais e se trataria de boa preparação para as eleições presidenciais de 2022 (RABELO; CARNEIRO, 2020). De outro, argumentava-se que a prorrogação da LGPD era necessária em razão da possibilidade da entrada em vigor da norma, que teria sido moldada para grandes empresas de tecnologia, colocar-se como uma “barreira intransponível para centenas de milhares de pequenos candidatos em todo Brasil” (BERNARDELLI; NEISSER, 2020). Afirmava-se, ainda, que as regras estavam distantes das práticas eleitorais reais.

Quando a norma enfim entrou em vigor, em agosto de 2020, com o pleito eleitoral previsto para novembro do mesmo ano, as preocupações quanto à capacidade de campanhas adaptarem-se à norma foram externalizadas. As eleições municipais de 2020, além de reunirem centenas de milhares de candidatos ao redor do país, também eram tidas como especiais em razão do deslocamento da campanha para o meio digital, em razão da pandemia do novo coronavírus. De fato, o cenário de constante incerteza jurídica ao longo de 2020 não contribuiu para a adequação de agentes políticos ao pleito, de modo que representantes de campanhas afirmaram que a prorrogação da norma ao menos para o ano seguinte era tida como certa (BERNARDELLI; NEISSER, 2020).

Vale, então, brevemente comentar os impactos da LGPD para as atividades conduzidas por partidos políticos. Uma vez confirmada a entrada em vigor da legislação, algumas entidades e *think tanks* disponibilizaram guias para auxiliar na “corrida” de adequação de campanhas à nova legislação – incluindo a Coalizão Direitos na Rede, Data Privacy, Internetlab e Coding Rights.

Quanto às bases legais aplicáveis dentro da LGPD, o consentimento – que é manifestação livre, informada e inequívoca para a utilização dos

dados pessoais – é o pilar central. É possível, entretanto, considerar ocasiões em que outras bases legais – como o legítimo interesse – seriam cabíveis. Entretanto, vale ressaltar que a classificação de determinada informação como um dado sensível restringe as bases legais aplicáveis para determinado tratamento. Além de não ser possível utilizar o legítimo interesse como argumento, nessas oportunidades, o consentimento deve ser específico (MASSARO; SANTOS; BIONI; BRITO CRUZ; RIELLI; VIEIRA, 2020).

Trata-se, portanto, de regime jurídico inédito aplicável às práticas de campanhas digitais, que veio complementar as normas eleitorais do TSE. Ainda, em comparação ao cenário de 2018, somou-se às medidas de colaboração entre plataformas digitais e o poder público. Dentro do escopo desta pesquisa, porém, não coube analisar a judicialização das eleições municipais de 2020 – apesar de alguns apontamentos de medidas preventivas adotadas naquela ocasião (ver capítulo 2), de que forma e em que grau a regulação da privacidade de dados pessoais já chegou a impactar tal pleito permanece uma questão em aberto.

Este histórico das sucessivas postergações do início da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais acaba por revelar não apenas a necessidade de construção do direito estatal na matéria, mas também seus obstáculos. Se a autorregulação diretamente fricciona o sistema econômico, precisando ser contida em termos do interesse das empresas na monetização e exploração dos dados dos usuários das plataformas digitais, a regulação política – ou seja, a legislação – também não está isenta de pontos sensíveis: conforme a configuração das maiorias e minorias e a posição de governo ou oposição, varia o interesse em tomar uma decisão coletivamente vinculante que afete a própria definição dos postos políticos. Ao mesmo tempo em que a LGPD foi vista por alguns atores políticos como uma providência urgente, que deveria entrar em

vigor o quanto antes, tendo em vista seu potencial de imunizar o processo eleitoral de abusos no uso de dados dos eleitores e na construção ou manutenção de redes digitais de desinformação, é necessário considerar igualmente que, para o governo atual e seus aliados no Congresso Nacional (onde o Presidente da República dispõe de maioria), a regulação da disseminação da comunicação digital é que representa um perigo a suas estratégias de poder. Portanto, o acoplamento entre o direito e a política igualmente implica fricções. Daí a importância das medidas tomadas também pelas próprias plataformas digitais, com alcance potencialmente mundial, e menos suscetibilidade, portanto, aos jogos de poder paroquiais.

3.6. A democracia digital e a privacidade de dados pessoais como direito político

No caso brasileiro, o trâmite do projeto de Lei das *Fake News* e a execução efetiva da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais devem modificar a programação jurídica disponível para operacionalizar o tema, aumentando o potencial de captura do vírus da desinformação pela rede autopoética do direito, responsável por inativá-lo e por imunizar a sociedade, garantindo-lhe as expectativas em torno de um processo eleitoral mais justo ao menos no aspecto informacional – uma das dimensões do abuso de poder que distorce a competição no “mercado” político.

Não podemos deixar de notar como o direito à privacidade dos dados pessoais apresenta-se como um novo e crucial direito político para institucionalizar a democracia em uma sociedade digital.

Innerarity (2020) observa como o aperfeiçoamento democrático depende da complexificação do sistema político para a manutenção de seus excedentes de sentido e da contingência das alternativas disponibilizadas. Para ser viabilizada dentro de uma estrutura marcada pela digitalização

das comunicações, pela automatização das decisões e pelo emprego da inteligência artificial, a democracia precisa colocar sob seu controle em primeiro lugar as próprias decisões coletivamente vinculantes sobre a governança da tecnologia e da mídia digital; isso só se faz pela construção de instituições que permitam uma observação pública sobre a definição e os usos de algoritmos, *big data* e programações diversas, hoje protegidos sob propriedade intelectual de poucas grandes corporações. É verdade que a própria tecnologia regula já o uso de dados, por seus filtros, algoritmos, programações e *softwares* (BURRI, 2012). Entretanto, a observação democrática dessa regulação tecnológica não pode prescindir do sistema jurídico. Do contrário, a tendência é as empresas de mídia digital privatizarem o Estado ao capturarem e monetizarem as informações de seus cidadãos (MAGALHÃES; COULDRY, 2020).

A governança digital não pode deixar de incluir uma expansão e redefinição do escopo do controle da concorrência entre tais companhias, visto que a concentração de poder econômico é também uma das cunhas de distorção potencial do “mercado” político, uma vez que as organizações políticas possam se aproveitar de condutas abusivas e estruturas concentradas das plataformas digitais. O domínio “digitocrático” do sistema político pode reforçar o aspecto excludente e plutocrático da democracia representativa, em vez de ampliar os canais e arenas de circulação das demandas populares.

Luhmann (1998) conceitua as pessoas como endereços comunicativos construídos por sistemas sociais; por meio da linguagem, os sistemas psíquicos individuais são acoplados à sociedade, mas seus pensamentos permanecem operacionalmente fechados em cada mente. Por isso, conceitos de ação ou intenção são rejeitados pela teoria. Dentro dessa abordagem, o direito à privacidade de dados pessoais ganha novos contornos. Tal tutela da privacidade em ambiente digital focaliza o

acoplamento estrutural que a mídia eletrônica promove entre os sistemas psíquicos (a esfera privada da intimidade, do pensamento e mesmo das preferências individuais), e os sistemas sociais (BAGHAI, 2016, cap. 5), particularmente suas esferas públicas (a opinião pública, os direitos, o mercado, as publicações científicas), que traduzem a irritação externa aos sistemas e ecoam suas tematizações internas. A autorrepresentação da pessoa nos sistemas sociais, porém, é sempre seletiva, e é do controle dessa seletividade que trata o direito à privacidade, inclusive da privacidade de dados pessoais deixados pela navegação nas arenas virtuais. O crucial, nota Baghai (2012), é discernir os conflitos sobre privacidade como disputas sobre a relevância dos dados pessoais para determinado sistema social (interação, organização ou sistema funcional) e identificar então o sistema de referência que está se apropriando desses dados para sua construção comunicativa (de decisões, no caso de organizações como o Estado, tribunais, escolas, empresas ou igrejas; no caso de sistemas funcionais, para a marcação de distinções entre o lícito e o ilícito, o comercializável e o não comercializável, o apoio ou a oposição, a comprovação ou invalidação de hipóteses etc.).

Em uma democracia mediada pelas vias digitais o eleitor e o político são abordados enquanto perfis construídos nas redes sociais: ao postar suas preferências de consumo e viagens, fazer publicações que indiciam sua visão cultural e política, cada usuário-observador vai construindo nas redes um perfil de como quer ser observado pelos demais observadores. Nessa observação de segunda ordem, a “perfilização” ou o “perfilhamento” (MOELLER; D’AMBROSIO, 2019) acaba criando endereços de comunicação que podem ser tipificados por meio dos agrupamentos de *big data*; com esse tratamento dos dados pessoais, os usuários tornam-se alvo de programações algorítmicas e estratégias de microdirecionamento de

conteúdos e publicidade, inclusive eleitoral (BENKLER; FARIS; ROBERTS, 2018).

Um dos direitos políticos fundamentais da democracia contemporânea é, portanto, a garantia da privacidade dos dados pessoais dos eleitores, âmbito ao qual acabaria por se aproximar esse direito antitruste ampliado para a esfera digital (ZANATTA; ABRAMOVAY, 2019; SRINIVASAN, 2019; WU, 2018, cap. 7); afinal, se a concentração econômica atual das plataformas está baseada sobretudo em ativos intangíveis detidos em nome da propriedade intelectual, uma nova arquitetura de descentralização informacional e econômica teria que reformular a dinâmica da propriedade e proteção de dados pessoais.

Um dos princípios possíveis dessa nova arquitetura jurídica é de que os dados pertencem a quem os produz, de forma que o uso desses dados teria que estar sob controle dos usuários, e sua exploração econômica pelas plataformas demandaria uma remuneração das plataformas a estes mesmos usuários; a remuneração poderia ocorrer por meio de participações acionárias fracionadas, que poderiam por sua vez ser agrupadas em um mercado secundário, onde seriam monetizadas e transacionadas. Poderiam se desenvolver ainda outras formas de envolvimento dos produtores de dados nos negócios dos utilizadores dos dados (UNGER, 2018, p. 126-128). A democracia política, também na sociedade digital, não pode deixar de se apoiar em dinâmicas de democratização econômica e descentralização da propriedade, inclusive imaterial (ver AMATO, 2020b).

