

Sociologia sistêmica das *fake news* eleitorais: os novos meios de disseminação da comunicação e suas repercussões na política e no direito¹

Lucas Fucci Amato (FD – USP)

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros (IRI-USP e FDir-UPM)

Resumo

Como o uso das notícias falsas e de suas repercussões na privacidade de dados pessoais e no processo eleitoral têm sido abordados nos sistemas político, jurídico e midiático? Esta é nossa questão central de pesquisa. O propósito do trabalho é responder tal pergunta a partir do referencial da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e com a análise das tentativas regulatórias implantadas a partir das eleições majoritárias de 2018 no Brasil. Essas iniciativas abrangem tanto o Legislativo (*e.g.* Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e projeto de Lei das *Fake News*) quanto o Judiciário (especialmente o Tribunal Superior Eleitoral), assim como experiências de autorregulação implantadas pelas próprias redes e plataformas digitais. A sociologia sistêmica nos permite correlacionar a evolução dos meios de disseminação da comunicação (tecnologias) com o processamento das comunicações pelos diversos sistemas funcionais e organizacionais (a política e o Estado; o direito e as cortes; a mídia e as empresas de comunicação).

Palavras-chave: disseminação de notícias falsas (*fake news*); direito e internet; eleições e novas mídias.

¹ 44º Encontro Anual da ANPOCS. GT22 - Internet, política e cultura.

Introdução

A eleição presidencial brasileira de 2018 ficou marcada como uma das disputas eleitorais mais conturbadas desde o processo de redemocratização; isto se deve, em grande medida, a um novo fenômeno social no campo eleitoral: a disseminação em rede de notícias falsas (*fake news*) direcionadas ao eleitorado, repercutindo de alguma forma no exercício do sufrágio². O impacto eleitoral e a continuidade da disseminação de notícias falsas como estratégia de governo (ver *e.g.* REZENDE, 2020) mobilizaram política e direito a iniciarem respostas: caso da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito das *Fake News*, no Congresso Nacional, e do Inquérito das *Fake News* instaurado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Portaria 69/2019 da Presidência do STF.

Em um contexto de pandemia e isolamento social, com restrições à campanha de rua e ao debate entre candidatos, as eleições municipais de 2020 dão dimensão inédita ao papel das mídias digitais como ferramentas de comunicação política. Apesar do alerta dado ao direito e à política no pleito de 2018, mais uma vez a disseminação de notícias falsas por plataformas digitais – serviços de mensageria privada (disparos em massa) e redes sociais – continua a embaralhar a disputa política e fugir aos controles do direito (ver *e.g.* CAMPOS MELLO, 2020).

Mas quais são, de fato, as capacidades regulatórias que tribunais, legisladores e empresas privadas vêm desenvolvendo a fim de enfrentar e domar a fúria da disseminação de notícias falsas? Este trabalho mobiliza a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann como instrumental teórico para definir as fricções entre os sistemas de (novas) mídias, política e direito provocadas pela emergência da disseminação massiva de notícias falsas pelos meios digitais. E adota esse referencial para observar as respostas jurídicas que vêm sendo construídas sobretudo pelo Tribunal Superior Eleitoral (com foco nas eleições de 2018) e pelo Legislativo federal (interpretando a atual discussão do projeto de lei das *Fake News* como um passo integrado ao histórico das legislações sobre a internet e a privacidade e proteção de dados pessoais). O material de análise, portanto, é o histórico legislativo e a jurisprudência do TSE sobre o tema.

² De acordo com levantamento divulgado pelo Instituto Idea BigData, por exemplo, mais de dois terços dos eleitores afirmaram ter recebido *fake news* pelo WhatsApp durante a campanha presidencial de 2018 (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019). Ainda no caso das eleições presidenciais de 2018 no Brasil, segundo levantamento divulgado pelo Instituto de Pesquisa Avaaz, 98,21% dos eleitores do então candidato Jair Bolsonaro (PSL) tiveram contato com notícias falsas durante a disputa e 89,77% deles acreditaram que tais notícias eram verdadeiras (PASQUINI, 2018). O financiamento irregular por empresários de disparos em massa de notícias falsas por serviços de mensageria privada por mapeado com grande destaque ainda durante o pleito eleitoral, em reportagem de Patrícia Campos Mello (2018).

A hipótese da pesquisa é de que, por se tratar (i) de um fenômeno novo em suas dimensões, (ii) envolvendo tecnologias sob o domínio transnacional de monopólios ou oligopólios globais e (iii) com interferências em múltiplos sistemas sociais, a disseminação massiva de notícias falsas pelas mídias digitais impõe especiais dificuldades à regulação pelo direito nacional. Quais respostas que esse direito – no caso, o direito brasileiro – têm produzido, e quais estratégias ele tem mobilizado, é o que a pesquisa busca examinar.

1. A evolução das tecnologias de comunicação e o fenômeno das *fake news*

As notícias falsas não são um produto histórico recente (para um debate, cfr. por exemplo BLOCH, 1994; 1921). “*Fake news*” é um termo abrangente, vago e não consensual na comunidade acadêmica³ Para este texto, é importante destacar a natureza pública e o impacto que essas notícias provocam no âmbito das tomadas de decisão. Tais notícias implicam em desinformação ao mesmo tempo em que induzem determinados comportamentos na sociedade.

As notícias falsas ganham preponderância na sociedade da informação em rede⁴. Pautando diferentes assuntos e com variável repercussão, essas notícias circulam no dia-a-dia com rapidez a partir de uma zona obscura acerca da fonte produtora de informações, o que é facilitado pela descentralização e pelo anonimato de “portas lógicas” das redes digitais. Qualquer um pode ser protagonista e produzir informações falsas por meio de alguns cliques na rede, seja via compartilhamento do mesmo endereço de protocolo de internet (endereço IP), seja mesmo pela operação de robôs.

