



PROCESSO ELEITORAL

O jogo regulatório das fake news eleitorais

Tribunais, legisladores e autorregulação precisam definir suas posições em campo

MARCO ANTONIO LOSCHIAVO LEME DE BARROS
LUCAS FUCCI AMATO

16/07/2020 08:00



Foto: Elza Fiúza/ABr



JOTA DISCUTE

Este texto integra a cobertura de novos temas do JOTA. Apoiadores participam da escolha dos temas, mas não interferem na produção editorial. **Conheça o projeto!**

O **PL 2630/2020, que visa a instituir uma “Lei das Fake News” e foi recentemente aprovado no Senado Federal**, trouxe à luz a dificuldade de se definir a divisão de trabalho entre os diversos atores jurídicos e delimitar o escopo da tarefa de cada um.

Menos que uma ordem hierárquica unitária, em que legisladores mandam e cidadãos cumprem as normas ou são sancionados a partir do escrutínio judicial, o direito atual assemelha-se a um complexo jogo regulatório em que os reguladores estatais e não estatais precisam definir suas posições em campo para que as jogadas tenham efeito sem violar as próprias regras do jogo – no caso, essas regras incluem as garantias de isonomia no processo eleitoral, a prevenção e repressão do abuso de poder econômico, a tutela da liberdade de expressão, a proteção da privacidade no uso de dados pessoais e uma série de outras linhas que demarcam a arena jurídico-eleitoral.



RISCO POLÍTICO

**Newsletter do analista-chefe Fábio Zambeli
antecipa o que vai acontecer em Brasília**

Com o JOTA, as decisões do poder não te surpreendem

CLIQUE PARA SABER MAIS

É preciso ter em mente ao menos três definições: a legislação deve ter caráter contudístico ou procedimental? Qual o papel das cortes? Como abordar a autorregulação das plataformas digitais? Projeto de pesquisa que desenvolvemos

com apoio da Fapesp, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em parceria com o Observatório Eleitoral das Américas, busca mapear e entender como Legislativo, Judiciário e Sociedade Civil se posicionam em relação ao tema desde as eleições majoritárias de 2018 no Brasil.

Do ponto de vista sociológico-sistêmico que adotamos, é importante observar como o direito pode servir à institucionalização e estabilização das expectativas do procedimento eleitoral, ou pode ser um elemento destabilizador e perturbador do jogo.

Sobre a legislação eleitoral, a complexidade do tema sugere que, em vez de definir parâmetros substantivos para se determinar a verdade ou falsidade das informações, as normas procurem estruturar um ecossistema de procedimentos e atores encarregados de certificarem a origem e a responsabilidade na cadeia de produção das informações e processamento de sua redundância e confirmação (essa autorreferência que faz a mentira repetida parecer verdade).

Existem vários indícios da limitação estrutural do direito para abordar o tema. De um lado, diante da falta de capacidade imaginativa dos programas jurídicos, que insistem em adotar medidas de criminalização das *fake news*, para além da sistemática do direito de resposta ao ofendido (Lei nº 9.504/1997, art. 57)^[1]; de outro, pela dificuldade de produção de provas e identificação dos agentes.

Isso decorre sobremaneira do anonimato de “portas lógicas” das redes computacionais. Qualquer um pode ser protagonista e produzir informações falsas por meio de alguns cliques na rede, seja via compartilhamento do mesmo endereço de protocolo, seja pela programação de robôs. O rastreamento é uma tarefa difícil, que exige um maior diálogo entre direito e ciência da informação.

Sobre juízes e tribunais, fato é que prevalece um verdadeiro déficit cognitivo desses órgãos e organizações para apurar os impactos alegados de supostas *fake news*, o que expõe uma questão identitária de fundo do próprio sistema judicial: juízes e tribunais não possuem para si a função de controlar e pautar o debate público.

O ministro Edson Fachin, em voto no TSE em 2018^[2], indicou com clareza essa auto-observação. Reconheceu que a tarefa do Tribunal Superior Eleitoral “não deve ser a de indicar qual é o conteúdo verdadeiro, nem tutelar, de forma paternalista, a livre escolha do cidadão”.

Afirmou que o ideal democrático implica presumir a escolha “responsável, informada e crítica” por parte dos cidadãos e que “Justiça Eleitoral não deve, portanto, atrair

para si a função de *fact-checking* ou ainda realizar um controle excessivo”.

