
O dever constitucional de proteção das liberdades comunicativas frente à desinformação nos ambientes virtuais

Andrei Ferreira Fredes³²
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet³³

RESUMO

Este ensaio tem como objetivo abordar dois pontos centrais da proteção das liberdades comunicativas no direito brasileiro. Em primeiro lugar, coloca-se o argumento que, em função especialmente de seu duplo caráter enquanto direito fundamental de dimensão subjetiva e objetiva, a liberdade de manifestação do pensamento e o direito à informação não podem restar desprotegidos frente aos avanços dos interesses econômicos das companhias tecnológicas que controlam os espaços virtuais de comunicação. Em segundo lugar, busca-se verificar quais as medidas já estabelecidas pela regulação brasileira, a fim de verificar se se apresentam como adequadas e suficientes. Conclui-se que, apesar da legislação eleitoral brasileira dar importante passo inicial, ainda há necessidade de o poder legislativo assumir sua função como protetor das garantias fundamentais e aprofundar os mecanismos de salvaguarda das liberdades comunicativas nos espaços virtuais.

PALAVRAS-CHAVE

Liberdade de Expressão, Desinformação, Direito à Informação, Direitos Fundamentais.

³² Doutor em Direito em regime de cotutela internacional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil) e a Universidad de Granada (Espanña). fredesandrei@gmail.com

³³ Gabrielle Bezerra Sales Sarlet é Advogada, Mestre em direito pela UFC. Doutora em direito pela UNIA- Universidade de Augsburg(alemanha). Pos-doutoramento em Direito pela Universidade de Hamburgo(Alemanha) e pela PUCRS. Professora dos cursos de graduacao, de mestrado e de doutorado Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. Especialista em neurociencias e ciencias do comportamento PUCRS.

The constitutional duty to protect communicative freedoms in the face of disinformation in virtual environments

*Andrei Ferreira Fredes
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet*

ABSTRACT

This essay aims to address two central points of the protection of communicative freedoms in Brazilian law. First, the argument is made that, especially due to its dual character as a fundamental right of subjective and objective dimension, the freedom to speech and the right to information cannot remain unprotected in the face of advances in the economic interests of technological companies that control virtual spaces of communication. Secondly, it seeks to verify which measures are already established by the Brazilian regulation, in order to verify whether they are adequate and sufficient. It is concluded that, although brazilian electoral legislation takes an important initial step, there is still a need for the legislative power to assume its function as a protector of fundamental guarantees and to deepen the mechanisms for safeguarding communicative freedoms in virtual spaces.

KEYWORDS

Freedom of Speech, Disinformation, Right to Information, Fundamental Rights.

Notas introdutórias

O Constitucionalismo foi confrontado com inúmeras crises nas duas primeiras décadas do século XXI. Inicialmente as crises econômicas, desencadeadas pela ruptura do modelo financeiro liberal e desregulamentado norte-americano, seguidas por diversos momentos de crise humanitária, com os influxos de refugiados forçados a abandonar seus países que se encontravam em conflitos armados.

Mais recentemente, restou abalado em razão da crise provocada pelo impacto dos mecanismos tecnológicos, especialmente os de comunicação digital, que se mostraram capazes de erodir a estrutura dos Estados Democráticos ao atingir diretamente o esteio da ideia de representação deliberativa sobre a qual a Democracia se sustenta³⁴. Assim, como define Clara Keller, a desinformação se entende como a difusão intencional de informações falsas a fim de obter lucro, causar danos, ou avançar objetivos políticos ou ideológicos, tendo sido exponencialmente ampliada com a utilização das plataformas digitais sociais³⁵.

O desafio enfrentado pelas democracias pluralistas passou, de fato, a ser o equacionamento que envolve a imposição dos valores e dos princípios constitucionais, bem como a cartela de direitos e garantias fundamentais, em face das ondas antidemocráticas desencadeadas pelos sistemas organizados de desinformação nos ambientes virtuais. Contudo, em outro giro, atento à garantia da ampla liberdade comunicativa dos cidadãos usuários das redes, tendo em vista a fundamentalidade das liberdades de expressão e de informação, tanto em sua dimensão subjetiva quanto objetiva, pedra de toque da própria democracia³⁶. Ou seja, a questão é buscar mecanismos apropriados para, simultaneamente, coibir os avanços das campanhas de desinformação ao tempo em que devem manter e promover a liberdade legítima de manifestação do pensamento e de difusão de informação nas mídias sociais, caracterizando-se como algo bastante complexo.

Evidentemente não se faz possível em breves páginas desenvolver esta temática por completo, o recorte que aqui se oferece é uma análise acerca de alguns mecanismos que já foram adotados no cenário brasileiro no enfrentamento da matéria. Alerta-se, antecipadamente, que a maioria deles tangenciam a legislação eleitoral, parametrizando as campanhas eleitorais, sobretudo no que toca às eleições do ano em curso, às exigências de um pleito livre e justo em conformidade com os artigos 1º, parágrafo único e artigo 14º da Constituição Federal de 1988(doravante CF/88).

