

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

GUILHERME MELLO GRAÇA

FAKE NEWS E PROCESSO ELEITORAL: A cruzada quixotesca do Tribunal Superior
Eleitoral de combate às notícias falsas

Niterói – RJ

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

GUILHERME MELLO GRAÇA

FAKE NEWS E PROCESSO ELEITORAL: A cruzada quixotesca do Tribunal Superior
Eleitoral de combate às notícias falsas

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Linha de Pesquisa: Teoria e História do Direito Constitucional e Direito Constitucional Internacional e Comparado.

Orientador: Prof. Dr. Cássio Luís Casagrande.

Niterói – RJ

2019

**Universidade Federal Fluminense
Superintendência de Documentação
Biblioteca da Faculdade de Direito**

G729f Graça, Guilherme Mello.

Fake News e Processo Eleitoral: A cruzada quixotesca do Tribunal Superior Eleitoral de combate às notícias falsas / Guilherme Mello Graça; Cássio Luis Casagrande, orientador. Niterói, 2019.

106 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGDC.2019.m.06362758684>

1. Fake news. 2. Democracia. 3. Liberdade de expressão. 4. Paternalismo eleitoral do TSE. 5. Produção intelectual. I. Casagrande, Cássio Luis, orientador. II. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD -

GUILHERME MELLO GRAÇA

FAKE NEWS E PROCESSO ELEITORAL: A cruzada quixotesca do Tribunal Superior
Eleitoral de combate às notícias falsas

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito
Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação
stricto sensu em Direito Constitucional da
Universidade Federal Fluminense.

Aprovado em 22 de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Cássio Luis Casagrande (Orientador)
Universidade Federal Fluminense

Professor Dr. Paulo Roberto dos Santos Corval
Universidade Federal Fluminense

Professor Dr. Luiz Felipe Brandão Osório
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Ao meu amor, Juliana, pelo carinho e afeto perene.

Ao Pedro, pela alegria da renovação da vida e fonte de inspiração.

À Vó Quita, pela sabedoria e ensinamentos.

AGRADECIMENTOS

Ao longo dessa trajetória de descobertas, desafios e longas jornadas (de ônibus, avião e barca), não são poucos os agradecimentos devidos, a pessoas e instituições, que foram fundamentais para que se esse trabalho se concretizasse.

Tal como descrito na dedicatória, agradeço, em primeiro lugar, à minha esposa Juliana, pelo incentivo e por me acompanhar nessa nova jornada de vida, bem como ao Pedro, fruto da nossa união, que nascerá em breve para tornar os dias ainda mais alegres e vívidos.

Agradeço imensamente à minha família (Luiz Alberto, Gustavo, Duda Gouveia e Mônica) pelo apoio e compreensão, em especial à minha mãe, por ser uma vencedora e ter enfrentado com altivez os percalços da vida. Agradeço também aos meus tios maternos, na figura da tia Marta e Marcão, Marcos e Soraia e primos pela presença constante. Fica a lembrança do meu saudoso avô Hilton, e da minha vó Quita, além das prontas estimas de recuperação da avó Djanete.

Agradeço também aos meus sogros Alicério e Celiane, cunhada Jacqueline e André, a nova família que ganhei pela amizade e cuidado.

Agradeço também aos primos(as) e tios(as) membros fundadores da *Gang da Kátia*, pelos momentos de companheirismo, de lazer e descontração. Uhulllll!!!

Um agradecimento especial também se faz aos amigos procuradores (Reimy, Sandra, Valéria, Gabriel irrrrmão, Simone, Gabriela, Luana, Jéssica, César, Dante, Quirino, Gabriel Dalla, Dieggoso, Dieguinho, Diego *Pepper*, Renato, Rogério, Rafael Barroso e Ademar) pela compreensão e apoio, em busca de uma PGM forte e estruturada. Agradeço também aos servidores e amigos da futura Proc Pau, amigos do Grupo do Rolê, que tornaram a adaptação em Paulínia mais fácil e agradável.

Agradeço também aos amigos do TCE/RJ pelo período que estivemos juntos, em especial ao Heitor, João Paulo, Márcia Diogo, Jacqueline, Marquinhos, Aloir, Marcinha de Carla, Lourdes, Maria do Carmo, Rosalie, Francesco, Letícia, Mariana, Carol, Sérgio Paulo, Rosa Chaise e tantos outros pelo incentivo constante, bem como os novos amigos feitos na SGA.

Registro também o agradecimento aos meus amigos do tênis Itapoan Paulínia, bem como aos amigos do Tênis Aterro – RJ.

Aos amigos Lulus Med, pela amizade e companheirismo!!

Agradeço também aos amigos do GDA (Grupo de Direito Administrativo), nas pessoas dos amigos Rodrigo Chauvet, excelente advogado e pesquisador ávido, e André Saddy, professor brilhante e integrante dos quadros do PPGDC-UFF.

Aos professores do PPGDC-UFF, a alegria de conhecê-los e aprender foi enorme e edificante, cada um com suas contribuições e estímulo à reflexão. Em primeiro lugar, agradeço imensamente ao meu orientador, Professor Cássio Casagrande, pelas trocas intelectuais e debates que fizeram amadurecer esse trabalho. Tenho admiração por sua abordagem acadêmica e o fascínio que exerce nos alunos da disciplina de Teoria da Constituição, além da leitura prazerosa das colunas semanais do Jota.

Agradeço também ao meu amigo Heitor, que, além de chefe, foi um grande incentivador dessa caminhada acadêmica. Passamos momentos inusitados e interessantes na corte de contas de *Louis XIV*, sendo que ele sempre foi entusiasta do meu crescimento profissional, ao mesmo tempo em que eu observava com entusiasmo e admiração sua percepção crítica e sua postura questionadora do mundo e da política. Agradeço igualmente pelos comentários valiosos e críticas feitas durante a execução desse trabalho.

Igualmente, faço meus elogios e agradecimentos ao Professor Marcus Fabiano, dono de uma inteligência arguta e de uma cultura enciclopédia, na figura de quem estendo os agradecimentos a todos os outros professores do programa que ajudaram a pavimentar o caminho dessa dissertação!

Agradeço a amizade do amigo e professor Luiz Felipe, com admiração pelo seu senso crítico e combativo, ao mesmo tempo em que trilhamos juntos o caminho da Academia.

Por fim, agradeço a disponibilidade e a generosidade do professor Paulo Corval por ter aceitado esse convite, com a certeza de que seus comentários e críticas serão valiosos para aprimorar esse trabalho.

“Se a liberdade significa alguma coisa, será, sobretudo, o direito de dizer às outras pessoas o que elas não querem ouvir”.

George Orwell

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto compreender o fenômeno das *fake news* (notícias falsas) e seus desdobramentos no processo eleitoral brasileiro. A partir das eleições presidenciais de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) se deu conta da complexidade do fenômeno e passou a atuar como um *player* regulador na determinação do que seria notícia falsa ou não, os quais têm reflexos limitadores em princípios constitucionais, notadamente a liberdade de expressão e o direito de informação. Ao mesmo tempo, o ambiente virtual, aqui centrado na internet e nas redes sociais, permite o compartilhamento instantâneo de mensagens, as quais, por muitas vezes, podem comprometer a candidatura de algum postulante ao cargo público. Nessa linha, indaga-se se em um contexto de renovação política e alternância de cargos públicos, até que ponto as *fake news* poderiam influenciar e macular a transparência do debate democrático. Também se procura estudar se as formas como se operam a remoção das notícias falsas não caracterizariam uma intervenção excessiva e paternalista da Justiça Eleitoral no processo eleitoral. Por fim, são apresentadas e criticadas as propostas legislativas atualmente apresentadas no Parlamento brasileiro, que possuem uma visão rasteira e míope do complexo fenômeno das *fake news*, as quais podem limitar o alcance da liberdade de expressão ou até mesmo criminalizar o indivíduo.

Palavras-chave: *Fake News*; Democracia; Liberdade de Expressão; Paternalismo eleitoral do TSE.

ABSTRACT

This master's thesis aims to understand the phenomenon of fake news and its effects in the Brazilian electoral process. Considering the presidential elections of 2018, the Superior Electoral Court (TSE) realized the complexity of the fake news phenomenon and started to act as a regulator player, judging what would be considered fake news or not. This behavior has several limitations in constitutional principles, especially the freedom of expression and the right to information. At the same time, the virtual environment, focused here on the Internet and on social medias, allows the instantaneous sharing of messages, which, on many occasions, can compromise the candidacy of some postulant to public office. In this line, this work aims to investigate if the fake news phenomenon could interfere and stain the democratic debate transparency. Also, it seeks to study if the judicial measures to remove fake news would not represent an excessive and paternalistic intervention of the Court in the electoral process. In the end, several legislative proposals are presented and criticized because of the shallow and myopic view of the complex phenomenon of fake news, which may limit the scope of freedom of expression or even criminalize the individual who create or spread fake news.

Keywords: Fake News; Democracy; Freedom of Expression; Superior Electoral Court intervention.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABERJE	Associação Brasileira de Comunicação Empresarial
ABERTE	Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
APAMAGIS	Associação Paulista de Magistrados
APL	Anteprojeto de lei
CCS	Conselho de Comunicação Social
CC/02	Código Civil (2002)
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Código Eleitoral
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil (1988)
CGI	Comitê Gestor da Internet
DJE	Diário da Justiça Eletrônico
ECA/USP	Escola de Comunicação da Universidade de São Paulo
EUA	Estados Unidos da América
FGV	Fundação Getúlio Vargas
GEAN	Grupo de Estudos de Alto Nível do Conselho Europeu
IP	<i>Internet Protocol</i>
JTI	<i>Journalism Trust Initiative</i>
KKK	Ku Klux Klan
LAI	Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/11)
MCI	Marco Civil da Internet
MPE	Ministério Público Eleitoral
MIT	Massachusetts Institute of Technology
NAACP	<i>National Association for the Advancement of Colored People</i>
NCPC	Novo Código de Processo Civil
NYT	<i>New York Times</i>
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
OSCE	Organização para a Segurança e Cooperação da Europa
PL	Projeto de Lei

PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
PSD	Partido Social Democrático
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UFF	Universidade Federal Fluminense
USP	Universidade de São Paulo

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Imagem 01 – Conselho Europeu. Divisão de Mídia e Internet. Desordem da informação, quadro apresentado pela professora Silvia Grundmann em fevereiro de 2018.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 BASES CONCEITUAIS E TEÓRICAS: <i>FAKE NEWS</i>	21
1.1 <i>Fake news</i> : em busca do conceito não conceituado.....	21
1.2 <i>Fake news</i> e o Marco Civil da Internet	31
1.3 O processo de responsabilização no Marco Civil da Internet e o relacionamento com as <i>fake news</i>	34
2 <i>FAKE NEWS</i> , ELEIÇÕES E LIBERDADE DA EXPRESSÃO.....	42
2.1 Considerações gerais sobre a liberdade da expressão e o processo eleitoral.....	42
2.2 <i>Fake news</i> , censura/autocensura, <i>chilling effect</i> e posição preferencial da liberdade de expressão – em busca de uma proposta consensual	50
2.3 Considerações gerais sobre a gênese, estruturação da Justiça Eleitoral e atribuições constitucionais do TSE	60
2.4 O Código Eleitoral Brasileiro: do paternalismo excessivo à tutela da liberdade de expressão pelo TSE.....	65
3 PROPOSTAS REGULATÓRIAS DE <i>FAKE NEWS</i> : DO PARLAMENTO BRASILEIRO ÀS DECISÕES DO TSE DE AVALIAÇÃO DAS <i>FAKE NEWS</i>	75
3.1 Medidas e decisões do TSE de combate às <i>fake news</i>	75
3.2 Propostas regulatórias de <i>fake news</i> no Parlamento brasileiro.....	80
CONCLUSÕES.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88
ANEXOS	95

INTRODUÇÃO

“Notícias falsas, *fake news*, derretem candidaturas legítimas. Uma campanha limpa se faz com a divulgação de virtudes de um candidato sobre o outro, e não com a difusão de atributos negativos pessoais que atingem irresponsavelmente uma candidatura”. Ministro Luiz Fux, em discurso de posse como Presidente do TSE em 06.02.2018.

“Se tiverem a solução para que se evitem ou se coíbam as *fake news*, por favor nos apresentem, nós ainda não descobrimos o milagre”. Declaração da atual presidente do TSE, Ministra Rosa Weber, em 21.10.2018 (Folha de São Paulo).

A cruzada quixotesca declarada pelo Ministro Luiz Fux, ao assumir a presidência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em fevereiro de 2018, de combate à proliferação de notícias falsas de conteúdo político-eleitoral no âmbito da internet e das redes sociais sinaliza o posicionamento da Corte Eleitoral no atual processo democrático de escolha dos candidatos públicos. Foram também organizados seminários no primeiro semestre de 2018, nos quais os ministros são categóricos em afirmar que a Justiça Eleitoral tem à sua disposição instrumentos legais para enfrentar e coibir a propagação das notícias falsas¹.

Essa cruzada se fez ainda mais contundente com a proximidade do segundo turno das eleições, em outubro de 2018, quando o TSE finalmente se deu conta da complexidade do fenômeno e passou a atuar como um *player* regulador na determinação do que é *fake news* ou não, tendo reflexos e desdobramentos limitadores em princípios constitucionais, os quais serão apresentados e discutidos ao longo da dissertação.

Ao empreender essa cruzada, questiona-se se o TSE se tornaria uma “comissão da verdade eleitoral”, como órgão legitimado para definir o que é verdade ou não em relação a determinada candidatura. Essa vigilância da Corte Eleitoral representaria uma intervenção excessiva do Estado no debate e no processo eleitoral? A disseminação de notícias falsas, no âmbito eleitoral, constituiria propriamente uma ameaça à democracia?

Uma observação inicial estruturante: na dissertação opta-se por utilizar o vernáculo em inglês *fake news* (no plural e gênero feminino), ao invés da expressão “notícias falsas” em português.

As questões suscitadas acima delimitam o recorte metodológico que será analisado na presente dissertação, qual seja o papel do TSE no combate das *fake news* no processo

¹ Foi organizado em junho de 2018 um seminário internacional no TSE denominado de “Fake News: Experiências e Desafios”, no qual o ministro Carlos Bastide Horbach afirmou que a justiça eleitoral brasileira está aparelhada com normas e outros meios legais para a repressão de notícias falsas, sem que constitua qualquer forma de censura e valorize o Estado democrático de direito.

eleitoral, e seu relacionamento com o princípio da liberdade de expressão, que constitui um dos alicerces do Estado democrático de direito. Cumpre lembrar que, no processo eleitoral, as liberdades de expressão, de manifestação de pensamento, de atividade artística e de comunicação constituem garantias tão caras à democracia quanto o próprio sufrágio, ao mesmo tempo em que a ideia de um procedimento eleitoral justo pressupõe a existência de um livre e aberto leilão de ideias e de troca de informações, as quais, por vezes, são *fake news* e estão em abundância na sociedade.

É válido também sublinhar que o processo eleitoral é mais do que um procedimento de tradução de votos e preferências em cargos eletivos, pois se constitui em um processo verdadeiramente participativo, em que cidadãos, candidatos, partidos e meios de comunicação se engajam no debate público. A importância da liberdade de expressão tem sua caixa de ressonância amplificada em períodos eleitorais. Como bem colocado por Aline Osório, “os cidadãos precisam de plena liberdade não só para acessarem tais informações, mas para manifestarem livremente as suas próprias ideias, críticas e pontos de vista na arena pública”².

Nessa linha, a dissertação tem por objetivo específico conceituar as *fake news* sob a ótica do processo político-eleitoral, cujo padrão de disseminação foi agudizado e alcançou níveis estratosféricos com os aplicativos de mensagens (vide *whatsapp*) e as redes sociais, inseridas em um ambiente de expansão massiva da internet no Brasil a partir dos anos 2000. Alguns autores, que serão discutidos no primeiro capítulo, acreditam que as *fake news* representam um rótulo novo a um fenômeno já existente, visto que o rumor, a futrica e a maledicência sempre estiveram presentes no imaginário político e histórico brasileiro.

De toda forma, a análise do papel do TSE no combate e contenção das *fake news* constitui um tema desafiador, em uma área ainda pouco explorada metodologicamente, que trabalha com um objeto de estudo sensível no qual tem reflexos diretos em outras áreas do conhecimento (a saber: ciência política, linguística e teoria da comunicação). Isto posto, o processo de formulação de questões e reflexões sobre o relacionamento das *fake news* com o debate democrático-eleitoral talvez seja igualmente importante se comparado às conclusões obtidas no trabalho.

É bom rememorar que, nos últimos meses de 2018, as *fake news* passaram a ser vistas por parte da opinião pública, bem como pelo TSE, como as grandes vilãs do processo político e um (possível) risco à democracia³. Isso se deve, em parte, pelo transbordamento das

² OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

³ Para o megainvestidor George Soros, “as empresas dizem que só distribuem informação. Mas o fato de que sejam distribuidoras quase monopolistas as transforma em serviço de utilidade pública, o que deveria sujeitá-las

questões e tensões políticas para o *locus* das redes sociais (e mais recentemente para os aplicativos de mensagens). Dados do IBGE apontam que, a partir de 2014, cerca de 55% dos 67 milhões de domicílios brasileiros passaram a ter acesso à internet, ao passo que 116 milhões de pessoas estão conectadas à internet, segundo dados de 2016⁴.

No âmbito eleitoral, tal fenômeno se manifesta em razão da atual possibilidade de veiculação de propaganda político-partidária em redes sociais, após a ampliação dos meios de propaganda política⁵, anteriormente circunscritas à televisiva e à rádio. Nos aplicativos de mensagem, a divulgação das notícias falsas se deu de forma mais silenciosa, e igualmente impactante. As novas mídias são marcadas pela interatividade, pela descentralização, pelo funcionamento em tempo real, pela transposição de fronteiras territoriais, pela arquitetura flexível e aberta, além dos baixos custos de acesso⁶.

Autores como John Keane e Ronaldo Lemos expuseram suas teses sobre a “modernidade digital”, já que nas palavras de Lemos “as novas configurações socioculturais foram impulsionadas pela convergência tecnológica, iniciada nos anos 70 e consolidada nos anos 90, entre a informática, as telecomunicações e os diversos setores produtivos”⁷. Para ilustrar esse ponto da “modernidade digital”, tem-se o seguinte:

Todas as instituições na atividade de escrutinar o poder baseiam-se profundamente nessas inovações da mídia (leia-se internet); se a nova galáxia da abundância comunicativa de repente implodisse, a democracia monitória não duraria muito tempo. A democracia monitória e a redes computadorizadas da mídia comportam-se como se fossem gêmeos siameses.⁸

a regulamentação mais severa, com o objetivo de preservar a competição, a inovação e o acesso livre e equitativo (...). As companhias de mídia social enganam seus usuários ao manipular sua atenção, direcionando-a a seus propósitos comerciais, e engendrar mecanismos para aumentar a dependência de seus serviços. Isso pode ser muito prejudicial, sobretudo para adolescentes”. Entrevista de George Soros no caderno *Ilustríssima*, da Folha de São Paulo. Reportagem publicada em 04 mar. 2018.

⁴ Conforme apurado pela Associação Brasileira de Telecomunicações, o número de acessos móveis à internet no Brasil nas tecnologias 3G e 4G ultrapassou a marca de 200 milhões no mês de junho de 2017. A internet é ainda uma das principais fontes de acesso a notícias, sobretudo para a população mais jovem, como aponta pesquisa do Instituto Reuters sobre Mídia Digital (Digital News Report, 2016. Disponível em: <http://www.digitalnewsreport.org>. Acesso em: 23 fev. 2019.

⁵ Resolução nº 23.551/17 – TSE.

Art. 23. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por:

a) candidatos, partidos políticos ou coligações; ou

b) qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos.

⁶ Lei n. 12.965-14, que instituiu o Marco Civil da Internet no Brasil.

⁷ LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

⁸ KEANE, John. *Vida e morte da democracia*. Lisboa: Edições 70, 2011. Deve-se explicar o termo cunhado pelo autor, chamado de democracia monitória (ou monitorada), entendida pelo escrutínio e controle público dos tomadores de decisões em um espaço democrático. Para Keane, a democracia monitória teria a capacidade de “trazer maior humildade ao modelo estabelecido de governo representativo partidário e à política”.

Nas redes sociais e na internet, o conteúdo e as informações são, instantaneamente, transmitidos entre os usuários, ao mesmo tempo em que não existe um intermediador responsável por filtrar as informações, checar os fatos e ter minimamente um julgamento editorial considerado “responsável”. Esse ponto é muito bem sintetizado por Marco Konopacki:

“2018 é o ano das identidades digitais. O modelo de identidade que tivemos até hoje, com instituições do Estado centralizando as informações pessoais dos cidadãos, tende a se enfraquecer enquanto a confiança nestas instituições diminui. Por outro lado, é impossível pensar democracias sem que se possa confiar na identidade dos agentes que influenciam, através da sua participação, o sistema político. Até o momento, o que se conseguiu com instrumentos de participação digital (e-participação, e-democracia) foi mimetizar pequenas ações do mundo físico para o mundo digital, sempre dependendo de instituições intermediadoras (elos entre o físico e o digital) para validar essas ações.”⁹

De algum modo, a vida em rede e internet alteram substancialmente as noções de hierarquia, privacidade, cidadania, consumo, bem como da própria democracia, o que encontra espaço de discussão e análise no próprio direito constitucional/eleitoral. Esses aspectos adquirem ainda mais densidade com a disseminação das *fake news*, abaixo descrito:

“o que as redes podem nos proporcionar hoje é a criação de uma nova concepção de democracia, ou de política, que passe da democracia opinativa, representativa, para uma forma mais complexa. (...) Agora, estamos perante a necessidade de um novo tipo de Iluminismo – talvez seja melhor não usar essa designação –, de um novo tipo de transformação que desloque a sensibilidade, o significado mesmo da ação política para além da dimensão exclusivamente humana de democracia representativa e para aquém da forma representativa através da qual são tomadas as decisões.”¹⁰

Em um contexto de renovação política e de alternância dos cargos públicos, até que ponto as *fake news*, disseminadas nas redes sociais e aplicativos de mensagem, poderiam macular a transparência do debate democrático? Além de ter uma premissa igualitária, pois atribui a cada cidadão um igual direito de participação do autogoverno na sociedade, a democracia deve respeitar a autonomia moral e as diferenças buscadas pelo indivíduo, até mesmo a possibilidade de o indivíduo acreditar naquilo que é falso e naquilo que lhe parece verdadeiro, mesmo sendo um completo absurdo (direito de acreditar no absurdo). Essas questões serão debatidas oportunamente no segundo capítulo da dissertação.

De toda forma, para fins de metodologia empregada no trabalho, elege-se o método dedutivo de abordagem, que parte de premissas universais válidas e verdadeiras para uma inferência particular, além dos métodos argumentativo e empírico, por se trabalhar com princípios norteadores da matéria e análise dos dados de verificação disponibilizados em

⁹ KONOPACKI, Marco. *Blockchain e identidades digitais: caminhos para uma nova democracia*. Disponível em: <http://feed.itsrio.org/blockchain-e-identidades-digitais-caminhos-para-uma-nova-democracia>. Acesso em 07 de mar. 2018.

¹⁰ LEMOS, Ronaldo; FELICE, Massimo di. *A Vida em Rede*. Campinas: Papyrus 7 Mares, 2014.

artigos científicos. Também foi aplicado o método de procedimento monográfico, por meio da análise textual, temática e interpretativa do conteúdo da legislação a ser elaborada em ordenamentos jurídicos estrangeiros, bem como das teorias correlacionadas ao assunto. No que concerne ao procedimento técnico, será utilizada a pesquisa teórica, mediante estudo de obras e decisões judiciais que tratam especificamente do assunto, com a compilação e revisão de material bibliográfico sobre o tema proposto.

Parte-se também da premissa de que os direitos de liberdade de expressão, manifestação de pensamento, de transparência e vedação ao anonimato são natureza fundamental, os quais constituem um patrimônio integrado à plêiade de direitos do indivíduo e materializados contra o Estado. Os direitos fundamentais possuem íntima relação com o surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja “essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”¹¹.

Com a consecução da pesquisa, são apresentados os seguintes objetivos específicos:

- (i) Identificar elementos para fins de conceituação das *fake news*;
- (ii) Demonstrar a correlação de *fake news* com o marco civil da internet, definido na Lei Federal nº 12.965/14, enquanto espaço de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil;
- (iii) Enriquecer a reflexão teórica acerca do relacionamento entre *fake news* e liberdade de expressão no âmbito do direito constitucional-eleitoral;
- (iv) Discutir se, ao combater as *fake news*, o TSE tornaria uma “comissão da verdade” para definir o que é verdade ou não em determinada candidatura e se tal fato implica em intervenção excessiva e paternalismo do Estado no processo eleitoral;
- (v) Analisar as decisões, orientações, termos de compromisso emitidos e/ou assinados pelo TSE sobre *fake news* e as propostas de regulamentação desse fenômeno no panorama legislativo brasileiro.

A fim de atender aos objetivos propostos, a dissertação está dividida nos seguintes capítulos – (1) Bases conceituais e teóricas: *fake news*; (2) *Fake News e eleições*; (3) Propostas regulatórias de *fake news*: do Parlamento brasileiro às decisões do TSE de avaliação das *fake news*.

¹¹ SANTOS, Vanessa Flain dos. *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, III, n. 8, fev 2002. Acesso em 08 mar. 2018.

O primeiro capítulo procura construir as bases teóricas das *fake news*, bem como trazer elementos mínimos conceituais que as caracterizam, além de endossar a dificuldade de se conceituar um tema bem poroso, que também constitui objeto de estudos de outras áreas do conhecimento. Para tanto, será também apresentado o que se entende por Marco Civil da Internet, com os direitos e os princípios que foram anunciados por ocasião da edição da Lei Federal nº 12.965/14, juntamente com o processo de responsabilização dos provedores (de conexão e aplicação) na publicação de textos ou informações falsas. Os tópicos são assim divididos metodologicamente: 1.1) *Fake news*: em busca de um conceito não conceituado; 2.2) *Fake news* e o Marco Civil da Internet e 2.3) O processo de responsabilização no Marco Civil da Internet e o relacionamento com as *fake news*.

