Justiça Eleitoral e fake news: uma análise empírica das ações judiciais nas eleições de 2018

ARY JORGE AGUIAR NOGUEIRA

Sobre a autor:

Ary Jorge Aguiar Nogueira. *Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, lotado na 90. Zona Eleitoral de Volta Redonda. Parecerista das revistas "Direitos Humanos e Democracia"; "Beijing Law Review"; "International Law Research", dentre outras.*

RESUMO

O trabalho, de natureza predominantemente exploratório-descritiva, pretende discutir a questão das fake news no âmbito da competição eleitoral. O principal objetivo do trabalho é apresentar um panorama da judicialização da competição eleitoral motivada por fake news no ano de 2018, no âmbito da Justiça Eleitoral do Brasil. Ademais, busca-se discutir o conceito e o enquadramento jurídico das fake news no âmbito eleitoral. A pesquisa trabalha dados empíricos numa abordagem quantitativa. O corpus de análise é constituído de base de dados compilada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Justifica-se a pesquisa diante não apenas dos escassos trabalhos empíricos sobre o tema, mas igualmente em razão da relevância que a temática da judicialização da competição eleitoral vem assumindo nos últimos anos. Os resultados apontam que a grande maioria dos processos ajuizados perante os Tribunais Eleitorais que tratavam de desinformação, durante o ciclo eleitoral de 2018, tinha os vocábulos fake news ou “sabidamente inverídico” em seus autos.

Palavras-chave: fake news, processos, Eleições 2018, competição, eleitoral

ABSTRACT

The work, predominantly exploratory-descriptive, intends to discuss the issue of fake news in the context of electoral competition. The main objective of the work is to present an overview of the judicialization of electoral competition motivated by fake news in 2018, within the scope of the Electoral Court of Brazil. Furthermore, it seeks to discuss the concept and legal framework of fake news in the electoral sphere. The research works on empirical data in a quantitative approach. The analysis corpus consists of a database compiled by Getúlio Vargas Foundation – FGV. The research is justified not only in view of the scarce empirical work on the subject, but also because of the relevance that the theme of judicialization of electoral competition has taken on in recent years. Results show that the vast majority of lawsuits filed before the Electoral Courts dealing with misinformation during the 2018 electoral cycle had the words fake news or “known to be untrue” in their records.

Keywords: fake news, lawsuit, elections 2018, competition, electoral

INTRODUÇÃO

A cada dois anos, o Brasil realiza Eleições Gerais, visando à renovação dos cargos de Presidente da República, Deputados Federais e Estaduais, Governadores dos Estados, além de Senadores[1], numa grande operação que envolve milhares de voluntários, cidadãos nomeados como mesários e servidores da Justiça Eleitoral.

As Eleições no Brasil costumam transcorrer sem grandes problemas e a informatização dos sistemas eleitorais nos permite conhecer os eleitos poucas horas após o final dos trabalhos, algo que seguidamente é apontado como motivo de orgulho nacional.

Porém, em muitas localidades, as eleições são precedidas de uma verdadeira guerra judicial, travada entre grupos opositores e/ou Ministério Público e os candidatos eleitos. Neste contexto, o protagonismo do judiciário eleitoral é evidente, pois a ele compete definir se o resultado das urnas prevalecerá, ou se os cidadãos serão eventualmente chamados a uma nova escolha[2] (NOGUEIRA, 2019).

Embora a judicialização da política seja um tema consagrado na literatura nacional (ARANTES, 2005; ARANTES; KERCHE, 1999; CARVALHO, 2004; MARCHETTI, 2004, 2008, 2013; MARCHETTI; CORTEZ, 2015; OLIVEIRA, 2005; POGREBINSCHI, 2012; TAYLOR, 2006, 2007; KOERNER; INATOMI; BARATTO, 2011), faz-se necessário destacar que a subcategoria da judicialização da competição eleitoral ainda conta com amplo espaço para novos pesquisadores, haja vista a incipiente produção voltada especificamente para este campo (PARANHOS et al, 2014).