Subjacente à questão da circulação, o interesse de apostar nas falsidades e desinformações decorre da alta chance de sucesso ao se causar impacto nas decisões públicas. Mesmo aceitando a superação do monopólio do conhecimento verdadeiro – afinal aqueles que operam com essas notícias não estão no âmbito científico –, prevalece um *trade-off* entre desinformação e aumento do poder político e econômico. Defensores dessas práticas pressupõem uma intencionalidade antidemocrática: produzir confusão para desqualificar a opinião pública com propósitos privados e assegurar a manutenção do poder das elites em diferentes contextos.

³ Para uma definição e uma ideia do tema, cfr. Dentith (2017) e Gelfelt (2018). Também o termo deveria ser diferenciado de outros, como “post-truth” (cfr. o Oxford Dictionary: url: <https://tinyurl.com/hfl2boy>) e “misleading information” (cfr. Giglietto *et al.*, 2019).

⁴ Boaventura de Sousa Santos (2019) descreve com precisão o funcionamento das notícias falsas à luz das redes sociais, diz “o modo 3 (*fake news*) cria uma ignorância malévola, corrosiva e, tal como um cancro, dificilmente controlável, na medida em que o ignorante é transformado em empreendedor da sua própria ignorância. As redes sociais têm um papel crucial na sua proliferação. Esta ignorância está para além da ausência e da emergência. Esta ignorância é a prefiguração da estase, a imobilidade que estrutura a vertigem do tempo imediato”.

Fato é que os protagonistas da disseminação de notícias falsas agentes estão cientes de que o erro consiste em não saber e afirmar acreditar saber – é uma ignorância que se ignora e, ainda, serve como facilitador para a dominação, já que priva eleitores, comunidades, pacientes, entre tantos outros públicos, do conhecimento dos fatos essenciais para a tomada das decisões coletivas.⁵ Considerando a mitigação do direito político de escolha e de participação, esses públicos acreditam que agem diretamente no jogo político institucional. Diante de tamanha desinformação, o resultado é que essas notícias possibilitam o controle das decisões relevantes por grupos de interesses que se beneficiam com a produção, manipulação e circulação da desinformação nas redes.

A mobilização de notícias falsas na rede vem se mostrando um negócio extremamente rentável na medida em que possibilita manter os usuários envolvidos com conteúdo em plataformas digitais o máximo e o maior tempo possível. Quanto mais tempo os usuários gastam na plataforma, mais dados são coletados, mais anúncios são exibidos e mais dinheiro é gerado. Percebe-se, então, que essas notícias são incorporadas com facilidade e não há incentivos para evitar a sua proliferação. É notório, por exemplo, o aumento da circulação dessas notícias diante de contextos políticos, como em períodos eleitorais (e.g. eleição presidencial no Brasil de 2018) ou nas vésperas de decisões parlamentares importantes (e.g. Brexit) – o que justifica, inclusive, a parceria com noticiários em mídias tradicionais⁶.

Por outro lado, correntes políticas que se valem especialmente do arsenal de *fake news* o fazem dentro de uma estratégia retórica de oposição às “elites” – da “velha política” ou da “mídia tradicional”. O termo elites é hoje, muitas vezes, utilizado num sentido geral para indicar “grupos de poder”, tal como no âmbito político ou financeiro, e em oposição a um outro termo banalizado: povo. O risco é justamente de utilizar uma retórica “populista”. Assim, no contexto político mais amplo, a disseminação massiva de notícias falsas insere-se dentro de uma estratégia maior de desinstitucionalização (ver AMATO, 2019), isto é, de solapar generalizadamente o apoio presumido aos meios de comunicação de massa tradicionais e às bases da democracia representativa, como o processo eleitoral (no caso brasileiro, com especial destaque das urnas eletrônicas), o controle congressional do Executivo e o papel do Supremo Tribunal Federal. Em nosso contexto, é esperado que essas organizações contra-ataquem a

5 Em sentido próximo Sally Hubbard (2017, p. 1) aproxima *fake news* com o poder de mercado: “Fake news can be challenging to define. In this essay, *fake news* means stories that are simply made up for profit or propaganda without using trained journalists, conducting research or expending resources. Articles written according to journalistic practices from a particular political perspective or containing factual errors do not meet the definition of fake news used here”.

6 Sobre a difusão de informações falsa na internet e fenômenos consequentes de reação como *debunking* e *fact checking*, cf. – entre outros – WORLD ECONOMIC FORUM, 2013; QUATTROCIOCCI; VICINI, 2018.

ameaças do Executivo, buscando reafirmar seus papéis (como nas já citadas iniciativas da CPMI das *Fake News*, do Inquérito sobre o tema no STF e mesmo em pronunciamentos da Justiça Eleitoral reiterando a confiabilidade das tecnologias e procedimentos para as eleições); ao mesmo tempo, porém, as evidências a seguir discutidas sobre a construção jurisprudencial e legislativa no tema das *fake news* sugerem uma postura de grande precaução, resultando ainda na presença de um vácuo regulatório.

Se considerarmos a evolução das formas de diferenciação social segundo a sociologia sistêmica (LUHMANN, 2013, cap. 4), veremos que há um paralelo entre esses tipos de sociedade e as tecnologias comunicacionais que os suportam (ou “meios de disseminação”, para LUHMANN, 2012, p. 120-123). Sociedades segmentárias são grupos distinguidos, interna e externamente, por parentesco e outros critérios naturais (como etnia, sexo e idade). A comunicação é basicamente oral, ainda que possa haver outras formas de manifestação simbólica. Já em sociedades que criam centros e periferias (como cidades e campos), os meios de comunicação simbolicamente generalizados (verdade, propriedade, poder) concentram-se de um lado, justamente aquele em que se difunde a escrita, como técnica dominada por uma elite letrada.