Nesta medida, entende-se que se mostram como um ponto de partida importante, mas ainda insuficiente, no combate aos sistemas preordenados de desinformação orientados para as mídias sociais digitais. Alerta-se para o longo itinerário em que cabe ao

³⁴ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. As Duas Grandes Crises do Constitucionalismo Diante da Globalização no Século XXI. In: **Joaçaba**. v. 19, n. 3, set./dez. 2018.

³⁵ KELLER, Clara Iglesias. Don't Shoot the Message: Regulating Desinformation Beyond Content. In: **Revista de Direito Público**. Brasília, v. 18, n. 99, jul./set. 2021.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. In: **RDU**. Vol. 16. N. 90. Nov-dez 2019. Porto Alegre. 2019.

Estado atuar, em especial mediante instrumentos regulatórios, a fim de cumprir seu dever constitucional de proteção, de respeito e de promoção dos direitos fundamentais, mediante a ação dos três poderes harmonicamente ordenados, preferencialmente por intermédio do poder legislativo, o qual deve arcar com o ônus/dever de regulamentar a CF/88.

1 - O dever de proteção das liberdades fundamentais comunicativas na Constituição Federal brasileira de 1988

É possível estabelecer que, em regra, a jurisprudência e a doutrina tradicionalmente definiram o conteúdo do direito à liberdade de expressão e do direito à informação como típicos direitos de defesa. Vedada qualquer possibilidade de censura, definida a posição preferencial *prima facie* frente a outros direitos fundamentais que limitam a liberdade de expressão e, especialmente em relação ao direito à informação e de liberdade jornalística, revelou-se incompatível com a norma constitucional a limitação à veiculação apenas de fatos, sendo protegidas também as manifestações de opinião e de crítica por parte da mídia³⁷. Todos esses aspectos do âmbito de proteção da liberdade de expressão e do direito à informação estão intimamente ligados ao desenvolvimento e ao adensamento da democracia e do pluralismo no contexto brasileiro³⁸.

Com efeito, essa interpretação liberal, decorrente da concepção de matriz burguesa de Estado, somou-se à lógica de um Estado Social, responsável por não apenas por um caráter omissivo, mas por impor uma atuação positiva na realização dos direitos e das garantias. Robert Alexy, a propósito, elabora um conceito de direito a prestações em sentido amplo, no qual inclui “a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens”³⁹.

Isto é, para Alexy, o Estado não é responsável apenas por prestações específicas definidas constitucionalmente, que tipicamente se estruturam como direitos a prestações, a exemplo dos Direitos à Saúde, à Educação, à Previdência Social, dentre outros. Para o autor, há um Direito às prestações em sentido amplo, que inclui qualquer Direito Fundamental para o qual deva o Estado agir para sua concretização, seja por meio de prestações fáticas ou normativas, como a criação de normas penais ou que regulem a atividade dos atores privados⁴⁰.

Alexy argumenta que o direito às prestações decorrentes de algum direito fundamental se sustenta “na possibilidade de encontrar na Constituição uma série de pontos de apoio, formulados de forma objetiva, para uma interpretação orientada a direitos a

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de Expressão e Seus Limites numa Democracia: O Caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. In: **Revista de Estudos Institucionais**. v. 6, n. 2, maio/ago. 2020.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 11 de abril de 2021.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Malheiros. São Paulo. 2014. p. 442.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Ibidem*.

prestações"⁴¹. A título de exemplo, o autor menciona a obrigação constitucional formulada pela Lei Fundamental Alemã⁴² de proteção da dignidade da pessoa humana, bem como a cláusula geral do Estado Social e o enunciado geral de igualdade, que, em casos especiais, pode fundamentar direitos originários às prestações⁴³.

Na doutrina nacional, a necessidade de se definir prestações positivas por parte do Estado para a fruição dos Direitos Fundamentais não é nova, Gilmar Mendes referia, já em 1993, que “a garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade”⁴⁴, sendo necessário estabelecer garantias de natureza institucional, o que implica em um dever de prestações normativas, ou seja, um dever positivo de regular, uma vez que “não apenas a existência de lei, mas também a sua falta pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais”⁴⁵.

Em relação à CF/88, é possível encontrar vários pontos de apoio, indo até mesmo além dos relacionados por Alexy a partir da Lei Fundamental alemã, principalmente em relação aos Direito de livre manifestação do pensamento e informação, tendo em vista sua essencialidade para o regime democrático. No Art. 1º, encontram-se os fundamentos do Estado, sobretudo em uma constelação que centraliza a dignidade da pessoa humana – os quais se relacionam com a liberdade de expressão em sua dimensão de autonomia – e o pluralismo político. No Art. 3º, a Constituição define como objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e pacífica, sendo impossível admiti-los apenas a partir da dimensão negativa dos direitos. O Art. 5º, em sua complexidade, expressa a garantia da liberdade da manifestação da expressão e assegura a todos o acesso à informação. No Art. 220, a CF/88 estabelece que a manifestação do pensamento, expressão e informação não sofrerão qualquer restrição, vedando a censura e qualquer dispositivo que constitua embaraço à plena liberdade de informação jornalística⁴⁶.

