

ISSN 1982 - 2855

Revista Eleitoral

Tribunal Regional Eleitoral
Rio Grande no Norte

Volume 33
Ano 2019



O APLICATIVO *WHATSAPP* E A “ANONIMIZAÇÃO” DA AUTORIA DO *FAKE NEWS* NA PROPAGANDA ELEITORAL

Carlos Wagner Dias Ferreira¹

RESUMO: Este ensaio monográfico busca analisar, à luz do princípio constitucional da liberdade de expressão que veda o anonimato, se plataforma digital do Aplicativo *WhatsApp*, em sua particular concepção de como se estrutura e se opera, enseja a progressiva “anonimização” dos usuários responsáveis pela divulgação do conteúdo mediante o espalhamento de mensagens ilícitas de propaganda eleitoral, inclusive de fake news, desafiando a interpretação do art. 57-D da Lei 9.504/1997 (incluído pela Lei 12.034/2009). O estudo meditará sobre a aplicação das Resoluções TSE nºs 23.551/2017 e 23.610/2019, no trato da propaganda eleitoral anônima, à hipótese de propaganda eleitoral divulgada por intermédio do *WhatsApp* em que se verifique suficientemente comprovada situação de viralização do conteúdo considerado como ilícito eleitoral, independentemente da realização de prévia adoção de medidas voltadas à identificação do infrator, previstas na Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), tais como, a quebra do sigilo das comunicações de dados e/ou outras medidas de natureza cautelar.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão eleitoral. Propaganda eleitoral anônima. Aplicativo *WhatsApp*. Mensagens ilícitas. Fake News. Viralização. Anonimização. Identificação do infrator. Quebra de sigilo das comunicações de dados ou outras medidas de natureza cautelar.

1 INTRODUÇÃO

As plataformas digitais das redes sociais nasceram com o propósito de conectarem pessoas em quaisquer partes do mundo, aproximarem cidadãos que estivessem, fisicamente ou não, distantes. Tornarem a comunicação parte íntima da vida de indivíduos, compartilhando áudios, vídeos, textos, mensagens, sonhos, estilos de vida, em busca de uma interatividade jamais vista na civilização humana.

No entanto, o que se tem contemplado nas redes digitais nos últimos tempos, sobretudo na seara das disputas eleitorais em épocas de campanhas eleitorais ou mesmo pré-eleitorais, são divisões políticas entre pessoas ou grupos, distanciamentos cada vez mais radicais. Extremismos e agressividades de toda ordem, muitas vezes, sob a escuridão do anonimato. A agressividade das opiniões políticas entre integrantes de um mesmo grupo, como por exemplo se vê no Aplicativo *WhatsApp*, tem chamado a atenção e produzido efeitos nefastos ao processo democrático, que se baseia na busca do consenso a partir do dissenso do debate promovido entre várias correntes de pensamento político.

1. Membro do Tribunal Regional Eleitoral do RN. Juiz Federal no Rio Grande do Norte. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor Adjunto da UFRN.

Diferente daquilo que se imaginava, as redes sociais digitais, longe de propiciarem a aproximação das pessoas, têm, na verdade, alcançado distanciamento, divisão, segregação, discriminação e, em particular, disseminação de medo e ódio. No campo eleitoral, degradação de reputações, honras e imagens de candidatos, partidos e coligações.

Na propaganda eleitoral, esse acirramento se potencializa em proporção geométrica, em razão da disputa feroz por cargos eletivos entre candidatos, partidos e coligações partidárias normalmente verificada no período de campanha eleitoral. Isso levou o legislador a proibir, por meio da Lei 12.034/2009, a propaganda eleitoral anônima, incluindo na Lei 9.504/1997 o art. 57-D, que assegurou a livre a manifestação do pensamento durante a campanha eleitoral no ambiente web, sendo, porém, vedado o anonimato, na linha do que consagra a Constituição Política de 1988.

As Resoluções TSE nºs 23.551/2017 e 23.610/2019, por seu turno, somente consideram anônima a publicação caso não seja possível a identificação dos usuários após a adoção das providências previstas na Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), tais como, a quebra do sigilo das comunicações de dados e/ou outras medidas de natureza cautelar.

Mas, ao contrário da maioria esmagadora das redes sociais digitais, o Aplicativo *WhatsApp* em particular possui mecanismo de disseminação de mensagens que tende à “anonimização” da autoria de quem difunde propaganda eleitoral ilícita. O presente ensaio, portanto, pretende avaliar se as regras inscritas no § 2º do art. 33 da Resolução TSE nº 23.551/2017 e no § 3º do art. 38 da Resolução TSE nº 23.610/2019 se aplicam à hipótese de propaganda eleitoral divulgada por intermédio do *WhatsApp* em que se verifique suficientemente comprovada situação de viralização do conteúdo considerado como ilícito eleitoral, independentemente da realização de prévia adoção de medidas voltadas à identificação do infrator.

2 DO ALCANCE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ELEITORAL NAS REDES SOCIAIS

Reza o inciso IV do art. 5º da Constituição Federal que: “é livre a manifestação do pensamento, **sendo vedado o anonimato**”. A Constituição, ao vedar o anonimato na expressão do pensamento, visa a impedir o abuso no exercício da liberdade de expressão.