A sociedade estratificada continua a diferenciar seus estratos pelo acesso aos meios simbólicos. Ela vem a ser desestabilizada pela criação da imprensa, que torna possível a crítica pública, pelos súditos ou cidadãos, dos atos e acordos do poder estatal. Nasce a “opinião pública”, como um espelho anônimo que reflete e julga as decisões estatais, mas também reclamará meios democráticos de trazer as diversas demandas sociais (econômicas, educacionais, sanitárias) do ambiente para dentro do sistema político, pautando-o democraticamente. Do mesmo modo, as declarações de direito difundem os “direitos do homem e do cidadão” (depois, direitos fundamentais e direitos humanos), que refletem a todos como sujeitos de direitos, isto é, produtores e destinatários do sistema jurídico. E assim o mercado passa a refletir as decisões econômicas tomadas por empresas e famílias (AMATO, 2020).

Vesting (2020) observa como a cultura cidadina enraíza esta “sociedade civil” como uma arena de cidadãos reflexivos, que se informam e disputam sentido pela imprensa. O crescimento das organizações partidárias, sindicais e outras, nos séculos XIX e XX, já transforma essa esfera pública política em uma disputa organizada e pluralista de grupos. A emergência dos meios digitais de disseminação da comunicação, porém, desorganiza o controle da comunicação política por essas organizações políticas e pelas empresas de meios de comunicação de massa; é essa grande “desagregação” ou “fragmentação” da opinião pública o fenômeno subjacente ao problema referido como “*fake news*”.

A novidade do advento das “redes sociais” digitais é que a diferenciação interna entre o público que consome informações e as empresas de mídia que selecionam, produzem e divulgam a mensagem chega a um curto-circuito. Os guardiões da informação são desacreditados – a imprensa é vista como parcial, como amiga ou inimiga do governo ou da oposição. Uma multidão de pessoas se tornou produtora e consumidora de informações, e não há uma posição final de observação de segunda ordem que possa atestar com segurança a verdade ou a inverdade das notícias (mesmo as agências de *fact-checking* são colocadas sob as mesmas suspeitas de parcialidade que atingem os meios tradicionais de comunicação de massa).

A interação – por presença física e, depois, remotamente, por outros meios como o postal ou telefônico – podia disseminar mentiras e erros, mas seu nível e velocidade de difusão eram limitados. Quando as pessoas podem dizer a grupos cada vez mais amplos e interligados quais são suas opiniões, pontos de vista ou “descobertas”, a comunicação pessoal eleva-se ao nível do sistema funcional de mídia. A informação como um todo e as mensagens – incluindo notícias falsas – também se tornam desligadas de seus fornecedores originais e passam a pertencer ao sistema “anônimo” da comunicação digital autorreferente.

Em um mundo de credos livres e divergentes, marcado por uma pluralidade de valores, a comunicação não é restringida por costumes comuns, como em uma tribo. Mas uma organização neotribal de credos políticos emerge para pressionar os limites de tolerância, que o Estado liberal institucionalizou após as guerras religiosas. Uma crise generalizada de expectativas contamina uma sociedade que foi estruturada por meio de papéis específicos e de competências comunicativas delimitadas: da política e dos políticos, da ciência e dos especialistas, do direito e dos juristas. Neste contexto de crise de expectativas, o populismo se fortalece como alternativa para simplificar excessivamente os resultados das pesquisas científicas, para desconfiar dos especialistas, para corroer os procedimentos de tomada de decisão política sob o Estado de direito.

2. Os sistemas jurídico, político, midiático e científico

Toda comunicação que busque tratar do problema da licitude ou ilicitude é uma comunicação jurídica. Esta é sua distinção-diretriz, seu código (no sentido cibernético), explícito ou tácito. Isto é o que define o sistema jurídico, nos termos da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. A função que esse subsistema da sociedade desempenha, em relação à própria sociedade, é de tomar generalizar de maneira congruente algumas expectativas que sejam resistentes à desilusão: expectativas normativas (LUHMANN, 2004; 2014a). Como

a moral e a religião se tornam escolhas individuais particulares, na sociedade moderna é o direito que precisa generalizar essa base comum de normas.

O código lícito/ilícito é alocado por meio de programas decisórios, que são produzidos por sistemas organizacionais, especificações do sistema jurídico: em seu centro, estão os tribunais (obrigados a decidir), que tomam decisões programadas; em sua periferia, são tomadas decisões programantes, nas quais problemas sociais em geral são construídos juridicamente na forma de normas, em leis, regulamentos e contratos. O meio de comunicação simbolicamente generalizado que circula dentro do sistema jurídico é a validade.

Os Poderes políticos do Estado estão, assim, na periferia do sistema jurídico – mas, ao mesmo tempo, no centro do sistema político, pois a eles cabe primacialmente tomar decisões coletivamente vinculantes e impô-las inclusive ao próprio Estado, incluindo os representantes políticos e a burocracia pública (LUHMANN, 2009; 2014b). Na periferia do sistema político estão organizações que pautam o sistema a partir de demandas sociais genéricas: partidos políticos, movimentos sociais, grupos de pressão – estas organizações tomam decisões (programas partidários, manifestos, declarações), mas não podem impô-las a toda a comunidade política. Apenas o legislador pode tomar esse conteúdo e lhe dar “força” de lei. A política assim se organiza em torno do código governo/ oposição, e suas decisões definem os usos do meio de comunicação simbolicamente generalizado que é o poder.

