

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

Rodrigo de Moraes Molaro

***FAKE NEWS* E DIREITO ELEITORAL:**

Uma análise pela perspectiva do diagrama de controle

Marília, SP
2022

Rodrigo de Moraes Molaro

FAKE NEWS E DIREITO ELEITORAL:

Uma análise pela perspectiva do diagrama de controle

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em DIREITO E ESTADO NA ERA DIGITAL, Linha de Pesquisa ACESSO À JUSTIÇA E INOVAÇÃO TECNOLÓGICA, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. César Augusto Luiz Leonardo

Marília, SP
2022

Autor: Rodrigo de Moraes Molaro

Título: *FAKE NEWS* E DIREITO ELEITORAL: Uma análise pela perspectiva do diagrama de controle

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em DIREITO E ESTADO NA ERA DIGITAL, Linha de Pesquisa ACESSO À JUSTIÇA E INOVAÇÃO TECNOLÓGICA, e aprovada pela banca examinadora.

Marília, SP, 30 de junho de 2022.

Dr.^a Samyra Haydêe Dal Farra Napolini (Univem – Coordenadora)

Dr. César Augusto Luiz Leonardo (Univem - Professor Orientador)

Dr. Edinilson Donisete Machado (Univem - Membro da Banca Examinadora)

Dr. Silas Silva Santos (Unoeste - Membro da Banca Examinadora)

Ao meu filho, Vítor Hugo, *meu menino*,
por me revelar a expressão máxima do amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço:

Primeiramente, a Deus, por me permitir nova oportunidade de aprendizado.

Ao Univem, que desde a graduação me apresentou as primeiras letras desse tão rico alfabeto jurídico.

A todos os professores, muitos dos quais tive a honra do reencontro.

Aos colegas de mestrado, pelo companheirismo e pelo caminhar ombro a ombro nesses momentos desafiadores trazidos pela pandemia.

Em especial aos professores Dr. Edinilson Donisete Machado (Univem) e Dr. Silas Silva Santos (Unoeste), que desde o exame de qualificação me trouxeram riquíssimos conselhos. São pessoas que, confesso, moldaram o trabalho que agora apresento.

Por fim, ao Dr. Cesar Augusto Luiz Leonardo, profundo conhecedor do direito processual e hábil Defensor Público, que me honrou na orientação desta dissertação, sempre atencioso e disponível.

RESUMO

MOLARO, Rodrigo de Moraes. *Fake News e Direito Eleitoral: uma análise pela perspectiva do diagrama de controle*. 2022. 94 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília/SP.

A presente dissertação tem por objetivo estudar o fenômeno das *fake news* sob a ótica jurídica, especialmente sua potencial interferência no regime democrático e as correspondentes formas de controle trazidas pelo direito processual eleitoral não penal. Para tanto, faz uso de uma metodologia dedutiva, com emprego dos procedimentos de revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. A título de referencial teórico, faz uso dos estudos de Foucault acerca do exercício de poder, especialmente pela conformação que lhe foi dada, logo na sequência, pela análise de Deleuze quanto ao poder na pós-modernidade. Faz uso, pois, dos conceitos de diagrama de soberania, de disciplina e de controle, confrontando cada qual com a evolução da compreensão do Direito e da norma jurídica. Enquadra-se, como consequência, o fenômeno das *fake news* nesse novo diagrama de poder, o de controle, mais difuso e voltado às massas, para depois analisar o instrumental jurídico-processual do Direito Eleitoral para essa nova forma de organização social. Conclui, por isso, que a opção legislativa deveria encontrar conformação, em maior medida, no microssistema que rege o processo coletivo. Não foi esse, porém, o caminho trilhado pelo legislador, ainda preso ao sincretismo como modelo dogmático, acabando por disponibilizar instrumentos processuais antigos para problemas novos, estranhos ao atual diagrama de poder.

Palavras-chave: *Fake news*; Justiça Eleitoral; Exercício de poder; Diagrama; Foucault.

ABSTRACT

MOLARO, Rodrigo de Moraes. *Fake News and Electoral Laws: an analysis from the perspective of the control diagram*. 2022. 94 p. Thesis (Master in law) - Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília/SP.

This dissertation aims to study the fake news from a legal perspective, especially its potential interference in the democratic regime and the corresponding forms of control brought about by the non-criminal electoral procedural law. To do so, it makes use of a deductive methodology, employing bibliographic, legislative and jurisprudential review procedures. As a theoretical framework, it makes use of Foucault's studies on the exercise of power, especially due to the conformation given to it, right after, by Deleuze's analysis of power in post-modernity. It makes use, therefore, of the concepts of sovereignty diagram, discipline diagram and control diagram, confronting each one with the evolution of the understanding of Law and the legal norm. Consequently, the phenomenon of fake news is framed in this new diagram of power (control diagram), more diffuse and aimed at the masses. Later, it analyses the legal-procedural instrument of Electoral Law for this new form of social organization. It concludes, therefore, that the legislative option should find conformation in the microsystem that governs the collective process. This was not, however, the path followed by the legislator, still stuck to syncretism as a dogmatic model, ending up making old procedural instruments available for new problems, strange to the current diagram of power.

Keywords: Fake News; Electoral Justice; Exercise of Power; Control Diagram; Foucault.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PREMISSAS JUSFISOLÓFICAS	13
2.1 Exercício de Poder segundo Foucault	13
2.2 Diagramas de soberania, de disciplina e de controle	14
2.3 O Direito e seu espaço de confinamento	18
2.4 O Direito no diagrama de controle	20
3 FAKE NEWS	24
3.1 Conceito e características	24
3.2 Evolução da comunicação e <i>fake news</i>	25
3.3 Criação e propagação	27
3.4 Massa virtual	28
3.5 <i>Fake news</i> e política	30
3.6 <i>Fake news</i> e diagrama de controle: exercício de poder	32
4 O PROCESSO CIVIL ELEITORAL	34
4.1 Ultrapassada compreensão metodológica	36
4.2 Princípios do direito processual civil eleitoral	39
4.2.1 <i>In dubio pro suffragio</i>	39
4.2.2 Tipicidade dos meios de impugnação e elementos da ação eleitoral	41
4.3 O processo civil eleitoral como processo coletivo	47
4.3.1 Publicização do processo e participação do Ministério Público	49
4.3.2 O poder de polícia da Justiça Eleitoral e a publicização do processo	52
4.3.3 A questão da ação civil pública	55
5 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS CIVIS ELEITORAIS	59
5.1 A causa de pedir na Justiça Eleitoral	59
5.2 A legitimidade do Ministério Público	62
5.3 Ações eleitorais	65
5.3.1 Representação por propaganda irregular	65
5.3.1.1 Propaganda eleitoral negativa	67

5.3.1.2 propaganda eleitoral na <i>internet</i>	68
5.3.1.3 Remoção de conteúdo e requisição judicial de dados e registros eletrônicos	71
5.3.1.4 Produção antecipada de provas e tutela da licitude	73
5.3.1.5 Ata notarial e metadados	75
5.3.2 Representação por pesquisa eleitoral irregular	78
5.3.3 Direito de resposta	80
5.3.4 Ação de Investigação Judicial Eleitoral.	81
5.3.4.1 A questão da responsabilidade eleitoral do candidato	83
5.3.5 Ação de impugnação de mandato eletivo	84
5.3.6 Ação probatória autônoma	86
5.3.6.1 O requisito de urgência e o destinatário da prova	90
6 CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	94

SIGLAS E ABREVIATURAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR-Respe	Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral
AIJE	Ação de Investigação Judicial Eleitoral
AIME	Ação de Impugnação de Mandato Eletivo
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LC	Lei Complementar
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
Rp	Representação
REsp	Recurso Especial
REspe	Recurso Especial Eleitoral
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
URL	Localizador de Recurso Uniforme (<i>Uniform Resource Locator</i>)
URI	Identificador de Recurso Uniforme (<i>Uniform Resource Identifier</i>)
URN	Nome de Recurso Uniforme (<i>Uniform Resource Name</i>)

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, talvez a *internet* tenha se tornado o mais importante meio de comunicação. A velocidade com que essa mudança ocorreu, impulsionada pelo crescimento exponencial da tecnologia, tem trazido significativas alterações sociais.

Os acessos individuais de usuários a sites de notícias ou a dispersão em massa de e-mails (*spams*), outrora relevantes, em pouco tempo deram lugar à imensa profusão de informações que trafegam em redes sociais. Em horas, para o bem ou para o mal, qualquer notícia polêmica chega ao conhecimento de milhões de pessoas.

Nesse cenário, ganham destaque as *fake news*, responsáveis pela criação intencional de um importante cenário de desinformação. Com frequência, essas mensagens são recebidas e repassadas sem nenhuma preocupação quanto à veracidade. Nessa dimensão, é fenômeno novo no Brasil e no Mundo.

A presente dissertação, nesse contexto, faz uso de uma metodologia dedutiva para, com emprego dos procedimentos de revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, analisar o fenômeno sob a ótica jurídica, especialmente sua potencial interferência no regime democrático e as correspondentes formas de controle trazidas pelo direito processual eleitoral não penal.

Para tanto, a título de referencial teórico, faz uso dos estudos de Foucault acerca do exercício de poder, especialmente pela conformação que lhe foi dada, logo na sequência, pela análise de Deleuze quanto ao poder na pós-modernidade. Faz uso, pois, dos conceitos de diagrama de soberania, de disciplina e de controle, confrontando cada qual com a evolução da compreensão do Direito e da norma jurídica. Enquadra-se, como consequência, o fenômeno das *fake news* nesse novo diagrama de poder, o de controle, mais difuso e voltado às massas, para depois analisar o instrumental jurídico-processual do Direito Eleitoral para essa nova forma de organização social.

Nessa perspectiva, o trabalho está estruturado da seguinte forma: no primeiro capítulo, são analisadas as premissas jusfilosóficas, tendo como suporte a compreensão do exercício de poder em Foucault; na sequência, é analisado o conceito de *fake news*, com o correspondente enquadramento desse fenômeno pelos diferentes diagramas de poder; no quarto capítulo, é analisado o processo civil eleitoral, com especial enfoque no seu

enquadramento como ramo do processo coletivo; no quinto capítulo, imediatamente anterior à conclusão, são estudados os instrumentos processuais civis eleitoral para enfrentamento das *fake news*.

Por fim, é importante observar que, no discurso atual, sobretudo na política, tudo o que desagrada tem sido chamado de *fake news*, num artifício que se vale da imprecisão terminológica desse fenômeno para confessadamente atacar veículos de imprensa. Esta dissertação não se ocupa desse tipo de informação, ou desinformação, porquanto delimitada na origem e objeto. Ao tratarmos de *fake news*, estamos a falar daquela desinformação típica das redes sociais, voltada às massas e compartilhada sem filtro crítico. Esse é o nosso objeto de estudo. É esse, vale dizer, o principal desafio do Direito Eleitoral na pós-modernidade, numa tentativa de extrair das urnas a real vontade do eleitor, não impregnada pelo intencional cenário de desinformação.

2 PREMISSAS JUSFISOLÓFICAS

2.1 Exercício de Poder segundo Foucault

Os textos de Foucault ganharam notoriedade, já ao seu tempo, por conta da forma particular de entender o poder. Para ele, o poder não é algo de que se possa apropriar, senão apenas exercer. Segundo explicou, não se trata de analisar *“o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas; não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social”* (FOUCAULT, 1979, p. 102). A partir dessa distinta compreensão, pode-se afirmar que existe uma capilaridade de poder, distribuído em múltiplos pontos, potencialmente em vários sentidos, exercidos de cima para baixo, mas também de baixo para cima.

Na escola, por exemplo, não há apenas o poder do professor, do diretor ou do reitor; é possível que alunos, ou pais, organizem-se e exerçam também algum tipo de poder. No local de trabalho, não existe apenas o poder do empregador sobre os empregados, mas também destes sobre aquele, especialmente quando organizados. Por isso que, na obra *Vigiar e Punir*, Foucault explica que *“temos em suma que admitir que esse poder se exerce mais que se possui”* (FOUCAULT, 1999, p. 30).

O poder para Foucault, veja, é circular antes de estático, repousando ora sobre determinado centro de exercício, ora sobre outro, ou sobre muitos outros, a depender das recíprocas interações entre seus personagens.

O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão (FOUCAULT, 1979, p. 103).

A complexa interação entre esses múltiplos focos de exercício de poder, analisados num recorte de tempo e espaço, acabou por moldar as respectivas relações sociais. A partir dessa constatação, chega-se ao conceito de *diagrama*. Deveras, *“um diagrama não é uma estrutura, é muito mais uma rede flexível e transversal, define práticas, procedimentos ou estratégias e formam essa cartografia sempre em desequilíbrio”* (PASSOS, 2007, p. 6). Em

outras palavras, diagrama “*é a expressão das relações de forças que constituem o poder*” (DELEUZE, 2005, p. 46).

Foucault ocupou-se, basicamente, do estudo de dois diagramas: *soberania* e *disciplina*. Mas já dava pistas da existência de um novo cenário, mais atual e decorrente do esgotamento do modelo anterior. Logo depois, aprofundando-se nesses conceitos e tendo a recente mudança social como pano de fundo, Deleuze (1990a, p. 215) constata a existência de um terceiro diagrama, o de *controle*, mais próximo da pós-modernidade e particularmente mais importante para este trabalho.