Essa finalidade constitucional foi muito bem enaltecida pelo Excelso Pretório, no julgamento do MS 24.369/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que, em seu voto, ressaltou que:

“A proibição do anonimato tem um só propósito, qual seja, o de permitir que o autor do escrito ou da publicação possa expor-se às consequências jurídicas derivadas de seu comportamento abusivo. Quem manifesta o seu pensamento através da imprensa escrita ou falada, deve começar pela sua identificação. Se não o faz, a responsável por ele é a direção da empresa que o publicou ou transmitiu. Nisso consiste a *ratio* subjacente à norma, que, inscrita no inciso IV, do art. 5º, da Constituição da República, proclama ser livre a manifes-

tação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Torna-se evidente, pois, que a cláusula que proíbe o anonimato – ao viabilizar, *a posteriori*, a responsabilidade penal e/ou civil do ofensor – traduz medida constitucional destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que possa decorrer gravame ao patrimônio moral das pessoas injustamente desrespeitadas em sua esfera de dignidade, qualquer que seja o meio utilizado na veiculação das imputações contumeliosas. (...) O veto constitucional ao anonimato, como se sabe, busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois, ao exigir-se a identificação de quem se vale dessa extraordinária prerrogativa político-jurídica, essencial à própria configuração do Estado democrático de direito, visa-se, em última análise, a possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização, *a posteriori*, tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal”².

Todo direito fundamental, à exceção da dignidade da pessoa humana para alguns³, é suscetível de restrição e de limitações e, no caso da liberdade de expressão, a própria Constituição, com o fim de evitar abusos no seu exercício, vedou o anonimato, o que o tornou um limite considerado imanente, intrínseco ao seu próprio conteúdo. E, com isso, dotar a liberdade de expressão do qualificativo da responsabilidade. Nesta linha, a liberdade de manifestação do pensar só seria validamente exercida à luz da Constituição, se também pressupusesse responsabilidade e, por que não dizer, possibilidade de responsabilizar eventuais agressores que, no anonimato, fossem estimulados a praticar ofensas na escuridão da impunidade.

No cenário das propagandas eleitorais, a liberdade de expressão ganha contornos particulares na busca incessante por fomentar o debate democrático de visões políticas plurais e inclusivas, não podendo as normas eleitorais exorbitarem de seus limites de modo a desidratar ou esvaziar por completo a livre manifestação do pensar de candidatos, partidos e coligações.

Por isso mesmo, José Jairo Gomes leciona que, no caso das redes sociais:

“[A] atuação da Justiça Eleitoral deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático, de sorte que as manifestações na *rede* somente devem ser limitadas quando ocorrer ofensa a direito ou a caracterização de ilícito. Afinal, a expressão e manifestação dos cidadãos na Internet e em redes sociais sobre temas político-eleitorais, candidatos e partidos – ainda que haja crítica

2. STF, MS 24.369/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10/10/2002, DJU 16/10/2002, pág. 24.

3. Nesse sentido, cfr. SCHILLING, Theodor. *Internationaler Menschenrechts-schutz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004; NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. 1; PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ou elogio – pode não caracterizar propaganda eleitoral, mas lídimo exercício da liberdade fundamental de expressão. É preciso cautela para não se confundir um discurso legítimo, abrigado pelo direito fundamental de expressão com um discurso espúrio.”⁴

Não foi à toa que o próprio art. 57-D da Lei 9.504/1997 (incluído pela Lei 12.034/2009) preconiza que a regra geral é a liberdade de expressão, ao estipular que: “**É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral**, por meio da rede mundial de computadores - internet, assegurado o direito de resposta, nos termos das alíneas a, b e c do inciso IV do § 3o do art. 58 e do 58-A, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica.” (grifos acrescidos).

Nesta mesma toada, o Tribunal Superior Eleitoral deu primazia, em julgamento de caso específico em que enfrentou a matéria referente à propaganda eleitoral extemporânea por meio de *WhatsApp*, à liberdade de expressão, diante da fragilidade da prova existente nos autos quanto à “viralização” de mensagens de pedido de voto, consoante se depreende do aresto a seguir transcrito:

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. CONDENAÇÃO EM MULTA NO MÍNIMO LEGAL. VEICULAÇÃO DE MENSAGENS NO APLICATIVO WHATSAPP CONTENDO PEDIDO DE VOTOS. AMBIENTE RESTRITO. CONVERSA CIRCUNSCRITA AOS USUÁRIOS DO GRUPO. IGUALDADE DE OPORTUNIDADE ENTRE OS CANDIDATOS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. CONFLITO ENTRE BENS JURÍDICOS. "VIRALIZAÇÃO". FRAGILIDADE DA TESE. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE COMUNICATIVA OU DE EXPRESSÃO E OPINIÃO. PROVIMENTO.

Histórico da demanda

1. O Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe (TRE/SE) entendeu configurada a propaganda eleitoral extemporânea, incontroverso o pedido explícito de voto "em data anterior ao dia 15 de agosto de 2016", quando a recorrente, "em diálogo travado no grupo de Whatsapp 'Na Boca do Povo', expressou, por mais de uma vez, o pedido de voto em favor do pré-candidato Danilo Alves de Carvalho", filho do seu ex-marido, nos seguintes termos: "Nena vote em Danilo" e "vote em consideração ao velho".

2. Interposto recurso especial eleitoral por Dayana Rodrigues Moreira dos Santos, aparelhado na afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aos arts. 5º, IV, da Constituição Federal; 36-A, V, da

4. Direito Eleitoral. 15ª Edição. São Paulo: Atlas, 2019, p. 606.

Lei nº 9.504/1997; e 21, §§ 1º e 2º, da Res.-TSE nº 23.457/2015, coligidos arestos a amparar o dissenso pretoriano.