Já o sistema dos meios de comunicação de massa funciona segunda a distinção entre o que é e o que não é informativo – ou seja, entre o que tem o valor de informação, de notícia (*news*) e o que é repetição, redundância, o que reforça a visão de que a mídia constrói acerca dos temas sociais, cumprindo uma função de “memória” da sociedade, definindo o que deve ser geralmente lembrado e o que pode ser esquecido (LUHMANN, 2000). É aqui que entram em jogo as tecnologias digitais, enquanto “meios de disseminação” da comunicação que desintermedeiam disseminação massiva de informações dos controles tradicionais da mídia de massa (imprensa, rádio, televisão) e a reintermedeiam pelas plataformas digitais cuja propriedade intelectual é titularizada por empresas globais – sejam serviços de mensageria, sejam redes sociais de textos, áudio e vídeo.

Seguindo nossa hipótese conceitual, o problema das *fake news* coloca em fricção sobretudo esses três sistemas sociais. O direito estatal – como acoplamento entre sistema político nacional e sistema jurídico – precisa então construir suas respostas regulatórias diante de um sistema que lhe é estranho mas cujos impactos transbordam para questões de legitimidade (política) e justiça (jurídica).

O apelo à ciência – por meio dos *experts* – revela-se então como uma estratégia importante. A ciência, sistema social responsável pela definição da verdade ou falsidade (LUHMANN, 1996), também é um sistema sob pressão pelo *tsunami* de *fake news*. Entretanto, para regular as tecnologias digitais emergentes, acerca das quais os cidadãos comuns, assim como os políticos e juízes, pouco sabem, é a ciência e seus representantes que são convocados para dar respostas.

A ciência não está interessada em resolver problemas operacionais de outros sistemas nem pretende servir de base para política, economia ou direito, ainda que os conhecimentos científicos possam irritar e estimular internamente estes sistemas, ou que busquem uma variedade e novas estabilizações por suas próprias operações. Historicamente, a ciência se encaminhou para a instrumentalização e aplicação tecnológica. Observou-se a ascensão das disciplinas aplicadas (engenharia, medicina, direito entre outras) no sistema científico. Vanderstraeten (2015) explica que, nos últimos séculos, o conhecimento científico adquiriu uma forte autoridade cultural na sociedade mundial. Acabou-se privilegiando determinadas disciplinas aplicadas em detrimento de outras, basta notar o desenvolvimento do termo tecnologia em meados do século XVIII, diz o autor que o termo “artes úteis” (ou *arts utiles*, *nuttige konsten*, *arts mechaniques*, etc.) desapareceu lentamente da cena no século XIX, enquanto termos como “ciência aplicada”, “ciência da engenharia” e a “tecnologia” entrou em uso. Cientistas aplicados [*experts*], na sua maioria engenheiros, poderiam cada vez mais se apresentar ou posicionar-se como os “governantes” sobre as “artes úteis” (VANDERSTRAETEN, 2015, p. 181). Ninguém duvida que questões técnicas e científicas surgem a cada dia e, em vista da alta complexidade que permeia essas descobertas, estas podem irritar outros sistemas. O problema é outro. Trata-se da crítica à ideia de aplicação dos conhecimentos científicos fora do âmbito da ciência (BARROS, 2018).

3. O Tribunal Superior Eleitoral e as *fake news* nas eleições de 2018

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já em 2017 discutiu, em fórum especialmente focado no tema, o impacto dessas notícias nas então vindouras eleições, criou um Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições (Portaria TSE nº 949, de 7 de dezembro de 2017), bem como uniu-se à Polícia Federal e ao Ministério Público para criar um grupo de trabalho para estudar antecipadamente formas de combate às *fake news*. Mesmo no curso das eleições, o TSE convocou as campanhas dos dois candidatos à presidência concorrendo ao segundo turno para discutir o tema.

Alguns dados colhidos com a pesquisa jurisprudencial permitem o estudo do comportamento dos atores eleitorais em relação ao tema (SABA *et al.*, 2020). Três blocos de evidências devem ser ressaltadas. Em primeiro lugar, a constatação de que a grande maioria das decisões compreendidas na pesquisa consistem em decisões monocráticas cautelares, proferidas em ações que, em sua maioria, não chegaram a ser conhecidas pelo Pleno, seja por conta da rejeição de recursos, seja, no mais das vezes, pelo fato de que grande parte das ações em trâmite no TSE foram extintas sem julgamento de mérito, com base no entendimento de que não persistiria o interesse no julgamento uma vez ultimadas as eleições. Assim, durante as eleições de 2018 não ocorreu um posicionamento colegiado do tribunal acerca das questões afetas à verificação das fake news⁷. Isso se deve, como é sabido, à atribuição da função de julgadores da propaganda a certos Ministros, que ficam responsáveis por dar uma resposta ágil às demandas eleitorais, dada a celeridade em que caminham as campanhas eleitorais. O que é louvável por um lado, por outro acaba por contribuir tanto para uma falta de uniformidade e segurança jurídica nessas decisões, quanto para uma sensação de impunidade – aliás, este traço monocrático é recorrente em outras cortes no país. Tais observações são fundamentais para que se possa pautar a atuação da Justiça Eleitoral com relação às eleições municipais que se aproximam. Todavia, o fato de as representações serem julgadas apenas cautelarmente não oferece parâmetro claro para os próximos pleitos, especialmente no que concerne à importante temática da proteção de dados pessoais.

