

Liberdade de expressão eleitoral em épocas de *fake news*: uma análise da atuação do Tribunal Superior Eleitoral na eleição presidencial de 2018¹

Gregório Vieira da Costa Neto

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Pós-graduando em Direito da Seguridade Social – Previdenciário e Prática Previdenciária – pela Faculdade Legale. Atuou como estagiário do Tribunal Regional do Trabalho – 21ª Região.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal fazer uma análise da atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) frente às *fake news* na eleição presidencial de 2018 no Brasil, a partir da coleta de ações eleitorais ajuizadas perante esse órgão judicial, destacando os aspectos jurídicos da liberdade de expressão e informação que embasaram as decisões proferidas. Faz-se necessário ressaltar o panorama jurídico-constitucional da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito e sua relação com o fenômeno das *fake news* ou notícias falsas, em tradução literal, especialmente no bojo do processo eleitoral, já que a livre expressão do indivíduo é usada como justificativa para enfraquecer adversários políticos a partir da proliferação da falsa informação, que ganha cada vez mais projeção nas redes sociais. Assim, esta pesquisa possui grande relevância político-social, vez que analisa a atuação da Corte Eleitoral na apreciação de ações eleitorais que tematizam *fake news* durante o pleito presidencial de 2018, a qual elegeu Jair Messias Bolsonaro à presidência da República, apresentando resultados que certamente serão importantes para toda a comunidade jurídica e política. Analisando a amostra das três principais ações eleitorais coletadas – sem desprezar o entendimento das demais demandas –, percebe-se que a Justiça Eleitoral privilegiou o exercício da liberdade de expressão eleitoral quase que ilimitadamente, restringindo-o apenas em casos excepcionalíssimos, não conseguindo assegurar uma tutela eficiente aos direitos fundamentais do candidato prejudicado. Em termos metodológicos, utilizou-se como método de procedimento o método indutivo e como técnica de pesquisa a consulta às jurisprudências do TSE em seu endereço eletrônico.

PALAVRAS-CHAVE: *Fake news*. Liberdade de Expressão. Tribunal Superior Eleitoral. Eleição presidencial de 2018.

¹ Artigo baseado no Trabalho de Conclusão de Curso apresentado originalmente no ano de 2021 à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação da professora Veruska Sayonara de Góis, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e especialista em Direito e Cidadania também pela UFRN. E-mail: veruskasayonara@uern.br.

1. Introdução

A sociedade da era pós-verdade, em que a emoção e a crença pessoal conseguem moldar a ideia pública mais do que os fatos objetivos, tem como desafio combater a proliferação em massa das *fake news* – cuja tradução literal significa “notícias falsas” –, principalmente quando se observa sua difusão no processo eleitoral. A princípio, a propagação de notícias falsas é antiga na história da humanidade – embora o termo técnico *fake news* seja contemporâneo – configurando subterfúgio eleitoral daqueles que fazem política. Menezes (2020) adverte que as *fake news* são responsáveis por causar desordem para o ambiente institucional e social das democracias globais, pois todos têm o direito de receber a informação verídica e de qualidade para o exercício pleno do direito de liberdade e de autodeterminação.

As *fake news* ganharam notoriedade global com a eleição de Donald Trump ao cargo de presidente dos Estados Unidos da América, em 2016, sendo amplamente divulgado que a vitória teria ocorrido em virtude dos disparos em massa de mensagens com conteúdo falso. Para isso, a campanha de Donald Trump teria contratado a empresa Cambridge Analytica, que obteve dados sigilosos de usuários da plataforma Facebook com o intuito de aumentar a influência do candidato sobre o eleitorado nas redes sociais, espalhando *fake news* (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018). No Brasil, esse fenômeno também foi detectado na eleição presidencial de 2018, a qual elegeu o presidente Jair Bolsonaro, apesar da tentativa da Justiça Eleitoral de combater e proteger o sistema eleitoral contra a desinformação.

O objetivo inicial deste estudo é fazer uma abordagem analítica acerca da atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) frente às *fake news* na eleição presidencial de 2018 no Brasil, a partir de decisões proferidas por esse órgão judicial.

Estruturalmente, o artigo se desenvolve em três tópicos temáticos. No primeiro tópico, intitulado “Liberdade de expressão eleitoral no contexto do fenômeno das *fake news* no Estado Democrático de Direito”, é apresentado um breve estudo sobre o direito à liberdade de expressão à luz do arcabouço jurídico-constitucional brasileiro e uma acepção acerca da influência das *fake news* no bojo do processo eleitoral. No segundo tópico, intitulado “O Instituto da Propaganda Eleitoral”, abordar-se-á um sucinto panorama normativo da propaganda eleitoral no direito pátrio, a partir da legislação eleitoral em vigência e de resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, em especial a Resolução nº 23.551/2017, que norteou as decisões proferidas pela Corte Eleitoral no pleito de 2018. O terceiro e

último tópico tem como finalidade expor os resultados quantitativos e qualitativos obtidos com base na coleta de ações eleitorais ajuizadas perante o Tribunal Superior Eleitoral durante o ano de 2018, cujas decisões proferidas envolvem aspectos jurídicos acerca da liberdade de expressão e informação no contexto do fenômeno das *fake news*.