E neste sentido, um tema transversal vem se colocando com vigor nos últimos ciclos eleitorais, com impactos cada vez mais imprevisíveis nos resultados: a questão da disseminação das fake news no contexto de campanha.

O trabalho, de natureza predominantemente exploratório-descritiva, pretende discutir a questão das fake news no âmbito da competição eleitoral. O corpus da análise é constituído pelas ações judiciais ofertadas perante os Tribunais Eleitorais, ao longo do ciclo eleitoral de 2018, cujo objeto trata-se da desinformação.

A base de dados foi compilada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV: "Eleições, fake news e os tribunais: desinformação online nas eleições brasileiras de 2018: base de dados" (KAROLCZAK; SALVADOR; GALATI, 2020).

Atualmente, o Judiciário Eleitoral apresenta-se cada vez mais decisivo na manutenção da democracia. No entanto, este protagonismo tem como efeito colateral sua utilização por atores políticos como uma espécie de nova arena ou "terceiro turno eleitoral". A título exemplificativo, o número de eleições suplementares ocorridas desde 2004 contam-se às centenas (NOGUEIRA, 2021).

Desta forma, o fenômeno das fake news, conectado ao dinamismo das novas mídias digitais, parece trazer um elemento potencialmente explosivo às relações entre política e justiça.

As tecnologias de informação e de comunicação estão a pleno alcance da sociedade e configuram-se, atualmente, como ferramentas quase essenciais ao ser humano (LÉVY, 2011) e a regulação de condutas pelo Direito, normalmente, compreende "todo o conjunto normativo estatal, embasado constitucionalmente, em suas mais diversas naturezas e categorias hierárquicas" (LEMOS, 2005, p. 21).

Assim, o Direito busca regular o comportamento por meio de leis pré-estabelecidas, ameaçando impor sanções ex post para a violação de determinada regra (LESSIG, 2006, p. 139). Em muitos casos, o conhecimento da existência

1 Cabe lembrar que as cadeiras do Senado são renovadas a cada quatro anos em 1/3 e 2/3 de sua composição, visto que os mandatos daquela Casa Legislativa duram 8 anos.

2 Por força do artigo 224, da Lei 4.737/65 (Código Eleitoral), devem ser realizadas novas eleições em duas hipóteses: quando houver nulidade de votos que atinja mais da metade da votação para os cargos majoritários de presidente da República, governador ou prefeito; ou quando decisão da Justiça Eleitoral importar no indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário, independentemente do número de votos anulados. (VIDE ADIN 5525)

e a ameaça da punição bastam para desencorajar o descumprimento da norma jurídica (LEONARDI, 2019, p. 47). O problema é que nem sempre isso basta e muitas vezes a recompensa almejada (a derrota de um adversário político) supera o ônus de uma eventual punição.

A Justiça Eleitoral do Brasil, produto da Revolução de 1930, vê-se diante dos novos desafios impostos por um mundo cada vez mais fluido[3] e não vem se furtando a seu papel, conforme pretendemos demonstrar.

O trabalho encontra-se divididos em três seções. Na primeira, são discutidos os conceitos de judicialização da competição eleitoral, bem como apresentadas as ações judiciais pertinentes. A segunda seção trata da propaganda eleitoral, além de buscar apresentar uma primeira definição de fake news voltada ao âmbito eleitoral. Na terceira seção é apresentada a metodologia de trabalho, além de dados sobre os processos ajuizados em 2018 perante os Tribunais Eleitorais que tratavam da temática da desinformação. A conclusão do trabalho busca retomar o panorama apresentado, além de apresentar as considerações finais.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA COMPETIÇÃO ELEITORAL

Esta seção discute a judicialização da competição eleitoral, conceito fundamental para a compreensão da parte empírica da pesquisa constante do último seção.

A judicialização da competição eleitoral pode ser entendida como uma subcategoria da judicialização da política, centrada especificamente nas questões pertinentes à arena eleitoral, podendo ocorrer ao longo de todo o ciclo eleitoral. [4]

O fenômeno da judicialização da política, normalmente associado à expansão global do poder judicial (TATE, 1995; VALLINDER, 1995, p. 283), expressa-se como um instituto de três partes: expansão do discurso legal para fora do meio judicial (um bom exemplo seria o processo administrativo brasileiro, que emula procedimentos e formas tipicamente judiciais); judicialização das políticas públicas por meio da revisão judicial; e finalmente, transferência às cortes de questões de natureza política (HIRSCHL, 2007).