Conjugando as disposições constitucionais que estabelecem o Estado Social e Democrático de Direito, do qual decorre o rol de limites e de deveres constitucionais, há a necessidade não apenas de abstenção estatal, mas implica em evitar que agentes privados violem os direitos alheios, especialmente numa sociedade em que a concentração de poder econômico e social é massiva. Como coloca Antonio Perez Luño, o Estado So-

⁴¹ ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 435.

⁴² DEUTSCHLAND. Lei Fundamental da Alemanha. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

⁴³ ALEXY, Robert. *Ibidem*.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania. Declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, jan./mar. 1994. p. 49.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibidem*.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 1º abr. 2021.

cial significa uma superação da ideologia individualista do laissez-faire – no qual “la creciente intervención del Estado en el terreno económico y social que crea unos derechos, los cuales no pueden entenderse como Staatsschranken (limites de la acción estatal), sino como Staatszwecke (fines de la acción del Estado)”. No mesmo sentido, a lição de Ingo Sarlet:

Neste contexto, impõe-se que relembremos aqui a aceitação da ideia de que ao Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar – **inclusive em caráter preventivo** – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas **também contra agressões providas de particulares** e até mesmo de outros Estados, dever este que, por sua vez, desemboca na obrigação de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.⁴⁷

Toda informação tem, em si, um emolduramento da realidade. No que toca ao Estado democrático de Direito, urge ressaltar que a formatação deve expressar os pilares da liberdade, da igualdade, do pluralismo de ideias em uma conjugação que, em razão da fidúcia na ordem democrática, assegure a vida plena e digna e a paridade de armas no jogo de poder.

Sendo assim, a partir do problema colocado pela desinformação nos ambientes virtuais, verificou-se que agentes privados – companhias tecnológicas detentoras de serviços de redes sociais de grande popularidade – podem influenciar, inclusive de forma subliminar e perversiva, seus usuários, mediante seleção de conteúdo por seus algoritmos, permitindo alcançar objetivos que atendam aos seus próprios interesses ou aos de seus anunciantes. Além disso, em função do modo como essas redes estão estruturadas, ou seja do design, agentes particulares que delas se utilizam para disseminar conteúdos falsos ou ofensivos são igualmente prestigiados, uma vez que a polarização causada por esse tipo de conteúdo é responsável pela retenção dos usuários na rede. Por fim, todo esse sistema de controle e distribuição de conteúdo e de informação se faz de forma totalmente obscura, sob o argumento da inescrutabilidade dos algoritmos⁴⁸. Vale destacar, nessa altura, que a opacidade é frontalmente contrária ao que se entende por soberania popular.

Dessa forma, afirma-se que não há apenas uma faculdade estatal de regular a atuação das redes sociais, mas, sim, um dever, em função dos direitos de proteção das liberdades comunicativas e da democracia, os quais, como já elaborado, em sua dimensão objetiva, constituem objetivos máximos da ordem jurídica. A dinâmica de efetividade da constituição de um Estado Social e Democrático de Direito não admite que companhias privadas possam controlar, sem qualquer transparência e responsabilidade, as liberdades comunicativas ao ponto de impactar decisivamente em processos eleitorais e demais momentos cruciais da vida social, como na recente gestão da pandemia do coronavírus.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12ª ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2018, grifo nosso.

⁴⁸ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Redes Sociais, Companhias Tecnológicas e Democracia. In: HABERLE, Peter et al. (Orgs). Direitos Fundamentais, Desenvolvimento e Crise do Constitucionalismo Multinível. Editora Fundação Fênix. Porto Alegre. 2020.

Essa constatação não significa que haja uma única medida a ser tomada, pois, em primeiro lugar, algumas possibilidades são vedadas, tendo em vista que as liberdades que se pretende fortalecer não perdem sua dimensão como direitos de defesa. Oportunamente, vale lembrar que Alexy diz que o direito a ações estatais positivas “é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas”⁴⁹, no qual se incluem abstenções do Estado, proteção contra intervenção de terceiros, inclusão em procedimentos relevantes e a tomada de medidas fáticas para a efetivação do direito⁵⁰. Da mesma forma, Ingo Sarlet menciona que “importa efetivamente é levar-se em conta a circunstância de que também os direitos a prestações abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas”⁵¹, concluindo que “podem variar quanto ao seu objeto, seu destinatário e mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação”⁵².

