Desinformação e Eleições 2020: Caminhos possíveis

SILVANA BATINI
NEIDE M. C. CARDOSO DE OLIVEIRA

Sobre as autoras:

Silvana Batini. *Procuradora Regional Eleitoral no Rio de Janeiro, Professora de Direito Eleitoral da FGV Direito Rio e da EMERJ, Doutora em Direito Constitucional pela PUC/RJ.*
Neide M. C. Cardoso de Oliveira *– Procuradora Regional Eleitoral Substituta e coordenadora adjunta do Grupo de Apoio sobre Criminalidade Cibernética da Câmara Criminal do MPF. Especialista em Direitos Humanos nas Relações de Trabalho pela UFRJ.*

RESUMO

O deslocamento de parte das campanhas eleitorais para o ambiente da Internet, em especial para as redes sociais, trouxe consigo o fenômeno da desinformação, cujos impactos na normalidade e legitimidade das eleições parecem potencialmente graves. A legislação eleitoral não acompanhou essa transformação, o que está a exigir dos operadores do direito eleitoral a interpretação atualizadora dos institutos tradicionais ligados à noção de abuso e fraude, sem prejuízo da resposta no âmbito penal. O enfrentamento da desinformação nas eleições deve priorizar o método de divulgação e propagação das notícias abusivas, com ênfase na detecção de meios artificiais e fraudulentos de impulsionamento e financiamento, de modo a evitar, tanto quanto possível, o controle de conteúdo de postagens, já que é necessário garantir a liberdade de expressão e sua conciliação com a necessidade de preservação da higidez dos processos eleitorais.

Palavras chave: Desinformação, Eleições, Abuso, Fraude.

ABSTRACT

The displacement of part of the electoral campaigns to the Internet environment, especially to social networks, brought with it the phenomenon of disinformation, whose impacts on the normality and legitimacy of the elections seem potentially serious. The Brazilian electoral legislation did not follow this transformation, which is requiring the operators of electoral law to update the interpretation of traditional institutes linked to the notion of abuse and fraud, without waiving the criminal responsability. Fighting misinformation in elections should prioritize the method of disseminating and spreading abusive news, with an emphasis on detecting artificial and fraudulent means of boosting and financing, so as to avoid, as much as possible, controlling the content of posts, since it is necessary to guarantee freedom of expression and its reconciliation with the need to preserve the health of electoral processes.

Keywords: Disinformation, Elections, Abuse, Fraud.

I- Introdução

Há algum tempo o mundo vem se ocupando de verdadeira avalanche informativa gerada na Internet[2] e, de maneira mais evidente, nas plataformas de comunicação e redes sociais. Se o crescimento acelerado do uso dessas plataformas virtuais como espaço público de debate e obtenção de informações já inspirava uma preocupação regulatória[3], agora não apenas é uma realidade, como traz consigo o agravamento de um problema que sempre existiu, mas tomou contornos imensuráveis: as notícias falsas (*fake news*)[4]. O reflexo dessas *fake news* e de sua propagação, seja de boa ou má-fé, mostra-se especialmente relevante em meio aos processos eleitorais, por representar risco palpável à normalidade e legitimidade das eleições[5]. É importante e urgente refletir sobre os possíveis enquadramentos dessas condutas nos modelos típicos da lei eleitoral e sondar as possíveis respostas do ordenamento pátrio, de maneira a mitigar as suas consequências deletérias às eleições.

A lei não exige de nenhum candidato um compromisso total com a sinceridade. A verdade no processo eleitoral é um valor de certa forma

---

[2] *"Se todo conteúdo digital do mundo fosse armazenado em iPads, eles formariam uma pilha com altura igual a dois terços da distância entre a Terra e a Lua"*, em "**Conteúdo digital dobra a cada dois anos no mundo"** (Revista Exame. 09 de abr. de 2014). Revista Exame. Disponível em: https://exame.abril.com.br/tecnologia/conteudo-digital-dobra-a-cada-dois-anos-no-mundo/. Acesso em: 12/05/2020.

[3] Para mais, cf. **Neutralidade de rede no Marco Civil da Internet** (disponível em: http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/pauta/neutralidade-de-rede-no-marco-civil-da-internet/); MAGRANI, Eduardo. **Democracia Conectada**. Curitiba: Juruá, 2014.

[4] *"Uma pesquisa do Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), realizada de 2006 a 2017, sobre um universo de 126 mil tuítes em cascata, compartilhada 4,5 milhões de vezes no site de mensagens instantâneas Twitter, também apontou os motivos que levam uma notícia falsa a ser largamente disseminada. Segundo o estudo, o caráter 'emocionante" desse tipo de conteúdo, que não tem qualquer compromisso com a verdade, faz com que suas chances de compartilhamento sejam de 70% maiores do que as notícias verdadeiras – independentemente de seu teor, pode ser algo sobre a cura do câncer com um milagroso chá ou a morte repentina de uma celebridade que, ao contrário, vive e passa bem."*. Trecho do editorial do jornalista Tiago Sales, no artigo "O Combate às Fake News em nome da verdade" (edição da Revista Justiça e Cidadania, abril/2018).