Segundo ponto: em muitas hipóteses verificou-se que o respectivo relator determinou a quebra de sigilo telemático de alguns cidadãos, para que se identificasse a pessoa responsável por certas páginas e postagens em redes sociais, sendo que, ao final, esses dados não foram utilizados para nenhum propósito eleitoral, dada a extinção dos feitos. Ainda quando identificados os responsáveis, muitos não chegaram a ser punidos pela propagação das alegadas *fake news*, porquanto entendeu-se, em geral, que a legislação eleitoral apenas coibiria a divulgação de opinião anônima na internet⁸, mas que eventual responsabilização por ofensa à honra dos candidatos deveria ocorrer na Justiça Comum – o que reforça a necessidade de um debate legal sobre o comportamento abusivo nas redes.

⁷ Não se esquece que a decisão monocrática do Min. Carlos Horbach na Rp. nº 0601727-09.2018.6.00.0000, em 17.10.2018, que propôs alguns parâmetros para justificar a intervenção da Justiça Eleitoral na remoção de conteúdos nas redes sociais, foi muito citada pelos seus pares, porém o que se argumenta é que não houve uma análise desses critérios pelo órgão colegiado a fim de demonstrar um claro posicionamento do Tribunal.

⁸ Considerando as decisões analisadas que determinaram a quebra de sigilo de internautas ou mesmo a remoção cautelar de conteúdos reputados falsos, apenas uma – decisão da lavra do Min. Luiz Edson Fachin na Rp. 0600796-06.2018.6.00.0000 - fez referência ao Marco Civil da Internet. Nenhuma menciona a Lei Geral de Proteção de Dados.

Por fim, vale acrescentar que as ações manejadas perante o TSE questionando as *fake news* em 2018 consistiram, em sua grande maioria, em representações por propaganda eleitoral irregular com ou sem direito de resposta, e, em alguns casos notórios, em ações de investigação judicial eleitoral (AIJE) ou mesmo notícias de crime. Nenhum desses instrumentos, contudo, é adequado a tratar das *fake news*. Como visto, as representações têm o pormenor de não permitirem que a investigação e responsabilização se estenda após as eleições; por outro lado, a AIJE depende, para ser julgada, da comprovação do potencial lesivo da conduta e de sua potencialidade de influenciar o pleito – ou seja, apenas serve para questionar o envio massivo de notícias falsas, mas não condutas isoladas. Além disso, tal como as ações criminais, as AIJEs dependem de ampla instrução processual, o que impede que o Tribunal julgue essas ações de forma temporânea.

Conforme apresentado, a teoria dos sistemas (LUHMANN, 2004, cap. 7) apresenta os tribunais como organizações centrais do sistema jurídico. O critério para esta definição não é existir alguma relação de hierarquia simples entre sentenças e as decisões tomadas por outras organizações (como as leis, regulamentos e os contratos, programados por legisladores, administradores e advogados na periferia do sistema jurídico). Os tribunais estão no centro do sistema jurídico pelo fato institucional de estarem obrigados a tomar decisões sobre os casos que se lhe submetem: são proibidos de “denegar justiça”, de decidirem não decidir porque “a lei é obscura” (vedação do *non liquet*). É claro que a configuração dos procedimentos judiciais, da hierarquia judicial e dos papéis institucionais dentro de um tribunal permitem não julgar o mérito da ação (reconhecendo nela vícios formais) ou mesmo postergar a decisão (conforme a definição das pautas e cronogramas de julgamento). Entretanto, são os tribunais que devem dar a palavra final sobre o direito válido e, nessa medida, reforçar a definição de quais expectativas normativas devem ser congruentemente generalizadas.

Observando a resposta do TSE às ações eleitorais envolvendo a alegação da disseminação irregular de notícias falsas, concluímos que não houve uma definição ou mesmo uma tentativa de padronização da resposta judicial ao fenômeno. A falta de uniformidade nos fundamentos utilizados pelos julgadores para analisar a ocorrência das *fake news* torna-se patente pela análise da variedade de argumentos levantados: (i) a necessidade de a notícia ter caráter patentemente ou evidentemente inverídico ou mesmo de a falsidade ser verificável de plano; (ii) a necessidade de haver na própria rede social meio de contestação das ideias expostas, de modo a permitir ao próprio eleitor que julgue a veracidade daquilo que é divulgado; (iii) a consideração da capacidade do eleitor para avaliar os conteúdos que lhe são apresentados, sendo indevida a intervenção paternalista da Justiça Eleitoral; (iv) o potencial lesivo da divulgação,

diferenciando-se posts realizados em páginas de pouco ou muito acesso; (v) postagens jocosas ou humorísticas (aqui incluídos os memes) têm como pressuposto a manipulação da realidade e até mesmo sua distorção, porém não podem ser consideradas irregulares; (vi) não é possível aferir se as notícias foram produzidas intencionalmente para desvirtuar ou falsear a realidade, ou se decorreram de equívocos ou de negligência dos veículos de mídias sociais; (vii) uma informação imprecisa mas não sabidamente inverídica não configura *fake news* e (viii) o controle sobre o conteúdo ou nível das informações veiculadas deve ser realizado pela própria sociedade civil, não devendo a Justiça Eleitoral atrair para si a função de *fact-checking*.

A conclusão é que, não havendo decisões de mérito com fundamentos consolidados, os julgados não têm a força de se consolidarem como precedentes, ainda mais quando se considera que as representações foram julgadas prejudicadas sem análise de mérito. Tal situação revela a complexidade e a dificuldade da decisão judicial sobre *fake news* e eleições. Dentre os motivos que justificam esses traços, é possível indicar:

- abrangência e dificuldade de definição do termo *fake news*, com extenso debate na teoria do conhecimento e com riscos de estipular um policiamento de conteúdo, em prejuízo das liberdades civis (liberdade de expressão) e da privacidade de dados pessoais;
- aplicação jurídica nebulosa diante do jogo regulatório (legislação e autorregulação) e da ausência de uma posição jurisprudencial consolidada;
- déficit cognitivo para apuração judicial dos impactos alegados de supostas *fake news* transmitidas por contas pessoais e plataformas digitais privadas durante o pleito eleitoral.