Embora o conceito de "judicialização da política" seja questionado (HAMLIN; KAWAR; SALA, 2015), com autores descartando, inclusive, sua validade como categoria interpretativa (KOERNER; INATOMI; BARATTO, 2011), a literatura aponta, de forma majoritária, que este termo cumpre um relevante papel teórico-descritivo.

A discussão que se coloca quando se aborda a questão da judicialização da competição eleitoral diz respeito às peculiaridades que o fenômeno assume no âmbito eleitoral, pois se pode afirmar, sem receio, que todo o sistema eleitoral brasileiro é, de alguma forma, judicializado desde sua origem (NOGUEIRA, 2019a; MARCHETTI, 2013).

As eleições no Brasil são organizadas por um ramo especializado do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral, que constitui um produto direto da Revolução de 1930. Essa Justiça Especializada foi inspirada nas bandeiras levantadas à época: críticas à oligarquia da Primeira República e o evidente descrédito do processo eleitoral, marcado pelo coronelismo (MARCHETTI, 2013, p. 41).

Neste sentido, não haveria qualquer discussão de fundo eleitoral que não terminasse sendo analisada e decidida por um juiz, pois até mesmo questões administrativas fazem parte da competência da Justiça Eleitoral.

Pontua a doutrina, que a Justiça Eleitoral não exerce apenas funções jurisdicionais, mas igualmente administrativas, normativas e consultivas (GOMES, 2017; RIBEIRO, 1990). Assim, não é apenas responsável por organizar as

3 Entendido aqui no sentido da modernidade líquida de Zigmunt Bauman (2001), uma nova época em que as relações sociais, econômicas e de produção são frágeis, fugazes e maleáveis, como os líquidos.

4 A noção de ciclo eleitoral (NORRIS, 2014, p. 33) constitui o "padrão ouro" para que a comunidade internacional avalie a integridade de um sistema eleitoral e compreende todos os estágios do processo eleitoral, partindo do desenho e implantação das leis eleitorais até a auditoria e arquivamento dos dados relativos aos resultados, incluindo, a própria gestão dos órgãos envolvidos na administração das eleições (NORRIS, 2015, p. 13).

eleições (aplicação das regras) e julgar os contenciosos eleitorais (adjudicação das regras). Ela também edita resoluções de natureza claramente normativa (formulação de regras), além de prestar informações, manifestando-se sobre questões concretas a interessados legalmente legitimados (MARCHETTI, 2013).

A forma como é estruturado o organismo eleitoral brasileiro, por si só, favoreceria a judicialização de quaisquer questões eleitorais (NOGUEIRA, 2019), sendo certo que: a conexão entre a governança da Justiça Eleitoral e a judicialização das eleições já foi objeto de pesquisa na academia nacional (ZAULI, 2011).

Subsiste, então, a questão de como as fake news impactariam a competição eleitoral. Porém, antes disso, faz-se necessário traçar um breve panorama sobre os instrumentos jurídicos que possibilitariam a judicialização. É o que será visto nas seções seguintes.

1.1. AÇÕES E MEIOS PROCESSUAIS QUE JUDICIALIZAM AS ELEIÇÕES

Como mencionado anteriormente, as eleições brasileiras são extremamente judicializadas, muito em função da forma como se estrutura a governança eleitoral no país.

Trabalhos anteriores (NOGUEIRA, 2019a, 2019b) apontam que haveria oito mecanismos judiciais que, uma vez acionados, poderiam resultar no afastamento de um candidato eleito, seja pelo indeferimento ou cassação do registro, seja pela cassação do diploma ou até mesmo do mandato.

Estes seriam alguns dos principais mecanismos jurídicos empregados pelos competidores durante ciclos eleitorais. A tabela a seguir apresenta um panorama acerca destas ações/impugnações.