[5] Para mais, cf. "**Impacto das fake news em eleições mundiais é discutido durante seminário no TSE"** (Tribunal Superior Eleitoral, 17 de mai. de 2019). Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Maio/impacto-das-fake-news-em-eleicoes-mundiais-e-discutido-durante-seminario-no-tse. Acesso em: 12/05/2020.

relativizado, já que não se espera que um candidato seja totalmente autêntico – tenderá sempre a exacerbar suas qualidades, exagerar nas suas promessas, explorar as deficiências dos adversários. O livre debate democrático convive com esse espaço de insinceridade, próprio da retórica da publicidade eleitoreira. A divulgação de boatos e mentiras, ou a exploração de vulnerabilidades dos adversários, através do emprego do exagero e da malícia, não são estratégias novas na seara eleitoral. O direito eleitoral já enfrentou diversas vezes esse fenômeno e há ferramentas processuais tradicionais, mais ou menos eficazes para tanto, como os institutos do direito de resposta, as sanções pecuniárias e as imputações de abuso, por exemplo.

Ainda assim, há algo de inédito no contexto atual de desinformação nas eleições. E está menos ligado ao comportamento, e mais ao método e alcance. O que é novo, atualmente, é o emprego maciço desse tipo de expediente e a escala industrial e profissional que essa estratégia alcança, quando empregada através das ferramentas da Internet. É a escala que transforma um artifício antigo em algo novo e desafiador. É a profissionalização e intensificação da estratégia que muda sua feição e a transforma, de expediente relativamente tolerável, em algo mais grave a ser coibido.

O pretexto de combater a desinformação nas eleições não pode autorizar o engessamento do debate e a limitação da liberdade de expressão[6]. Ao mesmo tempo, a garantia da liberdade de expressão e do livre debate democrático não podem servir de salvo conduto para manobras extremamente desleais e fraudulentas que possam comprometer a normalidade e a legitimidade das eleições, valores tutelados pela Constituição.

II – O problema da terminologia

[6] A própria Resolução nº 23.610/2019 do TSE adverte, no artigo 38: ***Art. 38****. A atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada* ***com a menor interferência possível no debate democrático. (Lei nº 9.504/1997, art. 57-J)***

Embora a expressão *fake news* tenha ganhado popularidade, acreditamos ser melhor não utilizá-la no âmbito jurídico processual. Trabalhamos, em direito eleitoral, via de regra, com a necessidade de fazer exercícios de subsunção e o termo *fake news* não expressa toda a complexidade do fenômeno e sua conformação no ambiente eleitoral. Apegar-se a ele pode levar a dificuldades na hora do eventual enquadramento de alguma conduta na moldura dos ilícitos eleitorais. Trabalhar com um termo que remete a algo falso pode dificultar muito a constatação da materialidade do ilícito eleitoral a ser demonstrado. Nem sempre o que circulará nas redes será necessariamente falso, no sentido estrito do termo. Há hipóteses de mensagens descontextualizadas, alteradas parcialmente, ou até matérias jornalísticas em que a chamada não corresponde ao conteúdo da matéria, que pode até ser verdadeiro. O emprego da expressão popular em contextos de interpretação literal pode conduzir a juízos ineficazes. Seu uso de forma indiscriminada, para desacreditar informações que circulam em redes, amplia o espectro de enquadramento e igualmente pode incentivar juízos extremamente intervencionistas.

À míngua de um termo específico, entendemos que a expressão mais apropriada para as finalidades judiciais deva ser *desinformação*, cujo significado abrange uma gama mais ampla de situações potencialmente típicas. Este, aliás, foi o termo adotado pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na Resolução 23.610/2019.[7]

Ainda assim, é preciso reconhecer que não há uma definição típica de desinformação que se amolde, de forma direta e imediata, a uma previsão abstrata na lei eleitoral. A questão demandará sempre a análise concreta e a demonstração argumentativa de seu impacto potencialmente deletério no processo eleitoral.

[7] "*Seção II - Da Desinformação na Propaganda Eleitoral*". Resolução TSE nº 23.610/2019.

III – Autocontenção e checagem de informações

A legislação ordinária e as competências normativas do TSE não foram capazes de acompanhar satisfatoriamente as novas faces e transformações do fenômeno da desinformação. A transposição pura e simples dos conceitos e limites construídos sobre a realidade das disputas eleitorais em mídias convencionais (rádio, TV) não se mostrou um caminho adequado. O instituto do direito de resposta, de razoável eficácia nas infrações cometidas pela TV, rádio ou jornal, é menos eficaz em plataformas sociais, que não garantem ao candidato a chance de resposta ao público que foi alvo das informações falseadas.