Do recurso especial eleitoral

3. Existe na espécie certo conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico de um lado, a igualdade de oportunidade entre os candidatos e, de outro, a liberdade de expressão e opinião do cidadão eleitor (liberdade comunicativa), de modo que a atividade hermenêutica exige, por meio da ponderação de valores, o reconhecimento de normas carregadas com maior peso abstrato, a ensejar, por consequência, a assunção por uma delas, de posição preferencial, como é o caso da liberdade de expressão.

4. Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão assume uma espécie de posição preferencial (preferred position) quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais.

5. Quando o enfoque é o cidadão eleitor, como protagonista do processo eleitoral e verdadeiro detentor do poder democrático, não devem ser, a princípio, impostas limitações senão aquelas referentes à honra dos demais eleitores, dos próprios candidatos, dos Partidos Políticos e as relativas à veracidade das informações divulgadas (REspe nº 29-49, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 25.8.2014).

6. As mensagens enviadas por meio do aplicativo Whatsapp não são abertas ao público, a exemplo de redes sociais como o Facebook e o Instagram. A comunicação é de natureza privada e fica restrita aos interlocutores ou a um grupo limitado de pessoas, como ocorreu na hipótese dos autos, o que justifica, à luz da proporcionalidade em sentido estrito, a prevalência da liberdade comunicativa ou de expressão.

7. Considerada a posição preferencial da liberdade de expressão no Estado democrático brasileiro, não caracterizada a propaganda eleitoral extemporânea porquanto o pedido de votos realizado pela recorrente em ambiente restrito do aplicativo Whatsapp não objetivou o público em geral, a acaso macular a igualdade de oportunidade entre os candidatos, mas apenas os integrantes daquele grupo, enquanto conversa circunscrita aos seus usuários, alcançada, nesta medida, pelo exercício legítimo da liberdade de expressão.

8. Consignada pelo Tribunal de origem a possibilidade em abstrato de eventual "viralização" instantânea das mensagens veiculadas pela recorrente, ausente, contudo, informações concretas, com sólido embasamento probatório, resultando fragilizada a afirmação, que não pode se amparar em conjecturas e presunções. Recurso especial eleitoral a que se

dá provimento para julgar improcedente a representação por propaganda eleitoral extemporânea e, por conseguinte, afastar a sanção de multa aplicada na origem. (Recurso Especial Eleitoral nº 13351, rel. Min. Rosa Weber, DJE 15/08/2019, Página 51/52) (grifos acrescidos).

Considerou a Corte Superior Eleitoral que, como no caso concreto somente ficou comprovado que a propaganda extemporânea ocorreu em um único grupo, sem qualquer elemento probante a indicar a possível “viralização”, preponderaria a liberdade comunicativa ocorrida neste âmbito privado e restrito a um número limitado de pessoas. No caso julgado, assim, não houve prova da disseminação do ilícito eleitoral.

Em outro julgado mais antigo relativo à pesquisa eleitoral, o TSE fixou critérios para mitigar a liberdade de expressão diante da proteção da veracidade dos dados divulgados ao longo do pleito eleitoral, que interferissem no comportamento do eleitorado, alicerçando-se em alguns elementos ou sintomas denunciadores de que a divulgação dos dados extrapolou a esfera particular, tais como: i) uso institucional ou comercial da ferramenta digital; ii) propensão ao alastramento de informações; iii) interesses e número de participantes do grupo; iv) finalidade e nível de organização e/ou institucionalização da ferramenta; v) características dos participantes e, principalmente, do criador ou responsável pelo grupo, pela mídia ou rede social, uma vez que, a depender do seu grau de liderança ou da atuação como formador de opinião, aumenta a potencialidade da informação para atingir um público diversificado, em ambiente propício à manipulação dos interlocutores⁵.

As redes sociais, em seus formatos digitais (*WhatsApp, Facebook, Instagram, Snapchat, Twitter, Telegram, Viber, Hangouts, Skype, Chaton, Line, Wechat, Groupme*, entre tantos outros), têm adicionado à luz da liberdade de expressão alguns ingredientes ao tradicional debate democrático voltado à obtenção de consensos políticos necessários à tomada de decisões institucionais dos poderes políticos, como, por exemplo, a velocidade incrível de disseminação de conteúdos de mensagem (vídeos, áudios, textos), quando não se “viraliza”. Tudo hoje ostenta grande potencial de “viralização” nas redes sociais digitais.

Entrementes, critica Rafael Araújo que a utilização das redes sociais a caracterizar verdadeiras eleições digitais⁶ nem sempre se mostra saudável ao sistema político democrático,

5. Recurso Especial Eleitoral nº 41492, rel. Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, DJE 02/10/2018, Página 9-10.