No segundo capítulo serão discutidos os direitos constitucionais em colisão em caso de restrição das *fake news*, a exemplo dos fundamentos jurídicos do sistema constitucional de liberdades comunicativas e da posição preferencial da liberdade de expressão, que se espraia pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, serão analisados se mecanismos como a censura e a autocensura seriam potencialmente eficazes para estancar a “viralização” das *fake news* nas redes sociais e internet. Para fins de fundamentação, serão apresentadas algumas decisões paradigmáticas proferidas na Suprema Corte dos EUA sobre a posição preferencial da liberdade de expressão e o efeito silenciador ou de resfriamento (*chilling effect*).

Nesse capítulo, será igualmente apresentada a gênese da Justiça Eleitoral brasileira, e como esta foi fiadora e responsável pela organização do processo eleitoral. Por fim, o último item tem por finalidade discutir a intervenção excessiva e o paternalismo da TSE no debate eleitoral, com base em uma legislação assistemática, desorganizada e interventiva, que abre brechas para a regulação demasiada do processo eleitoral brasileiro. Os tópicos do capítulo 2 foram assim denominados: 2.1) Considerações gerais sobre a liberdade da expressão e processo eleitoral; 2.2) *Fake news*, censura/autocensura, *chilling effect* e posição preferencial da liberdade de expressão – em busca de uma proposta consensual; 2.3) Considerações gerais sobre a gênese, estruturação da Justiça Eleitoral e atribuições constitucionais do TSE; 2.4) O Código Eleitoral Brasileiro: do paternalismo excessivo à tutela da liberdade de expressão pelo TSE.

No que tange ao terceiro capítulo, foram estudadas algumas decisões proferidas pelo TSE sobre às *fake news*, apontando possíveis parâmetros de qualificação do conteúdo como inverídico ou não. Ato contínuo, tem-se também por finalidade apresentar os projetos de lei encaminhados no âmbito do Parlamento brasileiro, que visam à regulamentação das *fake news*. Como será evidenciado, existe uma tentativa de criminalização dos conteúdos

veiculados, bem como uma concepção punitivista da pessoa que supostamente dá azo à sua propagação. Os tópicos discutidos no terceiro capítulo são: 3.1) Medidas e decisões do TSE de combate às *fake news* e 3.2) Propostas de regulamentação de *fake news* no Parlamento brasileiro.

1 BASES CONCEITUAIS E TEÓRICAS: *FAKE NEWS*

1.1 *Fake news*: em busca do conceito não conceituado

Constitui uma tarefa complexa a conceituação jurídica de *fake news*, ainda mais por ser um conceito que possui pontos de interseção com outras áreas do conhecimento, notadamente com a sociologia e a teoria da comunicação. De toda forma, o recorte metodológico pretendido será a conceituação das *fake news* no âmbito processo eleitoral, sem antes trazer balizamentos e identificar características das denominadas *fake news*.

Consoante o verbete do Dicionário de Cambridge, *fake news* indicam histórias falsas que, ao manterem a aparência de notícias jornalísticas, são disseminadas, de maneira indiscriminada e em sua maioria, pelas redes sociais e pelos aplicativos de mensagem, a exemplo do *whatsapp*¹². Não se trata propriamente de uma piada, de uma obra de ficção ou de uma peça lúdica, mas sim de uma “mentira” revestida de artifícios que dão uma roupagem de veracidade dos fatos. Conforme artigo sobre o tema¹³:

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

Para compreensão do conceito das *fake news*, podemos igualmente nos socorrer aos estudos de Tamotsu Shibutani, trazendo elementos de diferenciação da perspectiva sociológica do rumor, que se confunde com as históricas inverídicas disseminadas. Para o pesquisador nipo-americano, na ausência de uma informação formal, verificável, as pessoas interpretam uma determinada situação de modo informal. O processo de interpretação dessas informações contribui para sua disseminação, ainda mais em um ambiente de internet e de aplicativos de mensagens, que não contém a princípio mediadores, potencializando a circulação da informação¹⁴.

É válido sublinhar que as *fake news* não constituem uma novidade na sociedade¹⁵ e que a história e política estão repletas de exemplos sobre isso. A realidade brasileira é pródiga

¹² *Cambridge Dictionary*, consultado em 27 mar. 2018.

¹³ CARVALHO, Gustavo Arthur Lobo de; KANFER, Gustavo Guilherme Bezerra. O tratamento jurídico das *fake news*. Artigo publicado no sítio eletrônico Jota. Acesso em 08 mar. 2018.

¹⁴ Para Shibutani: “ser relevante em um meio social e apresentar um conteúdo obscuro ou incerto são, portanto, condições fundamentais para que um rumor circule como tal. São características primordiais e catalisadoras para que um indivíduo receba e transmita o que acredita ser uma informação autêntica, fazendo com que o rumor se espalhe”.

¹⁵ O historiador americano Robert Darnton, autor da consagrada obra “O Grande Massacre de Gatos” e “Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura”, em entrevista para Folha de São Paulo

nesses casos, basta lembrar dos episódios das cartas supostamente falsificadas por Artur Bernardes, então presidente do estado de Minas Gerais e candidato à presidência da República, e da revelação do Plano Cohen, o que antecipou a perseguição política dos participantes da intentona comunista no primeiro governo de Getúlio Vargas¹⁶ e a instalação do chamado Estado Novo.

Mais recentemente, em março de 2018, surgiram várias mensagens e vídeos nas redes sociais em relação à vida pessoal da ex-vereadora Marielle Franco, assassinada no Rio de Janeiro, e da politização gerada em torno do tema¹⁷, bem como em relação às *fake news* circuladas na greve dos caminhoneiros contra o reajuste dos preços dos combustíveis em maio de 2018, igualmente potencializadas pelos aplicativos de mensagens.

Desse modo, existe uma dificuldade intrínseca, e até filosófica, de se descobrir o que é propriamente verdade ou mentira. De maneira sintética, a filosofia explica que o estabelecimento da verdade se dá através de um sistema de valores, o qual passa necessariamente pelo conjunto ético e moral de uma sociedade. Por sua vez, esse conjunto ético e moral de uma civilização, de uma família ou de um indivíduo se constitui na verdade que eles encontraram. Para Michel Foucault, a verdade precisa ser totalmente livre, desvinculada de formas de institucionalização, visto que a verdade poderia ser objeto de manipulação e gerar constrangimentos comportamentais¹⁸.

Hannah Arendt, em ensaio para clarificar os problemas apontados pela própria autora sobre seu livro ‘Eichmann em Jerusalém’, questiona a verdade e mentira na cena política e a replicação desses fenômenos na vida social, o que demonstra como a questão é verdadeiramente complexa e cheia de nuances, a seguir descrito:

“Nunca ninguém teve dúvidas que a verdade e a política estão em bastante más relações, e ninguém, tanto quanto saiba, contou alguma vez a boa fé no número das virtudes políticas. As mentiras foram sempre consideradas como instrumentos necessários e legítimos, não apenas na profissão de político ou demagogo, mas também na de homem de estado. Por que será assim? E o que é que isso significa no que se refere à natureza e à dignidade do domínio político, por um lado, e à natureza

comentou que “as notícias falsas sempre existiram. Procópio foi um historiador bizantino do século 6 famoso por escrever a história do império de Justiniano. Mas ele também escreveu um texto secreto, chamado “Anekdotia”, e ali ele espalhou ‘fake news’, arruinando completamente a reputação do imperador Justiniano e de outros. Era bem similar ao que aconteceu na campanha eleitoral americana”. Entrevista publicada no Jornal Folha de São Paulo em 19.02.2017.

¹⁶ Para melhor compreensão dos fenômenos políticos acima citados, vide as obras de Thomas Skidmore (Brasil: de Getúlio a Castelo) e Boris Fausto (História do Brasil).

¹⁷ Segundo reportagem do “Estado de São Paulo”, publicada em 19 mar. 2018, o PSOL vem coletando provas e informações para ingressar com medidas jurídicas contra pessoas que têm usado as redes sociais para compartilhar informações falsas e difamar a vereadora. Foi inclusive proposta uma ação judicial pelo partido, distribuída sob o nº 0066013-46.2018.8.19.0001, que tramita na 47ª Vara Cível da Comarca da Capital (Rio de Janeiro).

¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Verdade e subjectividade (Howison Lectures)*. Revista de Comunicação e linguagem. nº 19. Lisboa: Edições Cosmos, 1993.

e à dignidade da verdade e da boa-fé, por outro? Será da própria essência da verdade ser impotente e da própria essência do poder enganar? E que espécie de realidade possui a verdade se não tem poder no domínio público, o qual, mais do que qualquer outra esfera da vida humana, garante a realidade da existência aos homens que nascem e morrem - quer dizer, seres que sabem que surgiram do não-ser e que voltarão para aí depois de um breve momento? Finalmente, a verdade impotente não será tão desprezível como o poder despreocupado com a verdade?”¹⁹

Pode-se dizer que vivemos hodiernamente em uma sociedade moderna e digital, de espetacularização constante dos fatos sociais, no entendimento de Guy Debord, onde as notícias e informações são constantemente produzidas em formas de verdade e mentira. O pensador francês possui uma passagem interessante sobre esse ponto:

“a sociedade modernizada até o estágio do espetacular integrado se caracteriza pela combinação de cinco aspectos principais: a incessante renovação tecnológica, a fusão econômica-estatal, o segredo generalizado, a mentira sem contestação e o presente perpétuo.”²⁰

Nesse aspecto, a verdade é uma construção social complexa, que passa por instituições como o método científico, a falseabilidade de proposições em um debate racional, que não pode ser apreciado, exclusivamente, pelo Poder Judiciário como detentor e instituição legitimada para apreciar o que seja “verdade” ou “mentira”.

Sob o campo dos estudos linguísticos, Anna Bentes afirma que os contextos de *fake news* aparecem em três situações: (i) polarização de visões de mundo; (ii) guerra híbrida e (iii) possibilidade de disseminação rápida de assuntos considerados urgentes, sensacionais e/ou de grande interesse (especialmente político, econômico e cultural)²¹.

Para além dessas digressões históricas e questões filosóficas, que não constituem propriamente o objeto desse estudo, é certo que a disseminação de notícias falsas é “tão antiga quanto a própria língua”, embora a questão tenha alcançado importância como consequência do fato de que a internet, em especial no popular ambiente das redes sociais, proporcionou acesso fácil a receitas provenientes de publicidade, de um lado, e de outro, do incremento da polarização política-eleitoral, com possibilidades reais de que a prática venha a influenciar indevidamente as eleições e o processo democrático de um país.

¹⁹ ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*. Texto foi publicado pela primeira vez em The New Yorker, em fevereiro de 1967 e integrado ao livro “Between Past and Future”, em 1968.

²⁰ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. Para mais informações, vide esse excerto: “o fato de já não ter contestação conferiu à mentira uma nova qualidade. Ao mesmo tempo, a verdade deixou de existir quase em toda parte, ou, no melhor caso, ficou reduzida a uma hipótese que nunca poderá ser demonstrada. A mentira sem contestação consumou o desaparecimento da opinião pública, que, de início, ficaria incapaz de se fazer ouvir e, logo em seguida, de ao menos se formar. É evidente que isso traz importantes consequências para a política, as ciências aplicadas, a justiça e o conhecimento artístico”.

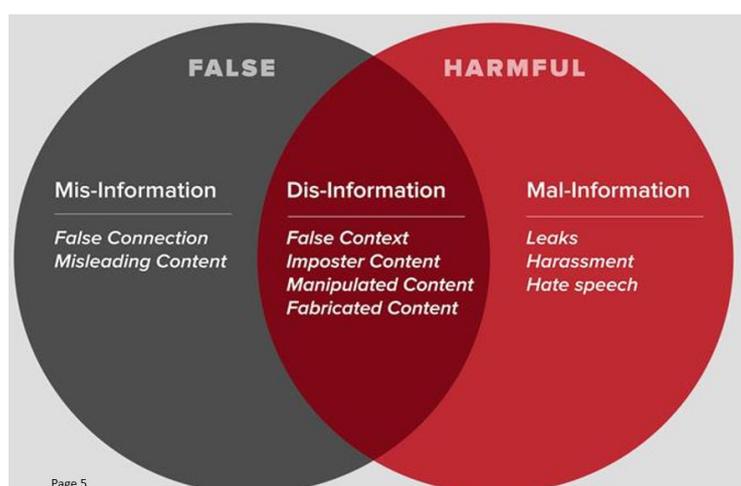
²¹ Entrevista com a professora Anna Bentes, denominada de “O texto além do texto”. Publicada na Revista do Instituto Humanitas Unisinos, nº 520, ano XVIII, de 23.04.2018.

Obviamente, as recentes mudanças sociais e comunicacionais produzidas pela tecnologia, especialmente pela internet, tem impactos significativos na produção da informação, seja ela notícia fraudulenta ou não. O pesquisador Timothy Garton Ash entende que a internet tem um potencial liberador muito grande, especialmente para a liberdade de expressão²².

Isso evidentemente oferece uma oportunidade liberadora e democrática para milhões de pessoas, até então excluídas do processo de divulgação de informações, que era controlado pela chamada mídia tradicional (imprensa, TV ou rádio). O professor Ronaldo Porto Macedo Junior traz uma reflexão importante sobre tal ponto, a seguir reproduzida:

“essa explosão de novos canais de interação social, especialmente através das mídias sociais, tem criado novas esferas de comunicação imunes a qualquer cultura ou *ethos* forte, similares à ética de imprensa ou a ética jornalística comumente encontrada na maior parte dos países democráticos. Os paradigmas jurídicos, morais e éticos relativos à comunicação pública e à mídia se desenvolveram e foram compartilhadas lentamente durante décadas em que a prática jurídica, a educação jornalística institucionalizada e debates públicos ocorreram. Tais práticas fixaram padrões de civilidade, compromisso com a verdade e responsabilidade que muitas maneiras ainda regulam o *ethos* profissional na mídia nos países democráticos. Não há uma cultura do compromisso da verdade similar já em funcionamento nas mídias sociais.”²³

Outros países e grupos de *experts* estudam e procuram conceituar as *fake news*. O Conselho Europeu, por meio de um grupo de estudos de alto nível (sigla GEAN), possui um estudo específico sobre a desordem da informação/desinformação, o que apresenta uma linha tênue entre a informação falsa e a informação caluniosa, como pode ser visualizado na imagem 01 abaixo²⁴:



²² ASH, Timothy Garton. *Free Speech – Ten Principles for a Connected World*. London: Atlantic Books, 2016.

²³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão. ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson e CAMPOS, Ricardo (coordenadores). *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

²⁴ Conselho Europeu. Divisão de Mídia e Internet. Desordem da informação, apresentado pela professora Silvia Grundmann em fevereiro de 2018.

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

Nessa linha, o debate atual sobre *fake news* acoberta um espectro amplo dos tipos de informações. Isso inclui formas de informação de baixo risco, a exemplo de ‘erros honestos’ feitos por repórteres, discursos políticos, manchetes jornalísticas para fins de atratividade dos leitores a questões de alto risco, que podem ter implicações na segurança pública de determinados países, problemas econômicos e outros desdobramentos.

Nos estudos elaborados pelo GEAN, há uma tentativa de definição interessante sobre *fake news*:

“Definimos como falsa, imprecisa ou desorientadora a informação apresentada e promovida intencionalmente para causar dano público ou com fins de lucro. O risco de dano inclui ameaças aos processos político-democráticos e valores, os quais especificamente atingem uma variedade de setores, tais como saúde, ciência, educação, financeiro e outros. É dirigido pela produção e promoção de desinformação para fins de ganhos econômicos ou objetivos político-ideológicos, porém podem ser exacerbados por como as diferentes pessoas ou comunidades recebem, se engajam e amplificam a desinformação.”²⁵

Verifica-se que *fake news* tem, ao menos, a característica de causar um dano de caráter público, bem como conteúdo econômico, de lucro. Nessa perspectiva, as *fake news* não têm uma conotação desinteressada, fortuita, de caráter gratuito.

No relatório publicado pelo GEAN, os problemas de desinformação são profundamente conectados ao desenvolvimento da mídia digital. Eles são conduzidos por atores – estatais ou não –, profissionais da mídia, individualmente ou em grupos, pelos usos manipuladores das plataformas e infraestruturas de comunicação para produzir, circular e ampliar a desinformação.

Em seminário sobre o tema (março de 2018), o professor Eugênio Bucci, da Escola de Comunicação da USP (ECA-USP), entende que notícias falsas devem ser denominadas, mais adequadamente, como “notícias fraudulentas”, quando há verdadeiramente uma intenção

²⁵ European Commission. A Multi-dimensional approach to disinformation: report of the independent High level Group on fake news and online disinformation. Publicado em 2018, Bruxelas – Bélgica. Tradução-livre. Original: “We define it as false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit. The risk of harm includes threats to democratic political processes and values, which can specifically target a variety of sectors, such as health, science, education, finance and more. It is driven by the production and promotion of disinformation for economic gains or for political or ideological goals, but can be exacerbated by how different audiences and communities receive, engage, and amplify disinformation”.

dolosa de lesar direitos econômicos e políticos²⁶. Haveria, em seu entendimento, um distanciamento identificável entre notícia falsa e notícia fraudulenta, já que ambos os carregariam cargas valorativas distintas. O jornalista mexicano Esteban Illades também identifica que as *fake news* visam ao lucro, bem como existe a criação de uma “narrativa preestabelecida” de enganar o leitor²⁷.

Por sua vez, em recentes reuniões realizadas no Fórum de Governança da Internet da ONU, foi aventado que as *fake news* poderiam ser enquadradas no limiar entre informação equivocada (*mis-information*) e descuido na falta de checagem dos fatos, carregando também o elemento doloso, de fraudar, de modo deliberado, determinada notícia com proveito político, econômico²⁸. Constata-se, portanto, que o conceito das *fake news* é plurívoco, não unânime, apesar da identificação de pontos de contato e de interseção conceitual pelas pesquisas empreendidas.

A perspectiva dos estudos de linguística ajuda a corroborar esse ponto. É possível observar que o que é falso nas *fake news* resulta de um deliberado trabalho de manipulação e/ou de falseabilidade de determinados elementos estruturadores dos textos com diferentes intencionalidades²⁹.

As *fake news* encontram nas redes sociais um *locus* propício para sua propagação, em escala nuclear e muitas vezes destrutiva. Como sabido, os laços nas redes sociais tendem a ser menos rígidos, pois são formados a partir de interesses, temas e valores compartilhados, porém sem a mesma força das instituições e com uma dinâmica de interação específica. Luís Mauro Sá Martino, estudioso das mídias sociais, aponta alguns aspectos que são facilmente identificáveis nos ambientes de redes sociais, a exemplo das estruturas flexíveis e dinâmicas entre seus participantes, além de seu caráter horizontal, desprovido de hierarquia rígida. Para o autor:

“nas redes sociais, os vínculos entre os indivíduos tendem a ser fluidos, rápidos, estabelecidos conforme a necessidade em um momento e desmanchado no instante seguinte. A noção de flexibilidade das redes sociais refere-se a essa característica dos laços existentes em uma rede – os vínculos criados podem ser transformados a

²⁶ Palestra do professor Eugênio Bucci, da ECA – USP, em seminário denominado “Fake News e Democracia”, organizado pela Escola de Direito da FGV – SP, em 12 mar. 2018.

²⁷ De acordo com o jornalista mexicano Esteban Illades, “la idea de que existe una narrativa preestabelecida, que la prensa miente, que sólo informa lo que desea, ha llevado a que estadounidenses, europeos e incluso mexicanos busquen noticias en otras fuentes, muchas de las cuales tienen como único objetivo generar basura para confundir al lector y lucrar con ello”. ILLADES, Esteban. *Fake News: la nueva realidad*. Ciudad de México: Grijalbo, 2018.

²⁸ IGF 2017 - Day 1 - Room XXIII - NRI Collaborative Session: Fake News, Disinformation, Misinformation: Challenges for Internet Governance. Reunião realizada em 17 de dezembro de 2017.

²⁹ BENTES, Anna Christina; MUSSALIM, Fernanda. *Introdução à Linguística: fundamentos epistemológicos*. São Paulo: Editora Cortez, 2011.

qualquer momento, de acordo com a sua dinâmica e com as características dos participantes.”³⁰

Esse ambiente poroso, permissivo e flexível das redes sociais possibilita que o compartilhamento das notícias e opiniões dos usuários ocorra de forma mais intensa, sem o cuidado e o compromisso do usuário em verificar se determinado fato constitui ou não uma *fake news*. De acordo com o estudo da teoria das redes de Mark Granovetter:

“em uma rede, a velocidade de propagação de uma informação tende a ser maior entre os laços fracos. Exatamente por não estarem diretamente envolvidos no processo, sua percepção de novidades é maior e, portanto, a chance de lidarem com uma informação nova e a colocarem em circulação é maior. Isso permite pensar, por exemplo, nos memes e/ou virais que se propagam na internet. A existência de laços fracos garante que essas mensagens continuem sendo reproduzidas”³¹.

É igualmente significativo dizer que o mecanismo de funcionamento das redes sociais, bem como a compreensão das razões que levam determinada notícia a ser mais disseminada que outras, fenômeno chamado popularmente de “viralização”, engloba o chamado conceito de “compreensão da mídia” (ou *media literacy*), o que inclui “capacidades técnicas, cognitivas, sociais, cívicas e criativas que permitem a um cidadão acessar e ter uma compreensão crítica sobre determinada mídia e interagir com a mesma”³².

Sobre esse tema, o professor Manuel Castells, pesquisador de teoria da comunicação e dos impactos da tecnologia no processo informacional, assim se manifesta sobre o mecanismo de funcionamento das redes sociais:

“Seguindo a lógica das redes da internet, os movimentos são virais, não só pela natureza viral da difusão da mensagem, mas também por conta do efeito imitador, que resultou em movimento brotando em toda parte. Temos observado a viralidade de um país para outro, de uma cidade para outra, de uma instituição para outra. Ver e ouvir protestos em todo lugar, mesmo em contextos distantes e culturas diferentes, inspira a mobilização porque desencadeia a esperança da possibilidade de mudança.”³³

Outra pesquisa interessante diz respeito à estratégia utilizada pelos fabricantes de *fake news* é o apelo à inovação. Em estudo conduzido por dois pesquisadores do MIT, as pessoas tendem a compartilhar as informações que constituam alguma novidade, se comparada com o compartilhamento de informações mais prováveis e verossímeis. Consoante a pesquisa:

“nós pesquisamos a difusão de todas as notícias verificadas, tanto verdadeiras quanto falsas, e que foram distribuídas no Twitter de 2006 a 2017. Os dados

³⁰ MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teorias das Mídias Digitais: linguagens, ambientes e redes*. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

³¹ GRANOVETTER, Mark. “The strenght of weak ties: a network theory revisited”. *Sociological Theory*, vol. 01, 1983.

³² Mapping of media literacy practices and actions in EU-28, European Audiovisual Observatory, Estrasburgo, 2016; documento original em PDF.

³³ CASTELLS, Manuel. *O Poder da Comunicação*. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

abrangem aproximadamente 126.000 séries de notícias espalhadas pelo Twitter, que foram twitadas por cerca de 3 milhões de pessoas em 4,5 milhões de vezes.

Classificamos as notícias como verdadeiras ou falsas usando informações de seis organizações independentes de *fact-checking* que exibiram concordância de 95% a 98% sobre as classificações.

A ‘falsidade’ difundiu-se significativamente mais longe, mais rápido, de modo mais profundo e amplo do que a ‘verdade’ em todas as categorias.

Os efeitos foram maiores diante das *fake news* políticas do que para notícias sobre terrorismo, desastres naturais, ciência, lendas urbanas ou informações financeiras. Contatou-se, por múltiplos fatores, que as notícias falsas tinham 70% mais chances de serem retweetadas do que as notícias verdadeiras.

Este é um fator novo e importante. *Fake news* foram percebidas como mais inovadoras do que notícias verdadeiras, o que sugere que as pessoas são mais propensas a compartilhar informações novas.”³⁴

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

“A meu ver, o fato de a mentira, a manipulação, a fraude, o falseamento constituírem ações de textualização/discursivização que são performatizadas por atores sociais altamente legitimados por vários setores da sociedade, tais como presidentes da república, políticos em geral, gestores públicos, empresários, líderes de movimentos sociais, acaba por legitimar os grupos que são responsáveis pela produção desse gênero, a “notícia falsa”. Participar da elaboração de *fake news* pode se constituir em tipo de distinção porque possibilita o acúmulo de pelo menos dois tipos de capital: o social, dado que esses grupos, em geral, vinculam-se a movimentos conservadores e muito poderosos do ponto de vista político e econômico e dado que se profissionalizam, constituindo assim o grupo seletivo de experts na produção de um determinado gênero textual que “guia” as massas de pessoas por caminhos improváveis, para dizer o mínimo; e o econômico, dado que a produção de *fake news* é uma atividade altamente rentável, na verdade, um modelo de negócios das plataformas digitais.”³⁵

Para além das *fake news*, existem também os chamados ciborgues de mídias sociais (*social media cyborgs*), termo utilizado para definir pessoas que criam inúmeras contas em redes sociais por meio de robôs ou perfis automatizados, implementam ligações com terceiros e passam a transmitir e disseminar opiniões sobre diversos temas, notadamente em questões políticas e eleitorais. De acordo com estudo conduzido pela FGV/DAPP sobre os perfis automatizados, sintetiza bem esse fenômeno, bem como a propagação das *fake news* em ambiente virtual, abaixo transcrito:

“Os perfis automatizados também promovem a desinformação com a propagação de notícias falsas e campanhas de poluição da rede. Robôs frequentemente usam as

³⁴ VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. *The spread of true and false news online*. Disponível em: www.mit.edu. Acesso em 22 de fev. 2019.