A ideia de um feixe de posições jurídicas também pode ser encontrada no pensamento de Clémerson Clève, ao mencionar que “o Estado não pode deixar, igualmente, de atuar para proteger os direitos fundamentais, inclusive normativamente (dever de proteção), e de implantar políticas públicas voltadas à afirmação dos direitos”⁵³. Atenta-se que, na lição de Dieter Grimm, define-se que “*los derechos de libertad pueden incorporar la protección de algunos de sus presupuestos, frecuentemente de índole material, en los casos em que la libertad quedaría sin valor alguno si no extendiera a ellos*”⁵⁴. Igualmente, Luciano Feldens reporta que “os direitos fundamentais desencadeiam ‘uma ordem dirigida’ ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e retaliação dos direitos fundamentais”⁵⁵. Esses entendimentos parecem se adequar ao argumento constantemente repetido de que, para a regulação dos ambientes digitais, não há uma “bala de prata”, sendo necessário pensar em um complexo de mecanismos regulatórios.

Isto posto, verifica-se que os deveres de proteção exigem uma atuação positiva do Estado, uma obrigação prestacional, na defesa de um direito de liberdade – como a liberdade de expressão, o direito à informação e a plena liberdade jornalística. Como articulam Maitê Lemos e Vinícius Deprá, “a necessidade de cooperação entre os Poderes é medida indissociável para a concretização destes direitos” e isso implica que não haja uma obrigação única e específica, mas a necessidade de todos os Poderes envolvidos

⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Malheiros. São Paulo. 2014. p. 443.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Ibidem*.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12ª ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2018.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*.

⁵³ CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 54. 2006. p. 28.

⁵⁴ GRIMM, Dieter. **Multiculturalidad y Derechos Fundamentales Trad**: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editorial Trotta. Madrid. 2007. p. 68.

⁵⁵ FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 65.

atuarem na concretização dos direitos fundamentais em questão. Nesse sentido, é papel do Estado como um todo não apenas regular a coerção ou punição dos excessos que transbordem da liberdade legítima, e, sim, estabelecer mecanismos capazes de proporcionar, da melhor forma, a possibilidade de todos atuarem na construção social, o que invariavelmente ocorre pela comunicação livre, conforme define Ivar Hartmann: “Um Estado Democrático de Direito requer, portanto, mecanismos legais para fomentar e promover a manifestação do pensamento, e não apenas para a prevenção de sua regulamentação abusiva”⁵⁶.

Essa ação estatal, que deve partir de todos os Poderes, ao atuar sobre as liberdades comunicativas, deve ter um sentido específico, promovendo o debate público o máximo possível do ideal do livre mercado de ideias. Isso significa que o Estado não deve ser vetor imediato de valores ou de ideias, mas guardião de um espaço que, na medida dos contornos da constituição, seja capaz de promover a liberdade comunicacional de todos, entendida como a capacidade de ouvir e ser ouvido, conforme coloca Owen Fiss: “*The duty of the state is to preserve the integrity of public debate – in much the same way as a great teacher – not to indoctrinate, not to advance the ‘truth’, but to safeguard the conditions for true and free collective self-determination*”⁵⁷.

Se as redes sociais são espaços de exercício das liberdades comunicativas – como elas mesmas se intitulam – então não podem simultaneamente ser espaços de subtração da liberdade comunicativa pelo poder econômico, além de dissimulação por algoritmos opacos que prestigiam manifestações falsas ou ofensivas para obter engajamento, banem usuários e apagam conteúdos, sem transparência ou possibilidade de obter revisão adequada das decisões. Nesse sentido, a posição, *a priori* neutra, do Estado de garantia do espaço livre de exercício das liberdades comunicativas se revela uma posição insuficiente para a promoção da igualdade material.

Se é possível verificar que as liberdades comunicativas, e mesmo os pleitos eleitorais e o manejo de políticas públicas, ficam em risco quando não há qualquer controle sobre a forma como as redes sociais atuam sobre as manifestações e informações veiculadas na rede, é imperativo que todos os Poderes atuem no sentido de garantir um espaço virtual mais democrático, dentro dos limites constitucionalmente previstos. Isso significa que é possível propor um rol de possibilidades.

A título de exemplo, poderia ser observado desde a tipificação penal de condutas vinculadas à veiculação dolosa de notícias falsas até a garantia da transparência das aplicações dos algoritmos das redes frente a uma agência reguladora capaz de auditar esses mecanismos. A seguir verifica-se quais mecanismos já foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, que ainda carece de desenvolvimento e, em especial, de aprofundamento para que se cumpra o dever estatal de proteção das liberdades comunicativas e da garantia de eleições livres e justas.

⁵⁶ HARTMANN, Ivar. Liberdade de Expressão e Capacidade Comunicativa: Um Novo Critério Para Resolver Conflitos entre Direitos Fundamentais Informativos. In: **Direitos Fundamentais e Justiça**. Belo Horizonte. ano 12, n. 39, jul./dez. 2018. p. 158.

⁵⁷ FISS, Owen. Free Speech and Social Structure. In: **Iowa Law Review**. n. 71. 1986. p. 1.416.