2.2 Diagramas de soberania, de disciplina e de controle

O diagrama da soberania verificou-se com mais ênfase nas sociedades medievais e encontrou seu ápice na relação rei/súdito. Particularizava-se pela existência de um poder totalmente visível, até dependente dessa visibilidade.

Era preciso, pois, que as pessoas conhecessem o principal foco de exercício de poder, numa relação de absoluta sujeição e de irrestrita obediência. Por isso que, “*numa sociedade como a do século XVII, o corpo do rei não era uma metáfora, mas uma realidade política: sua presença física era necessária ao funcionamento da monarquia*” (FOUCAULT, 1979, p. 82).

Como consequência dessa visibilidade, o castigo era aplicado em praça pública, num mecanismo de controle sobre o próprio corpo, um poder tão amplo que se projetava inclusive sobre a vida e a morte.

Num segundo momento, sobretudo a partir da Revolução Francesa, tem-se o declínio da monarquia e, por conseguinte, uma significativa alteração dessa forma de exercício de poder. É quando o diagrama de soberania, aos poucos, cede espaço ao diagrama de disciplina.

A partir de então, o poder encontra uma capilaridade, fragmentado em *espaços de confinamento*, como *família, escola, quartel, fábrica*, dentre outros. Durante a vida, o indivíduo transita de um espaço de confinamento para outro, cada qual com suas regras (DELEUZE, 1990b, p. 219). Tais espaços possuem a função de criar hábitos e regular costumes, como forma de determinar comportamento. É um poder mais sutil e menos visível, baseado na

presença de um sistema de prêmios e coerções, prescindindo da presença física do soberano. Nesta fase, *“a mitologia do soberano não era mais possível a partir do momento em que uma certa forma de poder se exercia no corpo social. O soberano tornava-se então um personagem fantástico, ao mesmo tempo monstruoso e arcaico”* (FOUCAULT, 1979, p. 74).

No diagrama de disciplina, o objetivo é produzir um ser humano igualmente “disciplinado”, mais “dócil”, ou seja, submisso ao poder. Como consequência dessa menor visibilidade, o castigo muda da praça para a prisão, mais focado no *vigiar* do que no *punir*. Pode se dizer, no geral, que esse diagrama está mais próximo da modernidade, *“no qual há um projeto novo do homem, deslocado da criação divina e que passa a ser sujeito das ciências”* (GIMENES e HUR, 2020, p. 230).

Mas na obra *Microfísica do Poder*, uma coletânea de artigos, cursos, entrevistas e debates, o filósofo já dava sinais da mudança do paradigma de disciplina, sobretudo pela constatação da crise das diversas instituições que compunham aquele sistema, num prenúncio de seu esgotamento. De fato, como explicou Deleuze (1990b, p. 219), *“Foucault também sabia era da brevidade deste modelo”*.

Devemos compreender as coisas não em termos de substituição de uma sociedade de soberania por uma sociedade disciplinar e desta por uma sociedade de governo. Trata-se de um triângulo: soberania-disciplina-gestão governamental, que tem na população seu alvo principal e nos dispositivos de segurança seus mecanismos essenciais (FOUCAULT, 1979, p. 171).

De acordo com Deleuze, a sociedade de disciplina passou a observar uma crise generalizada nesses meios de confinamento, com inúmeras tentativas de reforma. *“Reformar a escola, reformar a indústria, o hospital, o exército, a prisão; mas todos sabem que essas instituições estão condenadas, num prazo mais ou menos longo”*, dizia ele (1990a, 220). E prosseguia: *“Trata-se apenas de gerir sua agonia e ocupar as pessoas, até a instalação das novas forças que se anunciam”* (1990a, 220).

Surge então o conceito de *diagrama de controle*, caracterizado por um poder ainda mais disperso, difuso, quase imperceptível, que sai dos antigos espaços de confinamento para alcançar as massas, indistintamente, com o objetivo de internalizar nos indivíduos a norma de conduta, tornando-a quase subliminar a partir de práticas persuasivas. É assim que, *“na*

abertura do século XXI, numa remodelação do liberalismo, o corpo humano mantém-se aprisionado por uma nova série de crenças e valores” (GIMENES e HUR, 2020, p. 238).

E essa nova forma de compreender o exercício do poder traz mudanças na compreensão da própria sociedade.

Deveras, nessa nova perspectiva, a antiga *fábrica* dá lugar à *empresa*, com um salário mais moldável ao sistema de prêmios, com metas de produtividade exercendo a vigilância do trabalhador, independentemente de seu confinamento num espaço físico sob o olhar atento do patronato, e com um sistema de gestão voltado a resultados e protegido, inclusive, da influência deletéria de alguns acionistas; a *escola*, por sua vez, cede espaço à *formação permanente*, sempre inacabada. Para Deleuze, “*nas sociedades de disciplina não se parava de recomeçar (da escola à caserna, da caserna à fábrica), enquanto nas sociedades de controle nunca se termina nada*” (1990b, p. 221).

A sociedade de disciplina lidava com o indivíduo dentro da massa, identificando-o por matrícula; na sociedade de controle, por sua vez, “*os indivíduos tornaram-se ‘dividuais’, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou ‘bancos’*” (DELEUZE, 1990b, p. 222). Justamente porque mais disperso, nunca confinado, voltado às massas, o poder nesse diagrama trabalha antes com probabilidade e estatística do que com dados quantitativos exatos. Houve, como se nota, grande amplitude do espaço amostral, agora massificado, não confinado. Isso dá origem à chamada *revolução estatística*, como alertou Nunes (2019, n.p):

Tais mudanças levaram os historiadores a cunhar a expressão “Revolução Estatística” para descrever essa guinada de trajetória descrita pelo conhecimento humano. A partir da segunda metade do século XIX, métodos estatísticos gradualmente passaram a ser utilizados em todos os campos do conhecimento, incluindo os bastiões do pensamento científico clássico como a astronomia e a física. O foco da pesquisa científica deixa de ser o indivíduo isolado, governado por leis mecânicas, e passa a ser o estudo das diferentes características de uma população. O novo modelo de conhecimento começa a se basear no pragmatismo da estatística, com suas técnicas de controle de incertezas e mensuração de variabilidades, e voltado não para o estudo exato de um único indivíduo, mas para a descrição aproximada de populações inteiras.

O poder na sociedade de controle, como se vê, é exercido de maneira a trabalhar com a massa, sem individualizá-la; importa o coletivo, o todo, sem aprisionar suas partes em espaços de confinamento. Para tanto, é essencial a percepção de que essa mudança de paradigma também veio acompanhada de uma evolução tecnológica, conferindo-lhe o

instrumental necessário para a difusão do poder, numa capilaridade não vista, nem necessária, nos modelos anteriores. Não sem razão, pois, alertou Deleuze (1990b, p. 213) que “*as sociedades de controle operam por máquinas de uma terceira espécie, máquinas de informática e computadores*”.

Lidar com as massas, na perspectiva do controle, é exercer o poder, mas num nível muito mais sutil, quase imperceptível e sem barreiras físicas, sempre moldando condutas a partir de certas conveniências. É dar nova conformação às massas, pouco importando a singularidade de sua constituição; é criar o dominado, sem revelar o novo dominador. Pode-se dizer, pois, em linhas gerais, que o diagrama da soberania possui estreita relação com a pós-modernidade.

Por fim, é importante ressaltar que esses três diagramas – *soberania, disciplina e controle* – não se sucedem no tempo, mas antes coexistem (GIMENES e HUR, 2020, p. 232). Em alguns países, sobretudo onde inexistente democracia, ainda há a visibilidade do poder, geralmente na mão de um ditador. Mesmo em regimes democráticos, como o poder é capilar, nunca apropriável, não raramente é exercido em paralelo ao do Estado, comumente por grupos criminosos organizados, onde corriqueiramente punições são aplicadas aos olhos de todos, como forma de coerção e numa expressão máxima do poder sobre o corpo. Isso é próprio do diagrama de soberania, mas adaptado ao nosso tempo. Também é verdade que os espaços de confinamento da sociedade de disciplina – família, escola, fábrica, hospital, prisão, dentre outros – coexistem com os mecanismos mais difusos de exercício de poder da sociedade de controle.

Atualmente, temos constante interação entre esses dois últimos diagramas. É comum, por isso, que estruturas criadas na conformação social anterior sejam usadas para o enfrentamento de problemas advindos da massificação do poder. Soluções divisadas para resolver problemas individuais são as mesmas usadas na tentativa de dissipar problemas massificados. Isso é ainda mais evidente nas questões para as quais o Estado é chamado a dar uma resposta, fazendo-o por meio de instrumental desatualizado, porquanto o paradigma de controle pouco reverberou na atividade legislativa.

E o Direito, como se verá nos tópicos seguintes, não ficou imune a tudo isso. Em verdade, até mesmo a configuração das tradicionais dimensões de direitos fundamentais, iniciando-se pela busca de *liberdade*, passando pela *igualdade*, até se confrontar com os

anseios de *fraternidade*, lemas da Revolução Francesa, mostra o caminhar de uma sociedade para outra, de um diagrama para outro. De fato, uma vez livre do jugo soberano, com a proclamação da liberdade civil e política a partir da abstenção do Estado, a sociedade foi buscar, logo adiante, a igualdade de direitos dentre os diversos estamentos, especialmente direitos econômicos e sociais, desta feita com um agir do Estado, num equilíbrio entre o estado liberal e o de bem estar social, para depois reclamar direitos de fraternidade, isto é, aqueles titularizados por toda a humanidade, não confinados nem mesmos nos limites territoriais dos Estados; essa terceira fase é própria da massificação das relações sociais. *Liberdade*, portanto, liga-se ao diagrama de soberania, numa resposta do povo à acentuada visibilidade do exercício de poder pelo soberano; a *igualdade*, por sua vez, tem estreita relação com o diagrama de disciplina, visando equilibrar diferenças substanciais criadas na comparação entre os diversos espaços de confinamento; o ideal de *fraternidade*, por fim, apenas faz sentido na germinação das relações sociais massificadas, próprio do diagrama de controle.

2.3 O Direito e seu espaço de confinamento

Ao conceber a teoria pura, Kelsen abstraiu da ciência jurídica, como teoria positivista, os juízos de moral e justiça, aprisionando o Direito num mero conjunto de normas postas pelo Estado. Kelsen (1998, p. 230) compreendia o Direito, como ele próprio afirmou, “*de um ponto de vista único como um todo fechado sobre si*”.

Para o positivismo jurídico, a validade da norma jurídica apresentava uma relação estrutural, interna ao sistema e alheia a qualquer questionamento axiológico. Como acusou Miguel Reale, a pretensão de aplicar o Direito à revelia de outros critérios, tornando-o “puro”, acabou “[...] *abrindo caminho à escola de Hans Kelsen, o qual, diga-se de passagem, apesar de seu pretensão objetivismo científico, deixa transparecer claramente as suas predileções políticas...*” (2000, pp. 18-19). Rigorosamente, é disso que se trata. De fato, ao retirar do Direito o importante filtro dos valores, o positivismo jurídico acabou por validar, sob essa perspectiva, toda e qualquer conduta humana baseada na lei criada pelo Estado, ainda que contrária a valores humanos e submissa ao autoritarismo e à arbitrariedade. E fê-lo, pois, atribuindo à norma jurídica um caráter meramente descritivo, um *dever ser* desprovido de qualquer pretensão moral, política ou social. Em preciso resumo:

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça (BARROSO, 2008, pp. 324/325).

Bem analisadas as coisas, pode-se dizer que o positivismo jurídico colocou o Direito num *espaço de confinamento*, à semelhança do diagrama de disciplina, recluso em um sistema de regras que se pretendia autossuficiente, mas falho em sua concepção.

E esse modelo não tardou a entrar em crise, como revelou o Tribunal Nuremberg. De fato, *“a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha”* (BARROSO, 2008, pp. 326-327). Ficou evidente, então, a necessidade de compreender a norma jurídica a partir de outro critério, permeável a valores. Isso coube ao pós-positivismo e à função que lhe foi dada aos princípios.

E uma das primeiras vozes a fazê-lo foi Ronald Dworkin no direito americano, logo seguido por Robert Alexy no direito tedesco. Aliás, na obra *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin foi bastante transparente ao dizer: *“quero lançar um ataque geral contra o positivismo”* (2002, p. 35). Em essência, os dois autores concordam com a divisão da norma jurídica em *regras* e *princípios*, pressuposto a partir do qual Alexy (2008, p. 91) afirmou que *“toda norma é ou uma regra ou um princípio”*. Aqui reside a principal distinção entre o pós-positivismo e o jusnaturalismo: os princípios deixam de ter função meramente axiológica e restrita ao plano ético, para ostentar o *status* de norma jurídica, ao lado das regras. Como explica Barroso (2008, p. 330), *“a distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, em que as normas se cingiam a regras jurídicas”*. Foi o primeiro, digamos, pedido de socorro do Direito, agora liberto de seu confinamento às regras.