³⁵ Entrevista com a professora Anna Bentes, denominada de “O texto além do texto”. Publicada na Revista do Instituto Humanitas Unisinos, n° 520, ano XVIII, de 23.04.2018.

redes sociais para reproduzir notícias falsas com o objetivo de influenciar determinada opinião sobre uma pessoa ou tema, ou poluir o debate com informações reais, porém irrelevantes para a discussão em questão. Esta ação, que conta com o compartilhamento de links como principal mecanismo de propagação, tenta evitar ou diminuir o peso do debate sobre determinado assunto.”³⁶

Esse estudo procurou identificar as estratégias computacionais e os mecanismos de propagação das *fake news*, utilizando três métodos de pesquisa: a) a partir de informações disponíveis nas próprias redes sociais; b) sistemas baseados em contribuição colaboração e inteligência humana para identificar os perfis de robôs e c) através de aprendizado de máquinas (*machine-learning*), baseado na identificação de determinadas características que permitem a automatização da diferenciação entre robôs e pessoas. Para além desse fenômeno computacional, o professor Ronaldo Lemos aponta que existe outro complicador recente: a chamada “*deepfake*” (falsificação profunda), surgida a partir de inteligência artificial e computação gráfica que cria vídeos e imagens de pessoas reais³⁷.

Em reportagem publicada pela BBC Brasil em 09 de março de 2018, veiculou-se matéria jornalística intitulada de como “blog defendia Dilma com rede de fakes em 2010”. Foram descobertas agências especializadas que têm por objetivo o oferecimento de serviços digitais, chamados de “*invisible talkers*” (comunicadores invisíveis), que são constituídos de “grupos de agentes treinados que inserem mensagens em pontos estratégicos da cidade, por meio de diálogos entre eles mesmos ou com a população”³⁸. Houve também a publicação de reportagem pelo mesmo canal de comunicação acerca do “exército de perfis falsos” para influenciar eleições no Brasil.

Fato é que as *fake news*, sejam disseminadas por computadores e usuários, constituem um novo *business*, que usa tecnologia de ponta e serviço de uma estratégia global de desinformação. O conteúdo, que pode ser disseminado por diferentes plataformas, constitui

³⁶ Estudo denominado de “Robôs, Redes Sociais e Política no Brasil”, publicado pela FGV/DAPP, coordenado pelo professor Marco Aurélio Ruediger.

³⁷ O professor Ronaldo Lemos publicou, em 23 de abril de 2018, artigo na Folha de São Paulo, denominado de “Batalha pela realidade está começando: quem acha que o tempo das *fake news* está passando precisa pensar melhor”, na qual relata o surgimento da *deepfake*, no qual foi divulgado um vídeo falso pelo diretor de cinema Jordan Peele em que Barack Obama aparece xingando Donald Trump com um termo chulo. A questão é que o vídeo foi produzido por computação gráfica e com a voz dublada do diretor, colocando em xeque a confiabilidade das imagens replicadas nas redes sociais e internet.

³⁸ Reportagem publicada pela BBC Brasil, em data de 09.03.2018. Adicionalmente, em reportagem publicada pela revista Época em 19.04.2018 (edição nº 1034) denominada de “O exército de pinóquios: como operam dez dos maiores sites de notícias falsas do país”, foram identificados, em pesquisa jornalística, os portais e sites responsáveis pela divulgação das *fake news*, sem nenhum critério de checagem de informação, e como tal disseminação pode ser prejudicial às instituições democráticas brasileiras.

em um negócio rentável, de grandes proporções financeiras, e certamente gera o desconforto dos chamados veículos tradicionais da mídia ³⁹.

Para finalizar esse tópico, é emblemático citar algumas iniciativas e mecanismos de verificação e checagem das *fake news*. No Brasil, navegadores como *Google*, *Yahoo* firmaram parcerias com os veículos “Agência Lupa”, “Aos Fatos” e “Agência Pública”, que ficam encarregadas de verificar a procedência de artigos que aparecem na seção expandida dentro do site *news.google.com.br*.

Nas redes sociais, o sítio eletrônico Buzzfeed informou que o Google e o Facebook contrataram profissionais e jornalistas para revisar conteúdo e reforçar seus termos de serviço, com o objetivo de manter suas plataformas pretensamente livres de conteúdos falsos e ilegais⁴⁰. Ao mesmo tempo, observa-se um movimento de autorregulação de empresas para tentativa de checagem das *fake news*, a exemplo do programa “É isso mesmo?”, produzido pelo jornal O Globo ⁴¹.

Determinados grupos também criaram *sites* com o propósito de diminuir a profusão de *fake news*, a exemplo da publicação do site organizado pelos servidores vinculados ao mandato da ex-vereadora Marielle Franco na Câmara Municipal do Rio de Janeiro, com a identificação dos projetos de lei defendidos pela parlamentar e a tentativa de mostrar “as verdades” sobre a vida pessoal da ex-vereadora, que foi e vem sendo caluniada pela divulgação de *fake news*⁴².

É bom lembrar que até Organizações Não Governamentais (ONG) estão imbuídas no propósito de checar as *fake news*, a exemplo da iniciativa da ONG Repórteres sem Fronteiras, na qual foi debatida a criação do chamado “Journalism Trust Initiative” (JTI), um sistema que se baseia na autorregulação dos meios de comunicação. De acordo com o comunicado distribuído, o objetivo de estabelecer normas de referência e criar um padrão de confiabilidade, permitindo distinguir os veículos que trabalham de maneira confiável. Na prática, as redes sociais e os mecanismos de busca poderiam priorizar, em seus algoritmos, os veículos tidos como “certificados” pelo JTI em detrimento de outras fontes⁴³.

³⁹ Em reportagem publicada pela revista *Época* em 23.04.2018, foi feito um estudo pela Associação Brasileira de Comunicação Empresarial (ABERJE), na qual 91% das empresas entrevistadas, em um universo de 52 companhias, encaram com receio de danos à reputação da marca na situação da disseminação de *fake news*, o que poderia afetar sensivelmente sua credibilidade.

⁴⁰ Fonte: <www.buzzfeed.com>, consultado em 04.04.2018.

⁴¹ Instrumento de checagem de fatos criado pelo jornal O Globo, denominado de “É isso mesmo?”, consultado em 04.04.2018.

⁴² Vide o sítio eletrônico criado para rebater as *fake news* difundidas nas redes sociais e internet contra a vereadora Marielle Franco <www.mariellefranco.com.br>.

⁴³ Fonte: Repórteres sem Fronteiras. Disponível em: <rsf.org/pt>. Acesso em 02 mai. 2018.

Portanto, no presente tópico foram suscitadas algumas características que permitem identificar determinada notícia como *fake news* ou não, o que demonstra a complexidade de se trazer um conceito robusto, de caráter técnico-científico e universal, que consiga abarcar todas as situações possíveis, ainda mais em um ambiente marcado pelas redes sociais e internet, as quais possuem traços distintivos próprios.

A dificuldade de se delimitar uma zona conceitual para as *fake news* tem reflexos diretos para propostas de regulamentação legislativa, que serão estudadas no terceiro capítulo, porém podemos apontar as seguintes características das *fake news*, aqui classificadas: atemporalidade, historicidade, globalidade, conteúdos calunioso e econômico, ausência de correspondência com os fatos, falseabilidade e manipulação constante da informação, dentre outros.

Para se avançar no estudo das *fake news* e o seu relacionamento com regime democrático, é fundamental compreender as características gerais do marco civil da internet, que representou a consagração, por meio legal, de princípios e regras para o uso da internet, e por consequência, das redes sociais no Brasil.

1.2 Fake news e o Marco Civil da Internet

O Marco Civil da Internet (MCI) foi instituído por meio da Lei Federal nº 12.965/14, também batizado por alguns acadêmicos e políticos de “Constituição da Internet”⁴⁴, pois estabelece uma série de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Além de ser uma declaração de princípios para usuários e garantir a privacidade, os direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais, o MCI procurou regulamentar diversos aspectos relacionados à exploração comercial e governamental da rede.

Como ressaltado pelos professores Ronaldo Lemos e Carlos Affonso Souza, o MCI foi fruto de uma participação ampla de diversos atores no processo de construção legislativa, na medida em que disponibilizou plataformas abertas e consultas públicas para que os interessados pudessem compartilhar as suas opiniões e interesses na elaboração do projeto de lei. Procurou-se criar normas para regulamentar um espaço virtual, com o objetivo de preservar os direitos fundamentais e garantir o desenvolvimento tecnológico para fins de desenvolvimento da personalidade do indivíduo, bem como da sociedade. Nessa linha:

“Foi com essa motivação que o Marco Civil foi concebido: como uma lei que pudesse preservar as bases para a promoção das liberdades e dos direitos na Internet

⁴⁴ Expressão do ministro da Justiça à época da sanção do Marco Civil da Internet em 2014, Luiz Paulo Barreto.

no Brasil. Distanciando-se assim de uma regulação repressiva da rede, o Brasil ofereceu um dos mais simbólicos exemplos que anima os debates globais sobre uma regulação da rede que tenha os direitos humanos como o seu fio condutor e que mantém o caráter principiológico para evitar uma caducidade precoce de seus dispositivos.”⁴⁵

O tema de regulamentação da internet é certamente controverso. De acordo com pesquisa realizada na tramitação legislativa no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados⁴⁶, em oposição aos debates concentrados na criminalização do uso indevido da internet (vide o PL nº 84/99 – autoria do deputado Luiz Piauhyllino), foi proposto o PL nº 2.126/2011, de autoria do Chefe do Poder Executivo à época. Com o aumento dos debates e da participação de interessados na constituição do projeto de lei, houve progressivamente a alteração de uma linguagem repressiva de regulação da rede para uma abordagem de direitos civis⁴⁷.

Em síntese, a lei possui pilares importantes, que alteraram significativamente as relações entre usuários e as empresas do setor e interessados. O primeiro ponto foi consolidar, expressamente, a garantia de liberdade de expressão, o direito de informação, de proteção da privacidade, de intimidade dos usuários e inviolabilidade das comunicações, repetindo o comando constitucional dos direitos fundamentais já previstos no art. 5º da Constituição Federal.

Em relação à liberdade de expressão no MCI, há artigo das professoras Samantha Meyer Pflug e Flávia Leite que analisam, propriamente, a liberdade de expressão e o direito à privacidade no âmbito do MCI, como necessidade de consolidação de um espaço público racional, de debates e posicionamentos distintos, os quais contribuem para a formação de uma opinião pública “independente, consciente e pluralista”⁴⁸.

Ademais, a Lei Federal nº 12.965/14 também reafirma que os direitos constitucionais, como o de inviolabilidade das comunicações e de direito à informação, são válidos também para o mundo virtual. Em síntese, comentários ou críticas não podem ser censurados previamente, ainda que em desacordo com políticas internas dos provedores de internet, e estas devem ser explícitas. Além disso, o acesso a páginas de internet não pode ser bloqueado sem ordem judicial e a intimidade e a privacidade possuem maior proteção, pois a coleta de dados será regulamentada. O Decreto Federal nº 8.711/2016 regulamentou especificamente

⁴⁵ SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016.

⁴⁶ Vide a tramitação legislativa no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: www2.camara.leg.br.

⁴⁷ LEMOS, Ronaldo. “Uma breve história da criação do Marco Civil” in DE LUCCA, Newton et al (eds), *Direito & Internet III: marco civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*, tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015; p. 83.

⁴⁸ MEYER PFLUG, Samantha R.; LEITE, Flávia P. A. A liberdade de expressão e o direito à privacidade no marco civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). *Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

esses pontos, sendo que importante asseverar que a lei possui caráter mais principiológico, de declaração de direitos, sem tecer minúcias que ficam a cargo do decreto.

Em relação à coleta de dados pessoais, de acordo com a dicção do texto legal, somente podem ser coletados dados com consentimento prévio do usuário e somente aqueles que não sejam excessivos com relação à finalidade da coleta. O usuário terá que dar consentimento expresso para a coleta de seus hábitos de navegação. Coletas abusivas (por exemplo, compras efetuadas coletadas por sítios de notícias) são proibidas, o que vai ao encontro do direito de proteção do usuário, a exemplo dos recentes escândalos relacionados entre o Facebook e a empresa inglesa Cambridge Analytica⁴⁹, na qual se suspeitou da utilização de dados de usuários em redes sociais para fins de pesquisas eleitorais e sondagens. Tal fato reafirma o direito de privacidade previsto no MCI, bem sintetizado por Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos:

“não existe pleno exercício do direito de acesso à internet sem a garantia do direito à privacidade. Essa determinação, constante do artigo oitavo do Marco Civil da Internet, serve de guia para que se compreenda a importância da tutela da privacidade para o desenvolvimento da personalidade, para o exercício da cidadania e a sua fruição completa das possibilidades criadas pela comunicação na rede.”⁵⁰

O terceiro ponto da lei diz respeito aos registros de conexão e navegação do usuário. De acordo com a lei, os provedores de conexão devem guardar os registros de conexão por um ano, e os provedores de aplicação da internet devem guardar os registros de navegação por seis meses.

Em relação ao quarto ponto (neutralidade da internet), cumpre sublinhar que não havia nenhuma regra que explicitamente garantisse o princípio da neutralidade ou que proibisse o tratamento diferenciado a pacotes na rede. Com a lei, o tráfego da internet poderá ser gerenciado desde que o usuário seja informado das políticas e das condições do contrato. Para conceituar neutralidade, cita-se o entendimento de Tarcisio Teixeira:

⁴⁹ Em matéria publicada pelo jornal Business Insider, observou-se uma intensa troca de e-mails entre representantes do Facebook e da Cambridge Analytica, empresa de marketing político ligada a Donald Trump, que supostamente utilizou ilegalmente dados de usuários da rede social na campanha presidencial. De acordo com a reportagem, a empresa Cambridge Analítica, responsável pela mineração de dados com comunicação estratégica para o processo eleitoral, obteve, de maneira ilegal, dados de mais de 50 milhões de usuários da rede social, sem autorização e conhecimento. Esses dados foram utilizados para mapear o perfil psicológico dos usuários, suscitando suas tendências de comportamento, opiniões políticas, além de perfis de consumo. Diante dos dados captados, a empresa poderia utilizar para criação de modelos eleitorais, direcionando as preferências eleitorais dos cidadãos. O escândalo ocorrido em meados de 2015 e 2016 teve sérias implicações no questionamento da legitimidade e transparência do processo eleitoral, e está sob investigação dos órgãos policiais e de controle nos Estados Unidos e no Reino Unido. Disponível em: www.businessinsider.com. Acesso em: 21 fev. 2019.

⁵⁰ SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina (orgs). *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

“neutralidade no uso da internet consiste no fato de que o acesso à internet pode dar-se de forma livre para quaisquer fins: realizar pesquisas ou compras, estabelecer comunicações como por e-mail, redes sociais etc. Assim o tratamento deve ser neutro e igualitário, não podendo haver diferenciação em razão do uso realizado pelo internauta, sendo possível apenas serem oferecidos pacotes com valores diversos para fins de velocidade de navegação.”⁵¹

Cumprir dizer que a Lei Federal nº 12.965/2014 não trata de todo o conjunto de temas que usualmente são dispostos em uma lei com essa pretensão, a exemplo de transferência internacional de dados, dados anonimizados e outros que não são cobertos pelo MCI. Significativo destacar que a autoridade administrativa somente pode ter acesso aos dados cadastrais registrados na internet, sendo que o acesso a dados pessoais não cadastrais, comunicações, registros de acesso ou registros de conexão devem ser feitos mediante a via judicial.

Igualmente importante destacar que o MCI também possui dispositivos direcionados ao “direito ao esquecimento” na internet, com fundamento no art. 7, inciso I e X da lei. Com a profusão de informações e a memória artificial criada pelos buscadores de internet (leia-se *Google*), existe a possibilidade de que determinado fato permaneça replicado por tempo ilimitado, o que poderia violar, em tese, o direito da personalidade que garante ao indivíduo a prerrogativa de que o fato não seja lembrado contra a sua vontade em relação ao direito à informação pública. O STJ já se pronunciou sobre o tema, entendendo que o direito ao esquecimento deve ser reconhecido em algumas hipóteses específicas, como forma de proteger os direitos à privacidade e intimidade, cujos parâmetros foram assentados no RE n. 1.593.873 – SP.

Esses foram os principais pontos identificados no MCI enquanto diploma normativo, sendo que outra inovação significativa diz respeito ao processo de responsabilização no MCI e o relacionamento com as *fake news*, que será exposto no tópico subsequente.

1.3 O processo de responsabilização no Marco Civil da Internet e o relacionamento com as *fake news*

O relacionamento do MCI com as *fake news* ocorre, mais precisamente, com o processo de responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, de acordo com a leitura dos artigos 18 a 21 da Lei Federal nº 12.965/14.

Antes de apresentar o processo de responsabilização no MCI, é importante fazer algumas distinções de ordem técnica para situar o intérprete do direito. O MCI cuida de dois

⁵¹ TEIXEIRA, Tarcisio. *Marco Civil da Internet comentado*. São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

tipos de provedores (classificados como gêneros na lei), quais sejam: (i) provedores de conexão e (ii) provedores de aplicação.

Em resumo, os provedores de conexão desdobram-se em duas espécies, situadas como provedores *backbone* (espinha dorsal)⁵² e provedores de acesso, que atuam justamente como intermediários entre a estrutura dos provedores *backbone* e os usuários finais. Esses provedores oferecem serviços de acesso à estrutura de rede da internet. A título de ilustração, as empresas NET, Oi e outras constituem alguns dos principais provedores de acesso à internet no Brasil.

Por sua vez, os provedores de aplicação, também denominados de provedores de serviços *on-line*⁵³, correspondem, na realidade, a uma classificação que engloba qualquer provedor que não ofereça serviços de acesso à estrutura de rede, e sim utilize desse acesso para a prestação de quaisquer outros serviços *on-line*. Como exemplo, pode-se citar os provedores de correio eletrônico (e-mail), de hospedagem, de conteúdo e informação.

Diante dessas considerações iniciais, os artigos 18 e 19 do MCI têm consequências distintas⁵⁴. O art. 18 da lei determina que os provedores de conexão não podem ser responsabilizados, em hipótese alguma, por danos causados por conteúdos veiculados na rede por usuários. Consoante leitura de exposição de motivos da lei, duas são as justificativas

⁵² Em 1995, o Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia emitiram uma nota Conjunta com o objetivo de informar à sociedade brasileira algumas particularidades a respeito da Internet, que à época estava sendo inserida na vida dos cidadãos. Nesta nota, o termo “*backbone*” foi traduzido para “espinhas dorsais” para definir a estrutura da Internet no Brasil: “2.2. A Internet é organizada na forma de espinhas dorsais (*backbones*), que são estruturas de rede capazes de manipular grandes volumes de informações, constituídas basicamente por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade. 2.3. Interligadas às espinhas dorsais de âmbito nacional, haverá espinhas dorsais de abrangência regional, estadual ou metropolitana, que possibilitarão a interiorização da Internet no País.”. Disponível em: <http://cgi.br/legislacao/notas/nota-conjunta-mct-mc-maio-1995>. Acesso em: 02 abr. 2018.

⁵³ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

⁵⁴ Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

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.

§ 1º. A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º. A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º. As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º. O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

utilizadas para reconhecer a ausência da responsabilidade dos provedores de conexão por conteúdo de terceiros. A primeira consiste na impossibilidade técnica em evitar comportamento lesivos de usuários, sendo que essa conduta resultaria no aumento indesejado de práticas de monitoramento. A segunda, verifica-se em tese a ausência de nexo causal entre o dano gerado e o ato de disponibilizar o acesso do usuário à rede.

De fato, esta norma não causa maiores dúvidas, visto que os provedores de conexão apenas fornecem a estrutura para o acesso da rede aos usuários. A título de exemplo, Ronaldo Lemos aponta o seguinte:

“No ordenamento norte-americano, salvo por exceções específicas, os intermediários da internet (sejam eles provedores de acesso ou de conteúdo) não são responsáveis pelo conteúdo por eles trafegado. Os casos de reparação de danos devem ser propostos contra o agente que proferiu a ofensa e não contra o intermediário.”⁵⁵

Resta lembrar que tal dispositivo legal não impede, todavia, que os mencionados provedores sejam responsáveis por danos que vierem a causar por atos próprios, a exemplo de descumprimento contratual e de fornecimento de serviços, considerados sob a ótica consumerista do CDC, que extrapolam o âmbito de aplicação do MCI.

Já o art. 19 da lei trata, especificamente, da responsabilidade civil dos provedores por conteúdo publicado por terceiro. Logo de início, o legislador deixa claro que a responsabilidade dos provedores de aplicação não é automática, e sim condicionada ao descumprimento de notificação judicial para remoção do conteúdo tido como danoso. O legislador também pontua que a remoção ou bloqueio dos conteúdos se dará conforme o âmbito de atuação do provedor e nos limites técnicos do serviço prestado.

A princípio, o provedor de aplicação não responderá pelos danos causados por terceiros. Caso sobrevenha decisão judicial que determine a remoção do conteúdo, porque um juízo prévio o considerou danoso, e o provedor se abstenha de cumpri-la, nasce o direito de indenizar. O MCI contempla apenas duas exceções para a regra. A primeira diz respeito a conteúdos que infrinjam direitos autorais (§2º do art. 19) e a outra concerne à divulgação de publicações que contenham violações de intimidade, sem autorização dos envolvidos, nos termos do art. 21 da Lei Federal nº 12.965/14. Consoante entendimento exposto sobre o assunto:

“o Marco Civil da Internet estabelece que a responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet será subjetiva e derivará do não cumprimento da ordem judicial que determinou a remoção de certo conteúdo. Ao colocar o Poder Judiciário como instância legítima para definir o que é ou não um conteúdo ilícito, bem como o

⁵⁵ LEMOS, Ronaldo. A Sociedade Contra-Ataca: o marco civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. Revista Observatório Itaú Cultural, nº 16. São Paulo: jan./jun. 2014.

que deve necessariamente ser removido da rede, a lei determinou, portanto, que a responsabilidade do referido provedor não irá nascer do descumprimento de uma notificação privada, como regra. A missão da Lei foi a de encontrar um equilíbrio entre a criação de um espaço onde fosse possível cultivar as liberdades de expressão e de informação e, ao mesmo tempo, garantir à vítima da disponibilização de conteúdo lesivo os meios para identificar seu ofensor e remover o material impugnado.”⁵⁶

Em relação às *fake news*, não há dispositivo legal que trate especificamente sobre o assunto, sendo que a lei emprega a expressão genérica de “conteúdo apontado como infringente”, mediante análise de juízo competente. A lei não avança nesse particular, com o propósito claro de garantir o princípio constitucional da liberdade de expressão. Nesse caso, os processualistas Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que, “ainda que no Brasil houvesse lei regulando a matéria, tem-se séria dúvida sobre a efetividade da lei para coibir a notícia falsa ou, se já ocorreu, para reparar o dano por ela causado”⁵⁷.

Diferentemente do caso brasileiro, é válido trazer o exemplo da Alemanha, que possui legislação específica para regular e coibir a difusão de notícias falsas, como é o caso da chamada “Lei para Melhora da Aplicação das Leis nas Redes Sociais”⁵⁸. Essa lei considera, tanto no âmbito administrativo como criminal, o conteúdo ilícito divulgado pelos provedores de serviços de comunicação, como aquele que se enquadra nos tipos penais previstos no Código Penal Alemão, a exemplo de crimes de perigo contra o Estado democrático de direito, crime de incitação e de perturbação do sossego público e outros.

Lado outro, parte da doutrina defende que a responsabilidade dos provedores de aplicação por danos causados por terceiros deveria ser objetiva. Anderson Schreiber, professor da UERJ, entende que a exploração dos provedores de aplicação consiste em atividade de risco, haja vista o “elevado potencial de danos inerentes à criação de um espaço onde o conteúdo inserido assume dimensão pública, sem qualquer espécie de filtragem prévia”⁵⁹.

⁵⁶ SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina (orgs). *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Confiança na mídia: responsabilidade civil por danos causados por Fake News. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson e CAMPOS, Ricardo (coordenadores). *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁵⁸ Em alemão, a lei é denominada de Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG), sendo que os crimes tipificados no Código Penal Alemão e correlacionados a esta lei encontram-se previstos dos parágrafos 86 a 184b do Código Penal.

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

O citado autor considera que, se a responsabilidade dos intermediários fosse objetiva e dependente apenas da notificação pessoal do usuário, o provedor de aplicação atuaria ativamente na avaliação dos conteúdos postados e prontamente decidiria se seria ou não o caso de adotar medidas para a remoção do conteúdo, contribuindo, assim, para tornar o ambiente virtual mais sadio e respeitador dos direitos fundamentais do indivíduo. Esse tipo de posicionamento se torna ainda mais complicado com a difusão das *fake news* na internet e redes sociais, em razão da dificuldade de regulamentação e da possível invasão de direitos consagrados constitucionalmente, a exemplo da liberdade de expressão e de informação. Nesse ínterim:

“Em primeiro lugar deve-se questionar se deve mesmo o provedor retirar prontamente o conteúdo do ar, evitando assim a continuidade do dano. Será que cabe ao provedor apreciar se o conteúdo contestado causa ou não o dano a que se refere a vítima? O perigo dessa alternativa reside no empoderamento dos provedores para decidir o que deve e o que não deve ser exibido mediante critérios que não são apenas aqueles constates em seus termos de uso.”⁶⁰

Por sua vez, Silmara Chinellato defende a mesma posição de responsabilização objetiva dos provedores de aplicação da internet em razão do conteúdo publicado por terceiros, contudo com argumentos diferentes. A condição de determinação para a obrigatoriedade da remoção do conteúdo implicaria em ônus excessivo à vítima, e iria de encontro às formas de autocomposição e cooperação previstas no Novo Código de Processo Civil (NCPC), a seguir descrita:

“o artigo 19 representa um retrocesso perante a tendência de se priorizar formas de composições extrajudiciais de conflitos, como a mediação e a conciliação. No seu entendimento, ocorre desnecessária judicialização de questões que poderiam ser resolvidas mediante simples notificação extrajudicial. A autora sugere, ainda, que o acesso ao Poder Judiciário deveria ser determinado àqueles que sentirem que o direito à liberdade de expressão foi tolhido por remoção de conteúdo, e não àqueles que se sentem ofendidos ou prejudicados.”⁶¹

Afora essas discussões doutrinárias sobre a possibilidade de responsabilidade objetiva dos provedores de aplicação, existe um esforço de que os provedores de internet e sítios eletrônicos fortaleçam os mecanismos de autorregulação e controle dos dados e informações publicados pelos usuários, apesar de tais aspectos serem sensíveis e poderem esbarrar com os limites da liberdade de expressão. Sobre essa questão, o professor Ian Brown, da Universidade de Oxford, possui o seguinte posicionamento:

⁶⁰ SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016.