Conclusões

O desenvolvimento tecnológico do início do século XXI operou no sistema social de comunicação de massa alterações prementes, com impactos inclusive para os seus elementos de autorreferência. A transformação tecnológica – baseada, entre outros atributos, na digitalização das comunicações, redes *wireless*, uso crescente de computadores, difusão da capacidade de banda e do acesso à Internet – engendrou mudanças na estrutura organizacional e institucional do sistema da comunicação de massa (CASTELLS, 2009, p. 58). Trata-se da passagem do paradigma unidirecional dos meios de comunicação de massa tradicionais (televisão e rádio), nos quais a audiência recebia a mensagem, para um modelo de comunicação interativa em que agentes diversos são polos de produção e recebimento de mensagens – paradigma que Castells (2009, p. 54-55) chama de “autocomunicação” de massa. Entretanto, os sistemas de comunicação de massa e de autocomunicação de massa convivem entre si.

Em termos sistêmicos (LUHMANN, 2012, p. 36), rejeita-se a metáfora da transmissão da comunicação entre emissor e receptor. Entende-se a comunicação como operação tríplice, de *informação* (a novidade da notícia, sob um pano de fundo de dados conhecidos, redundância), *mensagem* (disseminação, dar ao conhecimento) e *compreensão* (pressuposto para a aceitação ou rejeição do que foi comunicado). A dinâmica das *fake news* parece se desenvolver dentro da rotina digital de constante bombardeamento de informações (notícias) que ao mesmo tempo reiteram narrativas consolidadas em cada subcultura (política, no caso) – daí a formação de “bolhas” que reforçam sua visão de mundo

autarquicamente, e se unem internamente contra os “inimigos”, pondo em risco a cultura de tolerância e dissenso almejada dentro de uma opinião pública democrática. O lado da compreensão é caracterizado pela simplificação extrema das interpretações – por exemplo, “fascistas *versus* comunistas”, “corruptos *versus* honrados” – e pela sua alta carga moral, reclamando aclamação e adesão total ou repulsa e bloqueio absoluto – “cancelamento”¹. A operação intermediária – a mensagem, a disseminação – é justamente o alvo das tentativas regulatórias, de investigação e de definição das responsabilidades de usuários, provedores das tecnologias e produtores das informações. É aí, sobretudo, que se apresenta a perda de monopólio das empresas de mídia de massa (jornais, rádio e televisão) e o policentrismo anárquico das redes de influenciadores ancoradas nas plataformas digitais.

Portanto, o reflexo da disseminação massiva de notícias falsas é cultural: a vida político-social é em grande medida intermediada e produzida hoje nas redes, distinguindo a inclusão ou exclusão do sistema político pela via do acesso e participação nesses ambientes virtuais. No entanto, o fenômeno também alcança instituições que disciplinam e monitoram as eleições, como a Justiça Eleitoral e o próprio Legislativo federal. O que o mapeamento das respostas jurídicas ao problema da disseminação massiva de notícias falsas – sobretudo na arena política e dentro do processo eleitoral – revelou, no contexto brasileiro contemporâneo, é uma grande dificuldade do direito estatal de produzir respostas democraticamente legítimas, tecnicamente adequadas e juridicamente precisas.

¹ O mesmo discurso de indignação, aclamação e repulsa que marca o sistema político em tempos de mídias digitais repercute na moralização do direito na forma dos escândalos de violações de direitos humanos; dentre as quais, violações da privacidade de dados dos cidadãos por governos e empresas. Ver Ribeiro (2020).

A comunicação digital não apenas provocou uma mudança estrutural na dinâmica da disseminação de informações, como também sua estrutura de rede trouxe à baila novos atores, a serem devidamente construídos como endereços de comunicação, pelo sistema jurídico inclusive. A figura dos intermediários digitais surge em oposição à mídia de massa, que produzia conteúdo de forma centralizada; por outro lado, ainda é centralizado, e protegido por propriedade intelectual, o estabelecimento de condições, arquitetura e regras para o funcionamento dos fluxos de comunicação digital (BRITO CRUZ, MASSARO, 2021, p. 558). São estas alterações que culminam nas pressões endereçadas ao sistema social do direito pela irritação provocada a partir do fenômeno da divulgação massiva de notícias falsas.

Nas eleições de 2018, a opinião pública passou a observar seu próprio envenenamento por discursos que hipersimplificavam uma realidade complexa, sugeriam a hipersimplificação política – a passagem das contingências e dissensos da democracia para as certezas e hierarquias do autoritarismo (simbolizado na figura do ex-militar de baixa patente eleito presidente) – e acabavam por autodestruir as próprias condições para o debate público entre diferentes ideologias, programas de governo e políticas públicas. Um novo vírus estava no ar e o direito – sistema imunológico da sociedade, responsável por capturar, conter e procedimentalizar seus conflitos (LUHMANN, 2004, p. 475-477) – não estava preparado para desempenhar sua função a contento. Não só o tema das *fake news* apresentou-se como novidade para legisladores e juizes, mas também o corpo normativo de que a Justiça Eleitoral dispôs para tomar suas decisões – sendo, como jurisdição, caracterizada pela obrigação de decidir quando provocada – estava longe de ser consolidado. Nas eleições de 2018, vale reforçar, nem a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais estava vigente, nem sequer tramitava o projeto de Lei das *Fake*

News (embora já houvesse proposições legislativas nesse sentido). O Judiciário – encarregado de tomar “decisões programadas” – viu-se obrigado a decidir na ausência de suficientes “decisões programantes”, isto é, de normas que balizassem os critérios para aplicação da lei ao caso concreto.

A despeito de obstáculos do desenho processual-eleitoral que levaram à prevalência de decisões monocráticas e impediram muitas ações de chegarem a seu final, prejudicando a formação de jurisprudência (por decisões de mérito colegiadas), o Tribunal Superior Eleitoral tentou compensar a incompetência legislativa ao discernir certos parâmetros, por exemplo, para o arbitramento do conflito entre a liberdade de expressão e a disseminação massiva de notícias falsas. Com isso, procurou regrar jurisprudencialmente as hipóteses que justificariam a sanção de retirada do ar dessas notícias falsas. Na construção dessas hipóteses, alguns dos parâmetros foram a manifesta inverdade dos fatos e eventos narrados, o potencial lesivo da divulgação (considerada a ordem de grandeza de sua disseminação “viral”), a violação a direitos da personalidade (dentre os quais se inclui a honra e a privacidade). A argumentação que conduziu à construção de tais parâmetros esteve preocupada sobretudo com garantir que não houvesse restrição indevida ou excessiva ao direito fundamental da liberdade de expressão (incluindo a liberdade de imprensa e de uso humorístico das informações).

É verdade que a liberdade de expressão ganha projeção especial na estruturação do livre “mercado de ideias” em que deveria se basear o voto, como escolha lastreada em identificação ideológica e organização partidária, a partir da competição entre ideais, interesses e partidos estruturada pelo procedimento eleitoral (MARQUES NETO, 2020). Entretanto, segundo a amostra decisória analisada, o TSE ancorou-se na liberdade de expressão e não manifestou qualquer argumentação

relevante sobre termos como o discurso de ódio e o direito à privacidade de dados – potenciais *topoi* que também teriam aderência ao arbitramento dos conflitos julgados. Outro conflito que os tribunais terão de enfrentar, inclusive na seara eleitoral, conforme lembra Gasparian (2020), é aquele entre o direito à informação (acesso livre a dados de interesse público) e o direito ao esquecimento (relacionado, por exemplo, ao apagamento de informações na Internet que noticiem fatos e eventos protagonizados por candidatos).

O balanço da atuação do Tribunal Superior Eleitoral revelou a complexidade e a dificuldade da decisão judicial sobre *fake news* eleitorais a partir da experiência de 2018. Dentre os motivos que explicam essa dificuldade, é possível indicar:

- abrangência e indefinição do termo *fake news*, com extenso debate na teoria do conhecimento e com riscos de estipular um policiamento de conteúdo, em prejuízo das liberdades civis (liberdade de expressão e de imprensa, mencionadas pelo Tribunal) e da privacidade de dados pessoais (ainda sequer objeto da justificação decisória da Corte);
- aplicação jurídica nebulosa diante do jogo regulatório (legislação e autorregulação) e da ausência de uma posição jurisprudencial consolidada;
- déficit cognitivo em relação a tecnologias complexas e de domínio privado para apuração judicial dos impactos alegados de supostas *fake news* transmitidas por contas pessoais e plataformas digitais privadas durante o pleito eleitoral.

Ao lado dos impactos e dos desafios da judicialização eleitoral, registraram-se indícios de transformação de algumas posições a partir das eleições municipais de 2020 e diante do contexto da pandemia do Covid-19. Foi importante observar o comportamento preventivo adotado pelos próprios eleitores e usuários das redes sociais durante o período eleitoral, bem como o movimento dos partidos políticos e das plataformas digitais para a checagem das fontes e para evitar a disseminação de notícias falsas.

Todas essas medidas foram incentivadas pela Justiça Eleitoral, que cada vez mais assume que a governança eleitoral precisa ser compartilhada e dialogada com a sociedade para lidar adequadamente com a complexidade das *fake news*. Há indícios também de maior colaboração e sintonia entre o Tribunal Superior Eleitoral e as plataformas digitais². Em complemento à consolidação jurisprudencial e à questão regulatória administrativa e legislativa, o fortalecimento da educação digital, para generalizar a cautela no repasse de informações de procedência duvidosa, é imprescindível para o pleno funcionamento de uma democracia cada vez mais virtual no Brasil.

Ao lado das medidas tomadas pela Justiça Eleitoral em sua função administrativa e organizacional do processo eleitoral (como campanhas informativas e dispositivos de monitoramento contra boatos e notícias falsas), nota-se que, na falta de uma jurisprudência plenamente consolidada e de uma legislação completa sobre o assunto, movimentos como a CPMI Mista das *Fake News* no Congresso Nacional e o Inquérito sobre o tema no STF podem ter produzido alguma pressão dissuasória por parte do direito estatal. Após as eleições, por exemplo, o STF determinou a prisão de blogueiro com notória vinculação à Presidência da República e a sua rede “para-oficial” de disseminação de notícias falsas pelos meios digitais³, que inclui os filhos do chefe de Estado e governo, parlamentares aliados, empresários simpáticos e uma série de outros atores. Tal rede continuou a produzir *fake news* mesmo depois de passar a ser monitorado pelo STF: por exemplo, disseminou mensagens desacreditando as eleições

² <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/10/tse-repassou-ao-whatsapp-1020-denuncias-de-disparo-em-massa-nas-eleicoes.shtml>

³ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/12/moraes-do-stf-determina-prisao-de-blogueiro-bolsonarista-oswaldo-custaquio.shtml> ; <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/11/moraes-do-stf-ve-fatos-gravissimos-e-diz-que-blogueiro-bolsonarista-afronta-judiciario.shtml> ; <https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2020/11/13/justica-manda-retirar-novo-video-de-investigado-por-fake-news-contra-boulos.htm>

municipais de 2020 e as urnas eletrônicas⁴; e conseguiu repercutir até mesmo desinformação a favor de Trump e contra Biden nas eleições americanas de 2020⁵.