O Código de Processo Civil, igualmente, é concebido para responder a lides individuais, numa ordinária vinculação entre o titular do direito material e aquele autorizado defendê-lo em juízo. Muitos institutos processuais ressoam essa mesma compreensão, como a legitimidade de parte, a litispendência, a intervenção de terceiros, a coisa julgada, dentre

outros. É o direito processual confinado, recluso nos estreitos limites de uma lide com contornos precisos e não mais larga do que o próprio direito individual lesado ou ameaçado de lesão.

Mais recentemente, porém, assim como a evolução tecnológica criou condições para o êxito do diagrama de controle, com maior difusão do poder sobre as massas, não confinado e muito mais voltado à probabilidade e à estatística do que a dados quantitativos, o Direito também passou a experimentar, ainda que tardiamente, uma imersão em igual forma de exercício e compreensão do poder. Com isso, mudanças foram necessariamente feitas. É o que veremos no tópico seguinte.

2.4 O Direito no diagrama de controle

O Direito no diagrama de controle pode ser analisado em muitos aspectos¹. Importa-nos, em particular, apenas um: a passagem das lides individuais para aquelas de natureza transindividual, reflexo da massificação das relações sociais.

É tradicional a divisão do direito em *privado* e *público*, dicotomia oriunda do sistema romano-germânico e que se mostrou adequada para determinada conformação social, acabando por moldar, conseqüentemente, muitos institutos processuais. O pressuposto estava na clara distinção entre os polos de determinada relação jurídica, material ou adjetiva, com precisão na titularidade ativa ou passiva. Nessa compreensão, o direito “*difícilmente extrapolava a esfera de atuação de cada ser humano*” (SOUZA, 2007, p. 3). Pressupunha, como se vê, um confinamento do interesse analisado e objeto da ação, ora de uma pessoa contra outra, ora contra algum ente público, mas sempre preciso e delimitado.

Todavia, como enfatizou Bobbio (2004, p. 24), “*os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer*”. De fato, a mudança da sociedade de disciplina para a de controle, com alternância no foco do exercício de poder, antes confinado e agora massificado, essencialmente difuso, trouxe lides igualmente massificadas, difusas, para

¹ Outra consequência do diagrama de controle, como vimos, foi a substituição do conhecimento científico restrito aos dados quantitativos para alcançar a probabilidade e a estatística. É a *revolução estatística*. Aqui ganha destaque a jurimetria, “*a disciplina resultante da utilização da estatística e da teoria da probabilidade na descrição e compreensão dos processos jurídicos*” (COELHO e NUNES, 2013, p. 260). Trata-se, veja, do Direito no diagrama de controle, um olhar difuso, massificado, estatístico, não mais confinado nesse ou naquele código, numa ou noutra lei, ou seja, também liberto de seus tradicionais espaços de confinamento.

as quais aquela tradicional dicotomia não era mais capaz de oferecer respostas. Em outras palavras, *nasceram* novos direitos, gestados nessa massificada relação de exercício de poder. Como consequência, “a clássica distinção entre o público e o privado também não era suficiente para abranger o espectro de interesses que a sociedade moderna manifestava” (GONÇALVES, 2007, p. 2).

Num primeiro momento, deparando-se com esse novo cenário social, ainda bastante nebuloso, não precisamente desenhado, quiçá desconhecido, os juristas acabaram por repensar o conceito de interesse público, dividindo-o em *secundário*, quando inerente ao ente público, e *primário*, quando pretensamente ligado à sociedade, ao interesse geral. Foi talvez a primeira tentativa jurídica de entender a nova conformação social. Mas a insuficiência conceitual persistiu, sobretudo diante da constatação de que a ofensa a interesses massificados nem sempre tinha o Estado como causa, ou como principal protagonista, mostrando então o insucesso da tentativa de mera disjunção daquela tradicional dicotomia.

Aos poucos, com o avanço da sociedade de controle e das relações massificadas, foi sendo identificada uma *terceira* categoria de direitos, não titularizados por pessoas individualmente consideradas, nem pelo Estado: são os transindividuais, ou metaindividuais, ou seja, aqueles que transcendem aos tradicionais espaços de confinamento, ultrapassando a esfera individual para alcançar toda a coletividade². Trata-se, vale dizer, do Direito adequado a “um mundo cuja realidade se materializa na produção e difusão de conhecimentos de forma massificada” (SABELLA, 2014, n.p). Não são plúbicos, porquanto não são do ente público, como também não são privados. Com ensinou Mazzilli (2003, pp. 43-44), sempre preciso:

[...] essa dicotomia, que existe em todos os países de tradição romana do Direito, passou a sofrer crítica muito acentuada, principalmente nestas três últimas décadas. Em primeiro lugar, porque hoje a expressão *interesse público* tornou-se equívoca, quando passou a ser utilizada para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos, os interesses difusos etc. O próprio legislador não raro abandona o conceito de interesse público como interesse do Estado e passa a identificá-lo com o bem geral, ou seja, o interesse geral da coletividade ou o interesse da coletividade como um

² O legislador optou pela divisão tripartite desse fenômeno, classificando-o em direito *difuso*, *coletivo* ou *individual homogêneo* (CDC, artigo 81, parágrafo único), levando em conta o grupo de pessoas envolvidas ou atingidas, sua (in)divisibilidade e origem. EDILSON VITORELLI (2020), todavia, propõe nova tipologia, com a reconstrução desses conceitos. Partindo da premissa de que a classificação atual é imprecisa e não reflete com precisão o grau de complexidade e conflituosidade desses direitos, o autor defende a existência de *litígios globais*, *litígios locais* e *litígios transindividuais*, sempre a depender das características concretas do litígio, construídos indutivamente.

todo. Em segundo lugar, porque, nos últimos anos, tem-se reconhecido que existe uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, não são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, como os moradores de uma região quanto a questões ambientais comuns, ou os consumidores de um produto quanto à qualidade ou ao preço dessa mercadoria.

Assim que constatada essa nova classificação do direito material, outro problema surgiu: o sistema processual vigente era estruturado para a defesa de direitos individuais, numa relação consequencial entre o autor da ação e o titular do direito, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes.

E como resposta a essa nova problemática, resumidamente, surgem as *ações coletivas* e a necessária mudança da *legitimatio ad causam*. Historicamente, esses novos arranjos jurídico-processuais coincidiram, no Brasil, com a fase de redemocratização, um período em que a sociedade buscava um novo modelo constitucional, capaz de congrega tanto as conquistas sociais pretéritas como as aspirações próprias do arranjo social anunciado pela pós-modernidade.

A nosso juízo, semelhantes anseios foram atendidos pela Constituição Federal de 1988, traduzindo-se numa promessa de garantia dos direitos individuais e de satisfação dos direitos sociais, sem deixar de contemplar os novos direitos transindividuais. Para tanto, de maneira a conferir novo norte àquele modelo processual, marcadamente de índole individual, então confinado à dicotomia público e privado, o constituinte originário deu ao Ministério Público uma feição institucional única, sem igual equivalência no direito comparado, mantendo seu tradicional perfil de órgão acusador no processo penal, mas agora com a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127), retirando-lhe da tradicional divisão tripartite do poder para considerá-lo *função essencial à justiça*, não mais integrante, pois, da estrutura do Poder Executivo, nem parte do Poder Judiciário.

Veja que a massificação do exercício de poder, nesse novo diagrama, nem mesmo coube na tradicional divisão tripartite. O Ministério Público, a partir do momento em que assume essa nova feição, mais vocacionado ao interesse coletivo, igualmente assume uma posição de independência frente aos três poderes. “*Somente uma instituição independente, de direito e de fato, poderá desempenhar-se de forma efetiva de tão altos encargos que lhe reservam a Constituição e as leis*” (MAZZILLI, 1996, n.p).

Mas é importante observar que, muito além da nova configuração orgânico-institucional do Ministério Público, ou de qualquer outra instituição, o constituinte nos trouxe um modelo jurídico atualizado à sociedade de controle, sem desconsiderar os avanços sociais experimentados nas antigas conformações de poder. Preocupa-se agora com o coletivo, em sentido amplo. Esse novo olhar deveria refletir em todos os ramos do direito processual, estruturando-os para que pudessem dar concretude à promessa constitucional, agora atualizada à difusão do exercício de poder.

É de grande relevância, portanto, a constatação de que o processo coletivo se presta a um propósito muito novo, qual seja, o de dar uma resposta jurídica efetiva às lides advindas da massificação das relações sociais a partir da mudança do diagrama de disciplina para o diagrama de controle. Onde o poder é exercido de maneira difusa, sem visibilidade, haveremos de ter lides sociais com iguais atributos, para as quais o instrumental jurídico de outrora, confinado nos precisos limites do público e do privado, ou no direito individual de uma ou outra parte, é incapaz de apresentar as respostas almejadas diante da conformação social massificada.

Por outro lado, assim como o diagrama de disciplina convive com o diagrama de controle, sem sucessão, dando origem a essa complexidade que marca a sociedade contemporânea, é certo que a jurisdição individualista convive com a jurisdição coletiva. Nesse aspecto, ainda sem compreender esses diferentes planos formados pelo exercício de poder, o confinado e o massificado, é comum que o direito posto, fruto de uma opção legislativa, faça uso de normas processuais individuais para lidar com um direito material advindo da massificação das relações sociais. A nosso juízo, é o que está ocorrendo no âmbito eleitoral. É o que veremos oportunamente, mais à frente.

3 FAKE NEWS

3.1 Conceito e características

Tão comum quanto incorreto é tomar a expressão *fake news* como simples *notícias falsas*. Em verdade, uma consulta ao *Cambridge Dictionary* (FAKE, 2020) mostra que *fake* está mais próximo da palavra fraude, ou seja, um artifício adrede concebido e concretizado com o intuito de enganar. É por isso que o termo *desinformação* tem sido empregado de maneira mais usual para designar o fenômeno.

Fake news também não é sinônimo de mentira. Semelhante comparação seria por demais simplista e desconsideraria o engodo propositalmente criado pelo criador da desinformação. Ademais, como alerta autorizada doutrina, “*a própria noção de mentira e verdade é de difícil compreensão*”, porquanto, “*mesmo que se adote a noção de verdade como correspondência, a certeza de se havê-la atingido ou a segurança quanto à veracidade de uma crença ou afirmação é construção resultante do debate, sob a luz de opiniões, muitas vezes dissonantes*” (NEISSER; BERNARDELLI; MACHADO, 2018, p. 61).

Foi eleita em 2017 a “palavra do ano” pelo dicionário da editora britânica Collins (BBC News Brasil, 2017), com grande destaque, um ano antes, nas eleições norte-americanas, com acusações recíprocas entre os dois principais partidos que disputavam aquele pleito. De fato, as *fake news* têm sido uma preocupação constante em âmbito eleitoral. Afinal, como disse Robert A. Heinlein, citado por Michiko Kakutani (2018), “*você pode influenciar mais rápido mil homens se apelar para os seus preconceitos do que se tentar convencer apenas um pela lógica*”.

Nesse contexto, o criador de uma *fake news* apela para sentimentos de medo, raiva, pânico, ansiedade ou esperança, de maneira a criar uma falsa impressão de verdade ou valor. Vai muito além da noção de mentira ou falsidade. É algo feito para parecer real; é o engodo, o ardil, o stratagema, o artifício. Por isso, é muito provável que venha acompanhada de frases de alarmismos e forte apelo emocional. Trata-se, pois, de mecanismo de persuasão³.

³ Outra forma mais sofisticada de desinformação é conhecida como deepfake, decorrente da junção das expressões *deep learning* e *fake news*. Segundo a doutrina, “*com uma pequena amostra da voz de uma pessoa e imagens de sua face, um algoritmo é capaz de criar um vídeo com um discurso falso, mas com timbre e entonação quase que 100% semelhantes ao da vítima do vídeo*” (RAIS; SALES, 2020).

3.2 Evolução da comunicação e *fake news*

Resumidamente – e apenas para os fins pretendidos neste trabalho –, é possível sintetizar a comunicação em três grandes fases: oralidade, radiodifusão e imprensa escrita e, por fim, mídias digitais.

A primeira fase, da oralidade, é predominantemente marcada pelo direito de reunião, em que a informação era transmitida entre pessoas presentes em limitado espaço geográfico. Também havia, por óbvio, uso de mecanismos para espalhar desinformações, embora com menor potencial de alcance, sobretudo por depender da vontade pessoal e de um esforço individual. O confinamento físico entre os interlocutores, pois, é a principal característica desse período.

Num segundo momento, com o surgimento da radiodifusão e com a disseminação da imprensa escrita, verifica-se um monopólio dos grandes meios de comunicação. De fato, *“no século XX, as transformações sobre a comunicação de massa operadas pelo rádio e pela TV reduziram o conteúdo dos debates políticos a privilégios carismáticos, fortalecendo o papel político das grandes corporações de mídia”* (SILVA, 2018, p. 272). A propósito dessa evolução, veja escólio de NOHARA (2020):

Para ilustrar, por exemplo, como o rádio revolucionou as comunicações de forma rápida, enfatiza Lévy que, em 1921, eram quatro emissoras nos Estados Unidos, mas, no final de 1922, em pouco mais de um ano, os norte-americanos já contavam com 382 emissoras.