Quanto à metodologia, para a confecção da pesquisa, utilizou-se como método o indutivo, pois se parte da observação analítica das decisões judiciais do Tribunal Superior Eleitoral acerca de *fake news* e liberdade de expressão e informação na eleição presidencial de 2018 para chegar a uma dedução acerca da atuação desse órgão judicial no pleito em questão. Com efeito, a técnica metodológica utilizada para chegar às decisões da Corte Eleitoral foi por consulta à jurisprudência do próprio órgão judicial no seu endereço eletrônico (www.tse.jus.br), usando como buscadores de pesquisa as expressões “*fake news*”, “notícias falsas” ou outras correlatas. A pesquisa teve como marco temporal o período compreendido entre 1º/1/2018 a 31/12/2018, pois configurou o ano da ocorrência da eleição presidencial analisada, considerando-se ainda o princípio da celeridade processual que rege a Justiça Eleitoral.

Dentre os resultados, priorizaram-se aqueles que abrangessem como temática de discussão adjudicatória as *fake news*, excluindo-se, portanto, os resultados em que a menção a notícias falsas (ou fraudulentas) era meramente acidental, não correspondendo ao mérito do julgamento. Assim, chegou-se a um total de 49 ações eleitorais. Diante dessa enorme quantidade de casos encontrados, este artigo buscou analisar uma amostra das três principais ações eleitorais – sem desprezar o entendimento firmado nas demais demandas – que ajudarão a compreender como a liberdade de expressão eleitoral e o direito à informação foram abordados pelo Tribunal Superior Eleitoral na eleição à Presidência da República em 2018.

Por fim, convém sublinhar que o estudo em questão é sobremodo relevante e atual no cenário político brasileiro, uma vez que a liberdade de expressão é ventilada como direito ilimitado por muitos, com o intuito de propagar a falsa informação. Além disso, no presente ano, os brasileiros escolherão seus representantes políticos, sendo primordial conhecer o contexto da eleição anterior no país, de modo a blindar-se das informações fraudulentas e auxiliar a Justiça Eleitoral no combate às *fake news*. Cabe salientar também que no contexto eleitoral a manipulação da liberdade de expressão e do direito à informação para justificar a difusão de *fake news* causa enfraquecimento do debate público e profundas modificações político-sociais no Estado Democrático.

2. Liberdade de expressão eleitoral no contexto do fenômeno das *fake news* no Estado Democrático de Direito

No âmbito da ordem valorativa, pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito fundamenta-se na virtude da liberdade e da igualdade. Enquanto a liberdade caracteriza a soberania do povo na tomada das decisões políticas, a igualdade denota o direito de todos participarem do governo, sem qualquer distinção de origem social, raça, sexo ou grau de instrução. Nessa senda, Hans Kelsen (1998, p. 411) preleciona que “uma democracia sem opinião pública é uma contradição em termos”, destacando, desse modo, que somente por meio do debate contínuo entre a maioria e a minoria acerca de determinada matéria conquistar-se-á a efetividade do regime democrático, na medida em que são oportunizadas as garantias das liberdades de expressão e opinião, como também o liberalismo político.

A liberdade de expressão é corolário da primeira geração de direitos, cujo titular é a pessoa humana, havendo abstenção do controle do Estado. É, portanto, um direito fundamental que propicia a livre manifestação política e ideológica do cidadão, ou seja, a sua garantia de voz na coletividade. Nesse sentido, o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que todos têm direito à liberdade de expressão, que inclui “a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ONU, 1948).

Na trajetória constitucional brasileira, a liberdade de expressão conquistou a sua efetividade com a atual Constituição Federal, nada obstante sua presença seja registrada desde a Carta Imperial de 1824 (art. 179, IV) que, assim como a Constituição de 1891 (art. 72, § 12), garantia ao indivíduo a liberdade de pensamento, sem dependência de censura, todavia respondendo pelos excessos cometidos. Adiante, a Constituição de 1934 (art. 113, n. 9) foi a primeira a consentir – expressamente – a censura ao espetáculo e às diversões públicas e a proibição de propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social. Esse retrocesso também pode ser visto na Constituição de 1937 (art. 122, n. 15, alíneas *a*, *b* e *c*).

Diametralmente oposta, a Constituição Federal de 1946 (art. 141, § 5º) ampliou a livre manifestação do pensamento, coibindo a propaganda preconceituosa com raça ou classe social. Tal modelo foi adotado quase que completamente pela Constituição de 1967 em seu

art. 150, § 8º, pois viabilizou ainda a liberdade de convicção política ou filosófica aos cidadãos.

No entanto, o período da Ditadura Militar no Brasil (1964-1985) foi marcado pela instituição dos Atos Institucionais (AI), dentre eles o AI-5, mantido pela Emenda Constitucional nº 1/1969, a qual podou as liberdades civis, como a livre manifestação do pensamento, ao proibir publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes da época, no seu art. 153, § 8º. O período em questão foi marcado pela censura às opiniões contrárias ao regime democrático.