Sobre as respostas regulatórias do Poder Legislativo à massificação da comunicação digital, notamos já no Marco Civil da Internet, aprovado em 2014, o apelo à sociedade civil durante o processo decisório – com integração de *experts* no desenho legislativo – combinado à produção de normas amplamente baseadas em determinações fáticas e expectativas cognitivas (definição de critérios técnicos especializados sobre mídias digitais), com a estratégia da indicação de princípios gerais – normas mais abertas e finalísticas, que permitem mais flexibilidade e adaptabilidade da legislação a um setor tão cambiante como este das tecnologias digitais. Essas tendências foram seguidas no processo legislativo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e na corrente tramitação do projeto de lei das *Fake News*, aprovado pelo Senado Federal em 2020 e pendente de aprovação da Câmara dos Deputados.

Assim, o pacote regulatório que vem sendo desenhado pelo Legislativo brasileiro acerca das comunicações digitais revela o uso de algumas estratégias por parte do legislador. Essas estratégias podem ser observadas segundo o modelo sistêmico como representando quatro movimentos básicos:

- a *principlização*: o foco em normas principiológicas (em vez de na definição de regras, com claras hipóteses de incidência e consequências devidas) permite maior adaptabilidade da legislação e informa a criação de microssistemas legais

⁴ <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/11/bolsonaristas-alvos-do-stf-e-eduardo-bolsonaro-foram-os-que-mais-espalharam-fake-news-contras-eleicoes-diz-fgv.shtml> ; <https://noticias.uol.com.br/colunas/thais-oyama/2020/11/17/bolsonaristas-querem-a-volta-do-voto-impresso-e-e-melhor-atende-los.htm> ; <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/11/investigacao-aponta-operacao-coordenada-em-ataque-a-tse-e-postagens-alegando-fraude.shtml>

⁵ <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/11/bolsonaristas-alvos-de-inqueritos-do-stf-espalham-fake-news-contras-biden-em-dia-de-eleicao-nos-eua.shtml>

que vão evoluindo e se complexificando; entretanto, tal indeterminação também gera indefinição sobre quais condutas são ilícitas, quais sanções lhe são aplicáveis e quando isso será de fato definido – legislativa ou jurisprudencialmente;

- a *periferização*: o Legislativo – organização periférica do direito mas central no sistema político – tem buscado remeter a definição do conteúdo do direito digital à periferia do sistema político, onde se encontram não apenas os partidos, mas também os acadêmicos e *experts*, os movimentos sociais (inclusive sobre Internet e direito digital) e os grupos de interesse (inclusive das plataformas digitais); não apenas a dificuldade regulatória das novas tecnologias, mas também a busca de apoio fora do Estado marcam essa abertura à “participação da sociedade civil”;
- a *cognitivização*: decorrente da tendência anterior, redundante em normas com grande abertura a definições fáticas e ao conhecimento de especialistas nas tecnologias digitais e em sua regulação;
- a *procedimentalização*: o direito estatal caminha no sentido de criar normas que institucionalizem uma abertura a outras fontes do direito (não estatais) e a instâncias autorregulatórias – isto é, de criação privada do direito.

A dificuldade regulatória das novas mídias digitais e de suas repercussões em temas como a privacidade de dados pessoais e a disseminação massiva de notícias falsas deve-se, como vimos, a um tripé de características. Em primeiro lugar, trata-se de novas tecnologias e, como tais, impõem perigos que precisam ser decodificados e processados pela sociedade e suas instituições, de modo que se transformem em riscos mensuráveis e gerenciáveis. Em segundo lugar, é preciso ponderar que decodificar esses perigos em uma sociedade funcionalmente diferenciada exige processá-los dentro de cada sistema social especializado: os perigos da comunicação digital são perversivos, mas cada sistema social (como a política, o direito, a mídia, a ciência) só pode processá-los com seus próprios recursos, seus “meios de comunicação simbolicamente generalizados”: o poder (político), a validade (jurídica), a

informação (meios de comunicação de massa), a comprovação da veracidade de hipóteses (ciência). Em terceiro lugar, o direito estatal-nacional tem dificuldades para lidar com um fenômeno da sociedade mundial, isto é, com o caráter transfronteiriço das plataformas digitais, de propriedade de algumas empresas oligopolistas globais, e com a transnacionalidade dos fluxos comunicativos de dados e de sua comercialização.

O jogo regulatório se processa em três dimensões de sentido que dizem respeito às expectativas, como estruturas que permitem a continuidade da comunicação. A dimensão material de sentido diz respeito à identificação dessas expectativas e a dimensão social, a seu suporte presumido, a sua institucionalização. A dimensão temporal diz respeito à durabilidade das expectativas. O direito funciona especialmente com base em expectativas contrafáticas, resistentes à desilusão – normas –, enquanto sistemas como economia, ciência e os meios de comunicação de massa trabalham primacialmente com expectativas cognitivas, que se reciclam e aprendem com os fatos (LUHMANN, 2014a). A insegurança do direito – em não dispor de critérios para mensurar o risco que as novas tecnologias trazem, por exemplo, à invasão da privacidade dos cidadãos – pode provocar disfuncionalidades no sistema jurídico, retardando respostas adequadas. O quadro a seguir esquematiza o que a presente pesquisa concluiu em termos dessas três dimensões de sentido projetadas no sistema jurídico.

<i>Dimensão de sentido</i>	Regulação jurídica das <i>fake news</i> no caso brasileiro
Temporal	Dificuldade de formar rapidamente consenso para aprovação de leis e de desenhar legislação atualizada em relação à evolução das tecnologias digitais; necessidade de demonstrar domínio do fenômeno e (potencial) imposição de sanções (CPMI e Inquérito das <i>Fake News</i> , decisões monocráticas no TSE e absolvição da chapa presidencial eleita por falta de provas)
Social	Obrigação judicial de decidir, mas inadequação dos procedimentos, dificuldades de tratar de temas sensíveis (como as eleições presidenciais) e de definir critérios jurisprudenciais consensuais; deferência do centro judicial à periferia legislativa do direito; no Legislativo, dificuldade de formação de consenso para aprovação de leis em temas sensíveis ao próprio sistema político e de novidade tecnológica; abertura à “sociedade civil”
Material	Dificuldade de estabilização de critérios jurisprudenciais e alta dependência de diligências probatórias; no desenho legislativo, uso de princípios e normas técnicas, com abertura à autorregulação e aos <i>experts</i>

Quadro 3. O sistema jurídico brasileiro e as *fake news*

Fonte: elaboração dos autores

Na dimensão temporal, resulta para o sistema político uma dificuldade de acompanhar o ritmo da evolução tecnológica da mídia. A repercussão que ganham os escândalos de invasão de dados pessoais ou de disseminação de *fake news*, porém, obriga a política estatal a tomar iniciativas que demonstrem certo controle sobre a situação. É o caso da criação da CPMI das *Fake News*, instalada em setembro de 2019, cerca de um ano depois do primeiro turno das eleições presidenciais; esta se tornou uma arena que reproduziu os embates eleitorais do ano anterior, inclusive com aliados do governo buscando estratégias de legitimação da desinformação (CHICARINO; CONCEIÇÃO, 2020).

Entretanto, a forma de cumprimento mais direta da função do sistema político – tomada de decisões coletivamente vinculantes – é a aprovação de leis. A construção do consenso para tanto é o desafio político principal e o aspecto temporal desse desafio envolve gerenciar os impactos das novas tecnologias, e de suas previsíveis derivações, em uma velocidade mais compatível com a própria dinâmica da inovação tecnológica. A dificuldade de cristalizar um apoio político acerca do tema é bem ilustrada

pelas sucessivas postergações do início da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Aprovada em agosto de 2018 (às vésperas das eleições de outubro daquele ano, portanto), a legislação passou por prorrogações sucessivas do início de sua vigência – inicialmente, por meio da MP nº 869/18, que criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e prorrogou a entrada em vigor da legislação de dezembro de 2019 para agosto de 2020. Em 2020, com a pandemia do Covid-19, entretanto, setores privados e o governo articularam-se para novamente atrasar a entrada em vigor da LGPD – oportunidade na qual Congresso Nacional rejeitou proposta do Governo Federal de possibilitar a entrada em vigor em maio de 2021 e estabeleceu que, enquanto os dispositivos referentes à aplicação de sanções administrativas teriam sua aplicação suspensa até agosto de 2021, os demais dispositivos da norma entrariam em vigor na data originalmente prevista de agosto de 2020.

Do ponto de vista do direito, ainda na dimensão temporal de sentido, o importante é reforçar expectativas normativas por meio de sanções, garantindo durabilidade àquelas expectativas. Entretanto, a novidade da comunicação digital traz dificuldades na delimitação das responsabilidades do cidadão produtor-consumidor de informação, de um lado, e das empresas de tecnologia, de outro. Programar quais os direitos e deveres dessas partes e de outros (como aqueles afetados por notícias falsas a seu respeito, ou invadidos em seus dados digitais) é o desafio jurídico principal. Como construir um regramento adequado, que não apenas faça jus à complexidade das tecnologias disponíveis como também tenha certa capacidade de adaptar-se para cobrir a mudança previsível dessas tecnologias no médio prazo?

Em vista da dificuldade para construir consenso sobre uma disciplina capaz de abranger uma grande gama de tecnologias em rápida evolução – e, portanto, da dificuldade de definir direitos e deveres, responsabilidades

e sanções relativas à comunicação digital –, o direito estatal tem recorrido aos movimentos referidos, que se revelam complementarmente nas dimensões material e social de sentido: a cognitivização e principalização da programação jurídica e a periferização e procedimentalização da tomada de decisões.