⁶¹ CHINELLATO, Silmara J. de A. Marco Civil da Internet e direito autoral: Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

“Os governos têm incentivado ISPs [provedores de internet] a realizar tais ações de autorregulação sob uma rubrica ‘leve toque’, com decisões sancionatórias para usuários e sites, preferencialmente administrativas e não judiciais. Alguns ISPs têm introduzido cláusulas contratuais que lhes permitem desconectar os usuários, quando um certo número de denúncias de violação de direitos autorais tenham sido feito. A União Europeia tem incentivado o desenvolvimento de aplicativos e linhas diretas que permitam ao público denunciar imagens de abuso infantil, seguindo o exemplo da *Internet Watch Foundation* do Reino Unido – alguns ISPs bloqueiam automaticamente o acesso a sites denunciados. O governo holandês aprovou um código de condutas que encoraja ISPs a remover conteúdos ‘indesejáveis’ e ‘prejudiciais.’”⁶²

De toda maneira, tramita na Câmara dos Deputados o PL nº 9.647/2018 – de autoria do deputado Heuler Cruvinel (PSD/GO), que dispõe sobre a alteração da Lei Federal nº 12.965/14. Em resumo, o projeto de lei altera a redação dos artigos 18, 19, 20 e 21 da Lei citada, imputando a responsabilidade civil objetiva e criminal ao provedor de internet, como se vê abaixo:

“Art. 18 O provedor de conteúdo e de conexão à internet será responsabilizado civil e criminalmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, com inclusive os fakes (perfis falsos) e fakes News (notícias falsas)”.

“Art. 19. As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

Parágrafo único. O juiz, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Observe-se que o projeto de lei apresenta graves inconsistências, a exemplo da péssima técnica legislativa que imputa responsabilidade automática ao provedor da internet que possui o conteúdo de *fake news* publicado, além de tratar da mesma forma e colocar na mesma categoria a responsabilidade civil e criminal, sem consequências específicas para os fatos praticados.

Diante dessas considerações, reputa-se adequada a escolha do legislador ao fixar a regra legal de que os provedores de aplicação não respondam objetivamente por danos decorrentes de conteúdos veiculados na rede por seus usuários. A análise judicial, mediante provocação do Poder Judiciário, como condição para determinar se o conteúdo é ou não ilícito garante o pleno exercício da liberdade de expressão e do direito de informação. Amplia-se, portanto, o exercício da democracia e da cidadania, que é um dos pilares da internet consubstanciados no MCI.

⁶² BROWN, Ian. Autorregulação da internet e os direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Liberdade de expressão no século XXI*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016.

De toda forma, a jurisprudência brasileira vem caminhando no sentido de repelir a remoção automática do conteúdo, com a necessidade de verificação do conteúdo veiculado pelo provedor de aplicação a ser realizado pelo Poder Judiciário, como se observa na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a seguir descrita⁶³:

RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVEDOR DE SERVIÇOS DE INTERNET. REDE SOCIAL "ORKUT". RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CONTROLE EDITORIAL. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO E NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. ART. 19, § 1º, DA LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). INDICAÇÃO DA URL. MONITORAMENTO DA REDE. CENSURA PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE. RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. NÃO CABIMENTO. 1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais, decorrentes de disponibilização, em rede social, de material considerado ofensivo à honra do autor. 2. A responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação judicial para a retirada do material, mantiver-se inerte. Se houver o controle, o provedor de conteúdo torna-se responsável pelo material publicado independentemente de notificação. Precedentes do STJ. 3. Cabe ao Poder Judiciário ponderar os elementos da responsabilidade civil dos indivíduos, nos casos de manifestações de pensamento na internet, em conjunto com o princípio constitucional de liberdade de expressão (art. 220, § 2º, da Constituição Federal). 4. A jurisprudência do STJ, em harmonia com o art. 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL - *Universal Resource Locator*. 5. Não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo. 6. A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. 7. Recurso especial provido. STJ, 3ª T., REsp 1.568.935/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 05.04.2016, Dje. 13.04.2016.

Em relação à Lei da Imprensa (Lei n. 5.250/67) editada no período da ditadura militar, o STF decidiu que a mesma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, visto que possuía inúmeros dispositivos que afrontavam a liberdade de expressão, principalmente nos casos de direito de resposta, previstos originariamente nos artigos 29 a 36 da aludida lei.

Com essa decisão, restou assentado que não se podia mais recorrer à Lei da Imprensa para regular a atividade de comunicação social ou buscar indenização por crime de imprensa, de modo que todo e qualquer crime ou ilícito civil ou administrativo praticado pelas mídias pode ser obstaculizado ou sancionado pela legislação constitucional e infraconstitucional

⁶³ Há outros julgados nesse sentido observados pelo STJ, a exemplo do REsp 1.629.255/17 (Rel. Min. Nancy Andrighi), REsp 1.642.560/17 (Rel. Min. Marco Aurélio Bellize) e REsp 1.698.647/18 (Rel. Min. Nancy Andrighi).

vigente⁶⁴, a exemplo da Lei n. 13.188/15, que cuida do direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Por fim, deve-se novamente sublinhar que não existe propriamente, no âmbito do MCI, um tratamento específico legal sobre as *fake news*, sendo que as discussões acerca do tratamento de liberdade de expressão e do direito de informação na Constituição Federal, com o estabelecimento de possíveis limites serão esmiuçados no capítulo a seguir.

⁶⁴ O julgamento pelo STF da Lei da Imprensa se deu por meio da ADPF n. 130, de Relatoria do Ministro Carlos Britto, julgado em 30.04.2009. Importante citar parte do acórdão proferido: “(...) 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei n° 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País”.

2 *FAKE NEWS*, ELEIÇÕES E LIBERDADE DA EXPRESSÃO

2.1 Considerações gerais sobre a liberdade da expressão e o processo eleitoral

A combinação entre representação democrática e a tutela de um sistema da liberdade de expressão cria questões complexas sobre o desenho das regras do processo político para escolha, pelo povo, de seus governantes. Tão importante quanto garantir a liberdade de pensamento e expressão, é assegurar um procedimento eleitoral apto a legitimar as escolhas populares, por meio de um conjunto de regras do jogo consideradas justas.

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

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

Sob esse panorama, a CF/88 conferiu tratamento privilegiado à liberdade de expressão da cidadania e da imprensa, com vistas a garantir o fluxo de informações essencial à redemocratização do país, após os “anos de chumbo” da ditadura militar. Consoante o referencial teórico trazido pelos professores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

“Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção da democracia. Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana.”⁶⁵

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

⁶⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

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

Tais normas constitucionais consagram uma multiplicidade de direitos e liberdades fundamentais, e apesar de cada um deles constituir um elemento normativo autônomo, esses direitos interagem entre si, formando um verdadeiro “sistema constitucional da liberdade de expressão”⁶⁶. Em obra que tangencia o tema, a professora Aline Osório assinala que o sistema inclui destacadamente três liberdades: (i) liberdade de expressão *stricto sensu*; (ii) liberdade de informação e (iii) liberdade de imprensa.

Em síntese, a liberdade de expressão *stricto sensu* é o direito de externar e difundir os próprios pensamentos, ideias, criações, opiniões, sentimentos e demais expressões. Já a liberdade de informação corresponde ao direito de transmissão e comunicação de fatos. Ela inclui destacadamente o direito de acesso à informação, o direito de informar (que inclui a liberdade para a transmissão das informações processadas a partir de um determinado meio) e o direito de ser informado (cidadãos de receberem todo tipo de informação do Poder Público, dos meios de comunicação e na era da internet)⁶⁷. Para a professora Aline Osório:

“apesar de seu âmbito normativo se entrecruzar com o das demais liberdades protegidas, a liberdade de informação tem um conteúdo próprio. De um lado, ela se diferencia da liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir especificamente a atos – e não às demais formas de manifestação do pensamento, como opiniões, juízos de valor e emoções. O interesse dos receptores no acesso a informações confiáveis sobre fatos, que lhes permitam participar da formação da opinião pública e controlar o governo e os detentores do poder, tem ensejado o estabelecimento de um regime jurídico diferenciado para a liberdade de informação. De acordo com esse regime jurídico, os fatos se sujeitam ao cumprimento de determinados requisitos (como a veracidade, a objetividade e a imparcialidade), assim como à atribuição de responsabilidades e deveres mais robustos àqueles que exercem o direito de informar (como a diligência na apuração do evento reportado e a boa-fé na transmissão).”⁶⁸ (grifo nosso)

O professor Luís Roberto Barroso já afirmou que “a comunicação de fatos nunca é uma atividade plenamente neutra”⁶⁹. Mais recentemente, o linguista Noam Chomski afirmou

⁶⁶ A expressão foi cunhada por Gustavo Binembojm. V: BINEMBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional. In: SARMENTO, Daniel (ed.). Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁶⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁶⁸ OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. “Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

em uma entrevista que as pessoas já não mais acreditam nos fatos, o que corrobora a dificuldade em se trazer um conceito pronto e hermético de *fake news*⁷⁰.

O professor Gustavo Binimbo também acredita que a liberdade de expressão pode ser compreendida em duas dimensões, que lhe são usualmente atribuídas: uma dimensão libertária e a outra democrática ou instrumental. Sob o prisma libertário, a liberdade de expressão seria um bem em si mesmo, um aspecto de autorrealização do homem, enquanto desdobramento da própria dignidade da pessoa humana. Lado outro, a dimensão democrática ou instrumental enuncia que a liberdade de expressão deve ser garantida não como direito moral dos indivíduos, “mas sim como instrumento necessário ao exercício do autogoverno e à consecução de outros objetivos importantes para a sociedade (controle e fiscalização do poder, *accountability*)”⁷¹.

Sob esse enfoque, a liberdade de expressão encontra guarida nos fundamentos da democracia, no sentido de incentivar a liberdade de imprensa, o direito à informação e o pluralismo de ideias e convicções, que são elementos caros e intrínsecos ao exercício pleno da cidadania.

Ainda sob uma perspectiva filosófica, Joshua Cohen, filósofo da Universidade de Stanford, fornece uma explicação sobre os interesses humanos fundamentais que só podem ser satisfeitos se houver acesso às expressões dos outros⁷². Cohen liga nossa preocupação com a liberdade de expressão a três interesses fundamentais: (1) interesse em expressão; (2) interesse em deliberação e (3) interesse em informação.

Para que se adote uma compreensão adequada da liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro, não se pode prescindir da análise, ainda que superficial, das disposições que garantem a liberdade de expressão nos inúmeros instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, no âmbito universal da ONU e do sistema interamericano.

No sistema universal, há dois preceitos especialmente relevantes, quais sejam o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que dispõe que “todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. O outro dispositivo diz respeito ao

⁷⁰ Entrevista com Noam Chomsky, publicada no sítio eletrônico do Jornal El País, em 12.03.2018. de acordo com o trecho da entrevista “A desilusão com as estruturas institucionais levou a um ponto em que as pessoas já não acreditam nos fatos. Se você não confia em ninguém, por que tem de confiar nos fatos? Se ninguém faz nada por mim, por que tenho de acreditar em alguém?”.

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – o Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

⁷² COHEN, Joshua. 1993. “Freedom of Expression”. *Philosophy and Public Affairs* 22 (3): 207-63.

artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 592/92.

Já no âmbito do sistema interamericano, existem três importantes dispositivos sobre o tema. O primeiro é o art. IV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na qual “toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”. O segundo encontra-se no art. 4º da Carta Democrática Interamericana da Organização dos Estados Americanos (OEA), ao passo que o terceiro se encontra no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 678/92.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional Alemão, no famoso caso *Luth* que consagrou a teoria horizontal dos direitos fundamentais, afirmou que “o direito básico à liberdade de expressão é absolutamente essencial a um Estado livre e democrático, pois só ela permite a constante interação espiritual, o conflito de opiniões, que é o seu elemento vital”⁷³. Nessa linha, é válido lembrar que a liberdade de expressão constitui em um elemento chave na fundação do Estado constitucional de direito. Sem a pretensão de adentrar nas nuances do sistema constitucional alemão, é interessante marcar a posição da liberdade de expressão e do fundamento democrático, transcrito a seguir:

“O BVerfG [Tribunal Constitucional Alemão] já decidiu que a liberdade de expressão possui, pelo menos, duas facetas que determinam sua essência: de um lado, em virtude do princípio democrático, a liberdade de expressão possui uma componente democrático-funcional que visa manter o cidadão informado, de modo a possibilitar-lhe um controle efetivo, livre, transparente e democrático do poder estatal; de outro lado, a liberdade de expressão abrange uma componente individual, visto que aptidões como informar-se a partir de diferentes fontes, ampliar o próprio conhecimento e desenvolver a própria personalidade pertencem às necessidades elementares do ser humano.”⁷⁴

Para além dessas questões conceituais sobre a liberdade de expressão e seus fundamentos de validade nos sistemas universal e interamericano, o fato é que a liberdade de expressão está inexoravelmente ligada à realização e ao amadurecimento da democracia. Em um regime democrático, é imprescindível garantir plena liberdade para que todos os grupos e indivíduos possam expor e ter acesso a opiniões e pontos de vista sobre temas do interesse público, com o objetivo de formar a vontade coletiva e a tomada de decisões.

Em artigo sobre o tema, Daniel Sarmiento desconstrói a visão tradicional sobre a liberdade de expressão como um direito eminentemente negativo, que se esgota no dever de abstenção, de limitação para os poderes públicos. No seu entendimento, esta concepção não é

⁷³ Tribunal Constitucional Federal Alemão, Caso *Luth*, BVerfGE 7, 198, julgado em 15.01.1958.

⁷⁴ NETO, João Costa. *Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

incorreta, mas incompleta, visto que a liberdade de expressão, em um quadro de uma sociedade desigual, reclama também ações positivas do Estado, com a possibilidade real do seu exercício e do enriquecimento do debate público, o que se encaixa perfeitamente na legitimidade do regime democrático⁷⁵.

Ao mesmo tempo, deve-se sublinhar que a democracia é um conceito complexo, plurissignificativo e amplamente disputado no debate acadêmico⁷⁶. Fato é que a democracia pouco ou nada significa sem a garantia básica das liberdades comunicativas, sem a possibilidade de discutir os temas públicos e como se opera o relacionamento da informação falsa ou não no contexto da liberdade de expressão. Como novamente explicado pela professora Aline Osório:

“para além da etimologia, porém, há pouco consenso sobre o que democracia exprime ou exige. Um desses raros consensos é justamente a liberdade de expressão. Modelos clássicos, elitistas, agregativos, participativos, deliberativos e agonísticos, todos concordam que o livre fluxo de ideias e informações é essencial ao autogoverno democrático. Igualmente, as múltiplas teorias sobre a liberdade de expressão convergem ao lhe atribuir a função de ‘guardiã da democracia’ ainda que reconheçam que há outros fundamentos relevantes.”⁷⁷

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

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

Lado outro, a tese de doutorado de Júlio César Casarin Barroso Silva, intitulada de “Democracia e Liberdade de Expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade da palavra” consegue trazer a evolução histórica da liberdade de expressão nos

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 05 abr. 2018.

⁷⁶ HELD, David. *Models of democracy*. Stanford: Stanford University Press, 1987.

⁷⁷ OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 76.

EUA, a qual não será integralmente reproduzida na dissertação⁷⁸. Contudo, alguns pontos serão aqui trazidos para mostrar as características gerais da liberdade de expressão enquanto um direito constitucional positivado e os seus fundamentos jurídicos de validade.

Para ilustrar, no direito americano há vários casos célebres sobre liberdade de expressão e censura, a exemplo do caso dos papéis do Pentágono⁷⁹, bem como *New York Times v. Sullivan*⁸⁰. Em apertada síntese, o caso tinha como questão central a indenização por danos morais advindos de difamação (*libel*) por uma matéria publicada pelo jornal, visto que, um grupo de apoiadores de Martin Luther King afirmava que agentes estatais racistas usariam métodos ilegais de repressão contra os negros, em plena luta dos direitos civis nos EUA. Um agente público chamado L. B. Sullivan, delegado de polícia da cidade de Montgomery (Alabama), sentiu que sua honra foi atingida pela matéria jornalística, e processou o NYT, exigindo o pagamento de uma indenização de US\$ 500 mil dólares.

Houve discussões sobre a retirada de circulação do jornal NYT em virtude do “suposto conteúdo ofensivo” da publicação, ao passo que a estratégia para o movimento negro (NAACP) era publicizar o racismo sulista ao restante do país, como maneira de legitimar a luta e o movimento pelos direitos civis. Ao inviabilizar a circulação de jornais pelo país, a estratégia do movimento negro poderia ser comprometida e o canal de difusão diminuído.

O caso foi parar na Suprema Corte dos EUA, sendo que o *justice* William Brennan, com base na Primeira Emenda da Constituição Americana⁸¹, proferiu voto condutor sobre o caso e julgou procedente o caso em favor do NYT, cuja parte dos argumentos de sua decisão são reproduzidos a seguir:

“consideramos este caso contra o pano de fundo do compromisso nacional de que o debate de assuntos públicos deve ser desinibido, robusto e amplo, e que ele pode incluir ataques veementes, cáusticos e às vezes desagradáveis ao governo e a agentes públicos”.

⁷⁸ Para compreender a evolução histórica da liberdade de expressão, as características gerais na tradição do *common law* e as principais características do sistema contemporâneo de liberdade de expressão, vide a obra: SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e Liberdade de Expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade da palavra*. Tese apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2009.

⁷⁹ No denominado caso “Papéis do Pentágono” (*New York Times Co. v. United States* 403 U.S. 712) (1971) apreciado pela Suprema Corte dos EUA, permitiu a publicação dos segredos da guerra do Vietnã pelo jornal NYT. A questão fulcral do processo era determinar se a cláusula de liberdade de expressão e de imprensa da Primeira Emenda era abrangente o suficiente para permitir que os jornais publicassem documentos públicos secretos e sigilosos – relevantes para a segurança nacional – subtraídos ilegalmente.

⁸⁰ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁸¹ Primeira Emenda à Constituição Americana: “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício dos cultos, ou cercear a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de direito ao governo petições para a reparação dos seus agravos”.

Nesse julgado, a Suprema Corte refutou a ideia de que a proteção conferida se referia apenas à vedação da censura prévia e declarou que o significado central da Primeira Emenda era assegurar o direito do povo de criticar o governo. Ademais, assentou que o principal propósito da Constituição, ao consagrar o direito de livre expressão, seria o de proteger discursos concernentes aos assuntos públicos (*speech on matters of public concern*).

Outro caso célebre julgado pela Suprema Corte foi *Bradenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969). Clarence Bradenburg era um dirigente da KKK⁸² em Ohio, tendo autorizado um documentarista a filmar marchas de organização, que tinham discursos ameaçadores. Ele foi preso com base em uma lei estadual de 1919 (*Red Scare*), voltada a coibir atividades comunistas, que por essa razão proibia manifestações públicas advogando a violência.

Esse caso foi importante porque a Suprema Corte lapidava, com mais precisão, a fórmula subjetiva do “perigo claro e iminente”, que foi concebida pelo *justice* Oliver Wendell Holmes Jr. no primeiro caso apreciado pela Corte sobre o direito de liberdade de expressão – *Schenck v. United States*. 249 U.S. 47 (1919). Para o *justice*, o direito à livre expressão não autoriza que alguém grite falsamente fogo em um teatro, causando pânico. A aferição da nocividade do discurso é uma questão de proximidade e grau, ou seja, a avaliação deve ser feita casuisticamente.

O professor Cássio Casagrande, em artigo sobre o tema, explica que a decisão proferida no caso *Bradenburg* foi significativa para “estabelecer um novo *standard* constitucional para liberdade do discurso. Os *Justices* entenderam à unanimidade que as ‘liberdades de palavra e imprensa não autorizam que os Estados proíbam a defesa do uso da força ou da violação à lei, exceto quando este discurso seja dirigido a incitar ou produzir uma ação ilegal imediata ou tenha probabilidade de levar a estas ações’⁸³.

Seria, em suas palavras, a “tolerância à intolerância”, o que deixa entrever que a jurisprudência constitucional americana é, em geral, muito mais tolerante em relação ao discurso violento ou de ódio do que outras cortes constitucionais.

⁸² A Ku Klux Klan (KKK) é nome de movimento surgido nos Estados Unidos que defende ideias extremistas e reacionárias, tais como a supremacia branca, o nacionalismo branco, a anti-imigração, assemelhando-se ao discurso antisemita proposto pelos nazistas antes e durante a Segunda Guerra Mundial. Estudos apontam que a KKK foi fundada no Sul dos Estados Unidos, ainda no século XIX, depois do término da Guerra Civil norte-americana. Os métodos utilizados pela organização são brutais e envolvem assassinatos, enforcamentos, além de atos simbólicos de discriminação racial. Durante o período correspondente ao movimento dos Direitos Civis nos EUA, houve um recrudescimento de suas ações discriminatórias, que até hoje tem desdobramentos significativos.

⁸³ CASAGRANDE, Cássio. ‘Infiltrado na Klan’: discurso violento e liberdade de expressão. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/infiltrado-na-klan-discurso-violento-e-liberdade-de-expressao-28012019>. Acesso em: 22 fev. 2019.

Atualmente, no direito americano, a liberdade de expressão é menos a aplicação do texto constitucional e mais a evolução jurisprudencial a cargo da Suprema Corte ao longo do século XX. Tomando por referenciais teóricos Cass Sustein e David Strauss, em uma leitura do constitucionalismo contemporâneo, esses autores destacam que a regulação aceita como legítima da liberdade de expressão é resultado de duas questões em separado: valor da expressão e a neutralidade da regulação⁸⁴.

Quanto ao valor da expressão, há expressões de “alto valor” que gozam de proteção constitucional plena, e expressões de “baixo valor”, que contam com uma proteção menos efetiva. A linha que as separa é pouco precisa, e a Suprema Corte dos EUA não consegue dotá-las de clareza. De acordo com os autores, a expressão que se mantém no centro da proteção constitucional não pode ser regulada, e em alguns casos, exige, para que se possa regulá-la a condição iminente de causar um dano significativo. Nessa linha:

“a expressão claramente política, qualquer que seja a sua natureza, está, portanto, no centro da proteção constitucional: trata-se de um discurso de um comunista, de um ultraliberal ou mesmo de um discurso carregado de ódio racial feito por um membro da *Klu Klux Klan*, ou ainda de uma passeata neonazista numa cidade repleta de sobreviventes de concentração nazistas, essa expressão goza de imunidade.”⁸⁵

Por sua vez, desenvolveu-se o aspecto da neutralidade de regulação. Uma restrição é neutra quanto ao conteúdo diz respeito quando este é completamente indiferente aos propósitos da restrição.

De toda maneira, é necessário assegurar as condições e os pressupostos fáticos necessários para o gozo dos direitos fundamentais, sob pena de eles se transformarem em letra morta, sem nenhum parâmetro de efetividade. Na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o professor João Costa Neto assinala o seguinte:

“o importante é perceber que os direitos fundamentais foram criados para ter efetividade. Se o Estado ou terceiros econômica ou politicamente poderosos desenvolvem comportamentos que inviabilizam ou dificultam excessivamente o exercício de um direito fundamental, há uma restrição ou limitação a esse direito. Logo, se ela se mostrar excessiva, caberá questionamento judicial e, possivelmente, uma declaração de inconstitucionalidade. Se ficar constatada a violação por parte do Estado, ele terá que abster-se de restringir o direito; no caso de terceiro que inviabiliza o exercício de direito fundamental, caberá ao Estado tomar providências para cessar sua conduta, em virtude dos deveres de proteção.”⁸⁶

Por todo exposto, esses pontos acima apresentados procuraram trazer balizamentos conceituais sobre o chamado sistema constitucional de liberdades comunicativas, em especial

⁸⁴ STRAUSS, David; SUNSTEIN, Cass. *The Senate, the Constitution and the Confirmation Process*. 101 Yale Law Journal 1491 (1992).

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ NETO, João Costa. *Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

o princípio da liberdade de expressão, e quais seriam os fundamentos jurídicos que a consagram como um direito de índole constitucional, fundamental para o fortalecimento do regime democrático. No tópico 2.2 a seguir, avançaremos na discussão sobre questões como *fake news*, censura/autocensura e posição preferencial da liberdade de expressão.

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

Seriam a censura ou autocensura mecanismos constitucionais possíveis para combater eficazmente a disseminação das *fake news*? Como já ressaltado no tópico anterior, existe uma simbiose entre a liberdade de expressão e o amadurecimento do processo democrático. Neste tópico, será discutido se a censura ou autocensura podem, direta ou indiretamente, se constituir como formas de interferir na contenção das *fake news*, bem como rascunhar os limites interpretativos dentro de uma moldura constitucional, onde ao mesmo tempo se privilegie a posição preferencial da liberdade de expressão.

Por censura, entende-se o mecanismo de um órgão administrativo ou judicial de determinar a remoção imediata de determinado conteúdo de *fake news* publicado, o qual inicialmente não condiz com os “padrões de verdade”, tampouco segue os recursos procedimentais jornalísticos para a verificação da notícia publicada⁸⁷, como demonstrado no primeiro capítulo da dissertação. Por autocensura, compreende-se a possibilidade do próprio provedor de notícias ou veículo de comunicação não expor o conteúdo com receio de algum tipo de sanção administrativa ou judicial, refletindo diretamente na prejudicialidade do direito constitucional de liberdade de expressão, de manifestação de pensamento e de acesso à informação, bem como promovendo o chamado *chilling effect*, que será apresentado oportunamente.

Pela sua própria natureza, as constituições abrigam um grande número de dispositivos que oferecem dificuldades extras ao intérprete, pois fazem a ponte entre o universo jurídico e o não jurídico, entre o universo normativo e o fático. Como assinalado pelo professor Oscar

⁸⁷ O professor Kay Mathiessen, já citado na dissertação, possui o seguinte entendimento sobre censura: “censurar é restringir ou limitar o acesso a uma expressão, parte de uma expressão, ou categoria de expressão, que foi tornada pública pelo seu autor, baseada a censura na convicção de que será uma coisa ruim se as pessoas acessarem o conteúdo daquela expressão”.

Vilhena Vieira, as constituições também se transformaram em depositários de valores éticos positivados, expressa ou implicitamente, pela comunidade⁸⁸.