2 - A legislação eleitoral brasileira e o combate à desinformação

É possível destacar algumas disposições da legislação eleitoral com o objetivo de coibir e punir o uso abusivo das liberdades comunicativas. O Art. 323 do Código Eleitoral brasileiro estabelece a proibição de divulgação de fatos que se sabe inverídicos, sobre candidato ou partido político, com capacidade para exercer influência sobre o eleitorado, seja na propaganda eleitoral ou durante o período de campanha⁵⁸. Tendo sido, ainda, a menção sobre o período de campanha adicionada recentemente por nova redação dada ao dispositivo pela Lei 14.192/21, o que significa não haver mais a exigência de que a manifestação seja na propaganda eleitoral *stricto sensu*⁵⁹, passando a alcançar qualquer manifestação durante o período de campanha que preencha os demais núcleos do tipo previsto na Lei. Além disso, adicionou-se às agravantes a hipótese de aumento de pena quando o crime for cometido por meio da Internet, hipótese que não estava prevista anteriormente e já havia sido adequadamente endereçada pela doutrina⁶⁰.

Da mesma forma, na Lei das Eleições são dispostas proibições relacionadas à atuação dos partidos e dos candidatos durante o período da campanha eleitoral. Dentre as proibições, destaca-se a vedação da possibilidade de contratação de pessoas para emissão de mensagens ou comentários na Internet visando ofender a honra ou desprestigiar a personalidade de candidato, partido ou coligação (Art. 57-H, §1º) – punível com detenção de dois a quatro anos, além de multa – reservando pena menor (seis meses a um ano) às pessoas contratadas para prestarem o serviço de envio de mensagens ou comentários vedados pelo Art. 57-H §1º⁶¹. Além da possibilidade de pedido de suspensão temporária da veiculação do conteúdo ilegal pelos candidatos, partidos ou coligações (Art. 57-I), ao que adicionam Ingo Sarlet e Andressa Siqueira, determinação que, na prática, resulta em remoção ou exclusão do conteúdo, ainda que a norma fale em suspensão temporária⁶².

Apesar dessas disposições estabelecendo condutas penalmente coibidas serem necessárias e adequadas, elas não são, em verdade, possibilidades apenas avançadas na Internet; pelo contrário, conforme demonstrado, a legislação apenas recentemente veio a se atualizar para incluir a Internet dentre as agravantes dessas condutas que podem ser realizadas por meios físicos tradicionais. Essa observação se faz necessária pois,

⁵⁸ Art. 323. "Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado." BRASIL. **Código Eleitoral – Lei 4.737 de 15 de Julho de 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

⁵⁹ BRASIL. **Lei 14.192 de 4 de Agosto de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14192.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de Expressão e Seus Limites numa Democracia: O Caso das assim chamadas "fake news" nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. In: **Revista de Estudos Institucionais**. v. 6, n. 2, maio/ago. 2020.

⁶¹ BRASIL. **Lei das Eleições – Lei 9.504 de 30 de Setembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de Expressão e Seus Limites numa Democracia: O Caso das assim chamadas "fake news" nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. In: **Revista de Estudos Institucionais**. v. 6, n. 2, maio/ago. 2020.

conforme apontado, o objetivo deve ser de aprofundar as possibilidades regulatórias especificamente relacionadas às situações que os meios digitais tornaram possíveis de ocorrer, o que implica discutir mecanismos regulatórios capazes de influenciar a arquitetura das redes, como coloca Ivar Hartmann – “*the role that courts must turn to: enforcing procedural rules for content moderation and reviewing the architecture and basic rules of information flows in such platforms*”⁶³. Aliás, faz sentido admoestar para a falta de fronteiras sólidas que separem o mundo real do virtual na contemporaneidade.

A legislação eleitoral brasileira regula, pelo menos de forma inicial, um tópico que envolve o estabelecimento de regras procedimentais capaz de influenciar a arquitetura das redes, que é a questão relacionada à publicidade paga e o impulsionamento de conteúdo em redes sociais por candidatos, partidos e coligações. Assim, a Lei de Eleições estabelece que a propaganda eleitoral poderá se realizar pelo meio da Internet (Art. 57-B), inclusive por meio de redes sociais (Art. 57-B, IV), em seguida estabelecendo uma distinção ao mencionar que o conteúdo pode ser gerado ou editado pelos candidatos, partidos ou coligações (Art. 57-B, IV, “a”) ou por qualquer pessoa natural, sendo que, neste último caso, estaria vedado o impulsionamento de conteúdos (Art. 57-B, IV, “b”).

Alguns esclarecimentos são necessários: em primeiro lugar, conforme alertam Ingo Sarlet e Andressa Siqueira, uma leitura sistemática envolvendo a Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95)⁶⁴, que estabelece a possibilidade de utilização dos recursos do fundo partidário para contratação de impulsionamento de publicidade política pelos candidatos e partidos. Além disso, outras disposições da Lei de Eleições (Lei 9.504/97) regulam questões específicas relacionadas ao manejo desse mecanismo publicitário, destacando-se a vedação de impulsionamento “para alterar o teor ou a repercussão de propaganda eleitoral” (Art. 57-B §3º), a tipificação do crime de impulsionamento ou publicação de conteúdo novo no dia da eleição (Art. 39, §5º, IV) e a obrigação de identificação inequívoca dos candidatos, partidos ou coligações responsáveis pela contratação do impulsionamento lícito de conteúdo (Art. 57-C)⁶⁵.