Por mais que as redes sociais tenham, de fato, se tornado espaços de debate coletivo, elas não deixaram de ser plataformas privadas. Nesta condição, as empresas que sustentam as plataformas já vêm sendo estimuladas a adotar práticas de autocontenção da desinformação nos períodos eleitorais[8]. São caminhos extremamente importantes para o enfrentamento do problema e que buscam a superação dos limites que o Direito e o sistema de justiça sempre terão. O próprio TSE vem reconhecendo essas limitações e tem aberto o diálogo institucional com as plataformas e provedores para que invistam na construção de produtos inibidores desses abusos, tais como filtros e estruturas de vigilância. São alternativas preventivas, que tentam garantir um ambiente virtual menos contaminado[9]. No mesmo sentido, as ferramentas de *fact checking* precisam ser buscadas.

---

[8] **TSE reúne-se com Google, Facebook, WhatsApp e Twitter para alinhar estratégias de combate à desinformação nas Eleições 2020** (Tribunal Superior Eleitoral, 12 de dezembro de 2019). Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Novembro/tse-se-reune-com-google-facebook-whatsapp-e-twitter-para-alinhar-estrategias-de-combate-a-desinformacao-nas-eleicoes-2020. Acesso em: 13/05/2020.

[9] Neste sentido, a criação, pelo TSE, do Programa de Enfrentamento à Desinformação, que hoje conta com 49 parceiros e é distribuído em seis eixos temáticos: "Organização interna", "Alfabetização Midiática e Informacional", "Contenção à Desinformação", "Identificação e Checagem de Desinformação", "Aperfeiçoamento do Ordenamento Jurídico" e "Aperfeiçoamento de Recursos Tecnológicos". Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Maio/programa-de-enfrentamento-a-desinformacao-com-foco-nas-eleicoes-2020-mobiliza-instituicoes. Acesso em 25/05/2020.

Diálogos com as empresas e *pools* já em atividade e o treinamento de servidores de todo o sistema de justiça eleitoral nessas tarefas são necessários.

A checagem feita por empresas reconhecidas pode ser fonte importante na caracterização da materialidade do ilícito eleitoral, como meio de prova. A checagem de informações (*fact checking*) sobre qualquer notícia deve passar por duas etapas: uma, com a análise dos elementos da notícia, e outra, com a verificação do conteúdo em fontes seguras de informação. São analisados aspectos como a linguagem usada e a aparência da mensagem, além de erros de ortografia e de português, e logomarcas de empresas conhecidas com aparência dos originais, mas com cores/fontes diversas ou outras imperfeições. Ultrapassada a primeira etapa, são feitas consultas a sites de grandes meios de comunicação e fontes oficiais relacionadas ao conteúdo da notícia para apurar se ela é realmente verdadeira. Existem vários endereços de grandes grupos de comunicação que publicam checagem periódicas de notícias.[10]

IV - Desinformação e ilícito eleitoral – enquadramentos possíveis

IV.a – A via criminal

O emprego de desinformação em propaganda eleitoral pode atrair a resposta penal em diversas frentes. É uma alternativa que sabemos difícil, lenta e com baixa eficácia na proteção do processo eleitoral em si, já que a dinâmica do processo penal é muito diversa da velocidade das eleições. E a via

[10] Agência Lupa/Grupo Folha: https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/tag/fake-news/; Agência Estado: https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/veja-todas-as-checagens-sobre-coronavirus-publicadas-pelo-estadao-verifica/; Grupo Globo: https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2020/01/28/veja-o-que-e-fato-ou-fake-sobre-o-coronavirus.ghtml

O *WhatsApp* disponibilizou consultas diretamente do aplicativo para checagem da veracidade de notícias no Google. Fontes:https://www.ajudandroid.com.br/whatsapp-permite-pesquisar-google-conferir-informacoes/?amp); e https://cartilha.cert.br/fasciculos/boatos/fasciculo-boatos.pdf.

criminal eleitoral, ensina a experiência, não chega a criar um desestímulo concreto à perpetração das condutas ilícitas.

Ainda assim, a via criminal não deve ser descartada. Se, por um lado, a vertente criminal é mais espinhosa por conta das exigências rígidas de subsunção típica e demonstração de dolo, pode significar no futuro, a única alternativa à impunidade total de determinadas condutas, já que as ações eleitorais em sentido estrito se submetem a prazos decadenciais curtos e insuperáveis. Também porque as ferramentas da investigação criminal prestam-se com mais eficiência a determinadas diligências investigatórias e cautelares que podem vir a ser necessárias, como quebras de sigilo, cooperação internacional e até mesmo prisões.

Isto em mente, necessário remarcar que, em geral, divulgar boatos não é um ato criminoso. Porém, a lei prevê alguns casos onde a divulgação de boatos e/ou mentiras configura crime, como na calúnia[11]; na difamação[12] e na injúria eleitoral[13], tipos estes que se encontram no mesmo espectro de tutela do direito penal comum, protegendo a honra e reputação alheia.