Passa a haver uma certa capilaridade na distribuição da informação, não mais restrita a espaços físicos, embora ainda confinada em alguns espaços de produção e tratamento dessa informação. É a redação de um jornal visto pela perspectiva do diagrama de disciplina, um espaço de confinamento com um propósito muito específico: criar um intermediário entre a informação e seu receptor, nunca na forma bruta e nem sempre isenta.

Nesse período, a desinformação também preocupava, já que potencialmente capaz de atingir um número maior de pessoas, embora ainda restrita àquelas que tinham acesso ao jornal ou ao rádio. Merece destaque, no particular, a charge feita em 1894 por Frederick Burr Opper, denominada *The fin de siècle newspaper proprietor*, na qual o ilustrador faz referência ao termo *fake news* como se estivesse impresso na capa de um jornal,

“representando o alvoroço criado pelos boatos” (TOFFOLI, 2020). No Brasil Império, D. Pedro I chegou e expedir em 1823 decreto para viabilizar a censura prévia e com isso evitar os incômodos *pasquins*, folhetos que comumente adotavam um tom satírico, às vezes calunioso, para transmitir informações políticas. Dizia-se, a propósito da censura, que *“a liberdade de imprensa é um dos mais firmes sustentáculos dos Governos Constitucionais, mas que também o abuso dela os leva ao abismo da guerra civil e da anarquia”* (SILVA, 2018, p. 272).

Mas se a desinformação, enquanto conteúdo, sempre esteve presente, na forma passou por grandes transformações em tempos mais recentes

Atualmente, as mídias digitais proporcionaram uma profusão nunca imaginada na transmissão de informações. Diferentemente do momento anterior, em que o leitor ou ouvinte assumia uma postura passiva, como mero expectador, nesta fase o usuário da *internet* é protagonista no processo de comunicação. De fato, como acertadamente apontado pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) instaurada no âmbito do Senado Federal para apurar o fenômeno das *fake news*, *“além de produzirem conteúdo próprio, os usuários podem também repassar conteúdo de terceiros, propiciando o fenômeno da viralização”* (BRASIL, Senado Federal). É por isso que, como alertou NOHARA (op.cit.), *“cada pessoa passou a ser ‘jornalista de si mesmo’, isto é, o próprio relações-públicas”*.

Com isso, uma desinformação, antes restrita a um grupo pequeno de pessoas e depois transmitida, ainda sem muito alcance, em ondas de radiofrequência ou impressa em jornais, passou a atingir um número incalculável de destinatários, com potencial de dano até então olvidado.

É a passagem que a informação fez do diagrama de disciplina em direção ao diagrama de controle, movimento inacabado. Ainda sem entender muito bem esse novo cenário, os tradicionais veículos de imprensa escrita ou televisionada tentam migrar para mídias mais difusas. É uma tentativa de reforma. Mas no geral fazem-no sem sucesso, porquanto ainda presos ao velho tratamento conferido à notícia, confinando-a num espaço tão largo quanto os interesses editoriais, nem sempre confessáveis, sem se atentar que a massificação da informação, nessa nova conformação social, recusa não apenas o suporte físico, mas também os estreitos limites do intermediário entre a fonte e o destinatário. É exatamente a crítica que Deleuze fez às sucessivas tentativas de reformar os antigos espaços de confinamento, em passagem por nós já citada e agora repetida: *“trata-se apenas de gerir*

sua agonia e ocupar as pessoas, até a instalação das novas forças que se anunciam” (1990a, 220).

Importante observar, de todo modo, que o instrumental tecnológico advindo com a sociedade de controle foi essencial para o êxito dessa massificação. Com a disseminação sobretudo dos *smartphones*, presente no dia a dia de tantas pessoas, tem-se o ambiente propício para o alcance das massas, sem qualquer intermediário. Esse novo movimento do poder de informação, agora descentralizado, difuso, também criou condições para o gradual desaparecimento da origem de uma determinada informação, ou desinformação. De fato, depois de milhares de compartilhamentos, num ambiente criptografado de ponta a ponta, desaparecem as figuras de criador, propagador e destinatário de uma informação, pulverizadas a partir da impossibilidade técnica de rastreamento.

3.3 Criação e propagação

Hoje já se sabe que a inteligência artificial também está por trás da difusão de *fake news*. Efetivamente, uma vez criada a desinformação, surge a necessidade de que possa atingir o maior número possível de pessoas. Disso depende o êxito da fraude. Entra em jogo, nesse momento, o uso de algoritmos para detectar padrões entre os usuários da *internet*, identificando aqueles potencialmente mais vulneráveis àquela específica desinformação. A propósito (TOFFOLI, 2020, n.p.):

A desinformação é potencializada pela coleta e pelo uso desenfreado de dados pessoais dos usuários da internet, prática que também tem preocupado governos democráticos no mundo inteiro. Esses dados alimentam os algoritmos de aprendizado de máquinas, permitindo que anúncios e notícias sejam fabricados e direcionados especificamente para determinado perfil de usuário, a partir da compreensão dos seus hábitos, preferências, interesses e orientação ideológica.

Por refletirem exatamente as preferências e visões de mundo do usuário e servirem perfeitamente à confirmação dessas, essas notícias tendem a ser compartilhadas de pronto, sem o devido questionamento ou checagem, tendo em vista a ânsia de se comprovar uma dada convicção, um comportamento característico da era da pós-verdade.

Com isso, o criador da fraude pode direcionar a desinformação a um grupo determinado, que essencialmente compartilhe da mesma visão de mundo. Trata-se das chamadas *bolhas digitais*, “*formadas por filtros invisíveis que classificam os usuários com base*

em suas preferências e induzem o sujeito a se relaciona com pessoas da mesma ideologia” (NEISSER; BERNARDELLI; MACHADO, 2018, p. 55). Espera-se desse grupo, na sequência, o compartilhamento dessas *fake news*, sem qualquer análise crítica ou checagem prévia. Em geral, há grande margem de êxito.

Já se sabe, aliás, que um dado falso geralmente é mais compartilhado do que uma notícia verdadeira. De fato, de acordo com pesquisa feita nos Estados Unidos e publicada na revista *Science*, entre nós divulgada pelo Tribunal Regional do Paraná, *“a probabilidade de uma fake News, ou notícia falsa, ser compartilhada nas redes sociais é até 70% maior do que a de uma notícia verdadeira”* (BRASIL, 2018).

Outra característica de nosso tempo recebe o nome de pós-verdade. Segundo NOHARA (op.cit.), *“na pós-verdade, as pessoas creem obstinadamente em suas visões de mundo e apenas procuram aceitar aquelas informações que confirmam suas crenças, que não são postas em questionamento”* É por isso que, ainda de acordo com a mesma autora, *“perde a força de persuasão o contraste de argumentos, e as pessoas sucumbem aos boatos, sem propensão a analisar os fatos. Esse é um caldo de cultura propícia à disseminação das fake news”*. Não é um culto à mentira, mas um desinteresse pela verdade (OLIVEIRA FILHO; OLIVEIRA NETO, 2019, p. 100), num cenário de completa ausência de juízo crítico na formação da opinião e na transmissão de notícias, bastante propício para a disseminação de todo tipo de desinformação.

3.4 Massa virtual

É de longa data a preocupação do Direito com os movimentos de massa. O Código Penal, por exemplo, trata como circunstância atenuante a conduta praticada no âmbito de uma *“multidão em tumulto”*, desde que o agente não o tenha causado (artigo 65, III, “e”). Promover tumulto, outrossim, é considerado crime pelo Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003, artigo 41-B).

Trata-se, em verdade, de manifestação legislativa preocupada com a redução de juízo crítico da pessoa por influência da massa. Deveras, na obra *Psicologia das Massas e Análise do Eu*, Sigmund Freud já alertava que, nessas condições, o indivíduo *“[...] experimenta*

uma modificação muitas vezes profunda de sua atividade psíquica. Sua afetividade se intensifica extraordinariamente e sua capacidade intelectual se limita de maneira notável” (2013, p. 69).

É fenômeno, precisamente, mais próximo da primeira fase da comunicação, com as pessoas fisicamente juntas, quando predominava a oralidade. Atualmente, com a disseminação dos *smartphones* e interligação das pessoas em redes sociais, indaga-se: é possível falarmos numa coletividade virtual, ou seja, pessoas fisicamente ausentes, mas digitalmente conectadas, a ponto de formar uma massa com potencial de redução do juízo crítico? Atente-se, nesse ponto, para a constatação de Ferraz Junior (2020, n.p.):

Se na praça os homens saem de suas casas e se confrontam, na telinha do smartphone, a praça e a casa se confundem.

[...]

Com isso, ao invés da coletividade dos indivíduos na praça temos o indivíduo coletivizado pela rede social, na qual estamos todos separados (cada um no seu computador) e, ao mesmo tempo, juntos, em termos de uma imensa uniformidade, ou seja, indivíduos isolados e difusos e, simultaneamente, integrados e uniformes.

Em sentido semelhante, confira-se Pierre Lévy na obra *O que é o Virtual?* (2011, p. 20):

Uma comunidade virtual pode, por exemplo, organizar-se sobre uma base de afinidade por intermédio de sistemas de comunicação telemáticos. Seus membros estão reunidos pelos mesmos núcleos de interesses, pelos mesmos problemas: a geografia, contingente, não é mais nem um ponto de partida, nem uma coerção. Apesar de “não-presentes”, essa comunidade está repleta de paixões e de projetos, de conflitos e de amizades. Ela vive sem lugar de referência estável: em toda parte onde se encontrem seus membros móveis ... ou em parte alguma.

De fato, a rede social realmente criou comunidades substancialmente novas, mantendo em constante interação pessoas que nunca se viram, as quais, fisicamente distantes, compartilham um mesmo ideal. O espaço geográfico dá lugar ao ciberespaço, com interações novas. Há entre elas um forte vínculo cultural, unindo-as em torno da mesma visão de mundo. Fala-se, então, na cibercultura como fenômeno posto, representada pelo “*conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço*” (LÉVY, 2010, p. 11).

Com isso, uma vez verificada a potencial formação de uma massa virtual, não se pode descartar que a extraordinária intensificação da afetividade e a notável limitação da capacidade intelectual – constatadas por Freud ao seu tempo – também possam explicar, ao lado da pós-verdade, própria de nossa época, a profusão de desinformação diariamente recebida e retransmitida entre os usuários da rede, sem qualquer tipo de juízo crítico acerca da veracidade da informação. A nosso juízo, é o mesmo fenômeno verificado pela psicanálise, mas atualizado ao diagrama de controle.

Se o poder no diagrama de controle é voltado para o todo, numa difusão não imaginada nos modelos anteriores, era mesmo preciso que os antigos espaços de confinamento se desfizessem e se organizassem de maneira diferente, numa configuração difusa, massificada. O exercício do poder, agora sem visibilidade, acabou por moldar essas novas relações sociais. E a tecnologia foi fundamental para esse processo, ainda em andamento. Por isso que, como precisamente apontou Deleuze (1990b, p. 223), *“é fácil fazer corresponder a cada sociedade certos tipos de máquina, não porque as máquinas sejam determinantes mas porque elas exprimem as formas sociais capazes de lhes darem nascimento e utilizá-las”*.

3.5 Fake news e política

São muitos os setores atingidos pelas *fake news*, mas foi na política, especialmente, que elas ganharam destaque. A tática, porém, não é nova. Deveras, já dizia Maquiavel que *“tão simples são os homens e de tal forma cedem às necessidades presentes, que aquele que engana sempre encontrará quem se deixe enganar”* (p. 26).

Todavia, embora não se trate de fenômeno rigorosamente novo, é inegável que essa inconfessável estratégia de campanha política ganhou ênfase no atual cenário mundial, justamente porque agora é capaz de atingir um número expressivo de cidadãos e, efetivamente, influenciar na livre escolha do voto. Outrossim, uma campanha política nesse nível, apartada do debate de ideias e focada no ataque ao rival e na disseminação de desinformação, favorece a polarização e, com isso, a ascensão de grupos extremistas. É grande o risco à democracia. Confira, a propósito, trecho do *best-seller “Como as Democracias Morrem”* (2018, pp. 115-116):

A polarização pode destruir as normas democráticas. Quando diferenças socioeconômicas, raciais e religiosas dão lugar a sectarismo extremo, situação em que as sociedades se dividem em campos políticos cujas visões de mundo são não apenas diferentes, mas mutuamente excludentes, torna-se difícil sustentar a tolerância. [...] À medida que desaparece a tolerância, os políticos se veem cada vez mais tentados a abandonar a reserva institucional e tentar vencer a qualquer custo. Isso pode estimular a ascensão de grupos antissistema com rejeição total às regras democráticas. Quando isso acontece, a democracia está em apuros.