6. É oportuno realçar, como acentuam Maurício Brusadin e Xico Graziano, que, ao logo do tempo no Brasil, nem sempre se pode asseverar que as eleições digitais apresentaram-se sob o mesmo formato, tanto que destacam a existência de três fases: “Chamamos de *Nascimento digital* a primeira fase das campanhas políticas que utilizavam a internet como instrumento de comunicação. Nos primórdios da web, a receita básica para qualquer candidato residia em montar um site, cujo maior objetivo era mostrar sua biografia e seu trabalho político ao eleitorado. Registre-se: os candidatos subiam um site no ar apenas no período eleitoral. Criava-se ainda, no endereço digital, um espaço para as pessoas oferecerem sugestões para o programa de governo. Era normalmente um e-mail de contato, que abria um canal de comunicação com os poucos eleitores interessados em colaborar com as propostas da candidatura. (...) Com o nascimento das redes sociais demarcamos a segunda fase da evolução das campanhas digitais no Brasil. Para fins didáticos, chamaremos esse período de *Conversas digitais*. Destacamos uma mudança substancial nesse novo momento: a internet começa a dar seus primeiros passos no sentido de as pessoas conversarem com seus candidatos. Assim, pela nascente rede social, pessoas distantes conectaram-se, formaram comunidades e tornaram-se ativistas políticas. A grande maioria dos candidatos não dava o devido valor a essas mudanças, que afetariam profundamente o mundo da comunicação política. Ainda prevalecia a busca pelo tempo de TV, sendo a maioria dos debates que aconteciam nas redes pautada exclusivamente por aquilo que a grande mídia publicava. (...) Entramos na terceira fase na eleição de 2018. Ela é um marco histórico não pelo resultado, mas pelo protagonismo

quando pondera que:

“as possibilidades políticas das redes sociais são inúmeras, mas o fato de as pessoas ocuparem a maior parte do seu tempo com gente que pensa da mesma forma prejudica a qualidade das argumentações e a busca por consensos, que deveria ser característica essencial da política. A resultante dos algoritmos que nos blindam do dissenso cria uma situação de conforto compatível com a lógica do consumo.

A fidelidade às redes ocorre à medida em que nos divertimos, reforçamos nossos pontos de vista e nossos gostos. Em princípio, não há nada errado com isso. No entanto, se quisermos pensar sob a ótica da política, a pluralidade é fundamental para o crescimento e a qualificação dos argumentos. Faz parte da política que os opostos se enfrentem como meio de se buscar soluções ótimas. Então, ao adotarmos as redes sob a perspectiva da superficialidade e protegidos pela bolha que nos abarca, o que vemos é a ampliação da despolitização e o afastamento dos eleitores da vida cívica.”⁷

Esse quadro se agrava, como será demonstrado, a depender do tipo específico de aplicativo utilizado na propaganda eleitoral desencadeada em formato digital, notadamente porque o acirramento das disputas entre os candidatos, partidos e coligações também instiga deprecições e críticas, às vezes por demais ácidas, ou mesmo inverídicas ou pouco confiáveis, desferidas contra adversários e opositores políticos. Aliás, como chega a vaticinar Hannah Arendt, “Jamais alguém pôs em dúvida que verdade e política não se dão muito bem uma com a outra, e até hoje ninguém, que eu saiba, incluiu entre as virtudes políticas a sinceridade. Sempre se consideraram as mentiras como ferramentas necessárias e justificáveis ao ofício não só do político ou do demagogo, como também do estadista”⁸.

Victor De Martino identifica, no âmbito das redes sociais digitais, uma guerra depredatória de informações em época de campanha eleitoral, atacando, com especial destaque, o *WhatsApp*, ao pontificar que:

“Criticar o oponente, seja por sua trajetória, seja por suas ideias, é absolutamente legítimo e necessário. Desconstruir a imagem dos adversários e fortalecer a sua é parte do jogo democrático. A questão é quais armas e quais táticas devem ser usadas nessa disputa.

“As *fake News* tomaram conta do jogo e vêm interferindo nos resultados de pleitos em diversas grandes democracias do mundo, impulsionadas

das redes sociais no debate político. A televisão, apesar de sua relevância ainda significativa, deixou de ser o mais importante palco da política. Começamos, efetivamente, o reinado da democracia digital. Denominamos essa nova fase de *Darwinismo digital*. Charles Darwin, em seu livro *A origem das espécies* (1859), demonstrou que os organismos mais bem adaptados ao ambiente têm maiores chances de sobrevivência do que os menos adaptados. Os organismos mais bem adaptados são, portanto, selecionados geneticamente para aquele ecossistema.” (Marketing político e Darwinismo digital. In: Campanhas Políticas nas Redes Sociais. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020, pp. 46-48).

7. Comunicação política e eleições digitais. In: Campanhas Políticas nas Redes Sociais. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020, p. 43.

8. Verdade e Política. In: Entre o passado e o futuro. 5ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 283.

pelos disparos massivos de *WhatsApp* – que, diga-se de passagem, sempre envolvem algum nível de ilegalidade.

(...) Se o ataque partir de perfis falsos nas redes sociais, ou mesmo disparos não registrados de *WhatsApp* – ambas as práticas muito comuns -, a verdade é que hoje o sistema ainda está distante de conseguir comprovar autoria e punir os responsáveis na maioria dos casos.”⁹

Como se verá nas linhas seguintes, existe nítida distinção entre as plataformas digitais existentes a repercutir na interpretação dos fatos relacionados à propaganda eleitoral anônima difundida nas redes sociais, malgrado a legislação não fazê-la.

3 DIFERENÇAS ENTRE OS APLICATIVOS WHATSAPP, FACEBOOK E INSTAGRAM

É uma regra comezinha de interpretação a afirmação de que onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo (*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*)¹⁰. Contudo, esse postulado interpretativo, construído sob o império do positivismo puramente legalista, que preconizava a atuação judicial como um mero “boca da lei”, não se coaduna com o atual estágio metodológico do direito, hoje muito mais próximo da riqueza valorativa dos fatos. Não que se esteja a defender o reinado absolutista do realismo jurídico, mas que se homenageiem as particularidades que os fatos apresentam.