Por fim, o marco constitucional pós-redemocratização no Brasil, efetivado pela Constituição Federal de 1988, possibilitou o reconhecimento da liberdade de expressão compatível com um legítimo Estado Democrático de Direito, sendo consagrada como garantia individual em alguns de seus dispositivos, tais como: o artigo 5º, inciso IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. O inciso IX aduz que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. O inciso XIV diz que é “assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1998).

Na seara da comunicação social, o artigo 220 da Constituição Federal estabelece que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”; ao passo que veda ainda ao legislador aprovar lei que contenha “dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” (§ 1º), e “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (§ 2º) (BRASIL, 1998).

Por outro lado, urge salientar que – assim como qualquer outro direito fundamental – o direito à liberdade de expressão não é absoluto, devendo ser manifestado de forma responsável, daí a vedação do anonimato existente na parte final do dispositivo supracitado. Nessa circunstância, urge ressaltar que:

[...] a liberdade de expressão, como todas as garantias fundamentais, carrega consigo um caráter relativo, visto que se cotejada e afrontada a direitos alheios, é passível de relativização conforme a preponderação de interesses, e da prevalência do bem-estar coletivo. Desta forma, uma coisa é certa, a liberdade de expressão será resguardada sempre que cumprir a sua função, mas será submetida a controle quando incorrer em abuso, pois não é um direito absoluto por si mesmo, podendo sim sofrer uma neutralização em face de outro direito

protegido, com fulcro na preservação do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2018, p. 29).

Para tanto, as exigências do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para resolver o conflito entre bens jurídicos fundamentais têm guarida na necessidade de harmonia entre os direitos individuais, sendo princípios aplicados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na solução de *leading cases* (casos inéditos/complexos). A Ministra Carmem Lucia relatou, no julgamento da ADI nº 4815/DF sobre biografias não autorizadas, que “a liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular”, muito embora possa ela passar pelo critério de ponderação e balanceamento de direitos, os quais estejam em litígio (BRASIL, 2015).

Comefeito, a Constituição de 1988 trata a liberdade de informação como direito fundamental, conforme dispõe o art. 5º, inciso XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Ademais, é garantido aos cidadãos o direito de exigir a informação dos órgãos públicos, consoante dispõe o art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal. A livre circulação da informação configura, portanto, a concretização do direito constitucional de informar e de ser informado (BRASIL, 1988).

O progresso tecnológico contribuiu para a ampliação dos espaços de comunicação do indivíduo com o surgimento das mídias digitais, facilitando sobremaneira a disseminação de informações de qualquer conteúdo, embora nem sempre precisas, lícitas e reais. É nesse cenário que o fenômeno das *fake news* ganha cada vez mais espaço para alterar a verdade objetiva dos fatos, manipulando comportamentos e decisões do indivíduo e fazendo comprometer ainda o direito de todos receberem a informação fidedigna, de modo a não se saber mais o que de fato é verdade ou mentira.

Urge apontar que a notícia falsa não deve ser associada com fazer mau jornalismo, uma vez que ela não tem nenhum comprometimento com o objetivo do jornalismo, qual seja: o de garantir o feixe de liberdades individuais e a defesa do Estado Democrático. Sem embargo, o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação possibilitou uma maior participação da população nos processos eleitorais. Nestes espaços digitais, as *fake news* conseguem capilarizar-se, tendo potencial para, no contexto eleitoral, afetar a legitimidade da eleição e atingir frontalmente o equilíbrio do pleito.

Cabe sublinhar que a legislação eleitoral não apresenta um conceito claro de *fake news* para além dos fatos “sabidamente inverídicos” trazidos nos crimes eleitorais do Código Eleitoral

(Lei nº 4.737/1965) e no direito de resposta da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997). Atento a isso, o Legislador – por meio da Lei nº 14.192/2021 – acrescentou ao artigo 323 o § 2º, inciso I, do Código Eleitoral, aumentando a pena de um terço até metade se o crime de “divulgação de fatos sabidamente inverídicos em relação a partidos ou a candidatos” for cometido por meio da internet ou rede social, em virtude do rápido alcance das *fake news* aos usuários nas plataformas digitais e da moderação de conteúdo provocada pelos algoritmos, que ao compreenderem o comportamento do usuário na internet proliferam as informações que acreditam ser relevantes e do interesse do indivíduo. Diante disso, é necessário abordar ainda o panorama jurídico da propaganda eleitoral brasileira para compreender o fenômeno da desinformação no processo eleitoral.

3. O instituto da propaganda eleitoral

A propaganda eleitoral é uma espécie do gênero propaganda política, que reúne ainda a propaganda partidária, intrapartidária e institucional. A propaganda eleitoral é aquela produzida pelos partidos políticos e candidatos com o propósito de captar votos do eleitorado para investidura em cargo público-eletivo. Com efeito, ela se distingue das demais espécies de propaganda política, visto que a propaganda partidária visa divulgar as ideias e projetos do partido político; a propaganda intrapartidária tem caráter interno, sendo promovida na convenção partidária pelos filiados do próprio partido para a escolha dos candidatos; ao passo que a propaganda institucional é utilizada pelo Estado e pelos órgãos da Administração Pública para comunicar-se com a sociedade (GOMES, 2020).