Na dimensão material, o movimento é de principalização das normas, mas também de cognitivização ou tecnificação da programação jurídica (AMATO, 2014, p. 211-256): dado o caráter emergente das tecnologias e as dificuldades para decodificá-las socialmente, transformando o perigo desconhecido em risco gerenciável, a tendência é que as normas construídas (programas decisórios) incorporem, tanto em suas arenas e procedimentos de criação (basicamente, o Legislativo) quanto naqueles de aplicação (sobretudo judicial), uma grande abertura cognitiva a critérios técnicos, aumentando a densidade fática da argumentação e os ônus probatórios. Em outros termos, mesmo que se construa o consenso político e o amparo normativo para o regramento do tema, há um grande espaço para definições tecnológicas dominadas por *experts*, seja na legiferação, seja na solução de controvérsias. O sistema jurídico apenas pode construir seu fechamento operativo para tratar desses temas – construindo normas – se permitir uma ampla abertura cognitiva ao discurso especializado. Esse discurso alinha-se ao problema percebido na dimensão temporal: que o regramento jurídico se adapte à rápida evolução das tecnologias comunicacionais.

Por outro lado, acerca da grande densidade fática envolvida na judicialização de matéria eleitoral, nada mais revelador que a absolvição da chapa presidencial eleita por falta de provas sobre os disparos em massa de mensagens digitais no pleito de 2018; essa falta de provas, porém, foi resultado paradoxal da própria decisão do Tribunal Superior Eleitoral de não determinar a realização das devidas diligências investigativas e

probatórias acerca dos fatos denunciados. Aqui se revela outro paradoxo da judicialização eleitoral: diante do descompasso entre o tempo da política e o tempo judicial, quais seriam as condições efetivas para o Tribunal eventualmente condenar os candidatos eleitos (Presidente e Vice-Presidente da república) já na metade do exercício de seus mandatos? O Inquérito das *Fake News* conduzido pelo STF, por outro lado, avança nas investigações (sigilosas); entretanto a postura do TSE, segundo noticiado pela imprensa⁶, é não ter pressa para os julgamentos e sim acumular indícios, para pressionar o Presidente da República contra eventuais investidas antidemocráticas. Ora, se os tribunais têm a obrigação de decidir, postergar decisões não é uma disfuncionalidade? Não significaria também uma politização das cortes superiores?

Na dimensão social de sentido, percebe-se o movimento de periferização da tomada de decisões. A programação do sistema jurídico baseia-se em “decisões programantes” tomadas por organizações da periferia do sistema jurídico (como os parlamentos, os acordos privados, os regulamentos administrativos, as formas de mediação e solução adequada de disputas) e em “decisões programadas” tomadas pelas organizações centrais do sistema jurídico (os tribunais) (LUHMANN, 2014, p. 179-185; 1990b, p. 125-129). A disciplina jurídica da mídia digital é ainda pouco programada pelas instâncias políticas e burocráticas (legislação e regulação). Portanto, o déficit de programação característico de problemas jurídicos emergentes impele os tribunais (centro do direito) a decidirem sem disporem de critérios seguros ou a evitarem tomar decisões mais substantivas sobre tais problemas, remetendo-as à periferia do direito: aos acordos privados, à legislação, à regulação pública. Como os Poderes

⁶ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/inquerito-das-fake-news-avanca-em-suspeitas-contrachapa-de-bolsonaro-mas-tse-nao-tem-pressa.shtml>

políticos (periferia do sistema jurídico, mas centro do sistema político) enfrentam também dificuldades de legitimação para tratar do tema (como o argumento da censura contra a liberdade de expressão, alegado inclusive por disseminadores de notícias falsas), eles, por sua vez, remetem-se à periferia do sistema político: à participação da “sociedade civil”, representada por acadêmicos, advogados, especialistas em tecnologia e representantes das empresas de comunicação digital. A “sociedade civil” vê-se, então, incluída em arenas participativas no processo eleitoral e mesmo em audiências e consultas judiciais. Um movimento final de periferização – levado a cabo tanto pelo sistema político quanto pelo sistema jurídico, acoplados na forma do direito estatal – é a abertura à autorregulação, o que se conhece na sociologia jurídica sistêmica como “procedimentalização”. O direito estatal abre-se a um ordenamento jurídico privado ou misto (público-privado) capaz de construir (em tese de maneira mais tecnicamente informada, mais participativa, mais flexível e temporânea do que o direito estatal centralizado) as normas que disciplinem substantivamente os problemas jurídicos emergentes da comunicação digital.

Esses movimentos de periferização e procedimentalização, aliados às estratégias legislativas de principalização e cognitivização, carregam seus próprios riscos: a abertura do direito a critérios técnicos e questões fáticas diminui sua densidade normativa, podendo levá-lo a falhar na sua função de generalizar congruentemente expectativas contrafáticas; a periferização das decisões políticas e jurídicas acaba por configurar uma espécie de “neocorporativismo procedimental” (WILLKE, 1986): uma variante não do corporativismo estatista, que tutela e controla a “sociedade civil”, mas, sim, do “corporativismo societal” (SCHMITTER, 1974), que torna o Estado e seu direito mais permeáveis a grupos de interesse e, portanto, à sustentação de interesses mais particularistas (por exemplo,

de advogados e empresas de comunicação digital) e menos universalistas (pois menos mediados por regras gerais e abstratas). No limite, direito e política acabam por remeter a definição de seus programas decisórios ao próprio sistema dos meios de comunicação, especialmente ao alvo principal de sua regulação: as empresas de comunicação digital. Quando o regulado se torna regulador, chega-se ao paradoxo da autorregulação, o qual a disciplina proposta no projeto de Lei das *Fake News* pretende tratar por meio do instituto da “autorregulação regulada”.

Todavia, os riscos envolvidos não de ser contrabalançados com os potenciais e justificativas das estratégias regulatórias adotadas: notadamente, a capacidade de construir em coevolução com o próprio setor de mídia digital uma disciplina adequada de seu produto (a intermediação das plataformas digitais e redes sociais), contando com um grau de adaptabilidade, conhecimento e suporte que seria comparativamente menor caso o caminho escolhido fosse de uma disciplina puramente estatal, “de cima para baixo”, por meio de regras estritas pré-definidas, e processadas conforme o tempo e as formalidades da legiferação. Considerada a complexidade do tema, antes que regram propriamente a comunicação digital, o legislador parece optar por disciplinar de antemão sobretudo o próprio *modus operandi* da construção progressiva dessa regulação, fortalecendo assim a capacidade de aprendizagem do sistema jurídico.

É importante também notar que, com a pandemia do novo Coronavírus (Covid-19) em 2020, a intensificação da comunicação digital como base para diversos âmbitos sociais – família, educação, ciência, política, economia, religião, arte – evidenciou a urgência da regulação dos meios de comunicação digitais. O próprio tratamento das *fake news* no âmbito da saúde, algumas propagadas inclusive por órgãos de Estado, sinalizou medidas de precaução e combate à desinformação que podem

servir de aprendizado para o âmbito eleitoral (GOLDZWEIG, 2020). Em um contexto de pandemia e isolamento social, com restrições à campanha de rua e ao debate entre candidatos, as eleições municipais de 2020 deram dimensão inédita ao papel das mídias digitais como ferramentas de comunicação política. Apesar do alerta dado ao direito e à política no pleito de 2018, mais uma vez a disseminação de notícias falsas por plataformas digitais – serviços de mensageria privada (disparos em massa) e redes sociais – continuou a embaralhar a disputa política e fugir aos controles do direito (CAMPOS MELLO, 2020c). Até notícias falsas usadas em 2018 foram repetidas em 2020⁷. Entretanto, a própria denúncia de “*fake news*” tornou-se um lugar comum do discurso político. O tema deixou de ser um ponto cego e entrou no campo de visão da opinião pública.⁸

Finalmente, não deixamos de notar como o direito à privacidade dos dados pessoais apresenta-se como um novo e crucial direito político para operacionalizar a democracia em uma sociedade digital. O tema das *fake news* e eleições abordado neste livro ecoa possíveis perigos e oportunidades para novas fraudes, que colocam em risco a integridade e proteção da privacidade dos eleitores e, ainda, vinculam-se a um movimento de tecnoautoritarismo. Se no Brasil as práticas coronelistas da República Velha justificaram a criação da Justiça Eleitoral a partir da Revolução de 1930, que tinha como uma de suas bandeiras o sigilo e a garantia do voto, precisamos construir agora as instituições – dentre elas

⁷ <https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2020/10/19/fake-news-de-2018-sao-recicladadas-para-eleicoes-deste-ano.htm>

⁸ A Lei n.º. 13.834, de junho de 2019, já incluiu no Código Eleitoral vigente (Lei 4.737/65) a tipificação do crime de denunciação caluniosa, incluindo a conduta de “quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído” (Art. 326-A, § 3º). No contexto latino-americano, uma comparação entre Brasil, Chile e Argentina (ARAÚJO; SALES, 2019) mostra como o fenômeno das *fake news* nas eleições brasileiras de 2018 tornou-se um marco para a região, a ponto de justificar iniciativas legislativas em outros países. Especialmente no Brasil, a pandemia do novo Coronavírus disparou dezenas de projetos de lei (nas diversas esferas da federação) relacionados à penalização da disseminação de notícias falsas; o ambiente de exponencial digitalização das comunicações e também da circulação de desinformação a respeito das medidas sanitárias jogou luz sobre o tema.

os direitos fundamentais e regulações apropriadas – que habilitem o exercício democrático inclusivo, o livre mercado de ideias e a competição eleitoral justa neste novo tempo.

Referências ¹

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. *In*: ABBOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 121-141.

ALMEIDA, Helga; FERREIRA, Maria Alice; ABELIN, Pedro; PEREIRA, Matheus. Tweetocracia e o populismo 2.0: o caso do Brasil. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 43., 2019, Caxambu. **Anais**. Caxambu: ANPOCS, 2019. p. 1-22.

ALMEIDA, Helga; GOMES, Larissa Peixoto. Embates e silêncios: lideranças partidárias do legislativo no Twitter. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 44., 2020, São Paulo. **Anais**. São Paulo: ANPOCS; FFLCH-USP, 2020. p. 1-19.

AMATO, Lucas Fucci. **Constitucionalização corporativa**: direitos humanos fundamentais, economia e empresa. Curitiba: Juruá, 2014.

AMATO, Lucas Fucci. **Construtivismo jurídico**: teoria no direito. Curitiba: Juruá, 2017.

AMATO, Lucas Fucci. Desordenando o Estado constitucional: uma gênese e dez mandamentos. **Jota**, 13 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desordenando-o-estado-constitucional-uma-genese-e-dez-mandamentos-13122019> Acesso em 13 dez. 2019.