A lei ainda pune, também criminalmente, a divulgação de fato "sabidamente inverídico" na propaganda eleitoral[14]. Este último tipo, ao

[11] Código Eleitoral - Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 10 a 40 dias-multa. § 1° Nas mesmas penas incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º A prova da verdade do fato imputado exclui o crime, mas não é admitida: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido, não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado ao Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

[12] Código Eleitoral - Art. 325. Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção de três meses a um ano, e pagamento de 5 a 30 dias-multa. Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

[13] Código Eleitoral - Art. 326. Injuriar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, ofendendo-lhe a dignidade ou o decôro: Pena - detenção até seis meses, ou pagamento de 30 a 60 dias-multa. § 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - se o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

[14] Código Eleitoral - Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inveridicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado: Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa. Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

contrário dos crimes contra a honra, tutela o ambiente de lealdade da propaganda, além de exigir a demonstração de dolo direto (*fatos que sabe inverídicos*) e a difícil comprovação da potencialidade lesiva (*fatos capazes de exercerem influência perante o eleitorado*). Nesse ponto, é importante sustentar que não se trata de crime de perigo concreto, exigindo-se apenas a demonstração de que a conduta tem aptidão para influenciar o pleito. No caso de disseminação de desinformação pela Internet, deve-se ter em conta, por exemplo, o meio empregado, o alcance que atingiu em termos de visualizações e compartilhamentos, tendo-se como referência o eleitorado local, além, é claro, do tipo de informação veiculada e o seu grau de credibilidade em relação ao usuário médio de Internet.

Há, ainda, outros tipos penais que podem oferecer uma moldura possível para as condutas de desinformação nas eleições, se tomarmos como referência a experiência dos últimos pleitos. Cite-se, como exemplo o artigo 57-H, §§ 1º e 2º da Lei 9.504/97[15]. Sobre esses tipos, diga-se da dificuldade de sua configuração material, já que a lei alude à contratação de grupo de pessoas, sem definir o que entende por "grupo" (2, 3 ou mais pessoas), além da elementar relativa à contratação exclusivamente para a finalidade da disseminação fraudulenta da propaganda, restrição que deixa de fora uma gama enorme de condutas possíveis, tais como aquelas em que funcionários públicos ou privados regulares são direcionados à prática da conduta, sem prejuízo de suas funções legítimas habituais.

Recente alteração legislativa criou a figura da "denunciação caluniosa eleitoral", no art. 326-A do Código Eleitoral[16], que pode ser uma alternativa

[15] § 1º Constitui crime a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação, punível com detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). § 2 º Igualmente incorrem em crime, punível com detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, com alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R$ 30.000,00 (trinta mil reais), as pessoas contratadas na forma do § 1º.

[16] Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato

válida de enquadramento de determinadas condutas ligadas à disseminação de desinformação de conteúdo eleitoral. Nesse ponto, atente-se para o parágrafo 3º do dispositivo, que amplia as possibilidades de autoria, ainda que se deva guardar que se trata de tipo acessório do *caput*, exigindo-se o dolo direto.

É interessante destacar, ainda, o artigo 296 do Código Eleitoral[17], tipo este pouco visitado pela jurisprudência, dada a sua baixa incidência. Todavia, o contexto atual traz de volta essa descrição típica porque ela se abre a uma possibilidade concreta diversa, que demandaria, inclusive, uma alteração legislativa para readequação da pena. As últimas eleições foram pródigas em boatos e alarmes falsos sobre fraude nas urnas eletrônicas e em alguns casos provocando aglomeração de pessoas indignadas nas portas das seções, causando tumulto. Apurações posteriores apontaram para uma possível articulação dolosa voltada a disseminar a desconfiança e a indignação nos eleitores. O tipo do artigo 296 pode, em tese, oferecer alguma resposta a essa conduta.

Não se pode perder de vista, também, a possibilidade de termos crimes comuns conexos a essas figuras típicas. Citem-se como exemplo, o crime de racismo, previsto no art. 20, § 2º, da Lei 7718/89, e eventualmente os crimes de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/97).

IV.b - A via pelo controle da propaganda

A desinformação pode configurar, em tese, propaganda irregular.

Obviamente que toda e qualquer propaganda na Internet está sujeita ao regramento previsto na Lei 9.504/97 (artigos 57-A a 57-J) e às Resoluções do TSE. Ali se encontram limites formais à veiculação que podem ser buscados

---

ou de nome suposto. § 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção. § 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.

[17] Art. 296. Promover desordem que prejudique os trabalhos eleitorais: Pena - Detenção até dois meses e pagamento de 60 a 90 dias-multa.

como alternativa ao enfrentamento dos ilícitos decorrentes da desinformação.