Tabela 1. Ações e meios judiciais utilizados na competição eleitoral

AÇÃO JUDICIAL	FUNDAMENTO	OBJETIVO	RESULTADO
Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME)	Artigo 14, §§10 e 11, da Constituição Federal	Proteger a cidadania, a lisura e o equilíbrio do pleito, bem como a legitimidade da representação política.	Desconstituição do mandato do eleito.
Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura (AIRC)	Artigo 3º, caput, da Lei Complementar 64/90	Não preenchimento dosrequisitos de elegibilidade ou inelegibilidade previstos na próprialei Complementar 64/90 ou na Constituição Federal.	Indeferimento do pedido de registro de candidatura.
Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE)	Artigos 19 e 22, caput da Lei Complementar 64/90	Coibir o abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, bem como a utilização indevida de veículos oumeios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político.	Declaração de inelegibilidade por 8 (oito) anos e a cassação do registro ou do diploma.
Recurso contra Expedição de Diploma (RCED)	Artigo 262 do Código Eleitoral	Reconhecer inelegibilidade superveniente, a inelegibilidade de natureza constitucional e falta de condição de elegibilidade.	Desconstituição do diploma do candidato eleito.

Representação específica por Excessos em Doação de Campanhas	Artigo 23, da Lei n.º 9.504/97	Coibir a doação superior a 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição por pessoa física.	Declaração de inelegibilidade (art. 1º, inciso I, "p", da LC 64/90).
Representação Específica por Captação Irregular de Recursos	Artigo 30-A, da Lei nº 9.504/97	Coibir a captação irregular de recursos de campanha (caixa dois).	Negação ou cassação do diploma do eleito.
Representação Específica por Captação Ilícita de Sufrágio	Artigo 41-A, da Lei 9.504/97	Coibir a captação ilícita de sufrágio (compra de votos).	Cassação do registro ou diploma e aplicação de multa.
Representação Específica pela Prática de Condutas Vedadas	Artigos 73 a 78 da Lei 9.504/97	Coibir prática de condutas vedadas pelos agentes públicos.	Coibir prática de condutas vedadas pelos agentes públicos.

FONTE: Elaboração própria (2021).

No entanto, quando se trata do fenômeno das *fake news*, que normalmente são disseminadas ao longo da campanha eleitoral, outros mecanismos jurídicos ganham maior relevância. É o que será visto nas seções seguintes.

1.2. REPRESENTAÇÃO POR PROPAGANDA ELEITORAL ILÍCITA

As representações relativas ao descumprimento da Lei n.º 9.504/97 (Lei das Eleições), salvo disposição expressa em contrário, devem seguir o rito previsto no artigo 96 daquele diploma legal.

Como lembra Gomes (2018), as restrições legais à propaganda eleitoral não chegam a ferir os direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento e de informação, uma vez que se ligam aos Princípios de Igualdade, Normalidade e Legitimidade das Eleições.

A Lei das Eleições prevê a aplicação de diversas sanções: aplicação de multa (artigos 36,§3º, 37,§1º, 39, §8º, 43, §2º, 45,§2º); perda de tempo destinado à propaganda eleitoral (artigos 45, §2º, primeira parte, e 55, parágrafo único); perda do direito à veiculação da propaganda (art. 53,§1º); impedimento à apresentação de determinados programas (art. 53, §2º); ou suspensão da programação normal da emissora de rádio ou televisão (artigo 56).

O procedimento da representação é célere, devendo ser supridas eventuais deficiências pelas disposições atinentes à Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC), bem como pelo Código de Processo Civil (GOMES, 2018).

Pontua o mencionado autor, que a petição inicial deve ser apresentada em duas vias e instruída com "*prova da autoria ou do prévio conhecimento do beneficiário*", caso este não seja o autor do fato (art. 40-B, da Lei das Eleições). Deve, ainda, relatar fatos e indicar provas, indícios e circunstâncias que indiquem o ilícito alegado. Caso esteja instruída com mídia de áudio ou vídeo, a degravação deve ser juntada também em duas vias.