A partir da leitura conjunta desses dispositivos, verifica-se que a intenção do legislador foi de impedir que, por meios oblíquos, tornasse possível o financiamento de campanhas políticas sem a observação dos procedimentos adequados. Observa-se que o legislador permite o uso de recursos do fundo partidário para o impulsionamento de propaganda política, mas veda que esse impulsionamento seja realizado por alguém que não seja o próprio candidato, partido ou coligação, além de exigir destes a identificação inequívoca na publicidade, que deve ser contratada diretamente com o provedor de aplicação. Isto significa dizer que, se um candidato ou partido pretende veicular qualquer tipo de publicidade em determinada plataforma ele deve contratar diretamente com aquela plataforma, não se utilizando de serviços de terceiros, e cumprindo todos os requisitos em relação à publicização das informações em relação aos gastos e ao conteúdo da publicidade eleitoral.

⁶³ HARTMANN, Ivar. A New Framework for Online Content Moderation. In: **Computer Law and Security Review**. n. 36, 2020. p. 7.

⁶⁴ BRASIL. **Lei dos Partidos Políticos – Lei 9.096 de 19 de Setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

⁶⁵ BRASIL. **Lei das Eleições – Lei 9.504 de 30 de Setembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

O objetivo da vedação é, de um lado, controlar o uso dos recursos com publicidade na Internet e, em outro giro, permitir ao eleitor averiguar o conteúdo da manifestação consciente de se tratar de publicidade paga com o objetivo de favorecer determinada candidatura. Daí, a proibição de impulsionamento de propaganda eleitoral desidentificada ou por qualquer pessoa alheia ao pleito eleitoral se apresenta justificada, conforme o próprio Supremo Tribunal Federal já atestou⁶⁶, no sentido de garantir (ou pelo menos minimizar) que não haja cooptação do embate democrático pelo poder econômico.

A essas disposições se soma a proibição de “veiculação de conteúdos de cunho eleitoral mediante cadastro de usuário de aplicação de internet com a intenção de falsear identidade (Art. 57-B §2º)”⁶⁷. Essa disposição, igualmente fundamental e adequada, complementa as disposições anteriores, uma vez que, se não se permite a contratação de terceiros para impulsionamento de conteúdos, menos ainda poderia se imaginar juridicamente tutelada a possibilidade de se criar contas falsas para artificialmente inflar campanhas e influenciar os eleitores. Entretanto, conforme referido, essas disposições proibindo a contratação de terceiros para impulsionamento de publicações e de sistemas automatizados (*bots*) ainda é inicial e insuficiente, principalmente porque o objeto da regulação é o mesmo da propaganda eleitoral.

A legislação brasileira não oferece um conceito de propaganda eleitoral, diferentemente da legislação portuguesa, por exemplo, que define como propaganda eleitoral “toda actividade que vise directamente promover candidaturas, seja actividade dos candidatos, dos subscritores das candidaturas ou de partidos políticos que apóiem as diversas candidaturas, bem como a publicação de textos ou imagens que expressem ou reproduzam o conteúdo dessa actividade”⁶⁸. Contudo, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro assentou que se entende como ato de propaganda eleitoral três situações distintas, sendo “aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretenda desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública”⁶⁹.

A interpretação do que constitui propaganda eleitoral certamente demonstra as limitações da legislação estabelecida. Se o conceito de propaganda eleitoral for demasiadamente amplo, as restrições sobre a liberdade de expressão serão demasiadas, uma vez que, pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, configuraria propaganda eleitoral manifestações que induzam ou levem a concluir que determinado candidato é o mais apto ao exercício de função pública, consequência que se obtida poderia levar a limitação de manifestações legítimas com amparo constitucional – lembrando que o STF

⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650/DF**. Relator Ministro Luiz Fux. 2015.

⁶⁷ BRASIL. **Lei das Eleições – Lei 9.504 de 30 de Setembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

⁶⁸ PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º. 319-A/76**. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/655916/details/maximized>. Acesso em: 21 set. 2021.

⁶⁹ Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 21594/RS**. Relator Ministro Luiz Carlos Madeira. 2004.

já decidiu pela ampla liberdade de crítica, inclusive no período eleitoral⁷⁰. De outro lado, caso a interpretação sobre o que constitui propaganda eleitoral seja muito restrita, abre-se a possibilidade para violações por meio de propaganda subliminar⁷¹ e abuso do poder econômico, uma vez que restaria difícil configurar os casos de contratação de terceiros para criação de conteúdo com finalidade propagandística na Internet.