O artigo 242 do Código Eleitoral parece trazer, ainda, uma abertura importante de enquadramento da desinformação como propaganda irregular[18]. Não raro, os boatos que surgem e se propagam com velocidade no âmbito da desinformação pela Internet são geradores de sentimentos como raiva, revolta ou medo. A disseminação orquestrada e maciça desse tipo de postagens em período eleitoral, a depender do grau em que isso aconteça, pode turbar a normalidade da formação da vontade popular e caracterizar, em tese, uma propaganda irregular na forma do artigo 242, aqui mencionado. É um dispositivo legal pouco utilizado, mas que merece ser reinterpretado à luz dessas novas configurações de desordem informativa.

Vale destacar, ainda, que a Constituição e a Lei 9.504/97, em seu artigo 58, garantem o direito de resposta contra veiculação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica. Na atividade eleitoral na Internet é extremamente difícil concretizar tal direito, pelo fato de ser quase impossível, nesses casos, a reprodução das mesmas condições nas quais a desinformação foi difundida[19]. Em especial, as correntes de Whatsapp, que são difundidas pelos usuários e que não criam uma rede rastreável de compartilhamento, sendo praticamente impossível identificar aqueles usuários que tiveram contato com a fonte falsa.

IV.c - A via da cassação do registro ou do diploma e da inelegibilidade

As fronteiras que a Constituição e a lei tomaram para si – e que estão

[18] Confira-se: Código Eleitoral - 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.

[19] Vide que os algoritmos direcionam as informações que chegam ao usuário, criando uma bolha digital onde apenas se tem contato com aquilo que o usuário concorda. Mais sobre o assunto em: https://tab.uol.com.br/nova-bolha

na essência de todo o regramento dos ilícitos eleitorais – são as noções de abuso e de fraude. Abusar é exceder, ultrapassar um limite. Pressupõe-se que algo começou na esfera do lícito, e dela se distanciou. Fraudar é iludir de forma ardilosa, é induzir alguém a erro.

Abusar ou fraudar, no contexto das eleições, desequilibra a disputa, gera impactos potenciais na liberdade do voto, prejudica a transparência, compromete a lisura do pleito e coloca em risco a adesão final a seus resultados. Os abusos e fraudes interferem no que se espera de uma eleição normal. E a quebra da normalidade gera a incerteza sobre a legitimidade dos resultados. Essa constatação não é recente, ao contrário, constitui o eixo de proteção constitucional expresso no artigo 14, § 9º[20] da Constituição.

A Constituição se referiu expressamente ao abuso de poder econômico e de autoridade. A legislação complementar avançou para os abusos nos usos de meios de comunicação social. Paralelamente, o legislador ordinário tipificou hipóteses concretas de abusos, nas condutas vedadas dos artigos 73 e seguintes, no artigo 30-A e até mesmo no 41-A, todos da Lei 9.504/97.

É nesse contexto que temos que enxergar o emprego massivo da desinformação: como mais uma espécie de abuso, subsumível, em tese, às grandes categorias de ilícitos com as quais o direito eleitoral tradicionalmente trabalha.

A caracterização do ilícito de "uso indevido dos meios de comunicação social", tradicionalmente atrelado às mídias convencionais, deve merecer um enfoque de atualização, a possibilitar o enquadramento típico, para abranger a divulgação de notícias falsas ou distorcidas pela Internet, especialmente em redes sociais.

A constatação de que houve pagamento para impulsionamento

[20] Constituição, Artigo 14, § 9º: § 9º: Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

indevido de postagens contendo *fake news* pode caracterizar o ilícito de abuso de poder econômico, e eventualmente o do artigo 30-A da Lei 9.504/97. Em ambas as hipóteses, uma vez indiciado o benefício auferido pelo candidato, justifica-se a propositura da medida judicial tendente à cassação do registro ou do diploma, conforme o caso.

Importante lembrar que, ao contrário da figura típica constante do citado artigo 30-A, as hipóteses genéricas de abuso têm conteúdo aberto e dependerão sempre de análise de seu impacto na situação concreta. E essa análise estará, nos casos de desinformação, ligada também ao contexto local da eleição, além do alcance da disseminação, grau de "viralização" e métodos empregados para isso.

Também releva notar que essas hipóteses de infração eleitoral não dependem, para a finalidade de cassação de registro ou diploma, de caracterização do elemento subjetivo, na forma de dolo ou culpa do candidato. O que está em jogo nesses casos é a salvaguarda da legitimidade das eleições que, uma vez impactada, indicará a necessidade da cassação. Somente a imposição da sanção de inelegibilidade dependerá de configuração de nexo subjetivo.

A depender da forma como esses conteúdos são lançados e disseminados no mundo virtual, será possível também buscar a configuração da fraude, hipótese expressa de impugnação de mandato eletivo contida no artigo 14, § 9º da Constituição, mas também passível de ser enfrentada pela via da Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Isso será possível, quando se puder identificar a criação de perfis falsos, o uso indevido de *bots,* ou ainda o emprego de mecanismos artificiais que promovam a "viralização" de postagens.