Após autuação e distribuição ao juízo eleitoral, o representado é *notificado* (embora a lei mencione notificação, materialmente, trata-se de citação) para, em 48 horas, defender-se. Os autos, então, são encaminhados ao Ministério Público para manifestação no prazo máximo de 24 horas.

Como a petição inicial e a contestação devem vir acompanhadas, em tese, de prova pré-constituída, realiza-se audiência de instrução apenas para a produção de provas que não poderiam acompanhar os atos. O órgão judicial prolatará a sentença, devendo a decisão ser publicada em 24 horas. Da sentença cabe recurso para o TRE respectivo, no prazo de 24 horas.

Nas eleições gerais, nas quais o registro de candidatura é realizado junto aos Tribunais Regional e Superior Elei-

toral, a decisão é proferida por juiz ou ministro auxiliar. Contra o ato caberá recurso na forma do art. 96, §8º, da Lei no 9.504/97.

1.3. PEDIDO DE DIREITO DE RESPOSTA

Gomes (2017) salienta que, entre os Princípios que regem a Propaganda Eleitoral, destacam-se os da *informação e veracidade.* O primeiro dá aos eleitores o direito de receber todas as informações sobre os participantes do certame, sejam elas positivas ou negativas, pois só assim poderão exercer o sufrágio com consciência e responsabilidade. Em relação ao segundo, os fatos e informações veiculados devem apresentar similitude com a verdade fatual ou histórica.

Ademais, configura-se como crime eleitoral "divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado" (art. 323, do Código Eleitoral).

O próximo seção é dedicado a discutir a questão da propaganda eleitoral, porém, pode-se antecipar que sua principal função é proporcionar a cada candidato a oportunidade de expor sua imagem, ideias e seus projetos, com a intenção de convencer os eleitores de que seja a melhor opção de voto. Portanto, não se admite que a propaganda se torne palco de embates pessoais, agressões morais ou difusão de mentiras.

O artigo 243, inciso IX, do Código Eleitoral assevera que:

> *"Art. 243. Não será tolerada propaganda:*
> *(...)*
> *IX - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública."*

Assim, além dos ilícitos previstos nos artigos 323 a 326 do Código Eleitoral, fica assegurada a reparação de eventual dano moral sofrido pelo ofendido, a ser perseguido perante a Justiça Comum.

O direito de resposta está previsto no artigo 58, da Lei n.º 9.504/97:

> *"Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social."*

Para Gonçalves (2018, p. 241), trata-se da ferramenta apta a coibir a veiculação da chamada "propaganda negativa". Porém, o mencionado autor alerta que não se configura o direito diante de mera crítica, manifestação de discordância ou desapreço de um candidato em relação a outro.

Nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não deixa dúvidas:

> *"(...) não enseja direito de resposta a crítica genérica, inespecífica, despida de alusão clara a determinado governo, candidato, partido ou coligação. (TSE, Rp. n.º 119271, j. 23.09.2014)*
> *(...) não enseja direito de resposta o fato de o conteúdo da informação ser passível de dúvida, controvérsia ou discussão na esfera política. (TSE, Rp n.º 108357, j. 09.09.2014)*
> *(...) para fins de direito de resposta, o fato sabidamente inverídico é aquele que não demanda investigação, sendo perceptível de plano. (TSE, Rp. n.º 120133, j. 23.09.2014)*
> *(...) A afirmação feita durante propaganda eleitoral gratuita, ainda que com maior ênfase no tocante ao período de comparação entre governos, atribuindo a candidato responsabilidade pelo reajuste de tarifa de energia, consubstancia mera crítica política, não se enquadrando nas hipóteses deste artigo. (TSE, Rp. n.º 287840, j. 29.09.2010)"*

O direito de resposta somente é admitido após a escolha dos candidatos em convenção e seu procedimento segue o estabelecido no artigo 96, da Lei das Eleições, porém, com algumas particularidades.

Conforme relembra Gomes (2017), a Lei das Eleições fixa o prazo máximo de 72 horas da data da formulação do pedido para que a decisão judicial seja prolatada, prevista, inclusive, convocação de juiz auxiliar e até mesmo