Existe, nesse ínterim, uma discussão relacional entre *fake news*, censura/autocensura para fins de proteção da intimidade e vida privada do indivíduo e posição preferencial da liberdade de expressão, que guardam dificuldades de aplicação e estabelecimento dos limites de aplicação pelos intérpretes do direito. Para o autor:

“as normas jusfundamentais de uma constituição são predominantemente compostas por um grande número de termos que não apenas não dispõem de um significado pacífico, mas são constantemente objeto das mais acirradas disputas políticas e filosóficas.”⁸⁹

No presente tópico, pretende-se expor que a liberdade de expressão, dentro de um regime democrático, goza de uma posição privilegiada no atual ordenamento jurídico brasileiro, até mesmo no sentido de marcar uma posição clara da CF/88 contra o período autoritário da ditadura militar (1964-1985), no qual os direitos fundamentais de manifestação de pensamento, liberdade de expressão e informação jornalística eram subjugados e relegados para dentro dos porões da ditadura.

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

Nessa linha, a censura, consistente na possibilidade de o Estado interferir no conteúdo da manifestação de pensamento, não tem espaço no ordenamento constitucional, sendo rechaçada de plano. Embora seja uma conclusão clara do texto constitucional quanto à vedação da censura, repetimos a indagação feita pelo professor Kay Mathiessen: a censura é adequada para evitar as consequências ruins? Em outros termos, a censura poderia ser encarada como um mecanismo possível para evitar a propagação das *fake news*, notadamente em redes sociais e na internet?

Na argumentação filosófica trazida pelo professor, abaixo são descritos, integralmente, quatro tipos de consequências prejudiciais que algum indivíduo poderia querer evitar pelo

⁸⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgínio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

⁸⁹ *Ibid.*

emprego da censura: (1) criação de um mercado; (2) criação de um ambiente hostil; (3) influência e (4) implementação:

“1. *Criação de um mercado*: dado que as pessoas podem ser prejudicadas na criação de certos tipos de conteúdo, fornecer acesso a tal conteúdo é criar um mercado que conduzirá à criação de mais conteúdo e, assim, mais dano àquelas pessoas utilizadas na origem, mais novamente esse argumento tem sido apresentado em relação à pornografia infantil.

2. *Ambiente hostil*: a acessibilidade a certos tipos de conteúdo pode criar um ambiente de atitudes que compromete a igualdade e a agência de alguma pessoa ou grupos de pessoas. Por exemplo, alguns argumentam que a pornografia deveria ser censurada porque cria uma atmosfera social que perpetua o sexismo e a reificação das mulheres.

3. *Influência*: a exposição a certos tipos de conteúdo pode tender a criar atitudes ou comportamentos nocivos ou antissociais. Por exemplo, o mais frequente argumento para restringir a quantidade de violência na mídia é que ela influencia crianças a serem mais violentas.

4. *Implementação*: a informação pode fornecer instruções que podem ser usadas para fazer alguma coisa que cause prejuízo. Esse argumento é usado para apoiar a censura de trabalhos que descrevam, por exemplo, como criar uma bomba, como cometer suicídio, como fazer drogas, etc.⁹⁰

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

Lado outro, o que se discutirá no presente tópico é que a regulamentação excessiva e irrefletida das *fake news*, com a criminalização rasteira e superficial dos seus termos, pode redundar na criação de um efeito adverso, qual seja o *chilling effect*, bem como interferir na posição preferencial da liberdade de expressão, que será explicada adiante.

Para fins explicativos, é preciso fazer uma breve contextualização jurisprudencial da doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão. Essa doutrina foi idealizada pela Suprema Corte dos EUA, quando examinava a constitucionalidade dos atos de restrição e punição às manifestações subversivas, cujos precedentes foram citados no tópico anterior. Os primeiros precedentes referiam-se a manifestações contrárias ao envolvimento do país na Primeira Guerra Mundial, e o período da Guerra Fria só acirrou ainda mais esse debate.

De toda sorte, é de se dizer que a Suprema Corte não se debruçou propriamente sobre a Primeira Emenda até o envolvimento dos EUA na Primeira Guerra, ocasião em que o

⁹⁰ MATHIESEN, Kay. Censura e Acesso à Expressão. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Liberdade de expressão no século XXI*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016.

Congresso norte-americano editou o *Espionage Act* de 1917 e o *Sedition Act* de 1918. O primeiro Ato dava ao Presidente o poder de expulsar estrangeiros considerados perigosos para a paz e segurança do país, ao passo que *Sedition Act* proibia a publicação de qualquer escrito falso, escandaloso ou malicioso contra o Congresso e o Presidente. Discutiu-se se a proteção conferida pela Primeira Emenda impedia apenas a imposição de censura e licença prévias às publicações, ou ia além, vedando a punição posterior à veiculação de discurso que criticasse o governo.

No caso *Abrams v. United States*⁹¹, Jacob Abrams e outros foram condenados à prisão por produzir e distribuir panfletos em Nova York, criticando o envio de tropas americanas à Rússia, bem como a alocação de recursos para o financiamento das forças de resistência. O voto condutor do *justice* Clarke manteve a condenação dos réus, visto que não foi avaliado o risco efetivo trazido pelos panfletos, mas apenas a “má tendência do discurso que encorajava a resistência à Guerra”.

No voto dissidente, Holmes sustentou que a divulgação dos panfletos não trazia risco efetivo aos EUA na Guerra, ao mesmo tempo em que o Congresso não poderia regular a liberdade de expressão para evitar a veiculação de ideias divergentes, excluindo-as do embate no livre mercado de ideias. Outros casos se sucederam na Suprema Corte dos EUA⁹², na medida em que se tomava forma a doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão, cujo termo *preferred position* foi efetivamente cunhado no caso *Jones v. Opelika*, julgado em 1942⁹³.

É de se dizer que a doutrina ganhou densidade normativa com julgamento ocorrido em 1945, visto que, nos EUA, a doutrina da posição preferencial das liberdades comunicativas se fundamenta na ideia de que “essa prioridade confere a tais liberdades uma santidade e uma posição que não admitem intrusões dúbias (...). Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaços a limitações admissíveis”⁹⁴.

⁹¹ *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919).

⁹² A exemplo dos precedentes *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925) e *Whitney v. California* 274 U.S. 357 (1927), firmou-se o entendimento de que a existência de lei vedando determinadas categorias de discurso retirava da Suprema Corte a possibilidade de aplicar o *clear and presente danger test*, cabendo-lhe apenas avaliar se a regulação possuía fundamentos razoáveis.

⁹³ EUA, Suprema Corte, caso *Jones v. Opelika*, 316 U.S. 584 (1942).

⁹⁴ EUA, Suprema Corte, caso *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945). Tradução-livre. Original: “the priority gives these liberties a sanctity and sanction not permitting dubious intrusion (...). For these reasons any attempt to restrict those liberties must be justified by clear public interest, threatened not doubtfully or remotely, but by clear and present danger (...) only the gravest abuses, endangering paramount interests give occasion for permissible limitation. It is therefore in our tradition to allow the widest room for discussion, the narrowest range for its restriction”.

Para completar esse ponto, o artigo da professora Simone Schreiber esmiúça todo o panorama de construção da teoria da posição preferencial da liberdade de expressão na jurisprudência norte-americana⁹⁵, bem como procura trazer os balizamentos criados pela técnica do “perigo claro e iminente” (*clear and present danger*) – quando a restrição à liberdade de expressão somente pode ser justificada por um perigo claro e iminente ao bem-estar público, além da técnica do *balancing*, no entendimento a seguir pontuado:

“o uso do *balancing* se apóia no argumento de que o julgamento de casos envolvendo a liberdade de expressão não deve descurar dos interesses contrapostos que igualmente merecem proteção. Na verdade, a técnica do *clear and present danger* também utiliza ponderação. Mas ela parte da concepção de que o *free speech* possui peso abstrato maior por causa da sua posição preferencial no ordenamento jurídico, premissa que é refutada pelos defensores do *ad hoc balancing*.”⁹⁶

Embora desenvolvida, inicialmente, nos EUA, a doutrina da posição preferencial é aceita pelos Tribunais brasileiros, ainda que de forma tímida⁹⁷, sendo que a solução das colisões envolvendo liberdade de expressão e outros bens, direitos e valores constitucionais se resolve, em princípio, a favor daquela. O ministro Luís Roberto Barroso aponta o seguinte:

“entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação a direitos fundamentais individualmente considerados. (...) dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação.”⁹⁸

Desse modo, e por força do princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia jurídica ou formal entre normas constitucionais, impedindo-se a fixação de uma regra abstrata de prevalência de um direito fundamental sobre outro. O resultado das colisões entre tais direitos deve ser aferido à luz do caso concreto. Nos dizeres de Cláudio Chequer, a

⁹⁵ SCHREIBER, Simone. Liberdade de expressão: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Vide Pet nº 3486/DF. Rel. Min. Celso de Mello, Dje. 22.08.2005. O caso julgado no STF analisou o direito de crítica de jornalistas, sendo foi instaurado um procedimento penal contra os mesmos, com a imputação de que, no exercício da atividade profissional, tenham cometido o crime de subversão contra a segurança nacional. O STF, em breve síntese, entendeu que o direito de crítica é uma prerrogativa constitucional cujo suporte legitimador repousa no pluralismo político, sendo um fundamento inerente ao regime democrático. De toda sorte, o relator do Acórdão empregou, ainda que timidamente, a doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão, na medida em que assinalou o seguinte: “o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a assunto de interesse geral, ou que tenha relevância política, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública”.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais: ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

“inviabilidade da hierarquização jurídica não impede que se extraia do sistema constitucional uma hierarquia de valores entre os direitos fundamentais, que garanta a determinadas normas um maior peso e uma proteção reforçada”⁹⁹. Esta é justamente a ideia da posição preferencial da liberdade de expressão.

Por óbvio, tal posição preferencial não confere ao direito de liberdade de expressão um caráter absoluto. É válido lembrar que o STF já admitiu a validade de certas restrições pontuais a estes direitos fundamentais impostas pela via legislativa, como a criminalização da publicação de obras racistas¹⁰⁰, bem como a proibição da divulgação dos nomes e imagens de crianças e adolescentes envolvidos em atos ilícitos¹⁰¹.

Nessa linha, a própria CF/88 impõe alguns limites ou qualificações à liberdade de expressão, citados abaixo, cujos contornos foram melhor explicitados no tópico 2.1 da presente dissertação: i) vedação do anonimato (art. 5º, IV); ii) direito de resposta (art. 5º, V); iii) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º); iv) classificação indicativa (art. 21, XVI); e v) dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X).

Como qualquer outro direito fundamental, a liberdade de expressão e os direitos inseridos no sistema constitucional das liberdades comunicativas colidem com outros direitos de igual estatura constitucional, cuja solução adequada parece a técnica da ponderação de princípios, que não será tratada na presente dissertação, por não constituir um objetivo metodológico a ser explorado.

De toda sorte, esta dissertação advoga que o reconhecimento da posição preferencial decorre da centralidade do sistema de liberdade de expressão, enquanto garantia institucional constitutiva de democracia. Parafraseando Gustavo Binbenojm, “não existe democracia, quer sob um viés procedimental, quer sob uma perspectiva substantiva, sem um sistema amplo de liberdade de expressão”¹⁰².

Aplicando a doutrina da posição preferencial para as *fake news*, considera-se fundamental que as manifestações e opiniões dos indivíduos, mesmo que carregadas de juízos valorativos pretensamente “falsos” ou cujas mensagens possam macular eventual processo eleitoral com comentários desabonadores sobre candidatos, *a priori* sejam preservadas e

⁹⁹ CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie* (Análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁰⁰ Caso Ellwanger, HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe 19.03.2004.

¹⁰¹ ADI 869, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe.de 04/06/2004.

¹⁰² BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – o Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

garantidas em nome da posição preferencial da liberdade de expressão. Deve-se, novamente, dizer que a liberdade de expressão possui posição preferencial no ordenamento jurídico, significando que, em situação de colisão com outros valores, goza de preferência *prima facie*.

A concepção de democracia que toma a liberdade de expressão como instrumento tem como foco a preocupação da qualidade do debate público, formando crenças verdadeiras acerca das circunstâncias sociais nas quais as decisões políticas devem ser tomadas. Rememorando os aspectos da teoria da liberdade de expressão de John Stuart Mill, o autor clássico defendia que a melhor forma de alcançar a verdade é pelo livre confronto de ideias¹⁰³.

Mill apontou várias formas pelas quais o livre confronto de ideias pode promover a verdade, dentre elas a importância da falsidade como mecanismo para a formação da convicção completa e genuína da verdade. Ele afirmava que a mera repetição e propagação da verdade, desacompanhada das razões que fazem uma crença verdadeira, poderia transformar a crença verdadeira valiosa em mero dogma. Trazendo os argumentos de Mill para os dias atuais, algumas instâncias de propagação da falsidade podem levar justamente ao fortalecimento da verdade, o que poderia ser também o caso acerca de assuntos e temas relevantes politicamente. Esses argumentos reforçam a posição preferencial da liberdade de expressão, defendido neste capítulo.

Ao mesmo tempo, a regulamentação excessiva ou rasteira das *fake news*, diante da complexidade em se trazer um conceito hermético e que será melhor visualizado nos PLs descritos no tópico 3, pode ocasionar o chamado *chilling effect*, traduzido pela doutrina como efeito resfriador ou silenciador.

Esse efeito se manifesta quando, tendo em vista as incertezas acerca do que poderá ser considerado verdadeiro ou falso, as pessoas e agentes da imprensa começam a se autocensurar por receio ou medo de que aquilo que expressam possa ser considerado falso e passível de algum tipo de sanção. Há outro problema dos riscos envolvidos na atribuição de poder às autoridades estatais para arbitrar o que é verdadeiro e falso, e o que pode ou não ser avaliado a partir de critérios de verdade e falsidade. De acordo com a professora Clarissa Piterman Gross:

“A imprecisão de critérios acerca do que é ou não verdadeiro ou acerca de como distinguir entre um juízo de valor, ou uma opinião, de uma proposição de fato, levaria muitas pessoas a se calar. E isso, todas as variáveis consideradas, levaria a mais prejuízos do que vantagens para o debate público de qualidade.”¹⁰⁴

¹⁰³ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. São Paulo: Editora Hedra, 2011.

¹⁰⁴ GROSS, Clarissa Piterman. *Fake News e Democracia: discutindo o status normativo do falso e a Liberdade de expressão*. In: RAIS, Diogo (coord.). *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

O conceito de *chilling effect* foi inicialmente desenvolvido na Suprema Corte dos EUA a partir 1963, relacionado a casos de liberdade de expressão e leis de difamação (*libel laws*). Robert Post, por sua vez, nega que, no direito norte americano, as proposições falsas de fato tenham algum valor ou mereçam proteção pela Primeira Emenda. Ele afirma, todavia, que o risco do *chilling effect* é o que justifica o teste vigente nos EUA para responsabilização da imprensa por difamação de personalidades públicas.

De acordo com Post, esse teste, estabelecido pela Suprema Corte dos EUA nos casos *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964) e *Curtis Publishing Co. v. Butts* 388 U.S. 130 (1967) afirma que a imprensa só pode ser responsabilizada por proposições de fato falsas publicadas em relação a personalidades públicas quando essa publicação for feita com “malícia real” (*actual malice*), isto é, com conhecimento que era falsa, ou com “desprezo temerário” (*reckless disregard*) acerca se era falsa ou não¹⁰⁵.

Esse efeito pode ter consequências indesejadas sobre a liberdade de expressão, na medida em que, com receio da sanção penal ou administrativa possivelmente aplicada, o indivíduo deixa de manifestar, o que a rigor empobrece o debate público diante da ausência do pluralismo de ideias, mesmo que controversas ou falseadas. Estudiosos como Frederick Schauer assim se expressam:

“o perigo do efeito silenciador reside no fato de que algo deveria ser expressado, e não é. Receosos da aplicação de qualquer punição, alguns indivíduos se autocontêm de dizer ou publicar aquilo que legalmente podiam, ou sem dúvida, deveriam.”¹⁰⁶

Há autores que chamam a atenção para o *chilling effect*, classificando-o como modalidade de censura colateral. Toma-se como exemplo a conduta de determinada rede social deixar de exibir em sua plataforma uma informação que não soubesse ser completamente verdadeira por receio de ter seus executivos processados criminalmente. Na dúvida, o veículo não divulga, sendo que quem sofre é a própria liberdade de expressão¹⁰⁷.

Trazendo a contextualização da literatura, Robert Darnton narra em obra, que na Alemanha Oriental, durante o período de perseguição política da Stasi (polícia secreta), a censura era tão onipresente que se instaurou na mente dos escritores como autocensura, com

¹⁰⁵ POST, Robert. The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 3, p. 601-686, jan. 1990.

¹⁰⁶ SCHAUER, Frederick (1978): “Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the ‘Chilling effect’”, in *Boston University Law Review*, Vol 58: pp 685-732. Tradução-livre. Original: [t]he danger of this sort of invidious chilling effect lies in the fact that something that ‘ought’ to be expressed is not. Deterred by the fear of punishment, some individuals refrain from saying or publishing that which they lawfully could, and indeed, should”.

¹⁰⁷ SABINO, Marco Antônio da Costa. “Fake news: a censura sorri no canto da sala”. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fake-news-censura-sorri-no-canto-da-sala-05032018. Acesso em: 10 mar. 2018.

sequelas visíveis para a literatura nacional. Isso é um exemplo do efeito silenciador, praticado pela força estatal, que censurava e criava critérios daquilo que era verdadeiro e falso. Para análise mais detida da censura na literatura, vide a obra *Censores em Ação: como os Estados influenciaram a literatura*¹⁰⁸.

Há uma outra forma sutil de *fake news* que se revela pela omissão. Quando um jornalista publica uma informação que está em segredo de Justiça sobre pessoas que, muitas vezes, nem investigadas ainda são, ele o faz com base na sagrada liberdade de expressão, garantida pelo art. 5º da CF/88. Mas se omite, de forma solene, que o mesmo art. 5º garante o direito à intimidade. E se desconsidera que tal publicação deriva de um crime? Na opinião de especialistas, como Ronaldo Lemos, as *fake news* não podem ser combatidas com censura ou decisão imediata de retirada do conteúdo publicado nas redes sociais e internet, sendo que é importante incentivar a profusão de informações e que existam plataformas livres para disseminação do conteúdo¹⁰⁹.

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

Deve-se alertar que o Poder Judiciário também não pode ser encarado como a instituição que determina o que é verdadeiro ou falso, capaz de classificar determinado assunto como *fake news* ou não. Nesta questão específica, refiro-me ao “ativismo judicial em excesso”, principalmente no âmbito da Corte superior eleitoral, que vem atropelando questões que devem ter o *locus* prioritário de debate no Poder Legislativo. Sem a pretensão de esgotar o tema, visto que várias obras e artigos já se debruçaram sobre o ativismo judicial, a exemplo do professor Lenio Streck, uma das figuras mais críticas a esse fenômeno:

“O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada.

¹⁰⁸ DARNTON, Robert. *Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

¹⁰⁹ Artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, em 05.03.2018, denominado de “Censura não é remédio para *fake news*”, escrito por Ronaldo Lemos.

Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado.”¹¹⁰

Para complementar, o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos se debruçou sobre as dimensões do ativismo judicial do STF. Nela, apresenta-se a definição multidimensional do ativismo judicial, sendo que uma das facetas se relaciona a pouca deferência aos demais poderes constituídos. Nesta dimensão, de acordo com o autor, os juízes exercem controle rígido de legitimidade sobre os atos dos demais poderes, minimizando os *standards* como da presunção de constitucionalidade das leis, o que se torna dramático no âmbito da interpretação de normas constitucionais vagas, imprecisas e que veiculam pautas de valor moral e política¹¹¹.

Lado outro, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto possuem uma visão mais favorável de ativismo do Judiciário para viabilizar o desenvolvimento da engenharia democrática e eleitoral, conforme se visualiza a seguir:

“O Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia, que podem ser ameaçadas pelos grupos detentores do poder político. Há direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas da oposição. As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses, devem merecer um escrutínio estrito do Poder Judiciário. Aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas a seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento.”¹¹²

Trazendo essa reflexão para o relacionamento entre *fake news* e liberdade de expressão, é possível antecipar que o TSE, em casos da legislação eleitoral que apresente um conteúdo amplo e vago, vem exercendo um papel ativista, que, por vezes, limita o conteúdo da liberdade de expressão. Não se descarta que o Poder Judiciário tenha uma importância fundamental para proteger as condições de funcionamento da democracia, porém o que se pondera é que a intervenção excessiva e por muitas vezes categórica no debate eleitoral tem reflexos na limitação da liberdade de expressão. Essas observações serão desenvolvidas no tópico 2.4. e no terceiro capítulo da dissertação.

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? Artigo escrito para o sítio eletrônico Consultor Jurídico, publicado em 07.01.2016, consultado em 18.04.2018 <www.conjur.com.br>.

¹¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

¹¹² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros do ativismo. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Deve-se novamente dizer que a verdade é uma construção social complexa, que passa por instituições como o método científico, a falseabilidade de proposições em um debate racional, a qual não pode ser apreciada, exclusivamente, pelo Poder Judiciário como detentor e instituição legitimada para apreciar e definir o que seja “verdade” ou “mentira”, o que mostra, no caso da Justiça Eleitoral, um caráter paternalista e interventivo no debate eleitoral.

2.3 Considerações gerais sobre a gênese, estruturação da Justiça Eleitoral e atribuições constitucionais do TSE

O presente tópico tem por finalidade entender as premissas de criação e estruturação de um órgão responsável pela organização do processo eleitoral, confiado a um ramo especializado do Poder Judiciário, qual seja a Justiça Eleitoral, além das atribuições constitucionais atualmente conferidas ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE). A compreensão desse ponto é fundamental para entender como a Justiça Eleitoral tem uma atuação tão marcante e incisiva na mediação, na gestão e na regulamentação do processo eleitoral, a exemplo da verificação do registro de candidaturas e de eleitores, do estabelecimento de limites da propaganda eleitoral, dentre outros.

Esse ponto procura pavimentar as bases para a compreensão do tópico a seguir, que trata do paternalismo excessivo à tutela da liberdade de expressão no âmbito do processo eleitoral. A legislação eleitoral é pródiga em determinar limitações e “censuras” às liberdades comunicativas, tais como: nas campanhas, os candidatos não podem divulgar mais de 10 anúncios na imprensa escrita, por veículo; não podem veicular propaganda em outdoor; não podem distribuir adesivos com dimensão superior a 50 x 40 cm; não podem pintar muros ou fixar propaganda que exceda a 0,5 m², mesmo em bens particulares; não podem divulgar mensagens que possam degradar ou ridicularizar candidatos, etc.

O rol de limitações é extenso, sendo que os dispositivos de caráter proibitivo, no cenário eleitoral, em sua grande maioria prevalecem sobre os dispositivos que garantem a liberdade de expressão e de divulgação do conteúdo eleitoral. Evidentemente, alguns princípios, aplicáveis ao processo eleitoral, a exemplo da paridade de armas procuram conferir condições para uma disputa livre e equilibrada, ao mesmo tempo em que assegure uma liberdade de acesso à competição eleitoral. Esses princípios serão escrutinados no tópico subsequente.

De toda forma, é importante desenhar como houve a transferência paulatina da mediação do processo eleitoral, antes calcado nos Poderes Legislativo e Executivo, para o

Poder Judiciário, o único poder cujo provimento de seus membros não é vinculado diretamente ao procedimento eleitoral e de escolha dos eleitores.

Para tanto, é preciso delimitar um recorte temporal específico, qual seja o período antecedente à criação, por lei, da Justiça Eleitoral, conhecido como República Velha (de 1891 a 1930). Expressões consagradas como “voto de cabresto”, “bico de pena”, “degola”, sintetizam as fraudes eleitorais perpetradas pelos donos do poder e o caos político-institucional que chafurdava a legitimidade da primeira Constituição republicana de 1891.

O modelo republicano civil e oligárquico, que perduraria por toda a República Velha, caracterizava a chamada “política dos governadores”, entendida por um arranjo político informal, pelo qual o governo central dava apoio aos grupos dominantes na política local, que, em contrapartida, respaldavam integralmente as decisões tomadas pelo Presidente¹¹³.

Esse contexto, evidentemente, alimentava o fenômeno do coronelismo, tão bem retratado por Victor Nunes Leal, no qual os chefes políticos locais eram quase “senhores feudais” em suas cercanias, ao passo que a vontade política se traduzia na aplicação da lei¹¹⁴. É válido ressaltar que os arranjos políticos à época indicavam a totalidade dos agentes públicos do aparelho estatal (juízes, delegados). Os direitos individuais, de caráter liberal do exercício do voto, eram subjugados na medida em que os coronéis controlavam os “rebanhos” de eleitores. A sociedade brasileira permanecia “bestializada”. Soma-se isso o caráter censitário e restritivo do voto, que era exercido somente por homens abastados, visto que as mulheres, menores de 21 anos de idade, soldados, padres, analfabetos e mendigos tinham sua cidadania cerceada ao serem impedidos de votar.

Para completar esse quadro, cabia ao Poder Legislativo a realização das eleições, apuração dos votos e diplomação dos eleitos, o que dava margem para as fraudes eleitorais e confirmava a tese da impossibilidade de eleição de candidatos não oficiais. No âmbito da União, havia a denominada Comissão Verificação dos Poderes, que tinha por atribuição

¹¹³ O historiador Francisco Iglesias descreve, com maestria, o período da política dos governadores: “o Presidente da República estabelece acordos com os presidentes dos Estados (...) de modo a obter total apoio de todos os seus atos: os presidentes dos estados apoiariam o da República, bem como levariam os deputados obedientes às suas ordens (e então havia quase unanimidade entre Executivo e a representação parlamentar de cada unidade federativa, pois havia praticamente um só partido). Em troca desse apoio, que garantiria ao governo livre ação, o presidente da República apoiava toda a política dos Estados, o que significava sobretudo a nomeação dos funcionários em cada local feita por indicações dos chefes regionais: Justiça, polícia, escola e mais atividades eram assim escolhas de gente de confiança absoluta do presidente do estado. Este, por sua vez, compunha-se com os chefes municipais, usando o mesmo artifício: apoio irrestrito em troca de apoio, ou melhor, favores”. In: IGLESIAS, Francisco. *Trajatória política do Brasil: 1500 – 1964*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

¹¹⁴ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

oficializar o resultado das urnas nos pleitos federais, homologando as eleições realizadas. O historiador Boris Fausto sintetiza bem esse período eleitoral da República Velha:

“os resultados não espelhavam a realidade. O voto não era secreto e a maioria dos eleitores estava sujeita à pressão dos chefes políticos, a quem tratava também de agradar. Como se isso não bastasse, havia a fraude eleitoral através da falsificação de atas, do voto dos mortos, dos estrangeiros etc. essas distorções não eram, aliás, novidades, representando um prolongamento de um quadro que vinha da monarquia.”¹¹⁵

Os anos 1920 assistem a mudanças progressivas na estrutura social e urbana da sociedade brasileira, com o crescimento de alguns núcleos urbanos movido pela industrialização (ainda incipiente), bem como por movimentos de oposição, a exemplo do tenentismo, que congregava jovens oficiais do Exército que tinham um discurso, ainda vago, contra o poder das oligarquias e as fraudes eleitorais.