Essa polarização, especialmente no Brasil, mostra-se demasiadamente perigosa para nossa jovem democracia, já golpeada, em passado recente, justamente pela incapacidade política de concertação em torno de interesses coletivos e suprapartidários. É o que se colhe, por exemplo, da obra de Linz e Stepan, que analisaram a passagem do regime autoritário para o democrático em países do sul da Europa e América do Sul. Sobre o Brasil, veja a constatação dos autores (1999, p. 203)⁴:

Dos sete países sul-europeus e sul-americanos que analisamos neste livro, o Brasil foi o que teve maiores dificuldades para consolidar a democracia. [...] o Brasil tem historicamente o menos estruturado sistema de partidos políticos dentre os quatro países sul-americanos analisados neste livro. Nesse contexto, entre 1985 e 1993, sete diferentes pacotes de reformas foram lançados, fracassaram, e foram abandonados por uma sociedade política incapaz de unir-se para forjar uma coalização sustentável para a formulação de novas políticas.

Nesse cenário, não é exagerada a afirmação de que “*as fake news carregam em si um gérmen anárquico*” (KOZIKOSKI; SAMPAR, 2018, p. 366). É essencial, portanto, que o Brasil avance no combate às *fake news*, especialmente sua influência na disputa eleitoral, de maneira a alijar do jogo democrático candidatos e partidos que se valham de semelhante estratégia para obtenção do voto.

E no Brasil, em particular, quando se trata de notícias envolvendo política, pode haver ainda outra explicação para o possível descrédito de parte da população com os meios tradicionais de imprensa. Efetivamente, o relevante número de outorga e renovação de concessão dos serviços de radiodifusão a políticos⁵ – questão a ser tratada pelo STF nas ADPFs

⁴ Registre-se, a propósito, que o Brasil tinha 17 partidos na data em que a obra foi publicada. Hoje, são mais de trinta registrados no TSE e quase oitenta em fase de formação.

⁵ “No período de março de 1985 a outubro de 1988 (redemocratização), o Governo Sarney, em conjunto com o então Ministro das Comunicações, Antônio Carlos Magalhães, distribuiu 91 outorgas de radiodifusão a deputados e senadores constituintes (SILVA, 2018, p. 278).

nº 246, 379 e 429 –, acabou por confundir, em muitas ocasiões, notícia objetiva e investigação isenta de fatos com defesa velada de interesses.

Aliás, sabe-se que, “[...] *dos 559 constituintes, 146 parlamentares (26,1%) eram controladores de empresas prestadoras do serviço de radiodifusão*” (SILVA, 2018, p. 278). Curiosamente, eram os representantes do diagrama de disciplina, sedentos pela manutenção da informação em poucos espaços de confinamento, no *locus* de concepção da Carta federal que acabou por criar condições para o ingresso do Direito brasileiro ao diagrama de controle.

De qualquer maneira, criou-se um clima de desconfiança da população com esse tradicional meio de comunicação. Nesse aspecto, não é de surpreender o resultado de pesquisa recentemente feita pelo Instituto DataSenado, segundo a qual “*quase metade dos entrevistados (45%) afirmaram ter decidido o voto levando em consideração informações vistas em alguma rede social*” (SENADO, 2019).

Esse clima de desconfiança, num ambiente agora massificado, de inerente difusão de exercício de poder, com o esgotamento dos antigos espaços de confinamento e ingresso num novo diagrama, tudo isso aliado à evolução tecnológica e à consequente disseminação das redes sociais, acabou por naturalmente colocar as mídias tradicionais num plano secundário de importância, a despeito das tentativas de reforma daquele sistema.

3.6 *Fake news* e diagrama de controle: exercício de poder

É fácil perceber que o fenômeno das *fake news* se encaixa, com singular precisão, no diagrama de controle. É por natureza uma forma de comunicação massificada, cujo êxito, em verdade, é até dependente da conformação social que passou a repudiar os tradicionais espaços de confinamento. Assim como Deleuze (1990b, p. 223) viu nas máquinas o instrumento necessário para a mudança de um diagrama para outro, sabe-se que, sem a *internet*, sem as mídias sociais, sem o amplo acesso a *smartphones* e sem a inteligência artificial, nada disso seria possível na extensão atual.

E ao concluirmos que as *fake news* se inserem nessa sociedade massificada e moldada a partir do diagrama de controle, temos de reconhecer, *a fortiori*, que se trata de uma forma de exercício de poder. Essa afirmação é de grande relevância: a pessoa ou grupo que lança mão desse tipo de desinformação está exercendo poder, mas num nível mais sofisticado,

próprio dessa nova formação social, um poder não visível, quase imperceptível, difuso e voltado às massas.

Nessa esteira, ao pensarmos sobre os impactos das “fake news”, percebemos que antes de mais nada possuem uma natureza eminentemente política e por consequência está atrelada ao poder, uma vez que visa influenciar a formação psíquica dos indivíduos ou, em outras palavras, busca interferir na construção da opinião pública, desdenhando dos limites que são impostos pela verdade factual (OLIVEIRA FILHO; OLIVEIRA NETO, 2019, p. 109).

E essa conclusão nos traz importantes consequências no âmbito do Direito Eleitoral, historicamente preocupado com o abuso de poder. Esse ponto, em particular, será retomado mais adiante, quando tratarmos das ações eleitorais, especificamente da AIJE.

4 O PROCESSO CIVIL ELEITORAL⁶

A designação *eleitoral*, ao lado de *direito processual*, pode passar falsa a impressão de que se trata de disciplina estanque, não necessariamente ligada à construção teórica que serviu de base para a formação da atual compreensão do *processo*.

Dignas de encômios foram as tentativas de agregação metodológica do processo, assentando-o num fundamento comum⁷ e informador das atividades legislativa e jurisdicional de adequação às peculiaridades do direito material⁸. O *princípio da adequação*, vale dizer, corolário do devido processo legal, pressupõe essa pretérita compreensão uniforme, a partir da qual são criadas as diversas espécies de processo e seus variados procedimentos. A propósito, a *teoria geral do processo* defende a existência de um tronco único, a partir do qual se sustentariam seus diferentes ramos. Trata-se da compreensão, defendida por Carnelutti, de que o processo é *substancialmente uno* (ALVIM, 2019, n.p).

⁶ Importante o registro de que nem mesmo é unânime a compreensão de que existe um direito processual eleitoral. Em tese apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul e defendida em 2015, sob o título “Direito Processual Eleitoral? Por uma processualidade do Direito Eleitoral”, Gustavo Bohrer Paim afirma ser “questionável a existência desse ramo de Direito Processual, a demandar uma efetiva construção” (p. 356). Defende, pois, a necessidade de construção legislativa por meio de codificação sistemática e organizada, bem como construção doutrinária, sobretudo a partir da teoria geral do processo e do direito processual constitucional pela perspectiva dos direitos fundamentais. Tais constatações, a nosso juízo, estão corretas. Mas nem o emaranhado legislativo, nem a incipiente análise doutrinária, são capazes de infirmar a existência do direito processual eleitoral, ramo próprio e com autonomia didático-científica. Veja que, como se verá neste trabalho, o Código de Processo Civil não pode ser usado a título subsidiário e supletivo, senão *cum grano salis*, justamente porque, nesse processo de integração normativa, é recebido num sistema processual com regras e princípios próprios, embora realmente carente de aperfeiçoamento. Mas concordamos inteiramente com Paim, quando afirma que “a situação agrava-se, quando se trata do Direito Processual Eleitoral, que sequer é estudado, de forma autônoma, em relação ao Direito Eleitoral, evidenciando-se o perigoso sincretismo de tão relevante ramo do Direito” (p. 10). A nosso juízo, é rigorosamente disso que se trata: o direito processual eleitoral ainda está na fase metodológica anterior, sincrética; mas certamente existe como ramo autônomo do Direito.

⁷ “À teoria geral do processo não passam despercebidas as diferenças existentes entre os diversos ramos, que são independentes a partir do ponto de inserção no tronco comum. Mas a seiva que vem do tronco é uma só, é o *poder*, a alimentar todos os ramos. Embora cada um deles tome a sua direção, nunca deixará de ser um ramo da árvore do processo” (DINAMARCO, 2008, p. 70).

⁸ “Inicialmente, a própria construção legislativa do processo deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as peculiaridades do seu objeto; o legislador deve atentar para essas circunstâncias, pois um processo inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas à estruturação do procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar esse fenômeno” (DIDIER JR., Fredie. 2017, v. 1, p. 130)

Entre nós, porém, a teoria encontrou grandes objeções doutrinárias, sobretudo pela dificuldade de transposição de institutos do processo civil para o processo penal⁹. Com isso, não obstante os esforços na identificação de um fundamento comum, é certo que as peculiaridades do direito material conferiram autonomia a cada espécie de processo, com análise dogmática igualmente segmentada. Como consequência, a evolução metodológica foi acompanhada de perto especialmente pelos estudos de processo civil, mas constantemente negligenciada – quiçá negada – para o processo desenvolvido e instrumentalmente aplicado a outros ramos do Direito, relegando-os, não raras vezes, a uma análise quase empírica.

Essa compartimentação, pois, trouxe com ela certo atraso metodológico às diferentes espécies de processos estatais. Efetivamente, como alerta a doutrina, *“a construção diferenciada das diversas espécies de processos segundo a natureza jurídico-substancial do provimento pedido concorre para fragmentar os conceitos e estruturas, até mesmo dentro do mesmo ramo do direito processual”* (DINAMARCO, 2008, p. 73).

Enquanto *jurisdição* é o poder-dever do Estado colocado à disposição de cada pessoa, de maneira inafastável (CF, artigo 5, XXXV), o *processo* pode ser compreendido, a nosso juízo, como o resultado da convergência teórica que reuniu, num mesmo campo didático-científico, o alicerce que dá sustentação ao exercício desse poder, estruturando *ação* e *defesa* à luz do contraditório¹⁰. *Ação*, por sua vez, é o ato que rompe a inércia da jurisdição e confere, na sequência, o direito de *defesa* àquele sobre quem também recairão as consequências da prestação jurisdicional, tudo estruturado e pré-definido numa sequência de atos denominada *procedimento*, especialmente adequado ao direito material.

Direito processual eleitoral, portanto, é o resultado da adequação legislativa e jurisdicional às especificidades de um campo próprio da ciência jurídica, o *Direito Eleitoral*.

Como será visto diante, porém, essa adequação tem sido pouco observada, seja pelo Legislativo, seja pelo Judiciário, ou mesmo pela doutrina. O tópico seguinte, a propósito,

⁹ Como alertou Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 97), em referência às peculiaridades do processo penal, *“tais considerações, contudo, não afastam completamente a importância de alguns elementos fundamentais da teoria geral do processo, cuja pertinência pode também se demonstrar aqui presente”*. Perspicaz, pois, a constatação de César Augusto Luiz Leonardo (2019), ao referir que *“muitas vezes as críticas não se dirigem à Teoria Geral do Processo, mas sim à inadequada transposição de regras do direito processo civil ao processo penal. Ora, o mau uso da teoria não a torna inválida”*.

¹⁰ Criticando o processo como *“centro da constelação dos institutos do direito processual”*, cf. DINAMARCO, obra *supra*, pp. 92-93. Para o citado autor, a disciplina do poder e seu exercício é o fator de unidade entre os institutos.

faz uma breve análise do descompasso entre a evolução metodológica do processo e aquilo comumente presenciado nas ações eleitorais.

4.1 Ultrapassada compreensão metodológica

Outrora visualizado como mera etapa procedimental para o exercício de um direito, o processo tardou a ser reconhecido como ramo autônomo da ciência jurídica. Num primeiro momento, era visto como parte integrante do direito material, seu apêndice. Essa fase durou até meados do século XIX e ficou conhecida como sincretista, imanentista ou civilista.

Naquele período, não se compreendia a separação entre direito material e direito processual. Entre nós, essa dogmática foi incorporada ao Código Civil de 1916, segundo o qual *“a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”* (artigo 75). É dispositivo cuja origem repousa no direito romano, no qual *“a vinculação entre o direito subjetivo e a ação é ainda mais evidente do que no direito moderno. Hoje, temos um conceito genérico de ação; em Roma, elas eram típicas, isto é, a cada direito correspondia uma ação específica”* (ALVES, 2021, n.p). Como consequência, se para cada direito violado se imaginava uma ação correspondente, cada ação passou a receber um nome. Na verdade, não havia ação, senão apenas uma reação à violação do direito. O processo, pois, era o próprio direito material em movimento, confundindo-se com o procedimento.

Mas o direito processual evoluiu e alcançou autonomia didático-científica, como ramo do Direito, com regras e princípios próprios. Como resultado dessa evolução, resumidamente, a ação passou a ser concebida abstratamente. Se na fase pretérita a todo direito material correspondia uma ação, agora nem toda ação corresponde a um direito. Um existe sem o outro. Ajuizar uma ação, em si, já é o exercício de um direito, pouco importando se o autor tem ou não razão. O enfoque muda da relação jurídica material entre as partes para aquela de natureza processual estabelecida entre elas e o estado-juiz, com condições e pressupostos. Para fins processuais, em outras palavras, importa o direito *alegado*, mesmo que materialmente ausente, porque o objeto deixa de ser o bem da vida e passa a ser a prestação jurisdicional.