4. O jogo regulatório no Legislativo: três estratégias

O Tribunal Superior Eleitoral adotou uma postura de deferência e espera em relação às definições tomadas pelo Legislativo (periferia do sistema jurídico e centro do sistema político, encarregado portanto de vincular-se às próprias decisões coletivamente vinculantes que venha a instituir). Mas e o legislador, como lidou com as *fake news* eleitorais? Afora a CPMI das *fake news*, que pautou o tema no sistema político e assim pode exercer alguma força dissuasória, interessam-nos as respostas regulatórias.

Nesse sentido, deve-se notar de início um embate entre Legislativo e Executivo sobre o tema, representado pelo interesse do presidente da Câmara dos Deputados em pautá-lo e pela resistência do Executivo em investigar e disciplinar uma ferramenta de governo, da qual há amplos indícios de que ele se vale (ver *e.g.* CONGRESSO EM FOCO, 2020).

Entretanto, mais amplamente, o projeto de Lei das Fake News (ou Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, aprovada em 2020 no Senado Federal e pendente de aprovação pela Câmara dos Deputados) deve ser posicionado como terceiro elemento dentro de uma série de iniciativas legislativas que incluem o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/ 2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, Lei 13.709/ 2018). A LGPD, especialmente, foi alvo de intensa disputa: aprovada no Congresso Nacional em agosto de 2018, apenas foi sancionada pelo Presidente da República em setembro de 2020, com sanções administrativas sendo imponíveis a partir de agosto de 2021. Esta lei regula dispositivos do Marco Civil da Internet e forma uma moldura regulatória de direito digital dentro da qual também deve se integrar uma futura Lei das *Fake News*.

Esse pacote regulatório revela o uso de três estratégias por parte do legislador:

- a principiologização: o foco em normas principiológicas (em vez de na definição de regras, com claras hipóteses de incidência e consequências devidas) permite maior adaptabilidade da legislação e informa a criação de microssistemas legais que vão evoluindo e se complexificando; entretanto, tal indeterminação também gera indefinição sobre quais condutas são ilícitas, quais sanções lhe são aplicáveis e quando isso será de fato definido – legislativa ou jurisprudencialmente;
- a periferização: o Legislativo – organização periférica do direito mas central no sistema político – tem buscado remeter a definição do conteúdo do direito digital à periferia do sistema político, onde se encontram não apenas os partidos, mas também os acadêmicos e *experts*, os movimentos sociais (inclusive sobre internet e direito digital) e os grupos de interesse (inclusive das plataformas digitais); não apenas a dificuldade regulatória das novas tecnologias, mas também a busca de apoio fora do Estado marcam essa abertura à “participação da sociedade civil”;
- a procedimentalização: o direito estatal caminha no sentido de criar normas que institucionalizem uma abertura a outras fontes do direito (não estatais) e a instâncias autorregulatórias – isto é, de criação privada do direito.

O legislador está frequentemente pressionado por escândalos que mobilizam a opinião pública: as revelações de Edward Snowden sobre o mau uso dos meios digitais, para espionagem comandada pelo governo dos Estados Unidos, ocorreram em 2013, durante a tramitação do Marco Civil da Internet no Brasil; durante o processo legislativo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, houve o escândalo do envolvimento da empresa Cambridge Analytica no uso irregular de dados pessoais para as eleições americanas, a votação do Brexit

no Reino Unido e mesmo com repercussões no Brasil (ver GAGLIONI, 2020); além disso, entrou em vigor a GDPR (*General Data Protection Regulation*) na União Europeia. Finalmente, o PL das *Fake News* avança sob as evidências do uso dessa ferramenta nas eleições de 2018 e 2020.

O foco na definição de princípios pode ser notado desde o Marco Civil da Internet. Em seus artigos 2º e 3º, esta lei firma diversos objetivos amplos (como “o reconhecimento da escala mundial da rede”, o respeito aos “os direitos humanos”, “a pluralidade e a diversidade”, a “livre iniciativa”, a “finalidade social da rede”, a proteção da “privacidade” e dos “dados pessoais” e a garantia de “neutralidade da rede”). Da mesma forma, a busca de legitimação pelo apoio de *experts* vem desde os primórdios do esboço do projeto de lei, quando o Ministério da Justiça se uniu ao Centro de Tecnologia e Sociedade (da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro) para criar uma consulta pública *on-line* com os princípios gerais que integrariam a regulamentação dos direitos civis na Internet (BRITO CRUZ, 2015; SOUZA; VIOLA; LEMOS, 2017).

O mesmo pode ser notado quanto à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a LGPD. O largo uso de princípios está presente nos artigos 2º e 6º da lei, que incluem como “fundamentos” a “autodeterminação informativa”, “a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião”, “a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem”, entre outros; e, como “princípio”, a “boa-fé”, a “limitação da finalidade”, a “transparência”, a “segurança”, a “não-discriminação” e a “responsabilidade”. A LGPD também foi resultado de um processo altamente participativo. Houve duas consultas públicas *on-line* (2011 e 2014) antes da apresentação do PL pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional e, em seguida, múltiplas audiências públicas durante a avaliação do Projeto de Lei n. 5.276.