A disputa eleitoral em 1930, guardadas as devidas circunstâncias históricas, rompe com a política dos governadores, na medida em que é lançada a Aliança Liberal, chapa formada por Getúlio Vargas, como candidato à presidência, e João Pessoa, para a vice-presidência. O assassinato de João Pessoa foi o estopim para desencadear o início da revolução que institucionalizou o Governo Provisório comandado por Getúlio Vargas, até a edição da Constituição de 1934.

Durante o Governo Provisório, algumas medidas relevantes foram adotadas, dentre as quais se destaca a edição de um Código Eleitoral, por meio do Decreto n. 21.079-32, que criou a Justiça Eleitoral e o voto secreto, estendendo o direito de voto às mulheres, instituiu a representação classista e adotou o sistema proporcional nas eleições. Getúlio Vargas entendia que a criação da Justiça Eleitoral cumpria um objetivo de campanha, qual seja atingir a “verdade eleitoral” através da moralização das eleições.

Foi confiado, portanto, ao Poder Judiciário a gestão e regulamentação do processo eleitoral, que teria a incumbência de garantir um pleito mais transparente, com o objetivo de combater as fraudes eleitorais. Historiadores e analistas políticos sustentam que o “Código Eleitoral de 1932 seria a condição *sine qua non* à concretização dos objetivos propalados pelos reformadores, pois, com a introdução do voto secreto, da justiça eleitoral e da representação proporcional, a prática da fraude, a violência sobre o eleitor e a hegemonia política dos partidos republicanos estariam comprometidas”¹¹⁶.

¹¹⁵ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora EDUSP, 2013.

¹¹⁶ SILVA, Thiago; SILVA, Estevão. Eleições no Brasil antes da democracia: o Código Eleitoral de 1932 e os pleitos de 1933 e 1934. *Revista de Sociologia e Política*, vol. 23, n. 56, Curitiba, Dezembro de 2015.

A exposição de motivos do Código Eleitoral de 1932 é interessante para demonstrar como o presidente Getúlio Vargas empregava o “interesse público” como maneira de conceber um processo eleitoral mediado pelo Judiciário, tomando por base, inclusive, as experiências do direito comparado de outros sistemas normativos de países da América do Sul. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho:

“Aspiração geral tornou-se no Brasil o arrancar-se o processo eleitoral, ao mesmo tempo, do arbítrio dos governos e da influência conspurcadora do caciquismo local. Olhando o exemplo da evolução de tal processo entre outros povos civilizados e entre nós mesmos, a opinião geral manifestava-se pela entrega do mesmo ao Judiciário Federal, como fez a Argentina, ou a uma especial magistratura, como é o caso do Uruguai. O projeto, embora dispondo para uma eleição especial, como é a da Convenção Nacional, buscou, de tudo quanto se há tentado alhures, o melhor adaptável ao momento brasileiro e adota o seguinte:

1^a, para o processo eleitoral, essencialmente político, sem deixar de envolver direitos individuais garantidos pela Constituição, haverá uma especial magistratura, tanto quanto possível independente do arbítrio do governo, ainda mesmo em relação aos seus órgãos auxiliares, de caráter administrativo; (...)

3^a, os juízes e tribunais, estabelecidos embora a título provisório até a reconstituição definitiva do regimen, gozarão das garantias próprias da magistratura. Deles se afastam absolutamente as eivas das suplências legais, de experiência recente bem dolorosa. Com este característico, absoluta independência de ação e precisa responsabilidade, os magistrados eleitorais dirão “judicialmente” da qualificação e de todas as contendas que travarem a respeito do direito eleitoral desde o alistamento dos eleitores até a proclamação final dos eleitos; (...)

Conclusão

1^a, que a complexidade do problema eleitoral e os antecedentes pecaminosos que conhecemos exigem agora obra completa para a segura construção da República;(...)

3^a, que a sua praticabilidade no Brasil é questão apenas de boa vontade, resolução e firmeza dos brasileiros empenhados na reconstrução política de nossa grande Pátria;”¹¹⁷

Os excertos acima transcritos deixam claro a previsão de competências legais que permitem e conclamam a interferência incisiva do Poder Judiciário no processo eleitoral, no sentido de dirimir todas as “contendas” eleitorais. Ao Poder Judiciário, depositava-se a crença de reconstrução e refundação da República, com escopo de conceber um processo eleitoral imaculado, na qual a genealogia da palavra candidatura (do latim, *candere* – brilhante, branco) sobressaísse.

Afora a discussão se a Justiça Eleitoral aboliu ou não completamente as fraudes eleitorais após a edição do Código de 1932, é significativo assinalar que, sob o aspecto institucional, o Poder Judiciário passou a ser o fiador e o garantidor do processo eleitoral brasileiro. A Justiça Eleitoral ganhou assento constitucional em 1934, permanecendo seu *status* constitucional até 1988 (exceto o breve período no Estado Novo – 1937 a 1945, não encontrando previsão constitucional como órgão do Poder Judiciário). Mesmo as

¹¹⁷ Código Eleitoral da República dos Estados Unidos do Brasil – Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Exposição de motivos do Código Eleitoral, cuja coleção foi organizada por João C. Rocha Cabral. Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Documentação e Informação, 2004.

constituições concebidas no período militar (de 1967 e Emenda Constitucional n. 1, de 1969) não extinguiram a Justiça Eleitoral, mantendo seu funcionamento, porém suprimiram o exercício democrático do direito de voto por meio de outros expedientes legais.

Na atual engenharia constitucional, a Justiça Eleitoral, segundo a Constituição Federal de 1988, é integrada pelos seguintes órgãos: Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais. Em resumo, os órgãos da Justiça Eleitoral não possuem juízes próprios ou de carreira. São integrados por magistrados oriundos de outros órgãos jurisdicionais, bem como por advogados e cidadãos (estes são convocados para a composição das Juntas Eleitorais). A Constituição Federal de 1988 dedica os artigos 118 a 121 para fins de organização e estruturação dos órgãos da Justiça Federal.

O TSE, de acordo com a distribuição das competências constitucionais, desempenha quatro tipos de funções, a saber: (i) normativa; (ii) consultiva; (iii) administrativa e (iv) jurisdicional.

No âmbito normativo, o TSE pode expedir resoluções, com o objetivo de atender ao caráter regulamentar, sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas na lei eleitoral¹¹⁸. A função consultiva consiste em responder as consultas em matéria eleitoral formuladas por autoridade com jurisdição federal ou por órgão nacional de partido político (TSE)¹¹⁹.

Sob o prisma da função administrativa, compete à Justiça Eleitoral preparar, organizar e administrar todo o processo eleitoral, desde a fase do alistamento até a fase da diplomação dos eleitos. Impera o poder de polícia inerente à Administração Pública, bem como a executoriedade de normas restritivas de propaganda eleitoral, de organização das urnas e do pleito, de fixação de locais para funcionamento das mesas receptoras de votos e tantas outras, extensamente distribuídas no Código Eleitoral.

Por fim e como todos os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, incumbe à Justiça Eleitoral, quando da propositura de ações, representações ou de recursos eleitorais, aplicar o direito no caso concreto, bem como trazer uma sentença jurisdicional para por fim ao litígio eleitoral.

Para concluir, diferentemente de como tratou outros ramos do direito, a Constituição não trouxe expressamente um catálogo de princípios eleitorais. Há, na realidade, princípios

¹¹⁸ A previsão normativa do TSE encontra-se nos artigos 1, “caput” e parágrafo único e art. 23, inciso IX cc Lei n. 9.504-97, art. 105, caput.

¹¹⁹ A previsão normativa encontra-se no Código Eleitoral, art. 23, inciso XII e art. 30, inciso VIII.

axiológicos consagrados pela Constituição Federal, dentre os quais se destacam o princípio democrático, o pluralismo político, a igualdade, a liberdade.

A partir deles, se extraem as diretrizes para a regulação do processo eleitoral, bem sintetizadas por Aline Osório: (i) igualdade política entre os cidadãos; (ii) igualdade de oportunidades ou paridade de armas aos candidatos e partidos; (iii) legitimidade do processo eleitoral e (iv) liberdade de expressão político-eleitoral, cujo paternalismo excessivo será abaixo analisado¹²⁰.

2.4 O Código Eleitoral Brasileiro: do paternalismo excessivo à tutela da liberdade de expressão pelo TSE

O direito eleitoral constitui um campo importante de incidência da liberdade de expressão. Em regimes representativos, o voto e a liberdade de expressão são tidos como dois mecanismos essenciais de legitimação da democracia, o que permite que os interesses e as opiniões dos cidadãos sejam constitutivos na formação do governo e na atuação dos representantes. Evidentemente esses mecanismos não se bastam, motivo pelo qual é fundamental estabelecer as premissas e as regras do jogo eleitoral, que assegurem a liberdade de expressão e a garantia de um processo eleitoral justo e legítimo.

Após os aportes teóricos sobre a liberdade de expressão, a sua posição preferencial no ordenamento jurídico, a estruturação principiológica do direito eleitoral, é inegável que liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, esbarra em limites normativos infralegais e outros direitos igualmente de estatura constitucional. O processo de estruturação orgânica da Justiça Eleitoral, como responsável pela mediação e organização de todo o processo eleitoral, também tem interferência no paternalismo excessivo à tutela da liberdade de expressão pelo TSE.

Nessa linha, o presente tópico tem por finalidade apresentar e discutir como o Código Eleitoral Brasileiro e o TSE, sob o pretexto de conferir igualdade e equilibrar a disputa eleitoral, impõem determinados limites legais, que, por sua vez, têm reflexos na restrição da liberdade de expressão política, na intervenção no debate político-partidário, e podem ter desdobramentos no processo de regulamentação das *fake news*. Esses limites se evidenciam, sobretudo, nos dispositivos normativos atinentes à “propaganda eleitoral”, os quais possuem

¹²⁰ OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

uma normatização ampliada e excessiva nos artigos 36 a 57 da Lei das Eleições, e artigos 240 a 256 do Código Eleitoral.

Inicialmente, faz-se necessário trazer o conceito de propaganda eleitoral expressado pelo próprio TSE, no âmbito do manual fornecido pela Corte Eleitoral:

Silva (2004, p. 37) qualifica propaganda eleitoral como: “aquela feita tanto pelo partido quanto pelo candidato, durante toda a campanha eleitoral, para obter a simpatia e adquirir adeptos para determinada candidatura a cargo eletivo”.

O Tribunal Superior Eleitoral, nos acórdãos nº 16.183, de 17.2.2000, nº 15.732, de 15.4.1999 (rel. Min. Eduardo Alckmin), e nº 16.426, de 28.11.2000 (rel. Min. Fernando Neves), define ato de propaganda eleitoral nos seguintes termos: “Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal, apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico, mas não propaganda eleitoral.”¹²¹

Estabelecidas as características da propaganda eleitoral, alguns doutrinadores entendem que o fundamento para imposição de limites reside no princípio da “paridade de armas” entre candidatos e partidos. Tal princípio, como ressaltado no tópico anterior, não é expresso no ordenamento jurídico, sendo deduzido a partir dos princípios democrático, republicano e do pluralismo político, contemplados no texto constitucional.

O ponto central da “paridade de armas” reside na ideia de que as eleições devem se submeter a um regime jurídico próprio que estabeleça condições para uma disputa livre e equilibrada, em que, de um lado, se assegure a plena liberdade de acesso à competição eleitoral, e de outro, promova-se a igualdade de oportunidades na disputa dos cargos políticos. Para o ministro Gilmar Mendes:

“é fundamental, portanto, que a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso da propaganda governamental, dentre outras, não negligencie a ideia de igualdade de chances sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático.”¹²²

Em que pese a intenção do legislador consubstanciada no aludido princípio e nas decisões judiciais proferidas pelo STF e TSE, ocorre que a legislação eleitoral cria situações de “paternalismo excessivo” e de “tutela vigilante”, que podem exacerbar restrições infundadas e injustificadas à liberdade de expressão política e eleitoral. Sob o aspecto da regulamentação da propaganda eleitoral, principalmente na internet e aplicativos de mensagem de celular, até 2009 não havia lei que regulasse propriamente a matéria, visto que a

¹²¹ Manual de Marketing e Propaganda Eleitoral – Bibliografia Seleccionada. Publicado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 2012.

¹²² STF – RE n. 633.703/MG, Plenário, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 18.11.2011.

internet é o *locus* mais intenso e propício de disseminação das *fake news*, já demonstrado no capítulo 01 da dissertação.

A Lei das Eleições, em sua redação original, previa apenas que os custos de criação de sítios na internet eram gastos eleitorais (art. 26, XV) e estendia as restrições aplicáveis à programação normal das emissoras de TV e rádio aos portais destes veículos na rede mundial de computadores (art. 45, § 3º da Lei das Eleições, hoje revogado). Nessa anomia legislativa, o TSE passou a regulamentar a propaganda na internet por meio de resoluções.

Todavia, ao invés de garantir a plena liberdade de campanha, o TSE, na ocasião, estabeleceu um regime demasiadamente restritivo, determinando que “a propaganda eleitoral na internet somente será permitida na página do candidato destinada exclusivamente à campanha eleitoral”, nos termos do art. 18, da Resolução n. 22.718/08. Apenas com a edição da Lei n. 12.034/09 passou a existir o tratamento legal do uso da internet nas campanhas, incluindo diversos dispositivos legais, do art. 57-A a 57-I na Lei Federal n. 9.504/97.

O art. 57-A da Lei das Eleições dispõe, expressamente, que a propaganda eleitoral na internet somente é permitida a partir do início do período de campanha, estendendo-se a internet a proibição da propaganda antecipada. Obviamente, existem inúmeras discussões que decorrem dessa proibição, sendo que a principal diz respeito à necessidade de conferir contornos mais claros e flexíveis a limites temporais no caso de manifestações na internet, em especial manifestações de caráter espontâneo.

Antes da edição da Lei n. 12.034/09, em 2008 um jornalista carioca criou, em seu blog pessoal e de forma espontânea, um movimento virtual para que Fernando Gabeira, à época deputado federal, se candidatasse à Prefeitura do Rio de Janeiro. O jornalista criou um banner que continha a foto do futuro pré-candidato, com os dizeres: *Gabeira Rio 2008*. Quando finalmente Gabeira decidiu candidatar-se, o Tribunal Regional Eleitoral (TRE) determinou que houvesse a retirada do aludido banner de inúmeros blogs, visto que o banner seria caracterizado como propaganda eleitoral antecipada¹²³.

Para tentar regularizar essa situação, já que várias críticas contundentes trataram a decisão do TRE como capaz de ferir a liberdade de expressão, a Lei n. 12.034/09 alterou a Lei das Eleições, ao ressaltar que não configura propaganda eleitoral antecipada a “manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais” (art. 36-A, V). Buscou-se assegurar que as opiniões políticas e eleitorais – positivas ou negativas – dos eleitores não fossem qualificadas como propaganda eleitoral antecipada, em consonância com a liberdade

¹²³ Blog do jornalista Pedro Doria, in www.pedrodoria.com.br – acesso em 17 de fevereiro de 2019.

de expressão e com a própria dinâmica da democracia. De toda forma, observa-se uma intervenção desarrazoada à época no processo eleitoral, que poderia ter sido mitigada pelo juízo eleitoral.

Em obra sobre o tema, a professora Aline Osório destaca que a alteração legislativa não surtiu os efeitos desejados, visto que “manifestações de apoio ou críticas a notórios pré-candidatos publicadas em páginas no Facebook e outras redes sociais por indivíduos sem nenhum envolvimento com o candidato beneficiado continuaram sendo censuradas por conter ‘propaganda antecipada’”¹²⁴.

Exemplo disso é que em 2014, o Ministro Ademar Gonzaga do TSE determinou, a pedido do Ministério Público Eleitoral (MPE), a retirada imediata da página do Facebook chamada de “Eduardo Campos Presidente”, descrita como “página criada para reunir pessoas que querem Eduardo Campos concorrendo a presidente do Brasil em 2014”. O MPE requereu que o TSE aplicasse multa ao então pré-candidato, alegando que ele teria conhecimento da propaganda, já que a página compartilhou diversas postagens por ele publicadas em seu perfil pessoal. Como não havia qualquer indício de que Eduardo Campos fosse o responsável pela manutenção da página, o TSE indeferiu o pedido de aplicação da multa, porém manteve a página suspensa, fora do ar¹²⁵.

Vejamos outros exemplos de paternalismo excessivo da legislação eleitoral, a começar pelo art. 242 do Código Eleitoral de 1965, a seguir transcrito:

Art. 242. A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.

Esse artigo, apesar do evidente anacronismo, é integralmente reproduzido na Resolução nº 23.551/17 (art. 6º), na qual são detalhados os limites sobre propaganda eleitoral, a utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições.

Na parte final do dispositivo, verifica-se uma amplitude normativa e um subjetivismo que dão margem para padrões de interpretação dos juízes eleitorais e do TSE, na definição e no alcance do conteúdo da mensagem que se pretenda proteger. É de se questionar se o TSE teria capacidade de determinar se o conteúdo “artificial cria estados mentais”. Ao mesmo tempo, indaga-se como medir, identificar os tais “estados mentais, emocionais ou passionais”. Questiona-se também se as *fake news* poderiam ser enquadradas na categoria de criação dos

¹²⁴ OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

¹²⁵ TSE, Representação n. 123-04, Rel. Min. Humberto Martins, decisão de 26.03.2014.

citados “estados mentais, emocionais e passionais”, bem como o processo de difusão de mensagens e informações pertencente ao jogo democrático.

Cumprir mencionar que o próprio ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, do TSE, já havia tecido críticas à redação dada na lei, a seguir transcritas:

“não se pode emprestar ao caput do art. 242 do Código Eleitoral uma interpretação que desnature a liberdade de expressão, mormente a partir da compreensão puramente gramatical do dispositivo legal que ostenta redação defeituosa ou no mínimo dúbia, que, se aplicada a ferro e fogo, acaba por esvaziar a própria utilidade das propagandas eleitorais, as quais têm por escopo precípua criar estados emocionais, mentais ou passionais, favoráveis a determinadas candidaturas, forradas por ideias mais ou menos atraentes.”¹²⁶

Nota-se que o Código Eleitoral é pródigo ao tutelar e estabelecer os limites da propaganda partidária, relegando aos órgãos jurisdicionais um papel ainda mais significativo de interpretação da lei, tendo em vista a amplitude normativa conferida e a própria subjetividade da redação legal. Exemplo disso é o art. 243 do Código Eleitoral o qual enumera vários balizamentos que, de alguma forma, têm reflexos limitadores à liberdade de expressão, a seguir transcritos:

Art. 243. Não será tolerada propaganda:

- I - de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes;
- II - que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis;
- III - de incitamento de atentado contra pessoa ou bens;
- IV - de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública;
- V - que implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza;
- VI - que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;
- VII - por meio de impressos ou de objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda;
- VIII - que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito;
- IX - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

Desnecessário dizer que os incisos acima reproduzidos são excessivamente amplos e corroboram a concepção paternalista do direito eleitoral em regulamentar, em minúcias, o processo eleitoral, com possíveis consequências à liberdade de expressão e quanto à divulgação de informações importantes para a decisão de voto. Somado a esta vagueza de conteúdo, igualmente se verifica uma sistematização deficiente das normas no campo eleitoral, as quais muitas foram editadas antes da vigência da Constituição Federal de 1988¹²⁷.

¹²⁶ TSE. Representação n. 120122-DF. Relator: Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Brasília: 23 set. 2014.

¹²⁷ Sobre esse aspecto, vide o comentário de Marcelo Passamani Machado: “A inércia do Legislativo em sistematizar e atualizar as normas eleitorais, bem como a enorme velocidade das transformações provocadas e

Ainda em relação à Resolução nº 23.551/17, o art. 22, § 1º, dispõe que a livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet será passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou a divulgação de fatos sabidamente inverídicos. Em primeiro lugar, é de difícil precisão conceitual definir um “fato sabidamente inverídico”. Esse papel relegado ao TSE pode trazer consequências indesejadas na definição de verdade ou não do conteúdo eleitoral, além da dificuldade logística na identificação do eleitor na internet.

De toda forma, a inserção da expressão “identificável” demonstra que as regras eleitorais já estão sendo adaptadas ao entendimento de que o escopo da vedação constitucional ao anonimato é responsabilizar quem abusa da expressão, sendo a guarda de dados meio eficiente de identificação, já disponibilizado no MCI.

Outros exemplos dizem respeito ao conteúdo expresso no art. 45 da Lei das Eleições (Lei Federal nº 9.504/97), notadamente em seus incisos II, III, IV e V, que trazem restrições à liberdade de expressão política em contexto eleitoral quanto ao conteúdo em propaganda de rádio e televisão. Em resumo, os dispositivos aludidos proibiam a utilização de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio que pudesse degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação (inciso II), e veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação (inciso III).

Em relação a esses dispositivos, foi proposta em 2010 a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4451 perante o STF pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), sendo que o Pleno do Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III, da Lei Federal nº 9.504/1997, bem como, por arrastamento, do § 4º e do § 5º do mesmo artigo, confirmando os termos da medida liminar concedida em julho de 2011. O julgamento de mérito da ADIN se deu em junho de 2018, cuja relatoria do processo foi do Ministro Alexandre de Moraes.

O professor Gustavo Binenbojm, que funcionou como advogado da associação no processo, expõe claramente como esse tipo de dispositivo legal fere, *a priori*, a liberdade de

difundidas pelos meios de comunicação vêm funcionando como um perigoso canto da sereia, atraindo o Poder Judiciário rumo às armadilhas de um ativismo exacerbado. Aquilo que hoje é recebido pela população como uma bem-vinda intervenção moralizante, amanhã pode ser tido pelo mesmo povo como usurpação. Bastam alguns deslizes e excessos”. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (org.). Direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013.

expressão e tem uma perspectiva nitidamente paternalista, como se infere do excerto abaixo reproduzido¹²⁸:

“com efeito, a proibição contravém a perspectiva substantiva das liberdades de expressão, de imprensa e de informação, na medida em que: (i) impede que os indivíduos se informem livremente, decidindo previamente sobre o que as pessoas devem ou não considerar para formar suas convicções políticas; e (ii) proscreeve a exposição, por qualquer pessoa, de suas preferências políticas por meio de emissoras de rádio e televisão. Da perspectiva dos cidadãos, o efeito da norma é nitidamente paternalista, porquanto parte da premissa de que os brasileiros não têm capacidade para ouvir as diversas opiniões existentes no debate público, participar do discurso, se assim desejarem, e tirar suas próprias conclusões. Já da perspectiva dos meios de comunicação a medida tem tormentoso efeito silenciador, porquanto veda, a priori, a manifestação de opiniões, como se o ato de pensar e transmitir ideias não fosse permitido. Trata-se, assim, de inequívoca censura de natureza política e ideológica, que constitui grave embaraço à difusão do pensamento por meio de um veículo de comunicação, em grave afronta ao art. 220, caput e §§ 1º e 2º, CF”.

Elenca-se também como exemplo o art. 53 da Lei das Eleições, repetindo a proibição de se degradar ou ridicularizar candidatos, e agregando mais uma proibição de caráter subjetivo, qual seja de reapresentar “propaganda ofensiva à honra de candidato, à moral e aos bons costumes”.

Art. 53. Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos.

§ 1º É vedada a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido ou coligação infratores à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a requerimento de partido, coligação ou candidato, a Justiça Eleitoral impedirá a reapresentação de propaganda ofensiva à honra de candidato, à moral e aos bons costumes.

Graves são os problemas que podem advir com relação a estes dispositivos: novamente se ressalta a subjetividade da lei – como identificar, objetivamente, a propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos? Pergunta-se se as *fake news* são enquadradas e previstas nesse tipo de conteúdo legal.

Por seu turno, o art. 323 do Código Eleitoral dispõe que é crime “divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado”. Apesar do dispositivo não se tratar de *fake news*, e crimes contra honra, a redação é dúbia e pode deixar margem ao subjetivismo do intérprete da lei, sob o que caracterizar como inverídico ou não.

Não sem razão, a matéria eleitoral é fortemente normatizada quanto ao conteúdo. Some-se a isto, o fato de que o TSE tem poderes para emitir normas que regulamentem as eleições, provocando nas palavras de Monica Caggiano “um extraordinário inchaço

¹²⁸ BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – o Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (org.). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

normativo”¹²⁹, com restrições sobre propaganda eleitoral, regras de divulgação de pesquisas eleitorais antes dos pleitos (chamado período de reflexão calma ou silêncio eleitoral). O ex-ministro do TSE, Henrique Neves, joga luz em um dado significativo, o que ressalta o paternalismo eleitoral:

“A Lei 9.504/97 tem 262 dispositivos. Desses só um quarto tem redação original. Os demais foram alterados, sendo que temos na lei hoje 13 permissões para a propaganda e outras 21 permissões controladas. As proibições, por outro lado, são 36. Além disso, há mais sete crimes ligado à propaganda eleitoral.”¹³⁰.