Convém sublinhar que a propaganda eleitoral não pode ser confundida com publicidade, uma vez que ela busca divulgar ideias políticas, partidárias ou ideológicas para influenciar o comportamento do eleitor, ao passo que a publicidade possui finalidade meramente comercial. Apesar disso, a Resolução-TSE nº 23.610/2019 não diferenciou ambos os termos, usando a expressão “publicidade” como sinônimo de “propaganda” ou “divulgação”, como pode ser notado no seu art. 84 (redação idêntica ao art. 37, § 1º, da Constituição Federal), que trata do princípio da publicidade na Administração Pública.

A propaganda eleitoral se submete, portanto, à legislação eleitoral e ao controle da Justiça Eleitoral, que o exerce tanto no domínio do poder de polícia, quanto no jurisdicional. Em regra, é permitida a liberdade de criação da propaganda eleitoral, todavia é necessário seguir o regramento infraconstitucional que disciplina a

matéria, sob a condição de remover o conteúdo infringente (art. 249 da Lei nº 9.504/1997). Com base no art. 243 do Código Eleitoral, não será tolerada a propaganda, por exemplo, “de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes” (BRASIL, 1965).

A Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) foi alterada pela Lei nº 13.165/2015, a qual passou a considerar propaganda eleitoral antecipada aquela realizada antes do dia 16 de agosto do ano da eleição, com pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os atos que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet, como a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais (art. 36 e 36-A).

Sem embargo, a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) impõe, ao longo do seu texto normativo, algumas sanções aos violadores das regras relativas à propaganda, como os artigos 36, § 3º (multa por descumprimento do início do período para propaganda eleitoral), 39, § 8º (retirada do *outdoor* e multa), 53, § 1º (perda do direito à veiculação de propaganda), e 55, parágrafo único (perda de tempo no horário eleitoral gratuito).

Não obstante, o direito de resposta assegurado a candidato, partido ou coligações poderá ser exercido sempre que esses sujeitos tiverem sua reputação, imagem, honra ou dignidade ofendidas por conteúdos eleitorais caluniosos, difamatórios, injuriosos ou sabidamente falsos, divulgados em qualquer meio de comunicação, com base nos termos do art. 58 da Lei das Eleições.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) reúne um conjunto de resoluções que disciplinam assuntos de interesse eleitoral convenientes à execução do Código Eleitoral e de outras normas eleitorais. No presente momento, o referido órgão judicial conta com a Resolução nº 23.610/2019, que dispõe sobre a propaganda eleitoral, as condutas ilícitas praticadas em campanha e o horário eleitoral gratuito. Cabe ressaltar que essa deliberação normativa revogou a Resolução nº 23.551/2017, que também tratava do mesmo conteúdo da norma revogadora e que serviu como instrumento normativo utilizado nas decisões julgadas pelo TSE no âmbito da eleição presidencial de 2018.

De antemão, deve mencionar a inovação trazida pela Resolução nº 23.610/2019, que abriu uma sucinta, porém necessária, seção dedicada a tratar da desinformação na propaganda eleitoral. Assim, passou a pressupor que o candidato, partido ou coligação tenha verificado a fidedignidade da informação presente no conteúdo da propaganda, ainda que veiculado por terceiros (art. 9º). A proliferação

de notícia falsa eleitoral sujeita o responsável à responsabilidade civil e criminal (art. 23), e assegura o direito de resposta ao ofendido, nos termos do art. 58 da Lei nº 9.504/1997.

Não obstante, os arts. 27, § 1º; 28, § 6º; 30 e 38, § 1º, da Resolução nº 23.610/2019 reproduzem na literalidade, respectivamente, os arts. 22, § 1º; 23, § 6º; 25 e 33, § 1º, da Resolução nº 23.551/2017, e dispõem que:

Art. 27, § 1.º A livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet somente é passível de limitação quando ofender a honra ou a imagem de candidatos, partidos ou coligações, ou divulgar fatos sabidamente inverídicos.

Art. 28, § 6.º A manifestação espontânea na internet de pessoas naturais em matéria político-eleitoral, mesmo que sob a forma de elogio ou crítica a candidato ou partido político, não será considerada propaganda eleitoral na forma do inciso IV, desde que observados os limites estabelecidos no § 1º do art. 27 desta Resolução e a vedação constante do § 2º deste artigo (compreende ao § 1º do art. 22 da Resolução nº 23.551/2017).

Art. 30. É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da internet, assegurado o direito de resposta, nos termos dos arts. 58, § 3º, 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 e mensagem instantânea.

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.

§ 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.

Reforça-se que a manifestação do pensamento, aqui interpretada dentro da liberdade de expressão eleitoral, é garantida a todos, todavia foi vedado o anonimato durante a campanha eleitoral por meio da internet, espaço onde há maior amplitude de disseminação das *fake news*. Nesse contexto, o Código Eleitoral prevê a possibilidade de anular a eleição, quando for comprovada que a votação esteve viciada de falsidade, fraude, coação, interferências do poder econômico ou desvio ou abuso do poder de autoridade para captação de votos (art. 222).