Nesse novo enfoque, a ação, antes identificada pelo nome, passa a ser vista pelos seus elementos (partes, causa de pedir e pedido). De fato, *“para a identificação da*

admissibilidade da via eleita pelo autor, importa mais a substância do pedido do que a denominação por ele atribuída” (STJ, REsp nº 7.759/SP). Por isso que, como alerta Vigliar, *“nunca é demais lembrar que constitui atitude pouco técnica adjetivar as ações, pretendendo que, pelo adjetivo que se agrega à expressão ação, se torne possível ver a sua natureza jurídica e objetivo alterados”* (2008, p. 48).

A desvinculação com o direito material, todavia, foi tão intensa que o processo, ao longo dessa evolução, passou a ser concebido como um fim em si mesmo. Era puro e ideologicamente neutro, sem endereçamento finalístico. O fundo deu lugar à forma, com a criação de obstáculos que instrumentalmente não se prestavam a nada. Em meio a isso, a complexidade das relações sociais, agora permeadas das novas gerações de direitos, passou a submeter ao Poder Judiciário lides igualmente complexas, para as quais essa concepção processual era incapaz de criar respostas rápidas e eficazes.

A partir dessa constatação crítica, surge a instrumentalidade do processo, especialmente focada na efetividade da tutela jurisdicional. É a terceira fase do processo. Mas não se trata de movimento pendular, porquanto ainda se mantém a autonomia do processo frente ao direito material. Como alerta Cândido Rangel Dinamarco, *“não se trata de desprocessualizar a ordem jurídica. É imenso o valor do processo e nas formas dos procedimentos legais estão depositados séculos de experiência que seria ingênuo querer desprezar. O que precisa é desmitificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema”* (2008, p. 317).

Nessa última fase metodológica, percebe-se que o fim *imediato*, que é o julgamento, está teleologicamente ligado ao fim *mediato*, que é a solução da lide e a consequente concretização dos escopos jurídico, social e político do processo (DINAMARCO, 2008, p. 177). Aquele existe sem este, mas um existe para o outro. Por isso que, como bem sintetizou Flávio Luiz Yarshell (1993, pp. 112), *“as notas de autonomia e abstração que caracterizam o poder ou direito de ação, já acentuadas, não implicam total isolamento desse instituto processual com respeito à situação material que, afirmadamente, lhe é subjacente”*.

O processo civil eleitoral, não obstante, ficou alheio a tudo isso.

Em verdade, a configuração abstrata do direito processual, desvinculado do direito material, é relativamente recente e remonta a meados do século XIX, especialmente

com a obra de Oskar von Bülow¹¹. O avançar dessa nova compreensão metodológica, como em toda ciência, não se dá de forma linear. Como explicou Miguel Reale (2002, p. 46), “*conhecer é abranger algo tornando-nos senhores de um ou de alguns de seus aspectos*”. É natural que alguns ramos do direito processual, quiçá o próprio Direito em outros aspectos, continuem vinculados à dogmática pretérita. A nosso juízo, é o que se verifica com o direito processual eleitoral, ainda recluso ao sincretismo.

Com efeito, em âmbito eleitoral, até hoje as ações são definidas pelo nome. O rótulo tem sido importante, em detrimento dos elementos. O instrumento processual é trazido pelo próprio legislador, taxativamente, para cada ofensa ao direito material. Existe inclusive a sobreposição de causa de pedir. O Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, por exemplo, chegou a tratar como “erro grosseiro” o ajuizamento de ação civil pública eleitoral no lugar de uma representação prevista no artigo 96 da Lei nº 9.504/1997, não obstante as partes fossem legítimas e o pedido fosse decorrência lógica da causa de pedir (TRE-SP, RE nº 279-88.2016.626.0164, rel. Min. CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI, j. em 27/1/2017).

Nesse particular, a nosso juízo, a legislação eleitoral continua vinculada a uma dogmática processual há muito já superada. Aliás, talvez como consequência direta desse descompasso entre o *atrasado direito posto* e aquele *dogmaticamente mais avançado*, numa absurda distância entre o direito processual legislado e aquele cientificamente já desenvolvido, “*a jurisdição eleitoral é exercida sem cientificidade suficiente a dar conta do vasto emaranhado de normas que sobre ela incide*” (GOLAMBIUK, 2018, p. 177). Em muitos casos, aliás, o legislador nem mesmo trouxe o procedimento a ser seguido, relegando-o à atividade jurisprudencial ou regulamentar da Justiça Eleitoral, com grande insegurança jurídica¹².

Retomaremos essa questão, particularmente, ao tratarmos do princípio da tipicidade dos meios de impugnação.

¹¹ “Deve-se a Oskar Bülow uma das mais importantes tentativas de explicar a natureza do processo. A sua teoria, que se tornou conhecida como teoria da relação jurídica processual, é a preferida pela doutrina clássica e pela quase totalidade dos processualistas brasileiros de hoje. Dez anos após a polêmica travada entre Windscheid e Muther sobre a ação, Bülow publicou (em 1868) a obra intitulada Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais (*Die Lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*), mediante a qual deu conteúdo teórico à ideia de que no processo há relação jurídica” (MARINONI *et. al.*, 2021, n.p.).

¹² Para citar um exemplo, é o que ocorre com a AIME, que, por criação pretoriana, segue o rito previsto no artigo 3º e seguintes da Lei Geral das Eleições, doutrinariamente chamado de *rito ordinário* do direito processual eleitoral.

4.2 Princípios do direito processual civil eleitoral

A autonomia didático-científica de qualquer ramo do Direito pressupõe a existência de regras e princípios específicos, que o diferenciem dos demais e lhe confirmem um corpo normativo próprio.

Ao direito processual eleitoral, naturalmente, também se aplicam os princípios informativos e gerais comumente aplicáveis ao processo civil. Existem dois princípios, todavia, que lhe são bastante específicos: a tipicidade dos meios de impugnação, ou tipicidade das ações eleitorais, e o *in dubio pro suffragium*. Enquanto o primeiro se refere ao cabimento abstrato de ações e recursos, o outro diz respeito à hermenêutica jurídica e à valoração da prova. Juntos, porém, nitidamente se destinam a controlar a influência da Justiça Eleitoral nos atos inerentes à cidadania e nas decisões do eleitor.

É necessário, todavia, que sejam bem compreendidos e que não sirvam de fundamento para a tolerância de condutas lesivas à própria democracia.

4.2.1 *In dubio pro suffragio*

Trata-se de princípio que se irradia para a valoração da prova e para o campo da hermenêutica jurídica.

Quanto à prova, o *in dubio pro suffragium* informa e condiciona tanto a atividade judicial como a legisladora. Na dúvida, segundo esse postulado, deverá o juiz escolher a solução que prestigie a capacidade eleitoral e a vontade popular expressa pelo voto, afastando decisões restritivas de direitos proferidas sem lastro fático idôneo. Como consequência, não é de se admitir, no processo jurisdicional eleitoral, a distribuição dinâmica do ônus da prova, atualmente contemplada no artigo 373, § 1º, do atual Código de Processo Civil. Deveras, havendo dúvidas quanto à presença de todos os elementos que apontem para o êxito da ação, o resultado deverá favorecer a parte passiva¹³.

¹³ Na doutrina, embora sem referência ao princípio: “Sem embargo disso, conforme tese acima enunciada, sustentamos ser inaplicável aos processos eleitorais sancionadores a regra do art. 373, § 1º do novo diploma. Em síntese, argumentamos que, por força da presunção constitucional de inocência, a atribuição do ônus da prova já fora feita pelo constituinte, de tal sorte que é inviável que a lei ordinária frustrasse, direta ou indiretamente, tal postulado. Disso decorre, como dissemos, que eventual dúvida quanto aos fatos favorecerá

No campo legiferante, o princípio está presente, por exemplo, no artigo 368-A do Código Eleitoral, segundo o qual a prova exclusivamente testemunhal não será aceita nos processos que possam levar à perda do mandato. Também se verifica, outrossim, no artigo 14, § 10, da Constituição Federal, dispositivo que, ao tratar da AIME, exige que a petição inicial venha instruída com provas do abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. São restrições à atividade probatória.

Nada disso significa, porém, a inutilidade da prova indiciária – ou prova indireta – no Direito Eleitoral. A propósito, o artigo 23 da Lei de Inelegibilidades, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo STF quando do julgamento da ADI nº 1.082/SP, autoriza que o julgador forme sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções, fazendo-o em nome da lisura eleitoral¹⁴. Aliás, mesmo no Direito Penal, norteador *pelo in dubio pro reo*, o decreto condenatório pode resultar de indícios (CPP, artigo 239). Como ensina Mazzilli (2016, p. A-2):

Para o sistema legislativo brasileiro, na esteira, aliás, do que se generalizou nos países civilizados, os indícios são meios de prova. Para nosso Código de Processo Penal, os indícios são prova, e, em tese, estão em pé de igualdade com a perícia, a confissão, os testemunhos, os documentos etc. (art. 239). E, como qualquer prova, seu valor não pode ser visto isoladamente, e sim no conjunto das demais provas.

Logo, são legítimas as conclusões que, partindo de uma circunstância conhecida e provada, logicamente reconheçam, por indução, a existência outras circunstâncias das quais resulte o pronunciamento judicial restritivo de direitos eleitorais. Ademais, a velha máxima da *verdade real*, tão repetida quanto intangível, mostrou-se uma utopia; em verdade, é fonte de insegurança, porque baseada no estado de ânimo do julgador e desvinculada de fatores exteriores objetivamente aferíveis. Prova segura, vale dizer, é aquela capaz de criar uma fundamentação persuasiva, objetivamente convincente e empiricamente revelada, ainda que por indícios.

sempre o demandado, e nenhuma das exceções referidas pelo art. 373, § 1º poderá alterar esse quadro” (YARSHELL, 2018, p. 490).

¹⁴ “Desde logo, é inegável que eventual condenação pode estar alicerçada apenas em prova indireta, isto é, em prova de fato que, por raciocínio lógico, autorize a conclusão da ocorrência de outro; que, em determinado caso, seja reputado como fato verdadeiramente relevante (o fato ‘probando’)” (YARSHELL, 2018, p. 497).

O princípio do *in dubio pro suffragium* também se aplica no campo da hermenêutica jurídica para justificar a escolha, dentre as interpretações possíveis, daquelas que maximizem o exercício da capacidade eleitoral e respeitem a vontade popular. Não se trata, porém, de proteger o interesse individual em detrimento do coletivo, olvidando, pois, a superação do individualismo a partir da Constituição Federal de 1988 e da mudança do diagrama de disciplina para o de controle. De fato, como apontam Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Cheim Jorge (2014, n.p), *“o que está em jogo, ou seja, o que se pretende proteger não é, de forma alguma, senão de forma reflexa, a capacidade eleitoral passiva do candidato eleito, mas, sim, a democracia popular realizada nas urnas, fruto da vontade manifestada pelo exercício do sufrágio”*. E seguem os autores:

Os reflexos desta mudança de filosofia estatal após a Constituição de 1988 se fez sentir aos poucos no ordenamento jurídico brasileiro, que, desde então, tem passado por profunda produção legislativa de adequação dos direitos à nova ordem constitucional. E com o direito eleitoral não foi diferente. O eixo de proteção do direito eleitoral passou a ser a democracia como alvo maior de proteção e valor mais sagrado a ser protegido, e, como tal, conceitos e regras então existentes passaram a ser revistas, tendo por norte este valor preponderante. Assim, foi sob esta nova perspectiva que os direitos políticos passaram a ser tutelados, mais coletivo e menos individual, erigindo a democracia como fim maior do exercício dos direitos políticos, valor maior a ser perseguido.

Trata-se de princípio implícito no ordenamento jurídico e decorrente do regime democrático. Está expresso, todavia, no Projeto de Lei Complementar nº 112-B/2021, recentemente aprovado na Câmara dos Deputados, o qual, pela última ementa, *“dispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras”*. A proposta legislativa, porém, é tímida, estabelecendo que, a partir desse princípio, ter-se-á a *“[...] aplicação proporcional e razoável das sanções eleitorais, notadamente nos casos que impliquem indeferimento de registros, cassação de diplomas, perda de mandato eletivo e declaração de inelegibilidades”* (BRASIL, Câmara dos Deputados). A preocupação, como se vê, foi apenas com o Direito Eleitoral sancionador.

4.2.2 Tipicidade dos meios de impugnação e elementos da ação eleitoral

No âmbito da Justiça Eleitoral, é mitigada a regra de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (CF, artigo 5º, XXXV).

Considerando a relevância dos atos praticados no processo eleitoral, estruturalmente concebido para garantir a legitimidade do pleito, a lei restringiu drasticamente os meios de impugnação.