Tem-se a impressão de que o direito eleitoral ainda não foi irradiado pela sistemática de princípios consagrados na carta constitucional, ao adotar essas condutas restritivas, de caráter paternalista. A regulação eleitoral é, por assim dizer, incoerente, casuística e fica à margem do sistema de direitos fundamentais. Aline Osório é bem crítica à concepção paternalista do direito eleitoral, classificando que a disciplina ainda se encontra em sua infância. Suas conclusões são no sentido de que:

“a dogmática eleitoral experimenta um grave subdesenvolvimento teórico, que se reflete em três principais deficiências. Em primeiro lugar, ainda não se formulou um catálogo de princípios substantivos específicos eleitorais que derivem da Constituição e sejam capazes de conferir unidade e coerência à disciplina. Como resultado, há uma dificuldade de identificação e de equacionamento dos conflitos entre valores e interesses em jogo, que se reflete, sobretudo, na contumaz negligência a respeito da proteção da liberdade de expressão. Em segundo lugar, o direito eleitoral estrutura-se a partir de fundamentos teóricos inconsistentes e contraditórios com o ideal democrático. A disciplina se funda em uma concepção asséptica do processo político, pretendendo suprimir as paixões e os conflitos que são de sua essência; em uma concepção elitista da política, que tem como ideal a marginalização e a diminuição da temperatura política; em uma concepção paternalista, que pressupõe a ausência de capacidade de discernimento dos cidadãos para tomar decisões políticas; (...). Em terceiro lugar, esse ramo do direito possui uma regulação excessiva, assistemática, muitas vezes contraditórias e casuística. A legislação eleitoral brasileira é uma das mais extensas e restritivas do mundo e tem sido objeto de constantes reformas, carentes de coerência e sistematização. A partir desse diagnóstico, conclui-se que o direito eleitoral ainda não foi constitucionalizado, padecendo de um déficit de irradiação dos valores e normas constitucionais, em especial da liberdade de expressão.”¹³¹

Nessa seara, as restrições impostas na legislação eleitoral impedem que os eleitores e indivíduos decidam quais informações entendem relevantes para a formação de suas próprias convicções políticas. Os dispositivos legais transcritos nas páginas antecedentes corroboram a concepção paternalista do direito eleitoral, na medida em que partem da premissa de que os cidadãos não possuem discernimento para analisar propaganda eleitoral, pesquisas eleitorais, e tomar decisões racionais. A adoção de uma visão paternalista no campo eleitoral é, por si só,

¹²⁹ CAGGIANO, Monica Herman S. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (Coordenadora). *O direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹³⁰ VI Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral, realizado em junho de 2018 – Curitiba – PR.

¹³¹ OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

incompatível com a democracia, vez que nega aos indivíduos a autonomia fundamental à própria ideia de autogoverno e de soberania popular.

Sem adentrar na análise de hipóteses que são caras e mais pertinentes à ciência política e à história, talvez o paternalismo eleitoral no Brasil seja fruto da necessidade histórica de combate das inúmeras fraudes eleitorais que marcaram as disputas políticas, vividamente descritas por Victor Nunes Leal e José Murilo de Carvalho, sendo o Estado guindado como mediador e fiador do debate e das relações políticas¹³². O tópico anterior procurou comprovar a hipótese do Poder Judiciário responsável pela mediação e organização do processo eleitoral.

No campo do direito, o professor Daniel Sarmiento discute, com propriedade, as diversas concepções de paternalismo jurídico, sendo que se assenta na ideia de que, pelo menos em algumas situações, o Estado também sabe melhor o que é bom para cada pessoa do que ela mesma. Surge, portanto, a maior crítica ao paternalismo: ele infantiliza os indivíduos, tratando-os como se não fossem capazes de tomar decisões apropriadas sobre as suas próprias vidas¹³³.

Ao mesmo tempo, não é legítimo o Estado intermediar o fluxo de informações nas redes sociais e na internet, estipulando intervalos de tempo em que a discussão política será saudável, ou dizendo até que ponto a defesa de uma ideia, partido ou pré-candidato pode ir.

No caso das *fake news*, na qual há uma plêiade de pessoas enviando e recebendo instantaneamente mensagens por aplicativos de mensagens e redes sociais, sem qualquer preocupação de verificar a autenticidade do conteúdo exposto, até que ponto o Estado pode intervir nessas relações, as quais também são caudatárias ao debate público? Não se advoga na presente dissertação um conceito liberal ampliado ao indivíduo, bem como uma postura de neutralidade do Estado em relação a diferentes concepções da vida, porém em situações nas quais os limites normativos da legislação eleitoral e as fronteiras são nebulosas, existem riscos, em tese, de violação da liberdade de expressão sob o pretexto de restrição da divulgação das *fake news*.

Ademais, a regulamentação excessiva do processo eleitoral também chama a atenção para uma concepção asséptica do processo político, que nas palavras de Aline Osório, “pretende suprimir as paixões, os conflitos e as pretensas impurezas que são de sua essência”. Como já debatido no art. 242 do Código Eleitoral, é juridicamente inconcebível fazer um

¹³² Vide as obras clássicas de Victor Nunes Leal (Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil) e José Murilo de Carvalho (Cidadania no Brasil: o longo caminho).

¹³³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

controle do que sejam “estados mentais, emocionais ou passionais” dos meios publicitários e do conteúdo veiculado.

É válido dizer que não há como dissociar as escolhas eleitorais de experiência afetivas, como a empatia, a insatisfação, o medo, e acreditar na “verdade” de determinado candidato. O jogo político se exerce com razão e argumentos, mas também com paixão e confrontos. Essa imagem asséptica de moralização da política é contrária à própria natureza humana, bem como ao cálculo político, tão bem descrito por Maquiavel no “Príncipe”.

Para além do excesso normativo e o papel de guardião exercido pelo TSE, as disposições normativas (leis e instruções do TSE) são, na maioria das vezes, vagas e abrem espaço para o subjetivismo das partes e dos julgadores quanto a sua aplicação, o que, por sua vez, reflete em decisões contraditórias e um enorme volume de ações judiciais, o que favorece a ampla judicialização do processo eleitoral, conforme se verá analiticamente no capítulo 3.

Portanto, sem que haja liberdade de expressão e de informação e seja franqueada ampla possibilidade de debate de todos os assuntos relevantes para a formação da opinião pública, não há que se cogitar em democracia. Para finalizar, Robert Dahl defende que a caracterização de uma sociedade verdadeiramente democrática não exige apenas eleições livres, justas e frequentes, cidadania inclusiva e autonomia para as associações, como os partidos políticos, mas também, e sobretudo, respeito à liberdade de expressão e de formas de informação diversificadas¹³⁴.

Em uma esfera de debate público qualificado, o controle sobre quais conteúdos e tons de crítica ou comentários, seja na internet ou nas redes sociais, deve ser feito pelos próprios indivíduos, não podendo a Justiça Eleitoral estabelecer o padrão de crítica ou de civilidade aceitável no processo eleitoral, bem como determinar os *standards* de conteúdo verdadeiro ou falso.

Evidentemente, a possibilidade de abusos e de produção de danos a candidaturas é frequente e constante no ambiente cibernético. As *fake news* podem rapidamente se disseminar pela rede, valendo-se dos recursos de compartilhamento de publicações. Todavia, como defendido ao longo dessa dissertação, o Poder Judiciário (no caso específico, a Justiça Eleitoral) deve atuar apenas nos casos mais graves, forma excepcional e fundamentada. Nesses casos, os danos injustos à reputação devem ser reparados preferencialmente por meio do direito de resposta (também assegurado na internet – art. 57-D, da Lei das Eleições) e por outros mecanismos previstos na legislação que não envolvam a retirada do conteúdo.

¹³⁴ DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001.

3 PROPOSTAS REGULATÓRIAS DE *FAKE NEWS*: DO PARLAMENTO BRASILEIRO ÀS DECISÕES DO TSE DE AVALIAÇÃO DAS *FAKE NEWS*

3.1 Medidas e decisões do TSE de combate às *fake news*

Após as considerações feitas sobre o paternalismo excessivo do TSE e o seu relacionamento com a liberdade de expressão, o presente tópico tem por finalidade investigar algumas medidas e decisões específicas tomadas pelo TSE de combate às *fake news*, mais propriamente nos meses que antecederam aos debates das eleições presidenciais de 2018. Serão identificados os argumentos empregados nas decisões do TSE para determinar o que é *fake news* ou não, capazes de macular a candidatura de algum postulante ao cargo público, bem como o debate político.

Ao mesmo tempo, é importante jogar luz no seguinte dado. As campanhas eleitorais brasileiras estão há décadas ancoradas em veiculação gratuita de propaganda de televisão e de rádio. A reforma eleitoral em 2015 (Lei Federal nº 13.165/15, alterada em parte pela Lei Federal nº 13.488/17) acrescentou dispositivos importantes na Lei das Eleições sobre propaganda política realizada na internet¹³⁵.

¹³⁵ Art. 57-A. É permitida a propaganda eleitoral na internet, nos termos desta Lei, após o dia 15 de agosto do ano da eleição.

Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

I - em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

II - em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

III - por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação;

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por:

a) candidatos, partidos ou coligações; ou

b) qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos.

§ 1º Os endereços eletrônicos das aplicações de que trata este artigo, salvo aqueles de iniciativa de pessoa natural, deverão ser comunicados à Justiça Eleitoral, podendo ser mantidos durante todo o pleito eleitoral os mesmos endereços eletrônicos em uso antes do início da propaganda eleitoral.

§ 2º Não é admitida a veiculação de conteúdos de cunho eleitoral mediante cadastro de usuário de aplicação de internet com a intenção de falsear identidade.

§ 3º É vedada a utilização de impulsionamento de conteúdos e ferramentas digitais não disponibilizadas pelo provedor da aplicação de internet, ainda que gratuitas, para alterar o teor ou a repercussão de propaganda eleitoral, tanto próprios quanto de terceiros.

§ 4º O provedor de aplicação de internet que possibilite o impulsionamento pago de conteúdos deverá contar com canal de comunicação com seus usuários e somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes do conteúdo impulsionado 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 pela Justiça Eleitoral.

§ 5º A violação do disposto neste artigo sujeita o usuário responsável pelo conteúdo e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário, à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil

Deve-se dizer que não é objeto de estudo dessa dissertação a análise de todos os dispositivos legais da propaganda eleitoral na internet (transcritos na nota de rodapé), contudo se admite que as regras abrem a possibilidade de um novo cenário de campanha, ainda menos transparente, sensível a novas formas de financiamento de campanha, para além dos temas afetos à coibição das *fake news*¹³⁶.

De toda forma, o TSE vem exercendo um papel de fiscalização ativa e vigilante da liberdade de expressão e dos conteúdos veiculados, sobretudo, nas redes sociais, em que pesem as dificuldades encontradas para contenção das *fake news*, expressamente admitida pela atual presidente do TSE, Ministra Rosa Weber¹³⁷.

Esse ponto é melhor compreendido a partir do momento em que serão analisadas algumas decisões proferidas pela Corte Eleitoral, traçando parâmetros sobre a remoção de mensagens veiculadas, o que, em tese e a princípio, colide com o princípio da liberdade de expressão e de sua posição preferencial no ordenamento jurídico. Para tanto, serão analisadas as seguintes decisões do TSE, asseverando que a pesquisa foi feita por amostragem e tem por recorte temporal o período de junho a outubro de 2018, de acordo com a tabela a seguir visualizada:

Medida	Número	Ministro Relator	Data de Julgamento
Consulta	0601018-71.2018.6.00.0000	Tarcisio Vieira de Carvalho Neto	25.09.2018
Representação*	0601635-31.2018.6.00.0000	Sérgio Silveira Banhos	08.10.2018
Representação	0601500-19.2018.6.00.0000	Sérgio Silveira Banhos	29.09.2018
Representação	0601601-56.2018.6.00.0000	Carlos Horbach	06.10.2018
Representação	0600546-70.2018.6.00.0000	Sérgio Silveira Banhos	07.06.2018
Representação	0601597-19.2018.6.00.0000	Carlos Horbach	21.10.2018

reais) ou em valor equivalente ao dobro da quantia despendida, se esse cálculo superar o limite máximo da multa.

¹³⁶ Para as reflexões sobre a temática, vide o artigo: “TSE consegue fiscalizar políticos de mil faces nas redes?”, escrito por Iago Bolivar e Felipe Recondo, em 28.10.2018. Publicado no Jota.

¹³⁷ Declaração da presidente do TSE, Ministra Rosa Weber: “Se tiverem a solução para que se evitem ou se coibam as *fake news*, por favor nos apresentem, nós ainda não descobrimos o milagre”. Folha de São Paulo, 21.10.2018.

Em primeiro lugar, destaca-se que o instrumento jurídico mais utilizado proposto pelos partidos e coligações diz respeito à representação à Justiça Eleitoral¹³⁸. Ao final da dissertação, estão disponibilizadas as cópias integrais das decisões proferidas pelo TSE, que são parte integrante dos anexos.

Inicialmente, cumpre assinalar que o TSE, por questões processuais, perdeu uma oportunidade significativa de analisar alguns pressupostos materiais sobre as notícias falsas, ao não conhecer os termos da consulta nº 0601018-71.2018.6.00.0000 formulada pelo Partido Novo (NOVO), a seguir resumida:

a) quais as medidas não contenciosas que vêm sendo tomadas por esta c. Corte Superior para impedir a desinformação do eleitor por meio da disseminação pulverizada de informações falsas, injuriosas, caluniosas e difamatórias sobre candidatos em plataformas digitais? b) a pretensão de garantir a liberdade do voto, considerando a relevância desse ato decisório que é concentrado no tempo, que é datado e cujos efeitos se estendem por anos, exige que a Justiça Eleitoral determine que as plataformas digitais retirem, independentemente da indicação individual e específica da URL de cada postagem, todo o conteúdo idêntico que dissemine informação falsa, injuriosa, caluniosa ou difamatória a respeito de candidatos? c) A disrupção tecnológica e a interferência na manifestação de vontade do eleitor exige a reeleitura dos art. 35, incisos IV, V e XVII, no art. 129 e no art. 242, parágrafo único, todos do Código Eleitoral no sentido de que os juízes eleitorais possuem competência para exercer poder de polícia administrativa determinando a retirada de conteúdo falso, injurioso, calunioso ou difamatório de plataformas digitais e aplicativos de mensagens? (ID nº 311698 – p. 6).¹³⁹

O ministro relator da consulta chama atenção para relevância e a contemporaneidade da matéria e dos esforços já envidados pelo TSE, porém rejeita o conhecimento da consulta com fundamento de que o exame resta impossibilidade por se tratar de situação fática, cujos tópicos não se enquadram na natureza jurídica das consultas, previsto em regimento interno. Foram citados alguns precedentes para indeferimento da consulta, a exemplo da consulta nº 1.718/DF, de Relatoria do Ministro Arnaldo Versiani, publicado em 19.10.2009. Por fim, não há previsão normativa no sentido de atribuir caráter vinculante às respostas dadas às consultas¹⁴⁰.

No que tange à representação nº 0601635-31.2018.6.00.0000, o ministro relator Sérgio Silveira Banhos invoca o fundamento do art. 33, caput da Resolução nº 23.551/17 – TSE, na qual a atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático. A primeira premissa que

¹³⁸ “A reclamação eleitoral é o poder de exteriorizar a liberdade política e exigir do Estado providência administrativa ou jurisdicional para coibir práticas abusivas ou contrárias ao direito. A tutela que se busca pode ter um caráter inibitório ou repressivo, que tem por escopo fazer cessar ou impedir que o ato abusivo continue, como pode ter caráter repressivo”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Código Eleitoral interpretado. São Paulo: Atlas, 2011.

¹³⁹ Consulta nº 0601018-71.2018.6.00.0000, Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Sessão de 25.09.2018. O TSE, por unanimidade, não conheceu da consulta, nos termos do voto do relator.

¹⁴⁰ STF, MS nº 26.604/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgamento em 04.10.2007 (Plenário).

se estabelece diz respeito ao reconhecimento da “menor intervenção” da Justiça Eleitoral no debate democrático. Contudo, o relator concedeu a medida liminar sob o seguinte fundamento:

“entendo viável a concessão da liminar, porquanto o conteúdo ora questionado mancha a imagem da candidata representante perante o público católico e cristão, com o objetivo evidente de interferir no pleito eleitoral. Ademais, a mídia foi claramente editada com uso de montagem – por meio da qual se desvirtuou o conteúdo original do vídeo produzido pela candidata representante para combater a homofobia nas escolas –, contendo agressão e ataque à imagem da candidata, **atribuindo-lhe conceito sabidamente inverídico**”. (grifo nosso)

Diante desse trecho da decisão, questiona-se: como o Ministro Relator pode determinar a “atribuição de um conceito sabidamente inverídico”? A princípio, esse ponto não foi esclarecido na decisão, tendo como base somente as informações veiculadas na representação protocolada pelos advogados de defesa da representante. Houve, evidentemente, uma análise do mérito na representação, sendo a fundamentação da decisão adstrita ao mecanismo de alteração e manipulação do vídeo produzido, o qual supostamente era inverídico.

Por seu turno, ao analisar os termos da representação nº 0601597-19.2018.8.6.00.0000, a coligação representante sustentou a existência de *fake news* propagada nas redes sociais, na qual, em resumo, a “milícia armada colombiana (FARC) presta apoio ao Partido dos Trabalhadores”. Diferentemente da representação anteriormente analisada, o Ministério Público Eleitoral manifestou-se pela improcedência da representação, a seguir transcrito:

Eleições 2018. Representação eleitoral. Presidente da República. Propaganda irregular. Direito de crítica próprio da liberdade de expressão.

1. Descabe rotular de sabidamente inverídica a narrativa lastreada em fatos veiculados na imprensa.
2. As críticas de cunho político são albergadas pelo *prima facie* direito à liberdade de expressão.
3. A circulação de ideias revela-se essencial para a configuração de um espaço público de debate e, por conseguinte, para a própria conformação do Estado Democrático de Direito.

Parecer pela improcedência dos pedidos contidos na inicial.

O ministro relator acompanhou integralmente o entendimento exarado pelo MPE. Nesse caso, o princípio da liberdade de expressão foi invocado, trazendo como fundamento que o caráter dialético das disputas político-eleitorais exige deferência ao aludido princípio, com a recomendação de intervenção mínima do Judiciário nas manifestações e críticas próprias do embate eleitoral¹⁴¹. Ao mesmo tempo, o TSE possui jurisprudência no sentido de

¹⁴¹ AgR-RO nº 758-25/SP, Rel. designado Min. Luiz Fux, DJe 13.9.2017.

que o “conceito, a imagem ou a afirmação sabidamente inverídica é aquela comprovada *prima facie*, sem necessidade de maiores informações”¹⁴².

Nota-se que não existe a definição de parâmetros precisos nas decisões proferidas pelo TSE, que, de modo errático, por vezes confere primazia ao princípio da liberdade de expressão, sendo que em outras situações decide o que seria “inverídico ou não”, com base apenas em relatos e matérias fáticas.

Lado outro, a representação nº 0601500-19.2018.6.00.0000 tem como pano de fundo o impulsionamento de conteúdo por meio da internet, sendo que a inicial não traz maiores comprovações probatórias, motivo pelo qual a medida limitar foi indeferida pelo ministro relator. Não foram abordados especificamente critérios de identificação das *fake news*.

Já na representação nº 0600546-70.2018.6.00.0000, o ministro relator desenvolve apontamentos interessantes sobre a disseminação das *fake news* no ambiente cibernético. Para o ministro, a intervenção da Justiça Eleitoral deve “ser firme, mas cirúrgica”. Aponta também critérios para a identificação das *fake news* nas redes sociais, a seguir transcritos da decisão:

“Aliás, a conformação estilística das postagens também pode apontar, indiciariamente, a existência de conteúdo falso. Ainda que não se possa afirmar que todas as *fake news* sejam redigidas da mesma forma, pesquisas recentes já indicam a existência de um padrão relativamente comum nesse tipo de publicação, identificável até mesmo pela inteligência artificial. Indicam-se, como traços comuns: a manchete sensacionalista, a prevalência da primeira pessoa no texto, erros de gramática e coesão e o uso de palavras de julgamento e extremismo.”

Essa decisão é interessante na medida em que a Justiça Eleitoral suscita indícios de *fake news* a partir das publicações dos perfis nas redes sociais, procurando investigar se as informações repassadas carecem de fonte, de referência, bem como o padrão estilístico da mensagem (formatação, erros de português, formato de redação e conteúdo sensacionalista).

Por fim, na representação nº 0601601-56.2018.6.00.0000 ajuizada pela Coligação O Povo Feliz de Novo, houve análise caso a caso das postagens, tomando-se como parâmetro o § 2º do art. 25 da Resolução TSE nº 23.551/2017 dispõe que, “sem prejuízo das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável, a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais”.

Desse modo, a conclusão das decisões estudadas é no sentido de que não existe um padrão pré-definido pela Corte Eleitoral de identificar o que é *fake news* ou não, sendo, por vezes, identificada uma análise aleatória, sem sistematização de parâmetros definidores de

¹⁴² Precedentes: a Rp nº1431-75/DF, rel. Min. Admar Gonzaga; o Rp nº 1266-28/DF, rel. Min. Herman Benjamin; RRp nº 1211-77/DF, rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

conteúdos “verídicos ou inverídicos”. Em razão das decisões proferidas pelo TSE, o tópico seguinte estuda as propostas regulatórias de *fake news* no Parlamento brasileiro, discutindo os projetos de lei intentados sobre o assunto.

3.2 Propostas regulatórias de *fake news* no Parlamento brasileiro

O presente tópico tem por finalidade apresentar e discutir as propostas legislativas intentadas no âmbito do Parlamento brasileiro, as quais teriam, em tese, o propósito de regulamentar as *fake news* no âmbito legislativo.

Como se verá adiante, os projetos de lei possuem a finalidade legislativa, em sua maioria, de criminalização das *fake news*, os quais podem redundar em um efeito perverso na liberdade de expressão e consequências nefastas ao sistema constitucional de liberdades comunicativas, inadequadas para o funcionamento normal e regular da democracia, que tem por pressupostos básicos e estruturantes a liberdade de informação e de pensamento.

Ao mesmo tempo, serão criticadas as propostas legislativas que tratam de forma rasteira e míope o tema, visto que as mesmas não têm o devido cuidado de analisar profundamente as causas das *fake news* e quais os direitos estariam em risco em caso de regulamentação excessiva. Visualiza-se um senso de imediatismo do legislador brasileiro em dar uma resposta de regulamentação das *fake news*, apesar das dificuldades e dos limites interpretativos já descritos nessa dissertação.

As propostas de regulamentação perpassam na maioria das vezes pela criação um tipo penal que, necessariamente, criminalize as condutas praticadas. Sobre a matéria penal, a CF/88 é clara no art. 22, inciso I de que compete privativamente à União legislar sobre direito penal, motivo pelo qual o *locus* competente para deliberar, procedimentalmente, sobre a matéria é o Congresso Nacional.

Em pesquisa por amostragem no sítio eletrônico do Congresso Nacional, foram identificados até o momento seis projetos de lei, sob as mais diferentes exposições de motivos e justificativas. Os projetos de lei e as respectivas minutas serão acostadas no arquivo da dissertação. Percebe-se que as justificativas apresentadas são sofríveis, e carecem de fundamentos teóricos que balizem qualquer tentativa de regulamentação.

Em termos de justificação legislativa, interessante trazer a lume à tese apresentada pela professora Ana Paula de Barcellos acerca do direito à justificativa no devido processo de elaboração normativa. Para a professora:

“o objetivo do direito constitucional ao devido procedimento na elaboração normativa é garantir um procedimento, a saber, a exibição pública de uma justificativa que aborde determinados conteúdos mínimos. Nesse sentido, o devido procedimento na elaboração normativa promove a aplicação naturalmente limitada, mas ainda assim indispensável, de normas constitucionais fundamentais ao processo de elaboração de normas jurídicas pelo Estado brasileiro.”¹⁴³

Nessa seara, as justificativas apresentadas dos PL de *fake news* são pífias e tampouco abordam conteúdos mínimos exigidos dentro de um regime republicano e democrático. É de se repisar que o legislador tem ampla discricionariedade para decidir acerca dos atos legislativos, e em menor medida outros agentes com competência normativa, mas não está livre para ser absurdo, ilógico, abusivo, aleatório ou inconsequente¹⁴⁴.

Sem adentrar em questões próprias ao direito penal, é importante asseverar o seguinte: o tipo penal é formado pelos preceitos primário (descrição da conduta proibida) e secundário (sanção penal prevista para determinada conduta). Os elementos que compõem o tipo penal são de ordem objetiva, de caráter descritivo ou normativo, além do elemento subjetivo. Nessa linha, o tipo penal deve guardar, minimamente, as descrições normativas que permitem aferir se o bem jurídico tutelado foi penalmente violado ou não.

É oportuno ilustrar que alguns verbos típicos foram escolhidos para criminalizar as *fake news*, como exemplo: divulgar informação, modificar, desvirtuar a verdade, compartilhar informação falsa ou incompleta, como se enxerga nos PLs:

Projeto de Lei nº _____, de autoria do deputado Pompeo de Mattos – PDT-RS
 Art. 287-A – Divulgar informação ou notícia que sabe ser falsa e que possa modificar ou desvirtuar a verdade com relação à saúde, segurança pública, economia ou processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.
 Pena – detenção, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.
 § 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet, redes sociais ou outro meio que facilite a disseminação da informação ou notícia falsa:
 Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.
 § 2º A pena aumenta-se de um a dois terços se o agente divulga a informação ou notícia falsa visando obtenção de vantagem para si ou para outrem.

Projeto de Lei nº 8.592/17, de autoria do deputado Jorge Côrte Real – PTB/PE
 “Divulgação de informação falsa
 Art. 287-A Divulgar ou compartilhar, por qualquer meio de comunicação social capaz de atingir um número indeterminado de pessoas, informação falsa ou prejudicialmente incompleta, sabendo ou devendo saber que o são.
 Pena – detenção, de um a dois anos.”

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

¹⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

¹⁴⁴ FLUECKIGER: “Le législateur dispose d’un vaste espace d’autonomie créatrice dans le cadre des règles constitutionnelles et légales. Il n’est cependant pas libre d’échapper à l’exigence de rationalité”.

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

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

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

Projeto de Lei do Senado nº 473/2017

“Divulgação de notícia falsa

Art. 287-A - Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.”