Nesse diapasão, a liberdade de expressão do indivíduo não pode, pois, servir de justificativa para golpear os direitos personalíssimos

de outrem, aplicando-se ao caso concreto o método ponderativo, em razão da colisão entre princípios de natureza constitucional fundamental. O direito de um termina onde começa o direito do outro. De outro modo, a internet não é terra sem lei, não devendo ser, portanto, ambiente para espalhar boatos, informações falsas com o objetivo de difamar ou injuriar alguém, bem como para polarizar a arena pública digital com discursos de ódio.

A alfabetização digital pode ser, portanto, o caminho adequado para minimizar a letalidade provocada pela difusão das *fake news*, especialmente, no contexto das eleições, em virtude dos efeitos devastadores provocados pelas notícias fraudulentas para o sistema político e para a imagem dos candidatos. É necessário, então, o uso melhor das ferramentas digitais, sem estímulo à promoção do discurso de ódio e da instabilidade informacional na esfera pública digital, pois todos têm direito à informação de qualidade e coerente à realidade dos fatos (CECATTO, 2020).

4. Análise da atuação do Tribunal Superior Eleitoral frente às *fake news* na eleição presidencial de 2018

A eleição presidencial de 2018 no Brasil sinalizava que a Justiça Eleitoral Brasileira teria um caminho árduo no combate à desinformação, em virtude da assustadora presença das *fake news* nas eleições norte-americanas de 2016. Para isso, foram desenvolvidas algumas iniciativas com o intuito de discutir medidas para evitar a proliferação das notícias fraudulentas nas eleições e também conscientizar a população acerca desse fenômeno, como a criação do Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral. Apesar disso, não foi possível frear as *fake news* na eleição presidencial de 2018, o que resultou em dezenas de ações protocoladas na Justiça Eleitoral.

O cenário político da eleição presidencial de 2018 contava, no campo da esquerda e centro-esquerda, com a presença das candidaturas de Fernando Haddad (PT), Marina Silva (Rede), Ciro Gomes (PSB) e Guilherme Boulos (PSOL). O PSDB, mais à direita, apresentou Geraldo Alckmin como seu candidato. A extrema-direita foi representada pelo candidato Jair Messias Bolsonaro (PSL). Outros candidatos ganharam notoriedade muito em decorrência do impulsionamento que tiveram nas redes sociais, como João Amoêdo (Partido Novo), Cabo Daciolo (Patriota) e Álvaro Dias (PODE).

A eleição presidencial de 2018 foi realizada em todo o território brasileiro no dia 07 de outubro de 2018, com segundo turno ocorrido no dia 28 de outubro do aludido ano. A disputa pelo mais alto cargo político-eletivo da nação foi decidida no segundo turno entre os candidatos Jair Messias Bolsonaro (ex-PSL) e Fernando Haddad (PT), resultando na eleição de Jair Bolsonaro (ex-PSL) com 55,13% dos votos válidos (AGÊNCIA BRASIL, 2018).

4.1. Análise quantitativa das decisões proferidas pela Corte Eleitoral

Os seguintes resultados permitem traçar um perfil dos litigantes nos processos com a temática *fake news* na eleição presidencial de 2018 no Brasil.² Com base na análise dos 49 processos consultados, percebe-se que 67% (equivalente a 33) deles têm no polo ativo partido político ou coligação com candidato político. Lidera o bloco Haddad/Manuela/Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PCdoB/PROS), figurando em 14 ações como reclamantes. Em seguida, 29% (equivalente a 14) das lides têm no polo ativo somente partido político ou coligação e em 4% (equivalente a 2) dos processos constam apenas candidato político como reclamante.

Em contrapartida, o polo passivo da ação – formado pelos reclamados – possui uma concentração maior de ações eleitorais movidas em desfavor de empresas de tecnologia (32, do total), mudando o cenário tradicional do processo eleitoral, em que normalmente as demandas eram movidas mais em face de partidos políticos ou coligação e candidatos.

Salienta-se ainda que, em 10 ações eleitorais, as empresas de tecnologia aparecem como únicas demandadas ou em litisconsorte exclusivo com outras empresas de tecnologia. O Facebook, por exemplo, figura no polo passivo em 26 processos, estando em 3 processos como único demandado e em outros 4 processos em litisconsorte exclusivo com o Google ou Twitter.

De acordo com Saba (2021, p. 95), “o fenômeno das *fake news* impacta sobremaneira a dinâmica dos atores eleitorais, incluindo novos *players* em um velho jogo”. Dessa forma, nota-se pelos dados coletados que as empresas de tecnologia adentram o jogo político e, por consequência, o processo judicial, figurando em polos nos quais até então não faziam presença. A dinamicidade das novas tecnologias digitais provocou mudanças significativas nas fontes de divulgação de propaganda eleitoral – até então com maior quantidade de

² A planilha de dados pode ser consultada em: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1YtAFJTCAoT2QJ5BF7cH_vgASdP5bVTL4/edit?usp=sharing&ouid=108030693314023900179&rtfpof=true&sd=true

materiais produzidos pelos próprios partidos e candidatos, como os “santinhos” – passando a contar com uma maior divulgação da candidatura nas redes sociais. Com efeito, foi nesses espaços que as *fake news* encontraram oportunidade para se propagar-se e assim manipular a arena sociopolítica.