E, nesse ponto em particular, costuma-se – e isso não é algo simples de detectar – equiparar todas as plataformas digitais entre si, unicamente devido ao fato de se tratarem de espécies de redes sociais. E a legislação eleitoral, em especial as resoluções do TSE, seguiu essa trilha, sem estabelecer diferenciações entre os aplicativos existentes.

No entanto, um detalhe chama a atenção e que merece ser considerado na interpretação do art. 57-D da Lei 9.504/1997 (incluído pela Lei 12.034/2009): a diferença de como se estrutura e se opera cada um dos principais aplicativos digitais em relação à configuração do anonimato.

Em princípio, na esteira do pensar de Allana Gama, em estudo por ela realizado no Grupo de Pesquisa em Interações, Tecnologias Digitais e Sociedade, no que concerne à estrutura:

“O facebook é a maior plataforma de rede social do mundo, atingindo em 2017 a meta de 2,13 bilhões de usuários ativos. No Brasil, a plataforma chegou aos 127 milhões de usuários mensais. Através dela o usuário pode interagir com seus amigos através do compartilhamento de conteúdos em diferentes formatos como fotos, textos, vídeos, gifs e, a mais recente forma de interação são os Stories. Para além disso, também existe a possibilidade de comunicação via chat,

9. Campanhas eleitorais durante o eclipse na política. In: Campanhas Políticas nas Redes Sociais. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020, p. 77.

10. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 247.

através do Messenger. Os conteúdos podem ser compartilhados de forma pública ou privada, quando só os amigos do usuário podem ver.

“O Instagram é uma plataforma de redes sociais que permite aos usuários o compartilhamento de fotos e vídeos (gravados ou transmissões ao vivo), além de também possuir atualmente a possibilidade de chat e Stories, vídeos de até 15 segundos e/ou fotos que podem ser personalizados com textos e emojis e ficam disponíveis apenas por 24h na plataforma do usuário.

“Já o WhatsApp, considerado a rede de *instant messenger* mais popular do Brasil, permite que usuário envie mensagens de texto, imagens, áudios, vídeos, documentos em PDF, além de fazer ligações grátis através da internet. Mais recentemente a plataforma permite também que seus usuários publiquem *stories*, no mesmo formato que das outras plataformas. Neste formato de arquitetura, a plataforma não oferece *feed* de mensagens e sua rede de relacionamento é formada a partir do contato de telefone entre os indivíduos que possuem o aplicativo no celular, que podem tanto enviar mensagens diretas a um contato, quanto enviar e receber conteúdos de forma simultânea.

“As características da arquitetura de cada uma dessas plataformas moldam as possibilidades de sociabilidade dos usuários, fazendo com que em cada uma delas seja entendida como um tipo específico de ambiente, solicitando desta maneira, uma [forma] específica de comportamento e apresentação de si.”¹¹

Lembra Juliana Fratini que:

“a comunicação digital política teve o WhatsApp (empresa da qual o Facebook é proprietária) como protagonista para o envio de mensagens em 2018. O WhatsApp é a segunda maior rede do mundo, com 1,5 bilhão de usuários – menor apenas que o próprio Facebook, que possui 2,5 bilhões. É curioso que, apesar de todo o histórico das fraudes ocorridas em eleições ao redor do mundo, apenas em julho de 2018 uma medida tenha sido tomada para evitar a proliferação de notícias falsas no canal. A solução criada pelo WhatsApp foi limitar o envio/encaminhamento de mensagem para até 20 pessoas (até então o envio podia ser feito para 250 pessoas). Depois a empresa reduziu o envio para, no máximo cinco pessoas de cada vez. Contudo, nenhuma medida para o rastreamento da fonte foi tomada.”¹²

11. Reflexões sobre as diferentes ambiências entre Facebook, Instagram e WhatsApp. <http://gitsufba.net/reflexoes-sobre-as-diferentes-ambiencias-entre-facebook-instagram-e-whatsapp/> Acesso em 2 de abril de 2020.

12. Introdução. In: Campanhas Políticas nas Redes Sociais. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020, pp. 27-28.

Porém, em estudo realizado pela Universidade Federal de Minas Gerais, noticiado em matéria jornalística do Jornal “Estadão” do dia 29 de setembro de 2019, a restrição no limite de encaminhamentos no aplicativo *WhatsApp* não se afigura eficiente no combate à propagação de campanhas de desinformação virais, uma vez que não consegue impedir que uma mensagem atinja toda a rede de usuários rapidamente. A pesquisa ainda demonstra que o *WhatsApp* permite a transmissão de informação em larga escala, por meio de mensagens criptografadas, o que assegura o anonimato aos usuários¹³.

De fato, diferentemente do *Facebook* ou do Instagram em que se visualiza facilmente quem encaminha a mensagem, pois permanece o registro do autor do envio nos sucessivos encaminhamentos, no *WhatsApp*, ao contrário, a mensagem, à medida em que se intensifica rapidamente o compartilhamento entre grupos privados ou públicos¹⁴, termina por viralizar e, por conseguinte, “anonimizar” os sucessivos usuários responsáveis pela divulgação do conteúdo, dada a infestação que provoca em escala geométrica. Por mais que o Aplicativo *WhatsApp* promova segundas restrições em seus mecanismos de compartilhamento, ainda assim não impedirá a “viralização”. Demorará mais tempo para que isso aconteça, mas não obstará, dificultando a identificação da cadeia de divulgadores.