Efetivamente, para cada hipótese abstrata de lesão, o legislador tratou de enumerar o correspondente instrumento processual. Com esse mecanismo, fundado sobretudo em razões de segurança jurídica, acabou por *tipificar* as ações eleitorais em *numerus clausus*. A propósito, veja a doutrina de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2018, n.p):

O risco na aplicação das regras comuns do Código de Processo Civil é tisonar a tipicidade das ações e representações eleitorais. Estas são pensadas para incidir em momentos determinados do processo eleitoral, com moldura específica indicada nas suas hipóteses de cabimento, não havendo falar em fungibilidade em sua proposição. Deste modo, a falta de condições legais de elegibilidade ou inelegibilidades ancoradas na Lei Complementar 64/90 só podem ser deduzidas em juízo por meio da Ação de Impugnação do Pedido de Registro de Candidatura; a representação do art. 41-A se destina somente à compra de votos e a representação por condutas vedadas não poderá discutir inelegibilidades. Não há como interpor “ação declaratória da inexistência de condições para o registro”, nem “Ação Civil Pública Eleitoral” diante de condutas vedadas que sejam atos de improbidade. Diante do cabimento restrito da ação rescisória em matéria eleitoral, art. 22, I, j, do Código Eleitoral, viu-se em eleições anteriores uma profusão de “Ações Declaratórias de Nulidade de Decisões Judiciais”. A despeito da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que podem, sem preclusão, ser renovadas no recurso contra a decisão terminativa da instância, proliferaram “agravos retidos”, cujo efeito foi somente o de acrescentar páginas nos autos dos processos.

No mesmo sentido, segundo José Jairo Gomes, *“a atuação da lei em razão da ocorrência de ilícito eleitoral se dá necessariamente no bojo de determinada ação eleitoral. Existe uma relação fundamental entre ilícito e ação, de tal maneira que a responsabilização por um ilícito só pode ocorrer por meio de ação e procedimentos específicos”* (2021, n.p).

Não há como deixar de lembrar, mais uma vez, o disposto no artigo 75 do Código Civil de 1916, antes referido, o qual, iluminado pela velha concepção imanentista do processo, asseverou que *“a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”*. É curioso observar como uma compreensão metodológica há muito tempo ultrapassada, cuja importância deveria ter ficado apenas nos registros históricos, até hoje informa e estrutura todo um ramo do direito processual.

Embora concebido e mantido em nome da segurança jurídica, o princípio da tipicidade dos meios de impugnação, a nosso juízo, repousa suas raízes na desconfiança do legislador para com o julgador. É a mesma mentalidade que, por exemplo, tem mantido hígido

o disposto no artigo 236 do Código Eleitoral, que proíbe o cumprimento, nos dias próximos ao pleito, das prisões provisórias validamente decretadas pelo Poder Judiciário.

Não haveria razões para reduzir tão drasticamente a cognição judicial se não existisse a pretérita compreensão de que o seu inteiro exercício pudesse impedir a plenitude do direito de sufrágio ou substituir a decisão do eleitor pela do juiz. Trata-se de pressuposto incompatível com o atual regime constitucional, ultrajante à separação dos poderes e incompatível com a inafastabilidade da jurisdição (CF, artigos 2º e 5º, XXXV). Efetivamente, com a opção do Estado brasileiro de colocar as eleições sob a responsabilidade de um Poder apolítico, cujos membros não são eleitos pelo voto popular, era de se esperar que a atividade legislativa que informa o exercício dessa função fornecesse todo o instrumental necessário, sem restrições indevidas. Mas não é o que acontece.

Outrossim, mais do que estruturar em *numerus clausus* as ações eleitorais, numa atividade legislativa divorciada da atual compreensão metodológica do processo e ofensiva à Constituição Federal de 1988, esse mesmo princípio tem sido utilizado pelo Poder Judiciário para restringir ainda mais o acesso à jurisdição. É ele, vale dizer, o responsável teórico pelo exagerado apego ao nome das ações, olvidando seus elementos. Em nome da tipicidade, o fundo deu lugar à forma e o conteúdo ficou perdido em meios aos rótulos.

Como consequência, algumas implicações de ordem prática têm se mostrado bastante presentes no processo civil eleitoral, a exemplo da possibilidade de escolha da AIJE ou AIME para a mesma causa de pedir (abuso do poder econômico), com interminável e infecunda discussão quanto à litispendência e coisa julgada. Por isso que, como alerta a doutrina, “[...] talvez, melhor seria a possibilidade da existência de uma ação atípica ao invés de várias ações típicas, que teria como causa petendi a *infringência aos bens protegidos pela norma especial*” (FARIAS FILHO, 2018, p. 192). A princípio, pois, deveria ter trâmite regular qualquer ação eleitoral entre partes legítimas que narrasse fatos dos quais logicamente se decorre o pedido, pouco importando o nome que lhe tenha sido dado pelo legislador ou pelo autor.

É claro que não se pode ignorar, em absoluto, que um sistema processual que permitisse ilimitadas impugnações poderia trazer insegurança jurídica ao pleito. O processo eleitoral tem data para começar e acabar, sob pena de não se concretizar a própria democracia. Por isso que o legislador, olhando para o todo, acabou fragmentá-lo em partes ideais, numa sequência lógica e sucessiva de atos, até a realização da vontade popular. Seja como for, o

sistema de preclusão, inerente à Justiça Eleitoral, com restrição de causa de pedir e fixação de prazos exíguos, já seria suficiente para garantir a razoável duração do processo. É evidente que o mandato eletivo, por exemplo, não pode ser impugnado por qualquer fundamento, nem a qualquer momento, sendo razoável, nesse particular, a taxatividade da causa de pedir e a fixação de prazo. Mas não é aceitável, na atual compreensão do processo, que a restrição recaia sobre o próprio instrumento processual, numa atividade legislativa ainda iluminada pelo sincretismo.

De qualquer maneira, conciliando o ordenamento processual eleitoral posto, de um lado, com o princípio do acesso à justiça, de outro, ou seja, o sincretismo com o instrumentalismo, há de ser obviamente respeitada, mas mitigada, a tipicidade das ações eleitorais. Deveras, se no caso concreto sua incidência mostrar-se danosa para a proteção eficaz dos valores democráticos, deve ser admitida a impugnação por vias não tipificadas pelo legislador. Precisos, no ponto, mais uma vez, são os escritos de Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Cheim Jorge (*op. cit.*).

Uma situação bastante importante de reflexo desta mudança de paradigma é a que se tinha no direito eleitoral pré CF/1988 a adoção de um sistema típico de ações, na linha do modelo privatista de ação que esteve vigente sob os auspícios do Código Civil revogado (de 1916). Neste caso, a correspondência lógica e típica de determinada técnica judicial (ação ou representação ou impugnação) eleitoral com o ato eleitoral específico a ser tutelado se dava por dois motivos: a adoção do modelo privatista de processo, onde se tinha a regra de que para cada direito haveria uma ação correspondente, e, também, porque em razão do fenômeno de temporariedade do processo eleitoral, era preciso que se tivesse um sistema de ações que não interferisse na estabilidade do sistema eleitoral.

Atualmente, aos poucos vai acontecendo o divórcio do sistema típico de ações eleitorais em respeito à regra constitucional de que **a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito**, permitindo que nenhum direito fique sem proteção, ainda que não exista uma “ação típica prevista pelo legislador eleitoral”. Essa abertura tem sido feita com máxima cautela para evitar que a judicialização do direito eleitoral não traga uma indesejada instabilidade à democracia, transformando a justiça eleitoral num “terceiro” turno das eleições, e, assim, usurpando do voto do eleitor a tarefa de escolher os representantes dos cargos eletivos.

E seguem os autores:

Em nosso sentir, é preciso compatibilizar a tipicidade de meios e técnicas do processo civil eleitoral com a possibilidade de flexibilizar esse sistema, quando o que estiver em jogo for a tutela da própria democracia, ou seja, não pode o sistema típico de meios e técnicas do processo civil eleitoral – que se destina à proteção e segurança do processo eleitoral – ser tão rígido e

imutável que não permita, em nome e em prol da democracia, e com dose certa de razoabilidade e proporcionalidade, a flexibilização desses meios e técnicas para tutela da própria democracia.

Por conseguinte, ainda de maneira excepcional, é certo que a Justiça Eleitoral precisa enfrentar ações fora do rol trazido pelo legislador. Por isso que, mais importante do que o exagerado apego ao taxativo rol processual, é analisar os elementos da ação eleitoral: partes, pedido e causa de pedir. A identificação da ação decorre da análise conjugada desses elementos, pouco importando o nome que lhe foi atribuído pelo legislador ou pelo autor. Em outras palavras, ela não deve possuir rótulo.

No plano processual, esses elementos são importantes, por exemplo, para a verificação de eventual litispendência ou coisa julgada. Mas também estão intrinsecamente vinculados à relação jurídica material. Efetivamente, é correto dizer que as partes da ação estão para os sujeitos da relação jurídica substancial, assim como o pedido está para o objeto e que a causa de pedir está para os fatos correspondentes (DIDIER JR., 2017, p. 325). Os planos se entrelaçam. Isso ocorre porque, não obstante a separação entre processo e direito material, o exercício do direito de ação apenas ganha concretude quando ligado à relação jurídica material que lhe conferiu lastro. Tradicionalmente, é necessário que exista, no polo ativo, uma pertinência subjetiva com o direito alegado; no outro vértice dessa relação processual, é preciso que o polo passivo seja ocupado por aquele sobre o qual também recairão as consequências da prestação jurisdicional. Garante-se, por meio desse mecanismo, uma correlação entre a lide e as partes. Trata-se da legitimidade de partes, cuja verificação é feita à luz do caso concreto, ainda que pela análise perfunctória do que consta da petição inicial (teoria da asserção). Admite-se que o direito de ação seja exercido por terceiro, em nome próprio. Na sistemática processual de índole privatista, isso somente poderá ocorrer se houver autorização jurídica: trata-se da legitimação extraordinária (CPC, artigo 18), a qual, por sua vez, sempre está presente nas ações eleitorais, porquanto nenhum ator processual vem a juízo para tutelar direito próprio, senão de maneira mediata, agindo sempre na defesa de valores democráticos, de toda a sociedade¹⁵.

Em resumo, havendo essa pertinência entre a substância e a forma, em lide da qual se extrai a proteção de valores democráticos, fim último do Direito Eleitoral, deve ter

¹⁵ Retomaremos esse ponto no próximo capítulo, relativo ao processo coletivo.

regular trânsito uma ação assim ajuizada, ainda que alienígena ao rol taxativo do legislador. Afinal, *“se o direto material exige uma determinada tutela e o processo é incapaz de prestá-la, torna-se ele, então, instrumento inútil”* (LUCON, 2018, p. 232). Trata-se, porém, de análise casuística, concreta e própria do Poder Judiciário, de maneira a conciliar a restrição dos meios de impugnação com o acesso à justiça.

A nosso juízo, além do princípio da inafastabilidade da jurisdição, de índole sabidamente constitucional, há na legislação outro fundamento de validade para a possibilidade do ajuizamento de ações eleitorais atípicas: trata-se do artigo 72, parágrafo único, da Lei Complementar 75/1990, o estatuto do Ministério Público da União. De acordo com essa norma, o *Parquet* eleitoral *“[...] tem legitimação para propor, perante o juízo competente, as ações para declarar ou decretar a nulidade de negócios jurídicos ou atos da administração pública, infringentes de vedações legais destinadas a proteger a normalidade e a legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do poder político ou administrativo”*. Não há, como se vê, qualquer limitação ao instrumento processual, em prestígio ao poder-dever que o constituinte originário outorgou à Instituição, responsável, como dito, por zelar pelo regime democrático. E o mesmo raciocínio deve valer para os demais legitimados, diante da possibilidade de litisconsórcio ativo (Lei nº 9.504/1997, artigo 96-B, § 2º).

De qualquer maneira, é importante assentar que, ao admitir o trâmite de ação eleitoral atípica, sobretudo para o enfrentamento das *fake news*, deve o magistrado agir com redobrada cautela, evitando o uso oportunista do direito de ação como instrumento para cercear a liberdade de expressão. Aliás, como alerta a doutrina, *“na mesma mesa em que se discutem os riscos das fake news é preciso manter acesa a luz da proteção contra censuras nas redes sociais”* (SILVA, 2018, p. 277).

Por fim, há importante nota sobre *tipo* e *tipicidade*, conceitos distintos: na obra *Tutela Jurisdicional* (2006), Flávio Luiz Yarshell faz relevante estudo acerca desses conceitos, numa passagem do abstrato para o concreto. Para o autor, as formas de invocação da tutela jurisdicional devem ser consideradas atípicas, porque a inafastabilidade do controle jurisdicional traz uma *“cobertura geral e ampla para todas as afirmadas posições jurídicas de vantagem decorrentes do plano material”* (p. 206), acrescentando que, por isso, eventual *“tipicidade pode ser extraída da causa de pedir, considerando-se típica a ação cuja causa*

petendi é descrita de forma taxativa pela própria lei processual (aí a hipótese da ação rescisória)” (ibidem). Referido estudo, porém, não abrange as peculiaridades do processo civil eleitoral. Em verdade, é trabalho voltado – como não poderia deixar de ser – para a fase da instrumentalidade do processo, já distante do período sincretista que, a nosso juízo, ainda rege o Direito Processual Eleitoral.

Efetivamente, nas notas à segunda edição, Yarshell diz: *“a obra, em suma, não quer propriamente responder à pergunta ‘qual ação cabível?’, mas quer mostrar que sempre haverá de existir ‘ação cabível’, sendo inconfundível com essa questão temas relativos à competência, ao procedimento e mesmo aos limites do direito material”* (n.p). No Direito Eleitoral, como se sabe, não é assim; não há sempre uma ação cabível, senão aquela taxativamente prevista pelo legislador, em *numerus clausus*; e muitas vezes, por isso, nem há ação cabível. Isso reforça, em verdade, a não passagem do processo civil eleitoral para a fase da instrumentalidade do processo, como defendemos neste trabalho.