Entretanto, a missão institucional da Justiça Eleitoral, além de infirmar alegações e punir comportamentos específicos, parece ser a de posicionar-se como guardiã jurídica de uma esfera pública democrática. E fazer isso minorando o risco de que os tribunais se encaminhem para ser organizações centrais da política no contexto das *fake news* e eleições. O balizamento das regras não pode se confundir com a disputa de poder entre governo e oposição, ou entre vencedores e vencidos.

É preciso visualizar um campo regulatório em que os tribunais dão a última palavra e estão no centro do direito, mas há um intenso papel da periferia jurídica: os reguladores estatais e não estatais.

Quando se aborda a proteção da privacidade dos dados e a disseminação de notícias falsas (seja no contexto eleitoral, seja no atual contexto sanitário da pandemia da Covid-19), cabe ter em vista que as normas ainda não estão estabilizadas e generalizadas.

Afinal, as expectativas que cada jogador forma ao observar os demais (candidatos e reguladores, cidadãos e juízes, empresas de mídia e seus clientes) são ainda pouco programadas pelas instâncias políticas e burocráticas e baseiam-se em um tripé de características que dificultam sua cristalização:

- Tratam de temas altamente baseados em expectativas cognitivas: o direito depende em grande medida da *expertise* e dos especialistas nos novos meios de disseminação da informação;
- Possuem múltiplas interferências sistêmicas, especialmente na política, na mídia e na economia; e cada jogador se mexe para preservar seus interesses ou melhorar sua posição (**como mostra o adiamento da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados**);
- Têm caráter transfronteiriço, já que são tecnologias mundiais sob controle de companhias privadas monopolistas ou oligopolistas.

Cabe, portanto, considerar o papel autorregulatório dessas plataformas digitais e redes sociais (**a exemplo do recém-criado Conselho de Supervisão do Facebook**).

Diante delas, o direito e as cortes estatais não devem permanecer simplesmente passivos, terceirizando sua competência jurisdicional.

Podem, é certo, estabecer formas inteligentes de cooperação e “metarregulação”, isto é, de regular a autorregulação e desenvolver em conjunto conhecimento especializado e capacidade de prevenção e repressão dos abusos no meio digital.

É interessante perceber mecanismos alternativos de regulação e de autorregulação, por meio de compartilhamento de boas práticas e do uso responsivo das redes sociais pelos eleitores-usuários, de formas de verificação das fontes (*fact-checking*) e até mesmo com a implementação de estruturas como os comitês que buscam preservar a moderação de conteúdos nas plataformas (*content oversight board*), entre outros modelos que representam uma normatividade importante ao tema das *fake news* e eleições e que também marcam um outro sentido para o direito, mais flexível e aberto à sociedade civil e ao diálogo interdisciplinar.

O objetivo é evitar restrições excessivas às novas modalidades de exercício da liberdade de manifestação e não comprometer o direito à privacidade. A dúvida é saber o quanto este caráter experimental se transformará em uma significativa mudança de comportamento dos eleitores-usuários nas redes.

O tema “*fake news* e eleições” foi exacerbado no contexto da pandemia da Covid-19 e neste ano de eleições municipais postergadas, talvez pela certeza das autoridades de que as próximas eleições no contexto da pandemia serão decididas novamente pelas redes sociais e pelo simples fato que esta corrida já começou faz muito tempo.

Resta ainda saber o que a excepcionalidade do momento vai acarretar em termos de proteção e zelo das liberdades civis e dos direitos políticos; afinal, já sabemos que qualquer resposta jurídica é geralmente vagarosa.

[1] Segundo a Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/1997), é assegurado o direito de resposta ao ofendido por notícia falsa (art. 57). É possível também exigir legalmente que o candidato, o partido ou a coligação verifique a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação da propaganda eleitoral, com base na Resolução do TSE.

[2] TSE, Representação nº. 0601775-65.2018.6.00.0000, Rel. Min. Edson Fachin, j. 21.10.2018.

MARCO ANTONIO LOSCHIAVO LEME DE BARROS – Professor de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP. Pesquisador do Observatório Eleitoral das Américas (OEA/USP) e do programa de pós-doutorado do IRI/USP.

LUCAS FUCCI AMATO – Professor na Faculdade de Direito da USP, foi pesquisador visitante na Harvard Law School (EUA) e na Universidade de Oxford (Inglaterra). Autor de Inovações Constitucionais: direitos e poderes (Casa do Direito, 2018).