A própria plataforma tecnológica do *WhatsApp*, em sua particular concepção, enseja o progressivo anonimato dos usuários responsáveis pela divulgação do conteúdo mediante o espalhamento de mensagens em poucas horas ou dias em dezenas e até centenas de grupos (e talvez, aos milhares), acarretando estragos, no mais das vezes, irreversíveis a reputações, a honras ou a imagens de pessoas que se apresentem como alvo. E evidentemente não se pode responsabilizar todos os usuários dos inúmeros grupos que compartilharam as mensagens, sobretudo quando forem fechados. O problema reside na impossibilidade de alcançar e de identificar todos os usuários responsáveis pela divulgação, devido à rapidez da disseminação própria do *WhatsApp*, o que conduz, por essa circunstância, à consequente “anonimização” dos responsáveis em infinita potência.

A reprovabilidade da conduta ilícita no caso da propaganda eleitoral, por meio de *WhatsApp*, descansa, portanto, na potencialidade de disseminação de conteúdo falso ou que contenha desinformação, sem qualquer possibilidade de controle por parte da Justiça Eleitoral. O potencial de propagação de *fake news*, em sua ampla acepção, na plataforma do *WhatsApp* é tão devastador quanto um vírus que se espalha indiscriminadamente.

No *WhatsApp*, inclusive, há uma funcionalidade disponível na plataforma, consistente no simples repasse através do termo “encaminhado”, que dificulta a responsabilização da cadeia de usuários que divulgam o conteúdo.

Não resta a menor sombra de dúvida - inclusive até mesmo intuitivamente se chega a mesma ilação - de que, embora se tratem de redes sociais digitais, o *WhatsApp* se di-

13. Limite de encaminhamento no *WhatsApp* não consegue frear desinformação na plataforma, aponta pesquisa. <https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/limite-de-encaminhamento-no-whatsapp-nao-consegue-frear-desinformacao-na-plataforma-aponta-pesquisa/> acesso em 2 de abril de 2020.

14. Por definição, qualquer grupo criado no *WhatsApp* é privado, porém o administrador pode torná-lo público através de uma opção denominada “Convitar via link”. Nesse momento, os membros do grupo recebem uma notificação automática, que torna possível encaminhar para alguém de fora e, conseqüentemente, permitir que o acesso sem necessidade de aprovação do administrador.

ferencia do *Facebook* e do Instagram, consoante explica a literatura atinente à tecnologia da informação e da comunicação.

Rafael Bergamo, nesta mesma linha de ideia distintiva entre as plataformas digitais, registra, com precisão, que:

“Cada rede tem sua estratégia de atuação. WhatsApp passa a ser vital como meio de disseminar conteúdo. Todos estão no WhatsApp. Uma rede sem automatização, exigindo um grande trabalho manual, mas que alcança 100% dos contatos e viraliza como uma grande epidemia. A base de apoio ganha maior importância. Os mais ativos têm a missão de organizar grupos e listas de transmissões. É preciso estar atento e alimentar a rede sedenta por novidades, projetos e solicitações de todo tipo. Novos membros chegam todos os dias e devem aumentar a base. A organização fica em voga de novo.

“Instagram é a rede que cresce cada vez mais com a entrada da classe média e baixa. Entrega mais que o Facebook, mas restringe a comunicação com um apelo extremamente visual e baixa interação se comparada ao Facebook, que ainda lidera com a maior base de usuários ativos. A entrega da rede de forma orgânica (não paga), ou seja, quantos usuários recebem de fato o conteúdo publicado, virou uma pequena degustação. No Facebook, estamos falando de uma entrega orgânica de menos de 2% para a base de seguidores. Se você tem uma página com 100 mil seguidores e publica um conteúdo, efetivamente menos de 2 mil vão receber. É muito pouco e cada vez será menos. Isso por quê? Porque o Facebook, como qualquer outro produto, quer cobrar para você utilizá-lo.”¹⁵

André Torretta ainda complementa que:

“Nossa grande rede social é o WhatsApp, e nos Estados Unidos, o Facebook. Isso também influencia. No Facebook, há formatos comerciais para impulsionamento e segmentação de mensagens. No Brasil, o Facebook declara ter 127 milhões de usuários ativos mensais, mas se o cidadão não tem dinheiro para recarregar o seu pré-pago, ele não tem como usar o Facebook. O WhatsApp é predominante no Brasil e na Índia porque as operadoras dão uso ilimitado do aplicativo. O WhatsApp é uma plataforma fechada, pelo menos até agora. Ou seja, não é possível fazer propaganda paga, não tem como montar perfis psicográficos, não tem segmentação, não conseguimos obter dados.”¹⁶

15. Um palanque com milhões de pessoas. In: Campanhas Políticas nas Redes Sociais. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020, pp. 27-28.

16. O marketing político mundial, o marketing político nacional e essa coisa indecifrável chamada futuro. In: Campanhas Políticas nas Redes Sociais. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020, p. 113.

Como se vê, não remanesce qualquer dúvida de que o aplicativo *WhatsApp*, em decorrência da forma como se estrutura e opera, propicia a “anonimização” dos usuários responsáveis pela divulgação do conteúdo da mensagem veiculada, potencializada pelas corriqueiras e exponenciais viralizações que acabam ocorrendo em campanhas eleitorais acirradas. Assim sendo, inaplicável à presente situação os precedentes do TSE e desta Corte Regional que tratam especificamente do aplicativo *Facebook*, ainda que se tratem ambos de espécies de redes sociais digitais.