O que mais interessa observar é o PL das *Fake News* atualmente em tramitação no Congresso Nacional. Os legisladores mais uma vez têm apelado a especialistas jurídicos e tecnológicos, assim como buscado consenso pela definição de princípios genéricos, como (artigo 3º) “liberdade de expressão e de imprensa”, “garantia dos direitos de personalidade (inclusive da privacidade)”, “responsabilidade compartilhada pela preservação de uma esfera pública plural e democrática”, “garantia da confiabilidade e integridade dos sistemas informacionais”, “proteção dos consumidores” e “transparência nas regras para veiculação de anúncios e conteúdos pagos”.

Mas, além da definição principiológica e ilustrando o apelo aos *experts*, o PL consagra explicitamente uma nova estratégia: a abertura do direito estatal à autorregulação privada. Sob o conselho de especialistas em regulação digital (ver ABBOUD; CAMPOS, 2020) e por

proposta de emenda de um Senador, o Senado Federal incluiu no artigo 31 do PL o instituto da “autorregulação regulada”, prevendo que “[o]s provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada poderão criar instituição de autorregulação, voltada à transparência e à responsabilidade no uso da internet [...]”. Essa instituição tem como finalidade (art. 31, I): “criar e administrar procedimento em plataforma digital voltada à transparência e à responsabilidade no uso da internet, que contenha regras e procedimentos para decidir sobre a adoção de medida informativa, tendendo ao disposto nesta Lei”. Diz o §1º, ainda, que “[a] instituição de autorregulação deverá ser certificada pelo Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet.”

Isto é o que a teoria dos sistemas chamou de “direito reflexivo” (TEUBNER, 1983; 1986; 1992), “programas relacionais” (WILLKE, 1986) ou “procedimentalização” (WITHÖLTER, 1986; 2011): trata-se de formas jurídicas que se distanciam do sistema político estatal e se implantam dentro da dinâmica autorreferente de outros sistemas (no caso, o sistema dos meios de comunicação). O direito estatal busca não pré-definir as regras substantivas pelas quais os problemas serão resolvidos, mas meramente assegurar parâmetros procedimentais para a decisão a ser tomada na esfera privada.

O instituto da “autorregulação regulada” conflui com a nova estratégia das empresas globais de plataformas digitais para reivindicarem sua legitimidade como tomadoras de decisão acerca da moderação de conteúdos impróprios e falsos. Trata-se de uma busca de “legitimação pelo procedimento” (LUHMANN, 1980) no “direito das plataformas” (RAMOS, 2020): se antes elas tomavam suas decisões sobre moderação de conteúdo de forma centralizada e opaca, com funcionários decidindo sem fundamentar e justificar perante os usuários, hoje essas plataformas têm buscado integrar os usuários em procedimentos decisórios mais abertos e transparentes. Com isso, é claro, não apenas tomam para si a responsabilidade de “domarem” a tecnologia que elas mesmas criaram (e na qual lastreiam seus vultosos ganhos pelo uso e tratamento de dados dos usuários), mas também buscam construir sua autoridade – não apenas técnica, mas também jurídica – para tratar dos usos e abusos da comunicação digital. O desenvolvimento das “*cyber courts*” (ver LADEUR, 2020) caminha neste sentido.

Considerações finais

O reflexo da disseminação massiva de notícias falsas é cultural: a vida político-social é em grande medida intermediada e produzida hoje nas redes, distinguindo a inclusão ou exclusão do sistema político pela via do acesso e participação nesses ambientes virtuais. No entanto, o fenômeno também alcança instituições que disciplinam e monitoram as eleições, como a Justiça

Eleitoral e o próprio Legislativo federal. O que o mapeamento das respostas jurídicas ao problema da disseminação massiva de notícias falsas – sobretudo na arena política e dentro do processo eleitoral – revelou, no contexto brasileiro contemporâneo, é uma grande dificuldade do direito estatal de produzir respostas democraticamente legítimas, tecnicamente adequadas e juridicamente precisas.

Agradecimentos

Agradecemos às pesquisadoras Diana Tognini Saba e Paula Pedigoni Ponce, com quem integramos na Faculdade de Direito da USP a equipe do projeto regular “Direito à privacidade e o processo eleitoral brasileiro: uma perspectiva sociológica sistêmica acerca da regulação jurídica da disseminação de notícias falsas a partir das eleições majoritárias em 2018”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP – Processo 2019/22197-7), coordenado pelo professor Celso Fernandes Campilongo e apoiado pelo Observatório Eleitoral das Américas (Organização dos Estados Americanos – OEA / Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo – IRI/USP).

Referências

- ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. *In*: ABBOD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. pp. 121-141.
- AMATO, Lucas Fucci. Desordenando o Estado constitucional: uma gênese e dez mandamentos. **Jota**, 13 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desordenando-o-estado-constitucional-uma-genese-e-dez-mandamentos-13122019> Acesso em 13 dez. 2019.
- _____. Personalidade jurídica, mercado e opinião pública: uma visão sistêmico-institucional. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 7, n. 2, pp. 78-96, 2020.
- BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Direito e consequência: reflexão para uma sociologia da decisão jurídica. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, n. 113, pp. 535-561, 2018.
- BLOCH, Marc. **La guerra e le false notizie**. Roma: Donzelli, 1994.
- _____. Réflexions d’un historien sur les fausses nouvelles de la guerre. **Revue de synthèse historique**, t. 33, 1921.