No que diz respeito à classe judicial dos processos analisados, infere-se que a maioria são Representações (RP) – utilizadas em situações de descumprimento da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) –, seguida pela Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) – utilizada para apurar abuso de poder econômico ou de autoridade e o uso indevido dos meios de comunicação social durante a campanha, devendo a ação ser apresentada até a data de diplomação do candidato. Foi coletada somente uma consulta (instrumento jurídico utilizado para fazer questionamentos à Justiça Eleitoral), que não foi provida, em virtude de entendimento da Corte Eleitoral que, uma vez em curso o processo eleitoral, não se conhece de consulta.

É importante salientar que, apesar de o art. 323 do Código Eleitoral punir quem divulga na propaganda eleitoral fatos que sabem ser inverídicos em relação a partidos ou candidatos com o propósito de influenciar o eleitorado, não há até hoje procedimento eleitoral específico para apurar *fake news*. Assim, os autores processuais utilizaram como procedimento ou assunto principal da demanda para investigação de *fake news*: “Direito de resposta” (51%), “Propaganda eleitoral extemporânea/antecipada” (23%), “Propaganda eleitoral e internet” (16%), “Abuso de poder econômico” (6%) e outros (4%).

As representações estiveram, em sua maioria, juridicamente embasadas nos dispositivos sobre propaganda eleitoral antecipada (art. 36-A da Lei nº 9.504/97), propaganda irregular (art. 37 a 40, 50, 52, 57 e seguintes da Lei das Eleições e art. 242 do Código Eleitoral), direito de resposta (art. 58 e 58-A da Lei das Eleições) e na Resolução nº 23.551/2017-TSE, que dispõe acerca de normas sobre propaganda eleitoral e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições, estando atualmente revogada pela Resolução nº 23.610/2019-TSE.

Quanto aos resultados por classe judicial/processual, a maioria das reclamações analisadas foi julgada improcedente (68%), enquanto 23% das reclamações foram extintas sem resolução de mérito e 9% declaradas procedentes (totalmente ou parcialmente). Apesar da garantia da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal e art. 96 da Lei das Eleições), as ações eleitorais geralmente delongam na Justiça Eleitoral, havendo entendimento do Tribunal Superior Eleitoral de que após a ocorrência do pleito nega-se o prosseguimento do interesse processual no julgamento,

não se procedendo ao julgamento de mérito (TSE, RE nº 0602691-28.2018). Como resultado, essa morosidade no julgamento acabou prejudicando a construção de precedentes acerca das *fake news* na jurisprudência brasileira.

Em contrapartida, no julgamento da AIJE nº 601771-28.2018.6.00.0000, o Tribunal Superior Eleitoral fixou a tese inédita de que “o uso de aplicações digitais de mensagens instantâneas visando a promover disparos em massa, contendo desinformação e inverdades, em prejuízo de adversário e em benefício de candidato, pode configurar abuso de poder econômico e o uso indevido dos meios de comunicação social para os fins do art. 22, *caput* e inciso XIV da Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades)” (BRASIL, 2021). Certamente isso representa um importante passo para o combate à desinformação nos próximos pleitos eleitorais, coibindo o alcance do ilícito e da propaganda eleitoral negativa por meio dos aplicativos de mensagens instantâneas, como o *Telegram*.

A remoção de conteúdo da internet pela via da representação eleitoral encontrou barreiras processuais em virtude da morosidade das decisões julgadas, em grande parte proferida após a finalização das eleições – em primeiro ou segundo turno. Com base no § 6º do art. 33 da Resolução–TSE nº 23.551/2017, o final do período eleitoral resultou, por consequência, na extinção de representações em curso, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo infringente por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum.

Quanto ao papel desempenhado pelo Tribunal Superior Eleitoral nas eleições de 2018, percebe-se que a Corte Eleitoral é proativa no combate às *fake news*, quando atua no seu papel administrativo de coordenação das eleições, informando para a população sobre os perigos provocados pela divulgação de notícias falsas nas redes sociais, assim como disponibilizando aos eleitores uma coalizão de checagem de fatos (*fact-checking*) sobre o processo eleitoral. De outro lado, ao desempenhar seu papel enquanto órgão judicial, age em autocontrole, aduzindo não ser possível conter judicialmente a manifestação nas redes sociais, salvo de forma excepcional, conforme o caso (SABA, 2021).

4.2. Análise qualitativa das decisões proferidas pela Corte Eleitoral

Esse ponto tem como objetivo fundamental analisar qualitativamente os aspectos jurídicos referentes às três principais ações eleitorais apreciadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, cujas decisões tematizam *fake news* na eleição presidencial de 2018 no Brasil, sendo estas: 0601538-31.2018; 0601732-31.2018; 0601764-36.2018.