4 DA ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL ATINENTE À PROPAGANDA ELEITORAL ANÔNIMA NAS REDES SOCIAIS DIGITAIS OU NA INTERNET

É inegável que o art. 57-D da Lei 9.504/1997 (incluído pela Lei 12.034/2009) e, em particular, a multa prevista no § 2º do mesmo diploma legal, vedam a propaganda eleitoral anônima nas redes sociais digitais ou na internet.

A Resolução TSE n.º 23.457/2015, por sua vez, naquilo que atine à divulgação da propaganda eleitoral e à vedação ao anonimato, trouxe os seguintes regramentos:

Art. 24. É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores – Internet, assegurado o direito de resposta, nos termos dos arts. 58, § 3º, inciso IV, alíneas a, b e c, e 58-A da Lei nº 9.504/1997, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica (Lei nº 9.504/1997, art. 57-D, caput).

§ 1º A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$30.000,00 (trinta mil reais) (Lei nº 9.504/1997, art. 57-D, § 2º).

§ 2º Sem prejuízo das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável, a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da Internet, inclusive redes sociais (Lei nº 9.504/1997, art. 57-D, § 3º).

A norma ora compilada, embora tenha vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, não teceu detalhes acerca da caracterização de uma postagem como anônima.

A partir da Resolução TSE nº 23.551/2017, que regulamentou a propaganda eleitoral no pleito de 2018, houve uma evolução normativa da matéria, na medida em que trouxe parâmetros para a caracterização (ou não) do anonimato nos conteúdos divulgados na internet, nos seguintes termos:

Art. 33. 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).

§ 1º Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

§ 2º A ausência de identificação imediata do usuário responsável pela divulgação do conteúdo não constitui circunstância suficiente para o deferimento do pedido de remoção de conteúdo da internet e somente será considerada anônima caso não seja possível a identificação dos usuários após a adoção das providências previstas nos arts. 10 e 22 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

Nessa mesma linha, a Resolução TSE nº 23.610/2019, que regulamenta a propaganda eleitoral nas Eleições 2020, traz o seguinte disciplinamento:

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).

§ 1º Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

§ 2º A ausência de identificação imediata do usuário responsável pela divulgação do conteúdo não constitui circunstância suficiente para o deferimento do pedido de remoção de conteúdo da internet.

§ 3º A publicação somente será considerada anônima caso não seja possível a identificação dos usuários após a adoção das providências previstas no art. 40 desta Resolução.

(...)

Art. 40. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz eleitoral que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento dos dados constantes do art. 39 desta Resolução (Lei nº 12.965/2014, art. 22).

§ 1º Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade (Lei nº 12.965/2014, art. 22, parágrafo único):

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito de natureza eleitoral;

II - justificativa motivada da utilidade dos dados solicitados para fins de investigação ou instrução probatória;

III - período ao qual se referem os registros.

§ 2º A ausência de identificação imediata do usuário responsável pela divulgação do conteúdo não constitui circunstância suficiente para o deferimento liminar do pedido de quebra de sigilo de dados.

§ 3º A ordem judicial que apreciar o pedido deverá conter, sob pena de nulidade, fundamentação específica quanto ao preenchimento de todos os requisitos legais previstos nos incisos I a III do § 1º deste artigo.

Ao que se percebe, a novel regulamentação prevê (art. 38, § 3º) que a postagem será considerada anônima apenas se restarem infrutíferas as medidas tendentes a identificar os responsáveis pela divulgação, na forma do art. 40.

No entanto, como foi dito, não se pode, para fins de reconhecimento do anonimato, equiparar o aplicativo *WhatsApp* às principais plataformas digitais, como, por exemplo, *Facebook* e *Instagram*, dada a diferença operacional-aplicativa de cada um deles.

Nas mensagens difundidas por meio do aplicativo *WhatsApp*, pouco importa se são utilizados os números pessoais de telefone celular, com a plena identificação dos emissores da propaganda eleitoral consideradas irregulares, o que tornaria dispensável por completo prévias investigações para a sua individualização e, assim, faleceria a possibilidade de aplicação da multa capitulada no § 2º do art. 57-D da 9.504/1997 (incluído pela Lei 12.034/2009).

Com efeito, não se pode confundir identificação dos responsáveis com ausência de anonimato. Nem mesmo somente se reconhecer a propaganda eleitoral anônima no caso de impossibilidade completa de identificação dos usuários responsáveis pela divulgação do conteúdo. O § 2º do art. 33 da Resolução TSE nº 23.551/2017, que somente considera anônima a publicação caso não seja possível a identificação dos usuários após a adoção das providências previstas nos arts. 10 e 22 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), não pode ser aplicado na hipótese do *WhatsApp*, pelo efeito viralizante que o aplicativo proporciona, sendo impossível identificar todos os atingidos e usuários responsáveis pela divulgação.

Quando há inequívoca “viralização” da mensagem considerada ilícita, não se pode compelir a vítima agredida que ingresse com pedidos cautelares de quebra de sigilo de comunicação de dados em relação a todos os celulares de um determinado município ou região, para identificar os grupos eventualmente existentes e os autores da divulgação. Para coibir a propaganda eleitoral ilícita, seria uma exigência desproporcional e incompatível com a velocidade de disseminação de conteúdo deletério à reputação, à imagem ou à honra das pessoas. O anonimato surge justamente da disseminação irrefreada de mensagens com esse teor.