¹ Jurisprudência, reportagens e fontes informativas em meio eletrônico estão citadas em rodapé ao longo do trabalho. Os *links* foram acessados até 1 mar. 2021. Os autores não se responsabilizam por mudanças no direcionamento ou no conteúdo apresentado nesses endereços eletrônicos. Esta listagem final de referências inclui, além das fontes acadêmicas, artigos de opinião assinados e análises publicadas em meio digital.

AMATO, Lucas Fucci. Personalidade jurídica, mercado e opinião pública: uma visão sistêmico-institucional. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 7, n. 2, pp. 78-96, 2020a.

AMATO, Lucas Fucci. **Propriedade desagregada e teoria do direito**: formas jurídicas de uma economia de mercado. 2020b. Tese (Livre-Docência em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo 2020b.

AMATO, Lucas Fucci. Democracia, voto e representação: contextos e trajetórias, instituições e distorções. *In*: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando; FRANCISCO, José Carlos (orgs.). **Crise democrática e suas instituições de garantia**. São Paulo: Eseni, 2021.

ARAUJO, Eduardo Borges Espíndola; XIMENES, Júlia Maurmann. Contencioso eleitoral em tempos de judicialização da política: a disputa no Supremo e o Supremo na disputa. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 2, p. 423-448, 2019.

ARAUJO, Giovanna Guilhem de; SALES, Stela Chaves Rocha. *Fake news* na América Latina: como Brasil, Chile e Uruguai têm enfrentado a desinformação online. *In*: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES EM SOCIOLOGIA DO DIREITO (ABraSD), 11., 2020, Recife. **Sociologia Jurídica hoje**: cidades inteligentes, crise sanitária e desigualdade social. Recife: ABraSD, 2020.

ARNAUDO, Daniel. **Brazil, the Internet and the Digital Bill of Rights**. Reviewing the State of Brazilian Internet Governance. Rio de Janeiro: Igarapé Institute, 2017.

ARNAUDO, Daniel. Brazil: Political bot intervention during pivotal events. *In*: WOOLLEY, Samuel C.; HOWARD, Philip N. (eds.). **Computational propaganda**: political parties, politicians and political manipulation on social media. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 128-152.

BAECKER, Dirk. Niklas Luhmann in the Society of the Computer. **Cybernetics & Human Knowing**, v. 13, pp. 25-40, 2006.

BAGHAI, Katayoun. Privacy as a human right: a sociological theory. **Sociology**, v. 46, n. 5, p. 951-965, 2012.

BAGHAI, Katayoun. **Social systems theory and judicial review**: taking jurisprudence seriously. London: Routledge, 2016.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Direito e consequência: reflexão para uma sociologia da decisão jurídica. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, n. 113, pp. 535-561, 2018.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Tribunais da sociedade: um estudo das estruturas decisórias do direito por meio dos sistemas organizacionais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, n. 114, p. 299-332, 2019.

BENKLER, Yochai. Cautionary notes on disinformation and the origins of distrust. **Mediawell**, 22 out. 2019. Disponível em: <https://mediawell.src.org/expert-reflections/cautionary-notes-on-disinformation-benkler/>. Acesso em 27 jan. 2021.

BENKLER, Yochai; FARIS, Robert; ROBERTS, Hal. **Network propaganda**: manipulation, disinformation, and radicalization in American politics. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BERNARDELLI, Paula; NEISSER, Fernando. LGPD e campanhas eleitorais: adiamento oportuno e ajustes necessários. Consultor Jurídico, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/neisser-bernardelli-adiamento-lgpd-campanhas-eleitorais>. Acesso em: 18 fev. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro, RJ: Gen, Editora Forense, 2019.

BLOCH, Marc. Réflexions d'un historien sur les fausses nouvelles de la guerre. **Revue de synthèse historique**, t. 33, 1921.

BLOCH, Marc. **La guerra e le false notizie**. Roma: Donzelli, 1994.

BRAGA, Sérgio Soares; SILVA, Fernando Wisse Oliveira; MACEDO Márcio Giovanni. Padrões de uso do Youtube pelos deputados estaduais brasileiros na legislatura 2019-

2023: perfil dos usuários, “campanha permanente” e debate ideológico no exercício dos mandatos digitais. *In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS*, 44., 2020, São Paulo. **Anais**. São Paulo: ANPOCS; FFLCH-USP, 2020. p. 1-20.

BRASSCOM. **Manifesto Pela Aprovação da Lei de Proteção de Dados Pessoais**. 26 jun. 2018. Disponível em: <https://brasscom.org.br/manifesto-pela-aprovacao-da-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRITO CRUZ, Francisco Carvalho de. **Direito, Democracia e Cultura Digital: a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BRITO CRUZ, Francisco Carvalho de; VALENTE, Mariana Giorgetti. É hora de se debruçar sobre a propaganda em rede de Bolsonaro. **El País**, 18 out. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/opinion/1539892615_110015.html . Acesso em: 20 jan. 2021.

BRITO CRUZ, Francisco (coord.); MASSARO, Heloisa; OLIVA, Thiago; BORGES, Ester. **Internet e eleições no Brasil: diagnósticos e recomendações**. São Paulo: InternetLab, 2019.

BRITO CRUZ, Francisco Carvalho de; MASSARO, Heloisa. Dados pessoais em campanhas políticas: a construção de uma ponte entre proteção de dados pessoais e regulação eleitoral. *In: BIONI, Bruno (coord.). Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BURRI, Mira. Controlling new media (without the law). *In: PRICE, Monroe E.; VERHULST, Stefaan G.; MORGAN, Libby (eds.). Routledge handbook of media law*. London: Routledge, 2012. p. 327-342.

BURSON COHN & WOLFE. **Twiplomacy Study 2018**. Disponível em: <https://twiplomacy.com/blog/twiplomacy-study-2018/>. Acesso em 29 nov. 2020.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral**. São Paulo: Manole, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (eds.). **Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for social systems theory?** London: Routledge, 2021.

CAMPOS MELLO, Patrícia. Empresários bancam campanha contra o PT peloWhatsApp. **Folha de São Paulo**, 18 out. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contr-a-o-pt-pelo-whatsapp.shtml> Acesso em 11 out. 2020.

CAMPOS MELLO, Patrícia. Por que os brasileiros deveriam ter medo do gabinete do ódio. **The New York Times**, 4 ago. 2020a. Disponível em: <https://www.nytimes.com/pt/2020/08/04/opinion/international-world/bolsonaro-gabinete-do-odio.html> . Acesso em 21 jan. 2021.

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

CAMPOS MELLO, Patrícia. Empresas burlam regras e mantêm disparos em massa de mensagens eleitorais. **Folha de São Paulo**, 5 out. 2020c. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/10/empresas-burlam-regras-e-mantem-disparos-em-massa-de-mensagens-eleitorais.shtml> Acesso em 6 out. 2020.

CARDOSO, Nayane Pantoja; OLIVEIRA, Paula Andressa de; MASSUCHIN, Michele Goulart. Campanha permanente e prestação de contas nas redes sociais: uma análise das páginas dos governadores brasileiros no Facebook e das perspectivas de engajamento dos cidadãos. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 44., 2020, São Paulo. **Anais**. São Paulo: ANPOCS; FFLCH-USP, 2020. p. 1-21.

CASSINELLI, C. W. Totalitarianism, ideology, and propaganda. **The Journal of Politics**, v. 22, n. 1, p. 68-95, 1960.

CASTELLS, Manuel. **Communication power**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CERVI, Emerson Urizzi; VASCONCELLOS, Fábio; CAVASSANA, Fernanda. Digitalizar e minimizar campanhas Estudo exploratório sobre os gastos com comunicação de candidatos a Deputado Federal no Brasil em 2018. *In*: CERVI, E. U.; WEBER, M. H. (eds.). **Impactos político-comunicacionais nas eleições brasileiras de 2018**. Curitiba: Carvalho Comunicação, 2021. p. 65-86.

CESAR, Camila Moreira; SANTOS, Nina Fernandes dos; CAVASSANA, Fernanda. Campanhas políticas e WhatsApp A porosidade entre as campanhas oficiais e os ativismos nas eleições de 2018. *In*: CERVI, Emerson Urizzi; WEBER, Maria Helena (orgs.). **Impactos político-comunicacionais nas eleições brasileiras de 2018**. Curitiba: Carvalho Comunicação, 2021. p. 167-200. Disponível em: https://fernandacavassana.files.wordpress.com/2021/01/2021_cerviweber_ebook_eleicoes2018_inctdd.pdf. Acesso em 22 jan. 2021.

CHICARINO, Tathiana; CONCEIÇÃO, Desirée Luíse Lopes. Uma análise da produção de desinformação nas eleições 2018 a partir da CPMI das Fake News. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 44., 2020, São Paulo. **Anais**. São Paulo: ANPOCS; FFLCH-USP, 2020. p. 1-24.

COALIZÃO DIREITOS NA REDE. **Combater desinformação assegurando liberdade de expressão e privacidade**: Nota técnica da Coalizão Direitos na Rede sobre problemas centrais do PL 2630/2020, 29 maio 2020. Disponível em: <<https://intervozes.org.br/wp-content/uploads/2020/06/CDR-Posicionamento-PL2630-29MAIO2020.pdf>>. Acesso em 26 jan. 2021.

CODING RIGHTS. Data and Elections in Brazil in 2018. Rio de Janeiro: [s.n.]. Disponível em: https://www.codingrights.org/wp-content/uploads/2018/11/Report_Data_Elections_PT_EN.pdf. Acesso em: 18 fev. 2021.

COMMONWEALTH SECRETARIAT. **Cybersecurity for elections: a Commonwealth Guide on Best Practice**. London: Commonwealth Secretariat, 2020.

DA EMPOLI, Giuliano. **Os engenheiros do caos**. São Paulo: Vestígio, 2019.

DELERUE, François. **Cyber Operations and International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

DELMAS-MARTY, Meirelle. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DENTITH, Matthew R. X. The Problem of Fake News. **Public Reason**, v. 8, n. 1-2, pp. 65-79, 2017.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011.

DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão. **Fake news na eleição presidencial de 2018 no Brasil**. 2020. Tese (Doutorado em Comunicação e Culturas Contemporâneas) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

DRIESEN, David M. **The specter of dictatorship: judicial enabling of presidential power**. Stanford: Stanford University Press, 2021.

DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. **Critical Inquiry**, v. 9, n. 1, p. 179-200, 1982.

EIFERT, Martin. A Lei alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (*NetzDG*) e a regulação da plataforma. *In*: ABOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 161-191.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, José Eduardo. Verdade na internet. *In*: _____. (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 21-24.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Cambridge Analytica**: Opinion of the Commission. 25 nov 2019. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09389_comm_final_opinionpublic.pdf Acesso em 1 mar. 2021.

GAGLIONI, Cesar. O que há sobre o Brasil nos documentos da Cambridge Analytica. **Nexo Jornal**, 6 jan. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/01/06/O-que-há-sobre-o-Brasil-nos-documentos-da-Cambridge-Analytica> Acesso em 11 out. 2020.

GASPARIAN, Taís. Eleições: direito à informação vs. esquecimento. In: FARIA, José Eduardo (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 103-116.

GASPARIAN, Taís; BLANCO, Patricia; BUCCI, Eugênio. Opinião: Pressa pode ser inimiga da liberdade em projeto de lei das fake news. **Folha de São Paulo**, 22 jun. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/06/pressa-pode-ser-inimiga-da-liberdade-em-projeto-de-lei-das-fake-news.shtml> Acesso em 21 jan. 2021.

GELFERT, Axel. Fake News: A Definition. **Informal Logic**, v. 38, n.1, pp. 84-117, 2018.

GERBAUDO, Paolo. Social media and populism: an elective affinity? **Media, Culture & Society**, v. 40, n. 5, p. 745-753, 2018

GIGLIETTO Fabio; IANNELLI Laura; ROSSI Luca; VALERIANI Augusto. 'Fake' News is the Invention of a Liar: A New Taxonomy For the Study of Misleading Information Within Hybrid Media System. **Current Sociology**, 2019.

GOLDZWEIG, Rafael. Ação de empresas de tecnologia na pandemia é modelo para eleição. **Nexo Jornal**, 5 jun. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/ensaio/debate/2020/A%C3%A7%C3%A3o-de-empresas-de-tecnologia-na-pandemia-%C3%A9-modelo-para-elei%C3%A7%C3%A3o> Acesso em 27 jan. 2021.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GRIGORI, Pedro. 20 projetos de lei no Congresso pretendem criminalizar fake news. **Agência Pública**, 11 maio 2018. Disponível em: <<https://apublica.org/2018/05/20-projetos-de-lei-no-congresso-pretendem-criminalizar-fake-news/>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **The structural transformation of the public sphere**: an inquiry into a category of bourgeois society. Cambridge, MA: MIT Press, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HEILER, Jeison Giovani. **O fenômeno da reiteração no financiamento eleitoral brasileiro**: perfil de financiadores e o impacto no desempenho eleitoral empresarial. Porto Alegre: Fi, 2020.

HICKEN, Allen. Clientelism. **Annual Review of Political Science**, v. 14, p. 289-310, 2011.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

HUBBARD, Sally. Fake News Is A Real Antitrust Problem. **Competition Policy International**, dez. 2017.

IANNI, Octávio. O príncipe eletrônico. **Perspectivas**, v. 22, p. 11-29, 1999.

IFCN. **IFCN Code of Principles Transparency Report for 2020**. 25 dez. 2020. Disponível em: <https://ifcncodeofprinciples.poynter.org/storage/docs/IFCN-s-Code-of-Principles-Transparency-Report-for-2020.pdf?v=2> . Acesso em 27 jan. 2021.

INNERARITY, Daniel. **Una teoría de la democracia compleja**: gobernar en el siglo XXI. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

ITS RIO. **Nota Técnica sobre os Projetos de Lei nº 2927/2020 (Câmara) e nº 2630/2020 (Senado)**, 2019. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/publicacoes/nota-tecnica-its-pls-contr-fake-news/>>

ITUASSU, Arthur. A disrupção da esfera pública no Brasil: opinião pública e comunicação política depois das campanhas de Donald Trump e Jair Bolsonaro. **Insight Inteligência**, a. XXII, n. 87, p. 116-127, 2019.

KOENIG, Alexa. ‘Half the truth is often a great lie’: deep fakes, open source information, and international criminal law. **American Journal of International Law**, v. 113, p. 250-255, 2019.

LADEUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais: digitalização como objeto contratual, uso contratual de “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de Cyber Courts. Tradução de Pedro Henrique Ribeiro. *In*: ABBOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. pp. 143-191.

LAURENTIS, Lucas Catib de; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 4, p. 2260-2301, 2020.

LIMA BARRETO, Afonso Henriques. **Os Bruzundangas**. São Paulo: Martin Claret, 2013 [1917].

LELLIS, Nelson; DUTRA, Roberto. Programmatic crisis and moralization of the politics: a proposal to define the Bolsonaroism from the experience with the Covid-19 Pandemic. **International Journal of Latin American Religions**, v. 4, p. 335-359, 2020.

LOSANO, Mario. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede: novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 8, n. 16, p. 264-284, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Struttura della società e semantica**. Bari: Laterza, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Political theory in the Welfare State**. Tradução de John Bednarz Jr. Berlin: de Gruyter, 1990a.

LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Bologna: Il Mulino, 1990b.

LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. Berlin: Gruyter, 1993.

LUHMANN, Niklas. The modernity of science. **New German Critique**, n. 61, pp. 9-23, 1994.

LUHMANN, Niklas. Legal argumentation: an analysis of its form. **The Modern Law Review**, v. 58, n. 3, pp. 285-298, 1995.

LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 1996a.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (eds.). **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996b. pp. 129-166.

LUHMANN, Niklas. La forma "persona". *In*: _____. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Madrid: Trotta, 1998. p. 231-244.

LUHMANN, Niklas. **The reality of the mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. Are there still indispensable norms in our society? **Soziale Systeme**, v. 14, n. 1, pp. 18-37, 2008.

LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. México: Universidad Iberoamericana, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Theory of society I**. Stanford: Stanford University Press, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Theory of society II**. Stanford, Stanford University Press, 2013.

LUHMANN, Niklas. **A sociological theory of law**. 2 ed. New York: Routledge, 2014a.

LUHMANN, Niklas. **Sociología política**. Madrid: Trotta, 2014b.

LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. México: Herder, 2017.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Fake news e as novas ameaças à liberdade de expressão. *In*: ABOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020a. p. 231-247.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. “Fake news”: liberdade de expressão ou dever de falar a verdade? *In*: FARIA, José Eduardo (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020b. p. 73-78.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Liberdade de expressão: que lições podemos aprender com a experiência americana. *In*: FARIA, José Eduardo (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020c. p. 127-167.

MACHADO, Caio; KONOPACKI, Marco. **Poder Computacional**: Automação no uso do WhatsApp nas Eleições. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/automacao-eleicoes/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MAGALHÃES, João Carlos; COULDRY, Nick. Gigantes da tecnologia estão usando esta crise para colonizar o Estado. **Jacobin**, 16 maio 2020. Disponível em: <https://jacobin.com.br/2020/05/gigantes-da-tecnologia-estao-usando-esta-crise-para-colonizar-o-estado/>. Acesso em 27 jan. 2021.

MARCHETTI, Vitor. Governança eleitoral: O modelo brasileiro de Justiça Eleitoral. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, v. 51, n. 4, 2008, p. 865 a 893, 2008.

MARCHETTI, Vitor. Competição eleitoral e controle das candidaturas: uma análise das decisões do TSE. **Cadernos ADENAUER (São Paulo)**, v. XV, p. 93-115, 2014.

MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Opinião Pública**, v. 15, p. 422-450, 2009.

MARQUES NETO, Pedro. Supervisão judicial do financiamento de campanha eleitoral. *In*: SCHAPIRO, Mario (org.). **Visões do direito e desenvolvimento**. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. p. 99-122.

MARSDEN, Christopher T. Co- and self-regulation in European media and internet sectors: the results of Oxford University's study www.selfregulation.info. *In*: OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe). **Self-regulation, co-regulation, State regulation**. Vienna: OSCE, 2004. pp. 76-100.

MARTENS, Bertin; AGUIAR, Luis; GOMEZ-Herrera; MUELLER-LANGER, Frank. The digital transformation of news media and the rise of disinformation and fake news. **JRC Digital Economy Working Paper**, n. 2, p. 1-56, 2018.

MÁRTON, Edina. **Violations of Personality Rights through the Internet: Jurisdictional Issues under European Law**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2016.

MASSARO, Heloísa; SANTOS, Bruna; BIONI, Bruno; BRITO CRUZ, Francisco; RIELLI, Mariana; VIEIRA, Rafael. **Proteção de Dados nas Eleições: democracia e privacidade**. 2020. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/09/internetlab_protecao-de-dados-nas-eleicoes.pdf. Acesso em 22 jan. 2021.

MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno R. O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 124, a. 28, p. 157-180, 2019.

MOELLER, Hans-Georg; D'AMBROSIO, Paul J. Sincerity, authenticity and prolificity: Notes on the problem, a vocabulary and a history of identity. **Philosophy & Social Criticism**, v. 45, n. 5, p. 575-596, 2019.

MONTEIRO, Renato Leite. Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil: análise contextual detalhada. **JOTA Info**, 14 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018>>. Acesso em: 19 jan. 2021.

MOROZOV, Evgeny. **Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política**. São Paulo: UBU, 2018.

MURATOVSKI, Gjoko. Franchising totalitarianism: design, branding and propaganda. **Design Principles and Practices**, v. 5, n. 1, p. 253-265, 2011.

NATO. **Towards rule of law in the digital environment**. Riga: NATO Strategic Communications Centre of Excellence, 2019.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

OBSERVATÓRIO DA PRIVACIDADE. **2016 – 2017: O Anteprojeto chega à Câmara**. Observatório da Privacidade - Por Data Privacy, 2019a. Disponível em: <<https://observatorioprivacidade.com.br/memoria/2016-2017-o-anteprojeto-chega-a-camara/>>. Acesso em: 15 jul. 2020

OBSERVATÓRIO DA PRIVACIDADE. **2018: Uma conjunção astral (Episódio 3/5)**. Observatório da Privacidade - Por Data Privacy, 2019b. Disponível em:

<<https://observatorioprivacidade.com.br/memoria/2018-uma-conjuncao-astral/>>.

Acesso em: 15 jul. 2020

QUATTROCCIOCCHI, Walter; VICINI, Antonella. **Liberi di crederci**. Informazione, internet e post-verità. Torino: Codice edizioni, 2018.