Além disso, como já delineado, o problema dos abusos cometidos nas redes sociais, especialmente em relação à influência no processo democrático, é muito mais complexo do que as possibilidades regulatórias hoje presentes na legislação eleitoral vigente no Brasil. Conforme os últimos anos nos apresentaram, a partir da eleição norte-americana de 2016 e da eleição de Donald Trump, foi verificado o sistema de elaboração de perfilamento dos usuários (*profiling*⁷²) e envio de mensagens não aparentemente relacionadas aos candidatos, muitas vezes, os envios tinham como objetivo desestimular eleitores de estados considerados chave de irem aos locais de votação⁷³. À vista disso, a regulação que se busca para o mundo digital necessariamente deve interferir/articular com a estrutura e o funcionamento dessas plataformas, direcionando sua formatação. Isto, como já referido, não invalida a legislação eleitoral e a persecução penal proposta em alguns de seus dispositivos, mas exige um aprofundamento e uma ampliação em formações que não se resumem à norma de caráter penal.

Ademais, cumpre destacar que algumas medidas vêm sendo adotadas no âmbito administrativo. A Portaria 318 do Tribunal Superior Eleitoral⁷⁴ instituiu, no final de março de 2022, a frente nacional de enfrentamento à desinformação, composta de servidores públicos e com o objetivo de realizar ações a fim de promover e reforçar a credibilidade das instituições democráticas. As atribuições conferidas pela portaria são, em geral, de caráter educativo e preventivo, como as de produção de materiais informativos para combate à desinformação, ou de treinamento midiático para lidar com os novos mecanismos tecnológicos.

Importante mencionar que a atuação administrativa no combate à desinformação certamente se encontra limitada, uma vez que não há ainda lei específica prevendo as hipóteses de atuação dos poderes públicos, tornando-se inviável a aplicação de determinadas sanções ou outros mecanismos regulatórios por parte do poder executivo. Cumpre ainda, por derradeiro, destacar o PL 2630/20, denominado Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, ou, mais frequentemente, como "Lei

⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. 2018.

⁷¹ MADRUGA, Sidney Pessoa. Propaganda Eleitoral, espécies, propaganda antecipada e propaganda na Internet. In: **Revista Brasileira de Direito Eleitoral RBDE**. ano 5, n. 8, jan./jun. 2013.

⁷² Danilo Doneda coloca que, mediante o profiling, "os dados pessoais são tratados com o auxílio de métodos estatísticos e de técnicas de inteligência artificial, com o fim de se obter uma 'metainformação', que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa. O resultado pode ser utilizado para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamento e destino de uma pessoa ou grupo." DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁷³ KAISER, Brittany. Manipulados: como a Cambridge Analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque. Harper Collins Brasil. E-book Kindle. 2020.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Portaria 318 de 30 de Março de 2022**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2022/portaria-no-318-de-30-de-marco-de-2022> Acesso em: 6 de Abril de 2022.

das fake news"⁷⁵. Apesar de já contar com quase 2 anos desde o início de sua tramitação, o projeto vem sendo submetido a diversos ajustes por parte do legislador brasileiro, o que é indispensável para a elaboração de um rol de previsões regulamentares que se encontrem constitucionalmente adequadas.

Considerações Finais

Pelo que se demonstrou, sobretudo no tocante ao grau de afetação, é possível conferir que a legislação brasileira, especialmente em relação ao período eleitoral, possui algumas disposições voltadas para o combate às campanhas de desinformação, exigindo que candidatos e partidos cumpram com requisitos que permitam identificar a origem dos fundos e o conteúdo das mensagens publicitárias veiculadas nos ambientes virtuais. Entretanto, como se apurou, a maior parte destas disposições volta-se para a tutela penal, buscando responsabilizar aqueles que dolosamente se utilizam das plataformas digitais para atacar o próprio regime democrático, bem como as instituições, mediante o aniquilamento e a erosão do debate livre e plural, uma vez que este é o objetivo das campanhas de desinformação. A principal consequência é polarização que caracteriza o domínio da política, mas que se expande de modo acelerado para todas as áreas da vida pública, tornando o consenso uma espécie ficcional em desuso.

Entende-se, em razão disso, que, de qualquer sorte, a coerção penal segue sendo um elemento importante e constitucionalmente adequado, tendo em vista que a Constituição Federal brasileira admite a limitação da liberdade de expressão em casos extremos e específicos, nunca mediante a censura prévia, mas sim em sede de reparação civil ou punição daqueles que cometerem abusos. Para a sanção penal evidentemente se faz necessário a conduta dolosa, intencional, de subversão democrática, se utilizando de mecanismos tecnológicos para campanhas de desinformação.

Exatamente por isso que, apesar de adequada e necessária, a sanção penal prevista em diversas hipóteses pela legislação eleitoral brasileira se apresenta também como insuficiente, uma vez que somente será possível punir quando estiverem presentes todos os elementos necessários para a persecução penal, tema o qual não há espaço para adentrar, mas se faz necessário referir que não se pode buscar proteger a Constituição violando-a, ou seja, mesmo nos casos de violação da legislação eleitoral é necessário que se observe as garantias fundamentais materiais e processuais que envolvem a persecução criminal. Não se pode, sob pena de total contrassenso, adensar no arbítrio para a consolidação da democracia.