Daí por que se deve considerar inaplicável a regra inscrita no § 2º do art. 33 da Resolução TSE nº 23.551/2017 à hipótese de propaganda eleitoral divulgada por intermédio do *WhatsApp* em que se verifique suficientemente comprovada situação de viralização do conteúdo considerado como ilícito eleitoral, sendo desnecessária, para a incidência da

multa prevista no § 2º do art. 57-D da Lei 9.504/1997 (incluído pela Lei 12.034/2009), a realização de prévia adoção de medidas voltadas à identificação do infrator, tais como, a quebra do sigilo das comunicações de dados e/ou outras medidas de natureza cautelar desenhadas na Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As redes sociais, em seus formatos digitais, têm adicionado à luz da liberdade de expressão o fenômeno da “viralização” de conteúdos de mensagens (vídeos, áudios e vídeos) ao tradicional debate democrático voltado à obtenção de consensos políticos necessários à tomada de decisões institucionais dos poderes políticos, a caracterizar verdadeiras eleições digitais, nem sempre saudável ao sistema político.

Pela forma como se estrutura e se opera, o Aplicativo WhatsApp, promove, à medida em que se intensifica rapidamente o compartilhamento de mensagens entre grupos privados ou públicos, a “viralização” e, por conseguinte, “anonimização” dos sucessivos usuários responsáveis pela divulgação do conteúdo, dada a infestação que provoca em escala geométrica. Por mais que o Aplicativo WhatsApp promova seguidas restrições em seus mecanismos de compartilhamento, ainda assim não impedirá a “viralização”.

A reprovabilidade da conduta ilícita no caso da propaganda eleitoral, por meio de *WhatsApp*, descansa, portanto, na potencialidade de disseminação de conteúdo falso ou que contenha desinformação, sem qualquer possibilidade de controle por parte da Justiça Eleitoral.

Malgrado as Resoluções TSE nºs 23.551/2017 e 23.610/2019 no trato da propaganda eleitoral anônima não diferenciarem quanto ao meio de divulgação, se comprovada situação de viralização do conteúdo considerado como ilícito eleitoral, como ocorre com o *WhatsApp*, não há necessidade, para aplicar o art. 57-D da Lei 9.504/1997 (incluído pela Lei 12.034/2009), a prévia adoção de medidas voltadas à identificação do infrator, previstas na Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), tais como, a quebra do sigilo das comunicações de dados e/ou outras medidas de natureza cautelar.

THE WHATSAPP APP AND THE “ANONYMIZATION” OF THE AUTHORSHIP OF FAKE NEWS IN ELECTORAL PROPAGANDA

ABSTRACT: This monographic essay seeks to analyze, in the light of the constitutional principle of freedom of expression that prohibits anonymity, whether the WhatsApp app's digital platform, in its particular conception of how it is structured and operated, leads to the progressive “anonymization” of the users responsible for disclosure content through the spreading of illicit electoral propaganda messages, including fake news, challenging the interpretation of art. 57-D of Law 9.504 / 1997 (included by Law 12.034 / 2009). The study will meditate on the application of TSE Resolutions No. 23,551 / 2017 and 23,610 / 2019, in dealing with anonymous electoral propaganda, to the hypothesis of electoral advertising disseminated through WhatsApp in which there is a sufficiently proven situation of viralization of the content considered as electoral illicit. , regardless of the prior adoption of measures

aimed at identifying the infringer, provided for in Law 12.965 / 2014 (Marco Civil da Internet), such as breaking the confidentiality of data communications and / or other precautionary measures.

KEYWORDS: Freedom of electoral expression. Anonymous electoral advertising. WhatsApp app. Illicit messages. Fake News. Viralization. Anonymization. Offender identification. Breach of confidentiality of data communications or other precautionary measures.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAÚJO, Rafael. Comunicação política e eleições digitais. In: **Campanhas Políticas nas Redes Sociais**. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020.

ARENDT, Hannah. Verdade e Política. In: **Entre o passado e o futuro**. 5ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2003.

BERGAMO, Rafael. Um palanque com milhões de pessoas. In: **Campanhas Políticas nas Redes Sociais**. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020.

BRUSADIN, Maurício, GRAZIANO, Xico. Marketing político e Darwinismo digital. In: **Campanhas Políticas nas Redes Sociais**. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020.

FRATINI, Juliana. Introdução. In: **Campanhas Políticas nas Redes Sociais**. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020.

GAMA, Allana. **Reflexões sobre as diferentes ambiências entre Facebook, Instagram e WhatsApp**. Disponível em: <<http://gitsufba.net/reflexoes-sobre-as-diferentes-ambiencias-entre-facebook-instagram-e-whatsapp/>>. Acesso em 2 de abril de 2020.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15ª Edição. São Paulo: Atlas, 2019.

JORNAL “ESTADÃO”, de 29 de setembro de 2019. **Limite de encaminhamento no WhatsApp não consegue frear desinformação na plataforma, aponta pesquisa**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/limite-de-encaminhamento-no-whatsapp-nao-consegue-frear-desinformacao-na-plataforma-aponta-pesquisa/>>. Acesso em 2 de abril de 2020.

MARTINO, Victor De. Campanhas eleitorais durante o eclipse na política. In: **Campanhas Políticas nas Redes Sociais**. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHILLING, Theodor. *Internationaler Menschenrechts-schutz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

TORRETTA, André. O marketing político mundial, o marketing político nacional e essa coisa indecifrável chamada futuro. In: **Campanhas Políticas nas Redes Sociais**. Org. Juliana Fratini. São Paulo: Matrix, 2020.

Recebido: 30/04/2020

Aprovado: 08/05/2020