A caracterização do abuso ou da fraude, nesses contextos, seja de qualquer espécie, estará muito mais atrelada à forma como a disseminação da desinformação é feita, do que propriamente ao conteúdo disseminado. Afinal, em última análise, mesmo uma informação autêntica, quando veiculada de

forma abusiva no processo eleitoral, poderá configurar um ilícito eleitoral. Não é dizer que o conteúdo não seja importante, mas ele deixa de ser o aspecto principal. As atenções devem ser direcionadas à identificação das estratégias de propagação desses conteúdos que, necessariamente, resvalam para o ilícito. Em resumo, o foco deve estar muito mais na forma de veiculação do que no conteúdo em si.

V – A investigação eleitoral da desinformação

Na investigação de desinformação em processos eleitorais será importante buscar dados sobre os meios digitais que impulsionam o alcance das notícias falsas, o número de compartilhamentos e sopesar esses números em relação ao colégio eleitoral em questão. Deve-se investigar se há emprego de perfis falsos, se há emprego de fraude nesses compartilhamentos e como se está financiando o impulsionamento artificial da desinformação.

Os impulsionamentos podem ser feitos de acordo com as políticas de uso das próprias redes sociais – o que facilita a análise de quem o fez e quanto gastou –, mas também podem ser feitos de forma artificial, por meio de *bots*, que nada mais são do que perfis falsos criados com o intuito de promover reações artificiais a postagens específicas para aumentar o alcance dessas publicações[21].

A investigação de qualquer ato na Internet implica no conhecimento acerca da lógica do sistema informático e da própria Internet, que se sofistica na medida das diferentes aplicações de Internet ou dos sistemas que passam a ficar disponíveis para utilização.

A principal característica de qualquer ato praticado em meio virtual é que ele deixa rastro. Isto porque, para que um sistema informático ou para que

[21] Para mais sobre *bots* e redes sociais, cf.: RUEDIGER, Marco Aurelio. Artigo: Os robôs nas redes sociais. FGV DAPP. Disponível em: http://dapp.fgv.br/artigo-os-robos-nas-redes-sociais/. Acesso em: 16/05/2020.

a Internet funcione, existe uma coordenação de identificadores únicos, de forma que o nome e o número que são digitados na barra de endereços quando fazemos uma busca, por exemplo, identificam um endereço único que permite que os computadores se encontrem, isto é, permite a difusão das informações e a entrega de dados exatamente ao destino pretendido.

Isso faz com que toda a movimentação nesse meio fique registrada, permitindo ao investigador seguir a pista e identificar os autores dessa movimentação.

A Lei do Marco Civil da Internet, Lei nº. 12.965/2014, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, regulou as questões processuais referentes à preservação das provas digitais pelos provedores, disciplinando o acesso a elas.

O artigo 11 do Marco Civil (MCI)[22] estabelece que será aplicada a legislação brasileira sempre que alguma das condutas referentes ao manuseio de dados ou comunicações por provedores de conexão e de aplicações de Internet ocorrer em território nacional. E seu § 2º esclarece que o *caput* se aplica mesmo que as atividades descritas sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior quando o serviço for ofertado ao público brasileiro ou ao menos uma integrante do mesmo grupo econômico possuir estabelecimento no Brasil. O artigo 11 do MCI deixa claro que se aplica a legislação brasileira para qualquer operação de tratamento de dados realizada em território nacional, devendo ser respeitados os direitos à privacidade, proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros, quando pelo menos um dos terminais está localizado no Brasil. Ou seja, no caso em que a coleta de dados se deu a partir de uma conexão feita no território

[22] Lei 12.695/2014. art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. (…) § 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

nacional, não importando que a sede da pessoa jurídica do provedor de aplicação de Internet[23] esteja no exterior, desde que o serviço esteja sendo ofertado ao público brasileiro, ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil (ex.: a empresa WhatsApp Inc., por integrar o mesmo grupo econômico do Facebook Inc., que possui representação brasileira). Esse dispositivo determina que os dados do público brasileiro terão asseguradas as garantias de privacidade e segurança, exigiendo-se, assim, para o afastamento do sigilo desses dados, a observância da lei brasileira e seu regime próprio de proteção desses dados.

A importância do Marco Civil está em ser a primeira lei brasileira a prever prazos de retenção e possibilidade de preservação dos registros de conexão e dos acessos às aplicações de internet, que são, ao mesmo tempo, meios investigativos para se buscar a identificação do usuário e também elementos probatórios para embasar a conclusão da individualização pessoal da conduta.

Qualquer infração comum ou eleitoral pode vir a ser solucionada com o auxílio de provas digitais. *E-mails* recebidos e enviados, pesquisas de busca sobre determinados temas na Internet, documentos armazenados em meio digital, entre outros, podem vir a ser pistas e provas do cometimento de ilícitos.