PASQUINI, Patrícia. 90% dos eleitores de Bolsonaro acreditam em fake news. **Folha de São Paulo**, 2 nov. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/90-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditaram-em-fake-newsdiz-estudo.shtml> Acesso em 04 set. 2019.

PATERSON, John. Politics, law and legitimacy: re-constructing Brexit from a systems theory perspective. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (eds.). **Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for social systems theory?** London: Routledge, 2021. p. 223-246.

PIAIA, Victor; MATOS, Eurico; DOURADO, Tatiana; BARBOZA, Polyana. Política no WhatsApp: apontamentos e questões éticas para a pesquisa brasileira. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 44., 2020, São Paulo. **Anais**. São Paulo: ANPOCS; FFLCH-USP, 2020. p. 1-20.

RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. *In*: ABBOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 249-270.

RABELO, Mariana Albuquerque; CARNEIRO, Rafael de Alencar Araripe. Dados e democracia: reflexos eleitorais do adiamento da LGPD. **Estadão**, 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/dados-e-democracia-reflexos-eleitorais-do-adiamento-da-lgpd/>. Acesso em: 18 fev. 2021.

RAMOS, Carlos Eduardo Vieira. **O direito das plataformas**: procedimento, legitimidade e constitucionalização na regulação privada da liberdade de expressão na internet.

2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RECUERO, Raquel da Cunha; ZAGO, Gabriela da Silva; SOARES, Felipe Bonow. **Mídia social e filtros-bolha nas conversações políticas no Twitter**. 2017. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/166193> . Acesso em: 16 fev. 2021.

RIBEIRO, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. **Entre eclusas e espelhos: a esfera pública vista a partir de uma leitura crítica de Niklas Luhmann e de debates contemporâneos**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

RIBEIRO, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. Between scandal and invisibility: inequality, human rights and effectiveness of law in Brazil (and its sociology). **Revista Direito Mackenzie**, v. 14, n. 2, p. 1-61, 2020.

SADEK, Maria Tereza. **A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. São Paulo: Konrad Adenauer, 1995.

SANTOS, Marcelo Burgos Pimentel dos; ARAÚJO, Rafael de Paula Aguiar; PENTEADO, Claudio Luis de Camargo; GOYA, Denise Hideko. Os usos do Twitter pela família Bolsonaro e o campo da direita brasileira. *In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS*, 44., 2020, São Paulo. **Anais**. São Paulo: ANPOCS; FFLCH-USP, 2020. p. 1-25.

SCHMITTER, Philippe C. Still the century of corporatism? **Review of Politics**, v. 36, n. 1, pp. 85-131, 1974.

SCHREIBER, Mariana. A controversa lei alemã que inspira projeto de lei das Fake News. **BBC News Brasil**, 26 ago. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53914408> . Acesso em 21 jan. 2021.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. São Paulo: Editora UNESP, 1984.

SILVA, Daniel N. The pragmatics of chaos: parsing Bolsonaro's undemocratic language. **Trabalhos em Linguística Aplicada**, v. 59, n. 1, p. 507-537, 2020.

SILVA, Giovanna Nony Failache da. **Democracia e legitimidade política**: análise da crise democrática do atual governo brasileiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020.

SILVEIRA, Marilda de Paula. As novas tecnologias no processo eleitoral: existe um dever estatal de combate à desinformação nas eleições? *In*: ABOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 295-320.

SILVESTRE, Nathan Christian Coelho. **Combate às fake news**: as autoridades estatais face à desinformação na era digital e os impactos à liberdade de expressão. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

SOUSA SANTOS, Boaventura. Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law. **Journal of Law and Society**, v. 14, n. 3, p. 279-302, 1987.

SOUSA SANTOS, Boaventura. As três ignorâncias: arrogante, indolente, malévola. **Jornal Letras**, 13-26 de março, 2019. Disponível em: <http://alice.ces.uc.pt/en/index.php/homepage-posts/as-tres-ignorancias-arrogante-indolente-malevola-boaventura-de-sousa-santos-in-jl-13-a-26-de-marco-2019> Acesso em 9 out. 2019.

SOUZA, Carlos Alfonso; VIOLA, Mario; LEMOS, Ronaldo. **Brazil's Internet Bill of Rights**: a closer look. Rio de Janeiro: ITS, 2017.

SRINIVASAN, Dina. The antitrust case against Facebook: a monopolist's journey towards pervasive surveillance in spite of consumer's preference for privacy. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, n. 1, p. 39-101, 2019.

SRNICEK, Nick. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity, 2017.

STOKES, Susan C. Political clientelism. *In*: BOIX, Carles; STOKES, Susan C. **The Oxford Handbook of Comparative Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass. From technocrat to democrat. **Harvard Law Review**, v. 128, n. 1, p. 488-497, 2014.

TARDÁGUILA, Cristina; MARÉS, Chico. Dez notícias falsas com 865 mil compartilhamentos: o lixo digital do 1º turno. **Agência Lupa**, 2018. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/10/07/artigo-epoca-noticias-falsas-1-turno/>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 22, n. 1, p. 108-146, 2017.

TEIXEIRA, Carlos Sávio Gomes. O desafio plebiscitário à ordem institucional pós-1988 as perspectivas autoritária e democrática. **Terceiro Milênio, Revista Crítica de Sociologia e Política**, v. 13, n. 2, p. 62-82, 2019.

TENORIO, Rodrigo Antonio. **Direito eleitoral**. São Paulo: Método, 2014.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, pp. 239-285, 1983.

TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law. *In*: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: de Gruyter, 1986 [1984]. pp. 299-325.

TEUBNER, Gunther. Social order from legislative noise? Autopoietic closure as a problem for legal regulation. *In*: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (eds.). **State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective**. Milano: Giuffrè, 1992. pp. 609-649.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso**, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

TEUBNER, Gunther. The anonymous matrix: human rights violations by 'private' transnational actors. **The Modern Law Review**, v. 69, n. 3, p. 327-346, 2006.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

THORNHILL, Chris. **The sociology of law and the global transformation of democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

THORNHILL, Chris. A historical sociology of constitutions and democracy. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (eds.). **Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for social systems theory**. London: Routledge, 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A economia do conhecimento**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

VALENTE, Mariana Giorgetti. A liberdade de expressão na internet: da utopia à era das plataformas. *In*: FÁRIA, José Eduardo (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 25-36.

VANDERSTRAETEN, Raf. Technical Knowledge and Instrumental Activism. *In*: HOLZER, Boris; WERRON, Tobias; KASTNER, Fatima (eds.). **From Globalization to World Society: Neo Institutional and Systems-Theoretical Perspectives**. New York: Routledge, 2015. pp. 177-196.

VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. *In*: ABBOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 189-210.

WE ARE SOCIAL. **Digital in 2018:** World's internet users pass the 4 billion mark. 2018.

Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>

Acesso em: 22 jul. 2020.

WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. Tradução de

Iain Fraser. *In*: TEUBNER, Gunther (ed). **Dilemmas of law in the welfare state.**

Berlin: de Gruyter, 1986. pp. 221-249.

WIETHÖLTER, Rudolf. Proceduralization of the category of law. **German Law Journal**, v.

12, n. 1, p. 465-473, 2011.

WILLKE, Helmut. Three types of legal structure: the conditional, the purposive and the

relational program. *In*: TEUBNER, Gunther. **Dilemmas of law in the welfare state.**

Berlin: de Gruyter, 1986. p. 280-298.

WOOLLEY, Samuel C.; HOWARD, Philip N. (eds.). **Computational propaganda:** political

parties, politicians, and political manipulation on social media. New York: Oxford

University Press, 2019.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Digital Wildfires in a Hyperconnected World.** 2013.

Disponível em: <http://reports.weforum.org/global-risks-2013/risk-case-1/digital-wildfires-in-a-hyperconnected-world/>. Acesso em 9 out. 2019.

WU, Tim. **The curse of bigness:** antitrust in the new gilded age. New York: Columbia

Global Reports, 2018.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e

Programação: os limites do Marco Civil da Internet. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO

FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa (orgs.). **Direito e Internet III:**

Marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 447-470.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira; ABRAMOVAY, Ricardo. Dados, vícios e concorrência:

repensando o jogo das economias digitais. **Estudos Avançados**, v. 33, n. 96, p. 421-

446, 2019.

ZIMDARS, Melissa; MCLEOD, Kembrew (eds.). **Fake News:** understanding media and misinformation in the digital age. Cambridge, MA: MIT Press, 2020.

ZITTRAIN, Jonathan. Engineering an Election. **Harvard Law Review Forum**, v. 127, p. 335-341, 2014.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism:** The fight for a human future at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019.

Anexo

Conjunto de decisões selecionadas

0600081-61.2018.6.00.0000	0600796-06.2018.6.00.0000
0600079-91.2018.6.00.0000	0600546-70.2018.6.00.0000
0601018-71.2018.6.00.0000	0600790-96.2018.6.00.0000
0600719-94.2018.6.00.0000	0602691-28.2018.6.17.0000
0601167-67.2018.6.00.0000	0602792-65.2018.6.17.0000
0600717-27.2018.6.00.0000	0601853-59.2018.6.00.0000
0600716-42.2018.6.00.0000	0601781-72.2018.6.00.0000
0600715-57.2018.6.00.0000	0601820-69.2018.6.00.0000
0601818-02.2018.6.00.0000	0601701-11.2018.6.00.0000
0601793-86.2018.6.00.0000	0601746-15.2018.6.00.0000
0601795-56.2018.6.00.0000	0601729-76.2018.6.00.0000
0601700-26.2018.6.00.0000	0601779-05.2018.6.00.0000
0601775-65.2018.6.00.0000	0600790-96.2018.6.00.0000
0601782-57.2018.6.00.0000	0601846-67.2018.6.00.0000
0601776-50.2018.6.00.0000	0601806-85.2018.6.00.0000
0601762-66.2018.6.00.0000	0601771-28.2018.6.00.0000
0601765-21.2018.6.00.0000	0603007-47.2018.6.06.0000
0601727-09.2018.6.00.0000	0601766-06.2018.6.00.0000
0601626-69.2018.6.00.0000	0603299-48.2018.6.09.0000
0601545-23.2018.6.00.0000	0601764-36.2018.6.00.0000
0601767-88.2018.6.00.0000	0600720-79.2018.6.00.0000
0601611-03.2018.6.00.0000	0600986-66.2018.6.00.0000
0600975-37.2018.6.00.0000	0600718-12.2018.6.00.0000
0601635-31.2018.6.00.0000	0601773-95.2018.6.00.0000
0600973-67.2018.6.00.0000	0604534-39.2018.6.13.0000
0607820-57.2018.6.19.0000	0601646-60.2018.6.00.0000
0601731-46.2018.6.00.0000	0601732-31.2018.6.00.0000
0601763-51.2018.6.00.0000	0601757-44.2018.6.00.0000
0601774-80.2018.6.00.0000	0600969-30.2018.6.00.0000
0601758-29.2018.6.00.0000	

Posfácio

*André de Carvalho Ramos*¹

Garantir que a vontade do eleitor efetivamente se transforme em mandatos é o grande objetivo a ser buscado pelo Direito Eleitoral na democracia. Não se trata de tarefa fácil de ser cumprida, já que demanda uma constante análise do que se espera de um Direito Eleitoral contemporâneo, apto a responder às demandas sociais que evoluem com o tempo.