A Representação nº 0601538-31.2018.6.00.0000 foi ajuizada pela Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PC do B/PROS) e por Fernando Haddad em desfavor de Facebook Serviços On-line do Brasil Ltda., e a pessoa responsável pelo perfil “Tadeu Pereira”, hospedado na plataforma virtual citada, com pedido de tutela de urgência, em virtude de divulgação de matéria jornalística acrescentada de *fake news* contra Fernando Haddad, com a seguinte informação: “*Haddad, o candidato do Kit Gay. Crianças de 6 anos terão aulas de gayzismo nas escolas*”, completada ainda com “*Você vota nesse sujeito? Desculpa minha sinceridade. Você é inimigo do Brasil*”. O julgador indeferiu o pedido liminar, por entender que se tratava da retransmissão de notícias divulgadas pela imprensa sem ofensas ao candidato representante, mediante a manifestação de críticas, as quais se inserem na órbita da garantia constitucional da livre manifestação do pensamento. A representação foi julgada improcedente, sob o fundamento da proteção à liberdade de expressão, não sendo a publicação ofensiva ao candidato, mas tão somente uma manifestação de crítica. Ademais, o julgador destacou que a interferência da Justiça Eleitoral, em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível, nos termos do art. 33 da Resolução nº 23.551/2017 (BRASIL, 2018).

Já na Representação nº 0601732-31.2018.6.00.0000 ajuizada pela Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos (PSL/PRTB) e Jair Messias Bolsonaro contra a plataforma Twitter e Henrique Fontana Junior, com pedido liminar para remover vídeo publicado em 14/10/2018 na rede social mencionada, há a alegação de apresentação de conteúdo falso, atrelado à imagem do candidato Jair Bolsonaro à prática de condutas como homofobia, racismo e xenofobia. O pedido liminar foi indeferido, sob a justificativa de que, embora a postagem veiculada apresentasse teor negativo ao candidato reclamante, havia de outro modo a exteriorização do pensamento crítico do representado Henrique Fontana Júnior, razão para proteger a liberdade de expressão no campo político-eleitoral, que abrangeria também as ideias contrárias e críticas. A ação foi julgada extinta e sem resolução do mérito, em virtude do encerramento da eleição de 2018, motivo pelo qual deixariam de produzir os efeitos das ordens judiciais, com base no art. 33, § 6º, da Resolução-TSE nº 23.551/2017 (BRASIL, 2018).

Por fim, na Representação nº 0601764-36.2018.6.00.0000, protocolada pela Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PC do B/PROS) e Fernando Haddad, em desfavor de Facebook Serviços On-line do Brasil Ltda, os representantes alegam divulgação de *fake news* na internet afirmando que o candidato Fernando Haddad, por meio

do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 122/2006, objetivava prender e torturar padres e pastores, como também publicações atribuindo ao candidato a frase “*A igreja vai pagar caro por cada dia que deixou encarcerado o verdadeiro filho de Deus, Lula*”, aduzindo haver intenção de influenciar negativamente o eleitorado em desfavor dos representantes. Assim, os autores pediram liminarmente a retirada de oito endereços eletrônicos na plataforma da reclamada e o deferimento do pedido de direito de resposta, com base no art. 58, § 3º, IV, *a e b*, da Lei nº 9.504/1997 (BRASIL, 2018).

A liminar foi indeferida pelo ministro relator Sergio Silveira Banhos, alegando não ter verificado elementos suficientes nas publicações que causassem desequilíbrio à disputa eleitoral, afirmando que as pessoas públicas estão mais expostas à opinião pública – não representando necessariamente violação aos direitos da personalidade. Ademais, o ministro relator defendeu a ampla liberdade de expressão e de pensamento no campo político-eleitoral, com uma menor intervenção do Judiciário no embate eleitoral. A representação foi julgada prejudicada em 26 de novembro de 2018, diante da perda superveniente de seu objeto, uma vez ultimado o pleito eleitoral de 2018, e im procedente a aplicação de multa aos responsáveis pelas publicações, em virtude de não se falar em anonimato do usuário, pois possível sua identificação (BRASIL, 2018).

5. Conclusão

Consoante revelam os dados que embasam o presente estudo, percebe-se que o Tribunal Superior Eleitoral – responsável por julgar ações eleitorais cujo demandante ou demandado é candidato Presidência da República ou coligação nacional – privilegiou a ampla liberdade de expressão do indivíduo no âmbito da internet, deferindo liminares de restrição de conteúdo falso divulgado somente em situações excepcionais. Além disso, a exposição e notoriedade dos candidatos à Presidência (pessoas públicas) foram justificativas para negar a limitação da manifestação dos usuários na rede, como ocorreu na Representação nº 0601764-36.2018.

Desse modo, o referido órgão judicial permitiu que as *fake news* fossem interpretadas como críticas ou pensamentos ideológicos divergentes em diversas decisões, eximindo-se de interferir em conteúdos divulgados na internet – com base nos fundamentos de suas próprias resoluções – e contribuindo para que o Poder Judiciário Eleitoral não solidificasse precedentes sobre a temática *fake news* no arcabouço jurídico brasileiro.

Além disso, grande parte das ações eleitorais coletadas – entre Representação e Ação de Investigação Judicial Eleitoral – teve seu mérito julgado somente após a finalização do pleito eleitoral, razão que ensejou a perda superveniente do objeto da ação e conseqüentemente deixou de produzir os efeitos das liminares concedidas, uma vez que o art. 33, § 6º, da Resolução nº 23.551/2017 prevê que as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet deixam de produzir efeito com o término das eleições.