As provas digitais apresentam características intrínsecas que as tornam aptas à verificação. Elas deixam marcas, ou seja, são o próprio vestígio das condutas praticadas no mundo virtual, pois toda atividade nesse ambiente deixa pegadas e pode ser verificada. Uma vez que uma informação é registrada na Internet, ou em algum dispositivo informático, essa informação pode ser recuperada dentro de um certo período, mesmo que tenha sido apagada. Assim, a perícia forense tem condição de analisar as provas digitais para verificar sua autenticidade e integridade, podendo assim determinar seu grau de confiabilidade.

---

[23] Exemplos de grandes provedores de aplicação à Internet, que atuam no Brasil: Facebook/Instagram/WhatsApp; Google; Twitter; Microsoft etc).

Para o funcionamento da rede mundial de computadores, é necessária uma conexão à rede, que se realiza por meio de um *modem*, disponibilizado por um provedor de conexão. Esta conexão pode ser paga ou gratuita, mas implica em receber um número IP, isto é, um endereço de protocolo de Internet (*Internet Protocol)*[24] exclusivo*,* pelo período da conexão[25], para acessar a infraestrutura de rede mantida pelas empresas de telecomunicações, como as operadoras de telefonia (Claro/Net; Oi-Telemar; Tim; Vivo; etc). Esse número IP é usado para acessar os serviços (*sites*, redes sociais como Facebook, Instagram, Twitter; mensageiros instantâneos, como WhatsApp e Telegram; plataformas de streaming como YouTube; *e-mail*; etc.), mantidos por provedores de aplicação à internet. Em uma breve síntese, recebida uma denúncia de publicação de desinformação, com fins eleitorais, em alguma aplicação de internet (*site*; mensageiro instantâneo; rede social; *email* etc), com uma simples consulta no http://registro.br[26] (para endereços nacionais) ou http://whois.icann.org (para endereços estrangeiros) é possível saber qual provedor de aplicação de internet é o responsável por determinado domínio. O primeiro passo na investigação deve ser o pedido da preservação de dados dos registros de acesso à aplicação de internet e os logs de *upload* (postagem) e acessos do usuário junto ao respectivo provedor de aplicação identificado. Os grandes provedores costumam disponibilizar portais[27] para as autoridades fazerem esse pedido.

---

[24] O endereço IP - *Internet Protocol Address*) é o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais (MCI, Art. 5º, inc. III).

[25] Importante: um mesmo número de IP pode ser utilizado por vários usuários durante determinado período, mas apenas por um único usuário em um dado dia e hora. Por isso, é essencial que o IP venha acompanhado da data e horário exatos da conexão, incluindo o fuso horário, de forma a excluir outros usuários.

[26] No Brasil, o NIC.br – Núcleo de Informação e Coordenação do ".br" é o braço executivo do Comitê Gestor da Internet do Brasil – CGI.br, e é o responsável por alocar os números IP para as operadoras de telefonia que, dentre o lote de IPs a ela destinado, disponibiliza um único número IP para cada conexão de Internet que algum dos seus clientes faça. A identificação do IP nessa etapa vai identificar o usuário titular daquela linha telefônica ou de banda larga, seus dados cadastrais como endereço residencial, que as companhias telefônicas ou outras têm justamente para realizarem a cobrança de seus serviços.

[27] Facebook e Instagram: https://facebook.com/records; WhatsApp: https://WhatsApp.com/records; YouTube: https://ler-se.google.com; Twitter: https://legalrequests.twitter.com.

Após a preservação, cabe o ajuizamento de medida cautelar de afastamento de sigilo telemático (Res. TSE 23.610/19, Art. 40 e MCI, Art. 22), para que o provedor de aplicação de internet indique, mediante ordem judicial, o IP, data e hora utilizados pelo usuário investigado na conexão à internet. De posse dessas informações, outra consulta nos mesmos sítios[28] (com o número IP informado pelo provedor de aplicação), indicará qual empresa de telefonia é a responsável por alocar o IP pesquisado, à qual se deve dirigir o pedido de informação relativo à informação cadastral do cliente titular do serviço de conexão à internet. Essa informação será do endereço físico onde se deu a conexão de internet para a difusão/publicação do conteúdo investigado.

A partir dos dados do titular do serviço, novas investigações devem ser feitas visando identificar o autor da postagem/publicação. Não significa, necessariamente, que o titular dos dados cadastrais, cliente daquela operadora, seja o autor do fato, o usuário que se está investigando. Esse cliente identificado pode ter emprestado seu sinal de *wi-fi* para um amigo, ou mesmo partilhar o mesmo sinal com vizinhos (fato comum em comunidades). Por isso, serão necessárias outras diligências para a confirmação da autoria e sua possível responsabilização, como por exemplo a medida cautelar de busca e apreensão do dispositivo informático identificado pelo IP do usuário investigado.