Assim, para uma factível mitigação das campanhas de desinformação se faz necessário ir além, buscando mecanismos capazes de compelir a própria arquitetura das redes, a fim de que não sirvam como meios a serem utilizados dessa forma. Outra maneira é apostar em campanhas de educação para a cidadania, notadamente a cidadania digital. Por hora, se faz necessário estabelecer mecanismos regulatórios que componham

⁷⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2630/20 – Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735> Acesso em: 6 de Abril de 2022.

um rol capaz de conduzir a atuação das companhias tecnológicas como meios de aprofundamento da democracia e do pluralismo, e não de seu enfraquecimento e derrocada. Obviamente isto importa em mecanismos complexos, envolvendo, v.g., a abertura de uma caixa de pandora que implique na democratização das próprias redes, resultando na transparência de seus processos e decisões, na autenticidade de seus espaços. O ponto de partida já foi encetado, contudo o itinerário se faz na contínua afirmação de um corolário de direitos e de garantias que merecem toda a atenção e zelo, vez que são centrais para o amadurecimento do protagonismo cidadão no contexto brasileiro, trazendo implicações, inclusive, para o âmbito internacional.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Malheiros. São Paulo. 2014.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. As Duas Grandes Crises do Constitucionalismo Diante da Globalização no Século XXI. In: **Joaçaba**. v. 19, n. 3, set./dez. 2018.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Redes Sociais, Companhias Tecnológicas e Democracia. In: HABERLE, Peter et al. (Orgs). **Direitos Fundamentais, Desenvolvimento e Crise do Constitucionalismo Multinível**. Editora Fundação Fênix. Porto Alegre. 2020.
- BRASIL. **Código Eleitoral – Lei 4.737 de 15 de Julho de 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 18 set. 2021.
- BRASIL. **Lei dos Partidos Políticos – Lei 9.096 de 19 de Setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm. Acesso em: 21 set. 2021.
- BRASIL. **Lei das Eleições – Lei 9.504 de 30 de Setembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 18 set. 2021.
- BRASIL. **Lei 14.192 de 4 de Agosto de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14192.htm. Acesso em: 20 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 11 ago. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650/DF**. Relator Ministro Luiz Fux. 2015.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 21594/RS**. Relator Ministro Luiz Carlos Madeira. 2004.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Portaria 318 de 30 de Março de 2022**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2022/portaria-no-318-de-30-de-marco-de-2022>. Acesso em: 6 de Abril de 2022.
- CLÈVE, Clèrmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 54. 2006
- DEUTSCHLAND. **Lei Fundamental da Alemanha**. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo. Martins Fontes. 2002.

FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FISS, Owen. Free Speech and Social Structure. In: **Iowa Law Review**. n. 71. 1986.

GRIMM, Dieter. **Multiculturalidad y Derechos Fundamentales Trad**: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editorial Trotta. Madrid. 2007.

HARTMANN, Ivar; MONTEIRO, Julia. Fake News no contexto de Pandemia e Emergência Social: os Deveres e Responsabilidades das Plataformas de Redes Sociais na Moderação do Conteúdo Online. In: **RDP**. Brasília, v. 17, n. 94, jul./ago. 2020.

HARTMANN, Ivar. A New Framework for Online Content Moderation. In: **Computer Law and Security Review**. n. 36, 2020

HARTMANN, Ivar. Liberdade de Expressão e Capacidade Comunicativa: Um Novo Critério Para Resolver Conflitos entre Direitos Fundamentais Informacionais. In: **Direitos Fundamentais e Justiça**. Belo Horizonte. ano 12, n. 39, jul./dez. 2018.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**. Rio de Janeiro. Forense. 2020.

KAISER, Brittany. Manipulados: como a Cambridge Analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque. Harper Collins Brasil. E-book Kindle. 2020.

KELLER, Clara Iglesias. Don't Shoot the Message: Regulating Desinformation Beyond Content. In: **Revista de Direito Público**. Brasília, v. 18, n. 99, jul./set. 2021.

MADRUGA, Sidney Pessoa. Propaganda Eleitoral, espécies, propaganda antecipada e propaganda na Internet. In: **Revista Brasileira de Direito Eleitoral RBDE**. ano 5, n. 8, jan./jun. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania. Declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, jan./mar. 1994.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº. 319-A/76**. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/655916/details/maximized>. Acesso em: 21 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. In: **RDU**. Vol. 16. N. 90. Nov-dez 2019. Porto Alegre. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: O Direito Fundamental à Proteção de Dados. In: BIONI, Bruno et al. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Forense. 2021. E-book Kindle.

SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de Expressão e Seus Limites numa Democracia: O Caso das assim chamadas "fake news" nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. In: **Revista de Estudos Institucionais**. v. 6, n. 2, maio/ago. 2020.