Tampouco trata-se de tarefa de menor importância. Uma das lições que se pode tirar dos imbróglios políticos que assolam o país nos últimos anos é que parte relevante da não implementação de direitos no Brasil é atribuível à forma como o Direito Eleitoral é (des)organizado no país e à maneira como a vontade popular (não) é captada pelo sistema político.

Isso aplica-se também à regulamentação das *fake news*, tema desta obra escrita a oito mãos, fruto de uma ampla pesquisa que conseguiu, de maneira commendável, entrelaçar um estudo qualitativo baseado em levantamento bibliográfico atualizado com uma pesquisa empírica de duas fases, uma jurisprudencial e uma de análise legislativa.

O resultado é um estudo atualizado e completo que apresenta ao leitor questionamentos relevantes sobre os novos desafios a serem enfrentados pela sociedade – e, conseqüentemente, pelo Direito Eleitoral – na contemporaneidade. Sem pretender propor soluções artificiais para os

¹ Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito. Procurador Regional da República. Antigo Procurador Regional Eleitoral do Estado de São Paulo (2012-2016) e primeiro Coordenador Nacional do Grupo Executivo Nacional da Função Eleitoral (GENAFE) da Procuradoria-Geral Eleitoral (2013-2015).

problemas apontados, a obra apresenta constatações que servem como ponto de partida para questionamentos que, invariavelmente, terão de ser enfrentados nos tempos vindouros.

Do ponto de vista do Direito Eleitoral, confirma-se que o vetor axiológico da atuação legislativa e jurisprudencial com relação à manifestação de eleitores na rede é a liberdade, conforme demonstra o estudo jurisprudencial organizado. Contudo, essa liberdade não pode ser absoluta e, assim como ocorreu anteriormente, terá de ser sopesada com outros direitos de equivalente calibre constitucional e convencional. Por exemplo, são prolíficos os exemplos de restrições impostas pelo Direito Eleitoral a esse direito fundamental, em prol da manutenção da isonomia entre candidatos e da proibição de manipulação do eleitorado (defesa da liberdade – real – do eleitor).

À Justiça Eleitoral caberá efetivamente enfrentar e dar uma resposta adequada (i) à contraposição da liberdade individual de expressão a um direito político coletivo à cidadania passiva e à proteção da lisura do pleito, bem como (ii) à definição do que está efetivamente albergado sob o manto da liberdade de expressão e (iii) se a manipulação e a mentira encontram amparo nessa garantia.

Essas respostas, contudo, devem cuidar para que eventuais sopesamentos realizados não se desnaturarem em mecanismos de asfixia da crítica política e da liberdade de expressão, salutares em qualquer processo eleitoral². Por óbvio, o entrechoque de ideias é central ao debate político e deve ser protegido pelo Direito Eleitoral. Não obstante, é imperativo que se dê uma solução adequada às novas demandas sociais, para que o Direito Eleitoral – e não terceiros interessados ou mesmo os candidatos mais poderosos – continue ditando as regras do jogo. Admitir

² CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 759.

novos *players* nesse jogo político é plenamente legítimo, conceder-lhes o poder de também apitar a partida, não.

As conclusões delineadas no livro, portanto, são irretocáveis ao ressaltarem a dificuldade que as instituições encontram atualmente para lidar democraticamente com o problema das *fake news*. E a obra também se torna relevante ao tentar mapear as causas dessa dificuldade.

Assim, a admissão de novos atores eleitorais, conforme já apontado, é a primeira delas. É necessária a regulação da ação dos provedores de Internet e redes sociais em tempos de eleições. Ao mesmo tempo, a constatação da inércia de clássicos atores dessa disputa eleitoral, como o Ministério Público, no combate à disseminação de *fake news* aponta novamente para um descompasso entre o modelo atual de fiscalização, desenhado para responder a demandas sociais do passado (“modelo formal da fiscalização”, voltado à apuração superficial da regularidade das eleições, apto somente a atacar a fraude canhestra, visível e, reconheçamos, quase amadora), e a rápida alteração do cenário das campanhas eleitorais profissionalizadas ao extremo. Esse abismo, tal como indicado com a realização do pleito de 2020, apenas tende a agravar-se, exigindo ação imediata.

Ademais, é extremamente preocupante a constatação da ausência de um procedimento apto à constatação da ocorrência de divulgação de notícias falsas para eleitores. O recente julgamento no Tribunal Superior Eleitoral de duas AIJEs referentes às eleições de 2018 (!) escancarou as deficiências procedimentais dessa Justiça especializada em lidar com a questão: relega-se aos partidos políticos e candidatos adversários o ônus de produzir, até a data da diplomação, prova pré-constituída da distribuição dissimulada e camuflada de notícias falsas, o que muitas vezes dependeria da própria quebra de sigilo telemático que constitucionalmente depende de autorização judicial.

Esse entendimento, que impõe aos autores privados (partidos políticos e candidatos) de AIJEs o que só pode ser caracterizado como verdadeira “prova impossível”, solapa qualquer possibilidade de o país lidar com a questão das *fake news* sem que haja uma mudança legislativa. Há, no Direito Eleitoral, entraves ao direito de acesso à justiça e ao direito à prova que resvalam na inconstitucionalidade.

Quanto ao Ministério Público Eleitoral (que poderia ser um ator *ativo* relevante, além de atuar como *custos legis*), já defendi uma completa reorganização de seu modo de atuação, para que atue não somente no processo eleitoral “visível” (o tradicional “processo vai, processo vem”), mas especialmente no processo eleitoral invisível, que são os ilícitos camuflados, em geral não detectados pelos ultrapassados “Disque-Denúncia” dos tempos de eleição (repletos de notícias de cartazes e cavaletes colocados irregularmente). Para tanto, é necessário uma atuação proativa, com estratégias de apuração e persecução – unindo todos os graus, do juízo eleitoral ao TSE – eficientes³.

Note-se, nesse sentido, grande descompasso do modelo de Justiça Eleitoral brasileiro – em voga, sem profundas alterações, desde os anos 1930 e ancorado num Código criado no período ditatorial militar – com as atuais e complexas demandas sociais.

A própria estrutura da Justiça Eleitoral, pensada para funcionar primordialmente como um órgão administrativo (e não como uma arena judicial efetiva, de resolução de conflitos e cassação de mandatos), torna-se defasada quando, trinta anos depois, a função jurisdicional desse ramo especializado do Judiciário encontra-se no centro das discussões políticas

³ CARVALHO RAMOS, André de. A função eleitoral do Ministério Público Federal: por uma nova atuação em defesa da sociedade. *Revista Pensar MPF*, v. 1, p. 11-33, 2013. Disponível em: <https://books.apple.com/br/book/pensar-mpf/id726529987?l=en>

no país. Desde a divisão de colégios eleitorais até a composição dos tribunais, nada mais parece adequado aos tempos atuais.

Por exemplo, há 425 zonas eleitorais no estado de São Paulo, maior colégio eleitoral do país, com 33,5 milhões de eleitores aptos cadastrados e cerca de 600 municípios. O TRE-SP, contudo, responsável não só pelo julgamento dos recursos interpostos contra as decisões de juízes eleitorais, como também instância ordinária para o julgamento das questões referentes às eleições regionais, conta com apenas *sete* membros, sendo dois deles juristas que podem continuar advogando em causas não eleitorais. Tal enxuta estrutura *simboliza* uma situação arcaica: em que tal Tribunal julgaria poucos processos, de baixa complexidade e agiria apenas excepcionalmente para detectar fatos graves e cassar mandatos.

Similarmente, o TSE, palco das importantes batalhas jurídicas referentes à estabilidade democrática no Brasil, conta com o mesmo reduzido número de ministros. Como esperar celeridade nesse julgamento?

Até a presença nos Tribunais eleitorais (inclusive no TSE) de dois julgadores (os juristas) sem o *manto protetor da vitaliciedade* transmite a mensagem de que as causas não serão graves o suficiente para afetar a futura vida profissional desses causídicos (temporariamente julgadores) ou de suas bancas de advocacia.

E mais, como esperar especialização de uma Justiça com cargos rotativos (mandatos de dois anos), jurisprudência também cambiante (fruto dessa intensa mudança de julgadores) e que permite que seus ex-magistrados (os juristas-julgadores) atuem perante a própria Corte onde julgaram, sem qualquer tipo de quarentena⁴?

⁴ Ressalto que, no período que fui Procurador Regional eleitoral substituto e titular (2010-2016) no Estado de São Paulo, havia uma elogiada “quarentena moral implícita” dos nobres advogados outrora magistrados do TRE/SP. Claro que o ideal no mundo jurídico seria o estabelecimento de uma quarentena expressa.

Isso não se coaduna com um desejo cada vez mais claro da população por lisura e transparência, nem tampouco com as crescentes ameaças ao processo democrático. Por um ângulo ou por outro, o sistema atual vem lentamente esfacelando-se ante a inércia dos atores políticos (legisladores) em endereçarem as devidas mudanças.

O que ocorre atualmente, contudo, é que está se aproximando o *breaking point* em que o modelo legislativo afasta-se tanto da realidade regulada que deixa de ser relevante, caindo em desuso. Essa ruptura institucional é, por óbvio, temerosa pelas consequências que pode ter no modelo de regime político do país. As manifestações de 2013 mostraram isso.

Fazer com que o Direito Eleitoral volte a atender a seus objetivos é central à proteção da democracia. E isso, em tempos como o atual, deixa de ser uma mera sugestão e passa a ser um imperativo.

São Paulo, abril de 2021

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org