Os grandes provedores de aplicações de internet, que prestam serviços no País, como *Facebook* e *Twitter* já vêm se comprometendo a deletar perfis falsos, fazem campanhas sobre *fake news* e colaboram com as autoridades. É necessário, outrossim, o constante desenvolvimento e aperfeiçoamento de ferramentas já existentes na própria aplicação, que identifiquem os robôs (*bots*), muito utilizados para propagar desinformação em seus serviços, e a identificação de usuários que descumprem os próprios Termos de Uso das plataformas.

[28] Para endereços nacionais, consulte: http://registro.br ; para endereços internacionais, consulte-se: http://whois.icann.org.

VI – Conclusão

O impacto da desinformação nas eleições é tema que ainda precisa ser estudado e talvez só um arco histórico mais longo permita a visão mais clara do fenômeno.

De qualquer sorte, o emprego industrial da mentira como estratégia eleitoral precisa ser enfrentado como infração eleitoral grave, já que interfere nos valores garantidores da normalidade e legitimidade do pleito. É manobra desleal.

As ferramentas tradicionais do direito eleitoral precisam ser reinterpretadas para abranger o contexto da tecnologia da desinformação de forma ampla, mas é preciso enfatizar que esse enfrentamento deve priorizar o combate às manobras abusivas de disseminação, em vez do pretenso e controvertido controle de conteúdos.

Com isso, evita-se a discussão tormentosa sobre a censura e a violação da liberdade de expressão. É dizer que, para a caracterização do ilícito, deve-se velar mais pela legitimidade das condutas, do que propriamente pela autenticidade das mensagens postadas. Até mesmo uma mensagem verdadeira, se disseminada de forma irregular, poderá configurar o ilícito eleitoral. O valor a ser tutelado nesses casos é menos a verdade e mais a lealdade da disputa.

O olhar mais vigilante sobre a forma do que sobre o conteúdo nos redireciona para um terreno em que o direito eleitoral já trafega com mais segurança e tradição. Afinal, a liberdade de expressão não protege o abuso e nem a fraude.

No cenário em que o cidadão não apenas se informa pelas redes sociais, mas também se posiciona ativamente na Internet, compartilhando opiniões e manifestando sua aprovação ou desaprovação sobre conteúdos políticos, o descontrole sobre notícias falsas é preocupante. Isso porque não

há resposta fácil no complexo mundo digital[29].

O que o sistema de justiça eleitoral precisa, portanto, é da construção de critérios mais seguros de enquadramento típico dessas condutas. O desafio de todos os atores do sistema de justiça eleitoral deve ser o de definir parâmetros, gerar segurança ao intérprete e desestímulo aos comportamentos notoriamente desviantes, preservando a liberdade de expressão e a natureza libertária do ambiente da Internet.

Paralelamente, o legislador brasileiro deverá formular respostas mais seguras e mais realistas ao fenômeno e, principalmente, incorporar os partidos políticos como atores indispensáveis na construção e manutenção das boas práticas de propaganda na Internet, tornando-os também responsáveis pelos desvios eventuais.

BIBLIOGRAFIA

1. CRUZ, Francisco Brito (org.). Internet e Eleições no Brasil – Diagnóstico e Recomendações, 1ª. ed., 2019/2020, acessível em https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/09/policy-infopol-26919_4.pdf
2. GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. São Paulo: Atlas, 2020
3. MAGRANI, Eduardo. Democracia Conectada. Curitiba: Juruá, 2014.
4. RUEDIGER, Marco Aurelio. *Os robôs nas redes sociais*. In: DAPP, FGV.Disponível em: http://dapp.fgv.br/artigo-os-robos-nas-redes-sociais/
5. SALES, Tiago. *"O Combate às Fake News em nome da verdade"* . *In: Revista Justiça e Cidadania*, abril/2018.

[29] Sobre o tema, veja-se: CRUZ, Francisco Brito: Internet e Eleições no Brasil – Diagnóstico e Recomendações, 1ª. ed., 2019/2020, acessível em https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/09/policy-infopol-26919_4.pdf

6. ZILIO, RodrigoLopez. Direito Eleitoral. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020
7. Conteúdo digital dobra a cada dois anos no mundo. *In*: *Revista Exame*, 09 abr. 2014.
8. Neutralidade de rede no Marco Civil da Internet. *In:* Ministério da Justiça (disponível em: http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/pauta/neutralidade-de-rede-no-marco-civil-da-internet/).
9. Impacto das fake news em eleições mundiais é discutido durante seminário no TSE. *In: Tribunal Superior Eleitoral*, 17 de mai. 2019.
10. Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.610/2019.
11. TSE reúne-se com Google, Facebook, WhatsApp e Twitter para alinhar estratégias de combate à desinformação nas Eleições 2020. *In: Tribunal Superior Eleitoral*, 12 dez. 2019.
12. Brasil. Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral).
13. Brasil. Lei 12.695/2014 (Marco Civil da Internet).