- BRITO CRUZ, Francisco Carvalho de. **Direito, Democracia e Cultura Digital**: a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- CAMPOS MELLO, Patrícia. Empresas burlam regras e mantêm disparos em massa de mensagens eleitorais. **Folha de São Paulo**, 5 out. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/10/empresas-burlam-regras-e-mantem-disparos-em-massa-de-mensagens-eleitorais.shtml> Acesso em 6 out. 2020.
- _____. Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp. **Folha de São Paulo**, 18 out. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contr-o-pt-pelo-whatsapp.shtml> Acesso em 11 out. 2020.
- CONGRESSO EM FOCO. **Maia acusa Bolsonaro de comandar rede de fake news**. 6 abr. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/maia-acusa-bolsonaro-de-comandar-fake-news-nas-redes-sociais/> Acesso em 11 out. 2020.
- DENTITH, Matthew R. X. The Problem of Fake News. **Public Reason**, v. 8, n. 1-2, pp. 65-79, 2017.
- FOLHA DE SÃO PAULO. 2 em cada 3 receberam fake news na última eleição. **Folha de São Paulo**, 19 maio 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/2-em-cada-3-receberam-fake-news-nas-ultimas-eleicoes-aponta-pesquisa.shtml> Acesso em 4 set. 2019.
- GAGLIONI, Cesar. O que há sobre o Brasil nos documentos da Cambridge Analytica. **Nexo Jornal**, 6 jan. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/01/06/O-que-há-sobre-o-Brasil-nos-documentos-da-Cambridge-Analytica> Acesso em 11 out. 2020.
- GELFERT, Axel. Fake News: A Definition. **Informal Logic**, v. 38, n.1, pp. 84-117, 2018.
- GIGLIETTO Fabio; IANNELLI Laura; ROSSI Luca; VALERIANI Augusto. ‘Fake’ News is the Invention of a Liar: A New Taxonomy For the Study of Misleading Information Within Hybrid Media System. **Current Sociology**, 2019.
- HUBBARD, Sally. Fake News Is A Real Antitrust Problem. **Competition Policy International**, dez. 2017.
- LADÉUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais: digitalização como objeto contratual, uso contratual de “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de Cyber Courts. Tradução de Pedro Henrique Ribeiro. In: ABOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. pp. 143-191.

- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.
- _____. **La ciencia de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. **The reality of the mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000.
- _____. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- _____. **La política como sistema**. México: Universidad Iberoamericana, 2009.
- _____. **Theory of society I**. Stanford: Stanford University Press, 2012.
- _____. **Theory of society II**. Stanford: Stanford University Press, 2013.
- _____. **A sociological theory of law**. 2 ed. New York: Routledge, 2014a.
- _____. **Sociología política**. Madrid: Trotta, 2014b.
- QUATTROCCIOCCHI, Walter; VICINI, Antonella. **Liberi di crederci**. Informazione, internet e post-verità. Torino: Codice edizioni, 2018.
- PASQUINI, Patrícia. 90% dos eleitores de Bolsonaro acreditam em fake news. **Folha de São Paulo**, 2 nov. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/90-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditaram-em-fake-news-diz-estudo.shtml> Acesso em 04 set. 2019.
- RAMOS, Carlos Eduardo Vieira. **O direito das plataformas: procedimento, legitimidade e constitucionalização na regulação privada da liberdade de expressão na internet**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.
- REZENDE, Constança. Governo anunciou em 47 sites de notícias falsas em 38 dias, diz CPMI. **UOL**, 3 jun. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/columnas/constanca-rezende/2020/06/03/governo-publicou-653-mil-anuncios-em-canais-de-noticias-falsas-avalia-cpmi.htm> Acesso em 11 out. 2020.
- SABA, Diana Tognini; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de; PONCE, Paula Pedigoni; AMATO, Lucas Fucci. O tsunami das fake news no TSE: diagnósticos e desafios à vista. **Jota**, 18 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-tsunami-das-fake-news-no-tse-diagnosticos-e-desafios-a-vista-18082020> Acesso em 18 ago. 2020.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. As Três Ignorâncias: Arrogante, Indolente, Malévola. **Jornal Letras**, 13-26 de março, 2019. Disponível em: <http://alice.ces.uc.pt/en/index.php/homepage-posts/as-tres-ignorancias-arrogante-indolente-malevola-boaventura-de-sousa-santos-in-jl-13-a-26-de-marco-2019> Acesso em 9 out. 2019.

- SOUZA, Carlos Alfonso; VIOLA, Mario; LEMOS, Ronaldo. **Brazil's Internet Bill of Rights: a closer look**. Rio de Janeiro: ITS, 2017.
- TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, pp. 239-285, 1983.
- _____. After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law. *In*: _____. (ed.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: de Gruyter, 1986 [1984]. pp. 299-325.
- _____. Social order from legislative noise? Autopoietic closure as a problem for legal regulation. *In*: _____.; FEBBRAJO, Alberto (eds.). **State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective**. Milano: Giuffrè, 1992. pp. 609-649.
- VANDERSTRAETEN, Raf. Technical Knowledge and Instrumental Activism. *In*: HOLZER, Boris; WERRON, Tobias; KASTNER, Fatima (eds.). **From Globalization to World Society: Neo Institutional and Systems-Theoretical Perspectives**. New York: Routledge, 2015. pp. 177-196.
- VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. *In*: ABBOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 189-210.
- WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. Tradução de Iain Fraser. *In*: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: de Gruyter, 1986. pp. 221-249.
- _____. Proceduralization of the category of law. **German Law Journal**, v. 12, n. 1, pp. 465-473, 2011.
- WILLKE, Helmut. Three types of legal structure: the conditional, the purposive and the relational program. *In*: TEUBNER, Gunther. **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: de Gruyter, 1986. pp. 280-298.
- WORLD ECONOMIC FORUM. **Digital Wildfires in a Hyperconnected World**. 2013. Disponível em: <http://reports.weforum.org/global-risks-2013/risk-case-1/digital-wildfires-in-a-hyperconnected-world/> Acesso em 9 out. 2019.