Ocorre que, ao retardar ou deixar de julgar ações eleitorais em curso durante o processo eleitoral de 2018, a Justiça Eleitoral recuou na luta ativa em prol da Democracia e dos direitos fundamentais, uma vez que sua morosidade contribuiu para permitir que as notícias falsas conseguissem se capilarizar no cenário político-social, prejudicando candidaturas e criando o caos da desinformação generalizada.

Em concerto final, os objetivos propostos no presente artigo foram devidamente cumpridos, tendo-se concluído que na eleição presidencial de 2018 o Tribunal Superior Eleitoral deixou de analisar profundamente a existência de *fake news* no mérito de suas decisões, priorizando a liberdade de expressão eleitoral quase que ilimitadamente, bem como o direito de informação, permitindo, ainda que *contra sensu*, a difusão da desinformação no processo eleitoral democrático.

Freedom of electoral expression in times of fake news: an analysis of the performance of the Superior Electoral Court in the 2018 presidential election

ABSTRACT: The main objective of this article is to analyze the performance of the Superior Electoral Court (TSE) in the face of fake news in the 2018 presidential election in Brazil, based on the collection of electoral actions filed before this judicial body, highlighting the legal aspects freedom of expression and information on which the decisions were made. It is necessary to emphasize the legal-constitutional panorama of freedom of expression in the Democratic State of Law and its relationship with the phenomenon of fake news or fake news, in literal translation, especially in the midst of the electoral process, since the free expression of the individual is used as a justification to weaken political opponents from the proliferation of false information, which is increasingly gaining prominence on social networks. Thus, this research has great political-social relevance, since it analyzes the role of the Electoral Court in the appreciation of electoral actions that thematize fake news during the 2018 presidential election, which elected Jair Messias Bolsonaro to the presidency of the Republic, presenting results that certainly will be important to the entire legal and political community. Analyzing the sample of the three main electoral actions collected - without neglecting the understanding of the other demands - it is clear that the Electoral Justice privileged the exercise of electoral freedom of expression almost unlimitedly, restricting it only in extre-

mely exceptional cases, failing to ensure an efficient protection to the fundamental rights of the injured candidate. In methodological terms, the inductive method was used as a method of procedure and as a research technique the consultation of the TSE's jurisprudence on its electronic address.

KEYWORDS: Fake news. Freedom of expression. Superior Electoral Court. 2018 Presidential Election.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815/DF**. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 10 de junho de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **AIJE nº 0601771-28/DF**. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2021/10/28/14/43/29/f9cdae68dof817894be5287493fbof19da8a-9382c3406869f28f60b78b5ed721>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 0602691-28/PE**. Relator: Edson Fachin. Brasília, 3 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2018/11/01/20/2f31c6213183ee80a405181e2a19c42feb975109>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário Eleitoral 0603975-98/PR**. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://consultaunificadapje.tse.jus.br/#/public/resultado/0603975-98.2018.6.16.0000>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 0601538-31/DF**. Relator: Sérgio Silveira Banhos. Brasília, 9 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2018/10/10/12/a7306104f6b2959583bc0455f66285a5bb4a004a>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 0601732-31/DF**. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2018/11/21/15/33c2a4ddef25d20ca161df60737a1d768f134e7e>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 0601764-36/DF**. Relator: Sérgio Silveira Banhos. Brasília, 26 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2018/11/26/16/521a7a60d716b9c841ce30a06160e4a62>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CECATTO, Daisy Cristina Olerich. **Filtros bolha, alfabetização digital e polarização**. Revista Aldeia, 2020. Disponível em: <https://revistaaldeia.com.br/coluna_post/educacao/1631/filtros-bolha-alfabetizacao-digital-e-polarizacao>. Acesso em: 09 abr. 2022.

COM 100% das urnas apuradas, Bolsonaro obteve 57,7 milhões de votos. **Agência Brasil**. Brasília, 28 de out. de 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/com-100-das-urnas-apuradas-bolsonaro-teve-577-milhoes-de-votos>>. Acesso em: 14 abr. 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. UNICEF Brasil, 2021. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 9 abr. 2022.

EMPRESA que ajudou Trump roubou dados de 50 milhões de usuários do Facebook. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 17 de mar. de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/03/empresa-que-ajudou-trump-roubou-dados-de-50-milhoes-de-usuarios-do-facebook.shtml>>. Acesso em 08 abr. 2022.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral** / José Jairo Gomes. – 16. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

GOMES, Nicolly Luana Carneiro. **Uma análise acerca do fenômeno das fake news no processo eleitoral e suas interfaces com o direito fundamental à liberdade de expressão**. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENEZES, Paulo Brasil. **Fake News: modernidade, metodologia e regulação** / Paulo Brasil Menezes – Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

SABA, Diana Tognini. **Fake news e eleições: estudo sociojurídico sobre política, comunicação digital e regulação no Brasil** / Diana Tognini Saba et al. – Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

ARTIGO

Liberdade de expressão eleitoral em épocas de *fake news*: uma análise da atuação do Tribunal Superior Eleitoral na eleição presidencial de 2018

RECEBIMENTO

19/4/2022

APROVAÇÃO

4/10/2022