Apesar de não constituir o objeto central deste estudo, destaca-se que o direito penal é um dos setores do ordenamento jurídico onde mais se acentua a tensão entre o legislador e a Corte Constitucional, na medida em que são positivados tipos penais que procuram restringir a liberdade de expressão com a criminalização das *fake news*. Como apontado pelo professor colombiano Carlos Bernal Pulido:

“aduz-se que atribuir a categoria de puníveis a determinados comportamentos que se consideram nocivos à vida social e fixar as sanções que devem ser impostas no caso que se realizem esses comportamentos é um assunto de política criminal, alheio a todo tipo de certezas dedutíveis dos direitos fundamentais, e que portanto deve-se deixar nas mãos dos consensos e das transações parlamentares que se refletem na legislação.”¹⁴⁵

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

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

¹⁴⁵ PULIDO, Carlos Bernal. O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal. In: SOUZA NETO, Daniel Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

com a correspondente criminalização. Ao mesmo tempo, existe um alarmismo das autoridades brasileiras na tentativa de regulamentação de um tema complexo, cujo conceito, seja para fins de tipificação penal ou enquadramento na Constituição Federal, apresenta dificuldades intrínsecas, até mesmo de caráter linguístico.

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

Pode-se apontar que as proposições legislativas trazidas não tocam na questão central das *fake news*, sequer conseguem identificá-las. Políticas legislativas, ainda mais de caráter penal, não teriam esse condão. Um direito fundamental, qual seja da liberdade de expressão e do direito à informação, não pode ser suprimido ou ameaçado por uma norma infraconstitucional, sob pena de empobrecer o debate e trazer, novamente, uma medida inócua, sem efetividade. O professor Carlos Bernal Pulido consegue pontuar precisamente essa questão:

“o constitucionalismo impossível é aquilo que se deriva da faceta negativa dos direitos fundamentais, e consiste na proibição de que a lei penal intervenha em excesso no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na liberdade pessoal e nos demais direitos do indivíduo. O constitucionalmente necessário é aquilo que ordenam os direitos de proteção, ou seja, que os bens mais preciosos do indivíduo sejam protegidos pelo legislador de maneira eficaz e suficiente contra as intervenções do Estado e dos particulares.”¹⁴⁶

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

“Não existe uma solução normativa para isso. Países europeus estão à beira de criar normas regulatórias, mas a regulação cabe a escapes e pontos de desvio, porque é um fenômeno enraizado, é a expressão do efeito do modelo de comunicação. Existem alternativas em processo de formulação. Um deles é o processo de letramento, educar a sociedade para compreender o protocolo de comunicação no qual ela vive, desautomatizar a comunicação ou desautomatizar a posição de receptor.”¹⁴⁷

Portanto, oponho-me a qualquer tentativa de criminalização das *fake news* por meio da propositura de projetos de lei. Marco Antonio da Costa Sabino traz até uma metáfora interessante sobre o assunto, na medida em que “quando um anteprojeto de lei surge, a

¹⁴⁶ PULIDO, Carlos Bernal. O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal. In: SOUZA NETO, Daniel Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁴⁷ Entrevista com o professor Antônio Fausto Neto, denominada de “Investir na apuração para enfrentar as *fake news* é como remendar um cano furado”. Publicada na Revista do Instituto Humanitas Unisinos, nº 520, ano XVIII, de 23.04.2018.

censura sorri. Ela, censura, que é sempre dissimulada, não se apresenta como tal, queda escondida. Fica sempre à espreita, aguardando uma oportunidade de disfarçar-se e capturar um pretexto para, então, agir”. De acordo com o professor:

“Não é possível criminalizar a divulgação de fake news, não é cabível que a lei fixe, sequer sob bom pretexto, a censura, efetiva ou potencial. A elaboração e a manipulação de informações é, deusas, deplorável, mas não é um ato normativo incriminador que vai resolver. O risco do remédio, no caso do anteprojeto de lei, é matar o paciente. Imagine-se que uma das interpretações possíveis para a legislação projetada é a de que o provedor de aplicações deva derrubar o conteúdo em vinte e quatro horas após apresentada reclamação: será que essa disposição não será palco para abusos e mais abusos, violações que podem implicar em autocensura por parte do provedor?”¹⁴⁸

A democracia deve conviver com as mensagens falsas, sendo que já existem meios jurídicos e legais de identificar e punir o que é atentatório à dignidade do indivíduo, sob pena de macular o que é mais estruturante no regime democrático: a liberdade de expressão e de pensamento.

¹⁴⁸ SABINO, Marco Antônio da Costa. “*Fake news*: a censura sorri no canto da sala”. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fake-news-censura-sorri-no-canto-da-sala-05032018. Acesso em: 10 mar. 2018.

CONCLUSÕES

“O partido lhe dizia para rejeitar as provas materiais que seus olhos e ouvidos lhe oferecessem. Essa era sua instrução final, a mais essencial de todas. O coração de Winston ficou pesado quando lhe veio ao espírito o imenso poderio reunido contra ele. (...) O óbvio, o tolo e o verdadeiro tinham de ser defendidos. Os truísmos são verdadeiros, não se esqueça disso. Com a sensação de estar falando com O'Brien e também de expor um axioma importante, escreveu: *liberdade é a liberdade de dizer que dois mais dois são quatro. Se isso for admitido, tudo o mais é decorrência*”. George Orwell, 1984.

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

Por óbvio, não vivemos em um Estado totalitário, capaz de controlar todos os aspectos sociais do ser humano, porém estamos diante de um mundo desconhecido (internet e redes sociais), que têm um potencial gigantesco e infindável a ser explorado. Isso é intrigante pela dificuldade em se trazer amarras e mecanismos de regulamentação das *fake news*, diante de um instrumento tentacular, cuja velocidade de disseminação das informações é assustadora.

Nesse caleidoscópio de conhecimentos, em que diversas áreas reivindicam o protagonismo dos estudos das *fake news*, os campos do direito constitucional e eleitoral constituem instrumentais úteis e adequados para investigá-las. Como se procurou fazer ao longo da dissertação, existe um relacionamento tormentoso e desconhecido entre *fake news* e democracia. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), nas eleições presidenciais de 2018, se viu diante de uma cruzada quixotesca para tentar compreender o fenômeno das *fake news*, ao mesmo tempo em que se buscava, sem sucesso, fórmulas e soluções para contê-las.

Ao avançar nesse aspecto, observa-se que as decisões proferidas pelo TSE se tornaram verdadeiras “comissões da verdade”, definindo o que é verdade ou não em relação a determinada candidatura. A vigilância da Corte Eleitoral representa uma intervenção excessiva, paternalista do Estado no debate e no processo eleitoral, ao mesmo tempo em que se visualiza uma legislação eleitoral completamente assistemática, desorganizada, asséptica e sem muita correspondência com os princípios constitucionais que norteiam a democracia.

Essa legislação eleitoral tece minúcias e proibições constantes, principalmente no campo das propagandas eleitorais, que tutelam o indivíduo e as campanhas, relegando a segundo plano o direito de liberdade de expressão.

De toda maneira, explicou-se também as razões históricas pelas quais se deu a transferência paulatina da mediação do processo eleitoral, antes calcado nos Poderes Legislativo e Executivo, para o Poder Judiciário, o único poder cujo provimento de seus membros não é vinculado diretamente ao procedimento eleitoral e de escolha dos eleitores.

Como disposto, a presente dissertação defende que o princípio da liberdade de expressão seja amplificado e tenha sua efetividade constitucional contemplada, visto que, em regimes democráticos e representativos, o voto e a liberdade de expressão são tidos como dois mecanismos essenciais de legitimação da democracia. Evidentemente, esses mecanismos não se bastam, motivo pelo qual é fundamental estabelecer as premissas e as regras do jogo eleitoral, que assegurem a liberdade de expressão e a garantia de um processo eleitoral justo e legítimo.

Contudo, observa-se que o Parlamento brasileiro não compreende bem os conceitos e as implicações das *fake news* para a democracia. Os projetos de lei reproduzidos nesta dissertação têm, em sua grande maioria, a finalidade de criminalizar a disseminação das *fake news*, o que, por consequência, tem um efeito perverso na liberdade de expressão, causando, inclusive, o chamado efeito silenciador ou de resfriamento (*chilling effect*). Como dito anteriormente, no âmbito eleitoral, é difícil haver uma categorização *a priori* do que seja verdade ou não em um debate eleitoral, já que a política também se exerce com paixão e emoção.

A regulamentação rasteira e míope das *fake news* pelo legislador brasileiro deixa claro o senso de oportunismo e de imediatismo em lidar com um tema complexo, que apresenta nuances significativas. A sua criminalização remonta à dificuldade em se categorizar propriamente o tipo penal, tendo em vista a vagueza das expressões utilizadas pelo legislador, a exemplo de “notícia que sabe ser falsa”, “corromper a verdade” e outras. Há outro problema dos riscos envolvidos na atribuição de poder às autoridades estatais para arbitrar o que é verdadeiro e falso, e o que pode ou não ser avaliado a partir de critérios de verdade e falsidade.

Diante dessas conclusões, convém lembrar que igualmente não se vislumbra no trabalho uma solução pronta e acabada para conter as *fake news* no processo eleitoral, porém defende-se que a análise quanto à remoção das *fake news* deve ser feita *in casu*, mediante decisão judicial, com o sopesamento concreto das consequências e implicações dos direitos

constitucionais afrontados (por exemplo, liberdade de expressão/informação e privacidade), após a verificação e checagem do conteúdo das mensagens tidas como falsas.

Evidentemente, a possibilidade de abusos e de produção de danos a candidaturas é frequente e constante no ambiente cibernético. O Poder Judiciário (no caso específico, a Justiça Eleitoral) deve atuar apenas nos casos mais graves, forma excepcional e fundamentada. Nesses casos, os danos injustos à reputação devem ser reparados preferencialmente por meio do direito de resposta e por outros mecanismos previstos na legislação que não envolvam a retirada do conteúdo.

A democracia depende da liberdade de expressão para sobreviver, e o contrário é verdadeiro. Determinar a remoção imediata de todo conteúdo considerado *fake news*, sem critérios claros e de maneira oportunista, significa cercear a liberdade de expressão e o clamor por transparência e responsabilidade na gestão da coisa pública. É preciso que o debate sobre as *fake news* seja maduro e envolva mais parcelas da sociedade civil, construindo um caminho mais inclusivo para a política e sem asfixiar as liberdades, duramente conquistadas após os anos de ditadura militar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Livros e artigos acadêmicos

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. *Social Media and Fake News in the 2016 Election*. Journal of Economic Perspectives. Volume 31, Number 2. Spring 2017.

ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*. Texto foi publicado pela primeira vez em The New Yorker, em fevereiro de 1967 e integrado ao livro “*Between Past and Future*”, em 1968.

ARRUDA JR., Edmundo L.; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Os Direitos de Personalidade no Código Civil Brasileiro*. Artigo publicado em 1997 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal.

ASH, Timothy Garton. *Free Speech – Ten Principles for a Connected World*. London: Atlantic Books, 2016.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *Formação do Império Americano (da guerra contra a Espanha à guerra no Iraque)*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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

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

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e jurisdição constitucional – o Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

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

CAGGIANO, Monica Herman S. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (Coordenadora). *O direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

CAMPOS, Ricardo; MARANHÃO, Juliano; BENEVENUTO, Fabrício. *Fake news e a crônica do caixa 2 anunciado*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/04/ricardo-r-campos-juliano-maranhao-e-fabricio-benevenuto-fake-news-e-a-cronica-do-caixa-2-anunciado.shtml?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=twfolha. Acesso em: 16 mai. 2018.

CARVALHO, Gustavo Arthur Lobo de; KANFER, Gustavo Guilherme Bezerra. *O tratamento jurídico das fake news*. Artigo publicado no sítio eletrônico Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-tratamento-juridico-das-fake-news-08032018>. Acesso em 08 mar. 2018.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASAGRANDE, Cássio. *'The Post – A Guerra Secreta' vai muito além da liberdade de imprensa*. Disponível em: www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/the-post-guerra-secreta-vai-muito-alem-da-liberdade-de-imprensa-22022018. Acesso em: 22 fev. 2019.

CASAGRANDE, Cássio. *Infiltrado na Klan: discurso violento e liberdade de expressão*. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/infiltrado-na-klan-discurso-violento-e-liberdade-de-expressao-28012019>. Acesso em: 22 fev. 2019.

CASTELLS, Manuel. *O Poder da Comunicação*. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

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

CHINELLATO, Silmara J. de A. Marco Civil da Internet e direito autoral: Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

COHEN, Joshua. 1993. "Freedom of Expression". *Philosophy and Public Affairs* 22 (3): 207-63.

D'ANCONA, Matthew. *Pós-Verdade: a nova Guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Barueri: Faro Editorial, 2018.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2011.

DARNTON, Robert. *Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora EDUSP, 2013.

FINE, Toni. *Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Verdade e subjectividade (Howison Lectures)*. Revista de Comunicação e linguagem. nº 19. Lisboa: Edições Cosmos, 1993.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

GRANOVETTER, Mark. "The strenght of weak ties: a network theory revisited". *Sociological Theory*, vol. 01, 1983.

GROSS, Clarissa Piterman. *Fake News e Democracia: discutindo o status normativo do falso e a Liberdade de expressão*. In: RAIS, Diogo (coord.). *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GUESS, Andrew; NYHAN, Brendan; REIFLER, Jason. *Selective Exposure to Misinformation: Evidence from the consumption of fake news during the 2016 U.S. presidential campaign*. European Research Council, publicado em 09 jan. 2018.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HELD, David. *Models of democracy*. Stanford: Stanford University Press, 1987.

IGLESIAS, Francisco. *Trajectoria política do Brasil: 1500 – 1964*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ILLADES, Esteban. *Fake News: la nueva realidad*. Ciudad de México: Grijalbo, 2018.

KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. Lisboa: Edições 70, 2011.

KONOPACKI, Marco. *Blockchain e identidades digitais: caminhos para uma nova democracia*. Artigo obtido no sítio eletrônico do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio

(ITS-Rio). Disponível em: <http://feed.itsrio.org/blockchain-e-identidades-digitais-caminhos-para-uma-nova-democracia>. Acesso em 07 mar. 2018.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

LEMOS, Ronaldo. *A Sociedade Contra-Ataca: o marco civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil*. Revista Observatório Itaú Cultural, nº 16. São Paulo: jan./jun. 2014.

LEMOS, Ronaldo; FELICE, Massimo di. *A Vida em Rede*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014.

LEMOS, Ronaldo. “Batalha pela realidade está começando: quem acha que o tempo das *fake news* está passando precisa pensar melhor”. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2018/04/batalha-pela-realidade-esta-comecando.shtml>. Acesso em: 07 mai. 2018.

LEMOS, Ronaldo. “Uma breve história da criação do Marco Civil” in DE LUCCA, Newton et al (eds), *Direito & Internet III: marco civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código Eleitoral interpretado*. São Paulo: Atlas, 2011.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão*. ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson e CAMPOS, Ricardo (coordenadores). *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

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

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

MEYER PFLUG, Samantha R.; LEITE, Flávia P. A. A liberdade de expressão e o direito à privacidade no marco civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). *Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. São Paulo: Editora Hedra, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Confiança na mídia: responsabilidade civil por danos causados por *Fake News*. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson e CAMPOS, Ricardo (coordenadores). *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

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

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Fake News e censura: a mais nova história de uma proposta que ninguém apoia*. Artigo publicado no sítio eletrônico Jota, em 06 mar. 2018.

MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

O'MALEY, Daniel Patrick. *Networking democracy: Brazilian internet freedom activism and the influence of participatory democracy*. Dissertation submitted to the Vanderbilt University. Doctor of Philosophy. Nashville, Tennessee, 2015.

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

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

POST, Robert. The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 3, p. 601-686, jan. 1990.

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

SABINO, Marco Antônio da Costa. “*Fake news: a censura sorri no canto da sala*”. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fake-news-censura-sorri-no-canto-da-sala-05032018. Acesso em: 10 mar. 2018.

SANGOI, Mariana May. Marco Civil da Internet: análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por dano decorrente de conteúdo publicado por usuário na rede. Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Apresentado em julho de 2016.

SANTOS, Vanessa Flain dos. *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, III, n. 8, fev 2002. Acesso em 08 mar. 2018.

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

SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”*. Artigo obtido no sítio eletrônico. Disponível em: www.dsarmento.adv.br. Acesso em: 12 abr. 2018.

SARMENTO, Daniel. *Reclamação e liberdade de expressão: quando a pedagogia exige firmeza*. Publicado no sítio eletrônico Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do->

supremo/constituicao-e-sociedade-reclamacao-e-liberdade-de-expressao-01122014. Acesso em 01 mai. 2018.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros do ativismo. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

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

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Getúlio a Castelo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

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

SILVA, Thiago; SILVA, Estevão. Eleições no Brasil antes da democracia: o Código Eleitoral de 1932 e os pleitos de 1933 e 1934. *Revista de Sociologia e Política*, vol. 23, n. 56, Curitiba, dez. 2015.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina (orgs). *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.

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

STRECK, Lenio Luiz. *O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?* Artigo escrito para o sítio eletrônico Consultor Jurídico, publicado em 07.01.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em 18 abr. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2017.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Marco Civil da Internet comentado*. São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Oxford: Princeton University Press, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995.

2. Reportagens jornalísticas, de revistas e estudos publicados

“Debate – o Brasil deve editar lei específica para punir disseminação de notícias falsas?”
Artigos de Gustavo Henrique Badaró e Taís Borja Gasparian. *Jornal de Advogado – Ano XLIII – nº 435 – fevereiro de 2018*. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo.

Jornal O Globo. Reportagem “ONG Repórteres sem Fronteiras irá certificar veículos contra ‘fake news’”, publicada em 03 abr. 2018, caderno Mundo.

Estudo denominado de “Robôs, Redes Sociais e Política no Brasil”, publicado pela FGV/DAPP, coordenado pelo professor Marco Aurélio Ruediger.

Seminário do Comitê Gestor da Internet (CGI) para analisar soluções e boas práticas para as *fake news* e o discurso de ódio na internet, ocorrido em 04 abr. 2018, em São Paulo – SP.

Entrevista com a professora Anna Bentes, denominada de “O texto além do texto”. Publicada na Revista do Instituto Humanitas Unisinos, nº 520, ano XVIII, de 23 abr. 2018.

Reportagem Jota. ‘Modelo normativo brasileiro não está preparado contra *fake news*’, diz Cueva. Reportagem de autoria de Luciano Pádua, publicada em 07.05.2018 no sítio eletrônico <www.jota.info>. A íntegra da entrevista pode ser obtida no seminário realizado pela APAMAGIS, realizado em 07 mai. 2018.

3. Cursos

Fake News, Eleições e Internet – curso *online* promovido pelo ITS Rio, durante o período de 04 a 08 de junho de 2018. Professores responsáveis: Carlos Affonso Souza, Celina Bottino, Chiara de Teffé, Cristina Tardáguila, Eduardo Magrani, Fabro Steibel e Marco Konopacki. Disponível em <www.itsrio.org>.

ANEXOS

Anexo A – Projeto de Lei n. ____ (sem numeração definida), de autoria do deputado Pompeo de Mattos (PDT – RS);

Anexo B – Projeto de Lei n. 8.592/17, de autoria do deputado Jorge Côrte Real (PTB – PE);

Anexo C – Projeto de Lei n. 6.812/17, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB – PR);

Anexo D – Projeto de Lei do Senado n. 473/17.



CÂMARA DOS DEPUTADOS
Gabinete do Deputado POMPEO DE MATTOS – PDT/RS

PROJETO DE LEI Nº de 2017.
(Deputado Pompeo de Mattos)

Acrescenta artigo ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de informação falsa – fakenews.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 287-A:

Art. 287-A – Divulgar informação ou notícia que sabe ser falsa e que possa modificar ou desvirtuar a verdade com relação à saúde, segurança pública, economia ou processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

Pena – detenção, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet, redes sociais ou outro meio que facilite a disseminação da informação ou notícia falsa:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços se o agente divulga a informação ou notícia falsa visando obtenção de vantagem para si ou para outrem.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.



JUSTIFICAÇÃO

As chamadas notícias falsas, ou “Fake News”, são conteúdos produzidos com o objetivo de disseminar mentiras sobre pessoas e acontecimentos, enganando a população e influenciando a opinião pública.

A temática vem ganhando visibilidade no mundo e no Brasil nos últimos anos. Nas eleições presidenciais nos Estados Unidos, por exemplo, as interações de usuários de redes sociais foram maiores com conteúdos considerados falsos do que com notícias de veículos tradicionais, segundo levantamento do *site* BuzzFeed¹.

Da mesma forma, na votação do *impeachment* da ex-presidenta Dilma Rousseff na Câmara, em abril do ano passado, levantamento do portal BBC Brasil revelou que a maioria dos textos mais compartilhados não tinham base factual.

Com o seu amplo alcance, essas notícias se transformaram em uma fonte de renda para pessoas que criam sites para publicar especialmente mentiras que foram criadas propositalmente. O sucesso das informações falsas gera muitos acessos, que se transformam em renda para os donos dessas páginas.

O tema é de extrema importância e vem sendo discutido no mundo todo. Um estudo realizado pela ONG SaferNet em novembro de 2017 identificou que não existia, na época, nenhuma legislação em vigor específica sobre o assunto em outros países.

Em janeiro de 2018 entrou em vigor na Alemanha uma nova legislação obrigando redes sociais com mais de 2 milhões de membros a removerem em até 24 horas conteúdos apontados por usuários como impróprios, como discursos de ódio e notícias falsas. A empresa que não atender à exigência pode ser multada em até 50 milhões de euros.

¹ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/disseminacao-e-combate-fake-news-e-tema-de-seminario-no-congresso>



CÂMARA DOS DEPUTADOS
Gabinete do Deputado POMPEO DE MATTOS – PDT/RS

A presente proposição visa, portanto, coibir a divulgação de notícias falsas, principalmente por meio da internet e redes sociais.

Brasília, de fevereiro de 2018.

POMPEO DE MATTOS
DEPUTADO FEDERAL
Vice-líder
PDT- RS

Trata-se de situações em que boatos são tidos como realidade, sem necessitarem de comprovação, podendo causar graves danos a um número indeterminado de pessoas.

Frise-se que, ainda que o boato não tenha como alvo uma pessoa em específico, ele pode atentar contra a paz pública caso tenha gerado pânico na população por alertar para um perigo inexistente.

Cumpra observar que a divulgação de uma notícia falsa em larga escala pode ser desde uma simples fofoca, que não gera prejuízo algum, até uma atitude que provoca dano a todo um país ou a morte de pessoas.

Cabe lembrar aqui do caso emblemático de uma mulher que foi linchada no Guarujá, em São Paulo, após um boato nas redes sociais afirmando que ela praticava magia negra com crianças em 2014. Após a apuração, três homens foram condenados à prisão por terem participado do linchamento, mas ninguém foi processado por compartilhar o boato na internet.

Ressalte-se que deve ser punido não só aquele que criou o boato, mas também aquele que compartilhou, já que todos eles assumiram o risco de disseminar uma mentira.

É fato que a difusão de boatos tornou-se um problema global, tendo em vista que as pessoas se relacionam cada vez mais pelo meio digital, onde as notícias se propagam instantaneamente.

Por esse motivo, não podemos tolerar esse tipo de comportamento, já que essa conduta perniciosa afeta, além de outros bens jurídicos, a paz e a tranquilidade no seio social.

Assim, o presente Projeto de Lei apresenta-se como medida necessária ao enfrentamento e punição desses delitos, razão pela qual contamos com o apoio dos ilustres Pares para a sua aprovação.

Sala das Sessões, em de de 2017.

Deputado JORGE CÔRTE REAL

PROJETO DE LEI Nº , DE 2017**(Do Sr. Luiz Carlos Hauly)**

Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

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

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

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

Art. 3º Esta Lei entre em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A rápida disseminação de informações pela internet tem sido um campo fértil para a proliferação de notícias falsas ou incompletas.

Atos desta natureza causam sérios prejuízos, muitas vezes irreparáveis, tanto para pessoas físicas ou jurídicas, as quais não têm garantido o direito de defesa sobre os fatos falsamente divulgados.

A presente medida tipifica penalmente o ato de divulgar ou compartilhar notícia falsa na rede mundial de computadores, de modo a combater esta prática nefasta.

Assim, contamos com o apoio dos nobres parlamentares à presente proposição.

Sala das Sessões, 1º de fevereiro de 2017.

DEPUTADO LUIZ CARLOS HAULY
PSDB-PR



SENADO FEDERAL

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 473, DE 2017

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa.

AUTORIA: Senador Ciro Nogueira (PP/PI)

DESPACHO: À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa



[Página da matéria](#)

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2017

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa.



O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Acrescente-se ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o seguinte art. 287-A:

“Divulgação de notícia falsa

Art. 287-A - Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no *caput* valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.”

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A divulgação das chamadas *fake news* (notícias falsas), sobretudo na internet, é conduta cada vez mais comum em nosso país. Esse

quadro é preocupante, uma vez que tais notícias deseducam e desinformam a sociedade em assuntos como saúde, segurança pública, economia nacional e política, servindo, frequentemente, como instrumento de manipulação da opinião popular.

Quando a vítima pode ser identificada, a divulgação de *fake news*, via de regra, configura crime contra a honra (calúnia, injúria ou difamação). Há situações, no entanto, em que embora o dano não possa ser individualizado, o direito difuso de a população receber notícias verdadeiras e não corrompidas é atingido. Ocorre que para estes casos a lei penal não prevê qualquer tipo de punição.

Dessa forma, o presente projeto de lei busca criminalizar a divulgação de notícia falsa em que a vítima é a sociedade como um todo. Para tanto, estamos criando um tipo penal que, em linhas gerais, pune a divulgação de notícia falsa que atinge interesse público relevante, prevendo pena mais grave para a divulgação feita pela internet e uma causa de aumento de pena quando o agente visa a obtenção de vantagem, para si ou para outrem.

Por entender que a criação do novo tipo penal contribuirá para reprimir e prevenir a divulgação das *fake news*, conclamamos as senhoras Senadoras e os senhores Senadores para discutir, aperfeiçoar e aprovar o presente projeto de lei.

Sala das Sessões,

Senador



SF/17193.85006-03

LEGISLAÇÃO CITADA

- Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 - Código Penal - 2848/40
<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.lei:1940;2848>