4.3 O processo civil eleitoral como processo coletivo

Como já analisado neste trabalho, inclusive a título de suporte dogmático de nossa proposta, a transição do paradigma de disciplina para o de controle trouxe muitas implicações na sociedade. O foco do exercício de poder, antes confinado e agora massificado, deu origem a lides com os mesmos atributos. Nessa perspectiva, o direito material passou por grandes transformações, superando seu traço individual para alcançar o difuso. Como consequência, o processo teve de se adaptar, como instrumento, a essa nova conformação social. E o fez, igualmente, caminhando do individual para o coletivo. Mas é uma trajetória inacabada, com muitos institutos ainda reclusos no paradigma social que regeu uma sociedade diversa.

Aliás, é tão enraizada a compreensão individualista de processo, numa indisfarçável indiferença para as lides que surgiram a partir do exercício massificado de poder, que o legislador recentemente tratou de dizer que, na ausência de normas que regulem os processos jurisdicionais eleitorais, as disposições do atual Código de Processo Civil lhe serão aplicadas supletiva e subsidiariamente (CPC, artigo 15). Todavia, como alerta a doutrina, *“é premissa fundamental para análise da ação eleitoral e as consequências de sua natureza*

coletiva o reconhecimento de que o Código de Processo Civil possui, em essência, um viés individualista” (JORGE, 2018, p. 294). Seria lutar no campo de batalha formado pelo diagrama de controle, com armas concebidas no diagrama de disciplina¹⁶.

Em verdade, o Direito Eleitoral sempre tutela, no limite, o regime democrático sobre o qual se assentam os alicerces do Estado brasileiro inaugurado pela Constituição Federal de 1988. De uma mera representação por propaganda irregular até uma ação de perda de mandato, levar-se-á em conta, sempre, a legitimidade do pleito como valor jurídico absoluto. O objeto, como se vê, é um direito difuso, de toda a sociedade. Isso porque, *“conquanto se concretize em uma pretensão pessoal do candidato, o direito de concorrer a mandato eletivo também recebe um nítido influxo de caráter público”* (ZILIO, 2018, p. 238). Logo, como destaca Flavio Cheim Jorge, *“por essa razão é que todas as demandas eleitorais são de natureza coletiva”* (2018, p. 292). Por isso que, segundo o mesmo autor, com inteira razão, *“essa peculiaridade [...] traz à tona a necessidade de pensar com cautela a respeito da aplicação subsidiária do NCPC aos processos eleitorais”* (idem, p. 294).

Melhor seria, portanto, a aplicação subsidiária e supletiva do microssistema de tutela coletiva. De fato, *“o subsistema do processo coletivo fornece algumas valiosas regras de aplicação que também são invocáveis ao contencioso judicial eleitoral”* (ZILIO, 2018, p. 244). Veja que, de certa maneira, a minirreforma eleitoral feita pela Lei nº 13.165/2015 incorporou o espírito da jurisdição coletiva.

É o que se colhe, por exemplo, do artigo 96-B, *caput*, inserido na Lei Geral das Eleições, segundo o qual serão reunidas, para julgamento comum, as ações com idêntica causa de pedir fática, ainda que propostas por legitimados diversos. Nesse caso, os diferentes demandantes serão tratados como litisconsortes ativos (artigo 96-B, § 2º). É o mesmo tratamento que a litispendência recebe no âmbito das ações coletivas, diverso do desfecho tradicional do processo civil individualista (CPC, artigo 485, V). Trata-se, outrossim, de regra próxima do que consta na Lei da Ação Civil Pública, segundo o qual *“fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como*

¹⁶ É tão disfuncional a aplicação do Código de Processo Civil ao âmbito eleitoral que o TSE regulamentou essa questão na Resolução nº 23.478/2016. De acordo com essa norma, *“a aplicação das regras do Novo Código de Processo Civil tem caráter supletivo e subsidiário em relação aos feitos que tramitam na Justiça Eleitoral, desde que haja compatibilidade sistêmica”* (artigo 2º, parágrafo único). Em verdade, justamente pela necessidade de compatibilidade sistêmica, o CPC acaba tendo pouca aplicação.

litisconsortes de qualquer das partes” (Lei nº 7.347/1985, artigo 5º, § 2º). Compatibilizando uma e outra disposição legal, ambas direcionadas à jurisdição coletiva, parece-nos possível o litisconsórcio ativo ulterior na Justiça Eleitoral, independentemente do ajuizamento de nova ação sob os mesmos fatos, bastando, por economia processual, expresso requerimento de outro legitimado. É solução que se harmoniza com a legitimidade concorrente e disjuntiva que igualmente rege o processo civil eleitoral.

No mesmo sentido, o artigo 96-B, § 3º, também inserido em 2015, admite a propositura de nova ação eleitoral, mesmo depois da improcedência da anterior, desde que ajuizada com base em “outras ou novas provas”. Todavia, diferente do que ocorre no âmbito da Lei da Ação Civil Pública (artigo 16) ou do Código de Defesa do Consumidor (artigo 103), o legislador eleitoral não exige que a improcedência se dê por “insuficiência de provas” ou “deficiência de provas”. Basta o julgamento de improcedência (JORGE, 2018, p. 299). É um avanço, pois, ao regime da coisa julgada *secundum eventum probationis* aplicável às ações coletivas. Esse regramento da coisa julgada é desdobramento da legitimação extraordinária e tem como escopo proteger o verdadeiro titular do direito material, o povo, ausente da relação jurídica processual.

Por fim, a exclusão dos eleitores do rol dos legitimados para a propositura de ações eleitorais, qualidade que foi conferida ao Ministério Público, candidatos, partidos e coligações, a título de legitimação extraordinária, é atividade legislativa voltada à *representação adequada* (DUARTE, 2018, p. 112), instituto que também rege as ações coletivas.

São muitos, como se vê, os pontos de intersecção. A conclusão não pode ser outra: as ações eleitorais integram o sistema de tutela coletiva.

4.3.1 Publicização do processo e participação do Ministério Público

Historicamente, o direito processual foi construído para tutelar direitos de índole tipicamente privada e marcados pela disponibilidade. O Processo Civil, por isso, andou *pari passu* com o Direito Civil, por muito tempo sem uma clara divisão entre eles. Mesmo em tempos mais recentes, depois de superar o sincretismo para alcançar o plano da abstração, foram fecundas as teorias sobre institutos processuais surgidas na Europa continental, mas ainda com foco no direito privado.

Na França, por exemplo, onde o Direito Administrativo primeiro ganhou autonomia didático-científica¹⁷, o contencioso administrativo existe em paralelo com a jurisdição comum, repudiando a jurisdição una. Isso também ocorre, em geral, em toda a Europa continental, onde é vedado ao Poder Judiciário tratar de interesses da Administração Pública¹⁸. Movimento diferente, por sua vez, foi verificado primeiro na Inglaterra e logo depois nos Estados Unidos, com a adoção da unidade jurisdicional. Efetivamente, nesses países, “*o Poder Judiciário exerce sobre a Administração Pública o mesmo controle que exerce sobre os particulares, graças ao apego aos princípios da rule of law, na Inglaterra, judicial supremacy e due process of law, nos Estados Unidos*” (DI PIETRO, 2021, n.p.). Esse último sistema, em particular, acabou por ser adotado em solo brasileiro desde a instalação da República, com a Constituição de 1891, reproduzido na Constituição Federal de 1988 pela regra da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV).

Não obstante, o Brasil acaba absorvendo, em grande medida, as teorias de direito processual gestadas na Europa, num ambiente impregnado pela disponibilidade do direito material, já que as lides envolvendo o Poder Público estão fora da jurisdição atribuída ao Poder Judiciário. O direito processual liga-se ao plano substancial, como se sabe, pelo nexo da instrumentalidade; o processo, por conseguinte, será tão privatista quando o for o direito material. Mas é o mesmo modelo que, entre nós, acaba por reger o processo concebido para lidar com o direito plúbico, adjetivado pela indisponibilidade do interesse. Nesse movimento, é curiosa a constatação de que:

Dos países europeus continentais da *família romano-germânica* do direito, recebemos o direito privado e o penal, sendo muito natural que a nossa ciência se construísse segundo os parâmetros e o mesmo espírito europeu continental, nessas áreas específicas. O que não é natural é o comprometimento cultural tão profundo como o que o nosso guarda com todo o espírito do direito processual civil de países onde são diferentes as bases políticas do direito público (DINAMARCO, 2008, pp. 56-57).

¹⁷ “Na Época Moderna, os autores costumam apontar no calendário revolucionário, o dia 28, Pluvioso, do Ano VIII (1800), a data em que a Revolução Francesa editou a primeira lei reguladora da pública administração, tida, assim, como ‘certidão de nascimento’ do Direito Administrativo” (MOREIRA NETO, 2014, n.p.).

¹⁸ “Anotese que o direito continental europeu adota um modelo jurídico distinto, relacionado ao contencioso administrativo. É vedado ao Poder Judiciário decidir sobre processos envolvendo o interesse da Administração Pública. Existe uma estrutura jurisdicional administrativa (contencioso administrativo), e o processo administrativo é muito semelhante ao processo jurisdicional. Assim se passa porque a decisão do litígio cabe a um juiz administrativo, o qual não se constitui como parte interessada” (JUSTEN FILHO, 2018, n.p.).

De maneira mais enfática, pode-se dizer que a superação dessa visão privatista, que se espalhou por todos os ramos do Direito, veio com o desenvolvimento do constitucionalismo e com a supremacia normativa da constituição. A propósito, foi de grande influência o movimento político surgido nos Estados Unidos, cuja constituição coincide com a declaração da independência das antigas treze colônias, num movimento que representa, em particular, o declínio da supremacia do parlamento. *“Foi a primeira constituição escrita a consagrar uma República Federativa, além de estabelecer um Executivo unipessoal nos dois planos federativos (federal e estadual)”* (SARLET et al, p. 58). Deveras, segundo a doutrina de Eduardo García de Enterría (2011, n.p):

La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió.

Esse novo olhar para o direito processual, ao cabo, resultou naquilo que tem recebido o nome de direito processual constitucional, o que permitiu *“[...] enquadrar a ciência processual em um plano político suficientemente expressivo para destacar a grande gama de interesses públicos perseguidos através dele”* (DINAMARCO, 2008, p. 59). Nesse giro de perspectiva, o processo será tão publicista quanto o for o direito material que lhe dá suporte.

Como consequência dessa nova compreensão do processo, algumas mudanças foram necessárias. Efetivamente, uma vez identificado o interesse público, de índole indisponível, torna-se necessária a maior presença do Estado. Nesse momento, como forma de manter a imparcialidade do julgador e preservar a inércia da jurisdição, entra em cena o Ministério Público.

Onde mais profundamente transparece o interesse público na instauração do processo independentemente da iniciativa da pessoa diretamente interessada, a lei legitima o Ministério Público e dita a indisponibilidade da ação (penal, civil), tutelando assim suficientemente o interesse público, sem os males da iniciativa judicial (DINAMARCO, 2008, p. 61).

O processo civil eleitoral, sem dúvida, é regido pela indisponibilidade do direito. Ainda que a ação tenha sido iniciada por candidato ou partido político, haverá defesa de interesse coletivo, a exigir, sempre, a participação do *Parquet*. Outrossim, embora a

Constituição Federal não tenha feito referência, expressamente, ao Ministério Público Eleitoral, é certo que conferiu à Instituição o dever de defender o regime democrático (artigo 127), extraíndo-se daí sua legitimidade *ad causam* para as ações eleitorais. Por isso que, segundo o legislador, “o ajuizamento de ação eleitoral por candidato ou partido político não impede ação do Ministério Público no mesmo sentido” (Lei nº 9.504/1997, artigo 96-B, § 1º); em essência, é o mesmo regramento contido no artigo 5º, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública¹⁹.

No âmbito eleitoral, aliás, o Ministério Público é o único legitimado extraordinário apolítico, sem ligação com candidatos, legendas partidárias ou qualquer viés ideológico. Por isso que seus membros, para que assumam tais atribuições, não podem ter se filiado a partido político, com pelo menos dois anos de antecedência do ato de designação (LC nº 75/1990, artigo 80)²⁰.

A tendência de publicização, como se vê, colocou o Ministério Público dentro do processo, conferindo-lhe um rol de prerrogativas processuais absolutamente necessárias para que alcance êxito no desempenho de suas funções. É o que também deve ser verificado no direito processual eleitoral, voltado à tutela de valores difusos. E quando o *Parquet* se faz presente, na tutela do interesse público, é preciso que o esteja em sua inteireza, com todo o instrumento de que ordinariamente dispõe para se desincumbir de suas relevantes atribuições. Na Justiça Eleitoral, todavia, não tem sido assim. É o que veremos, com mais profundidade, ao tratarmos da ação civil pública (tópico 4.3.3, *infra*).

4.3.2 O poder de polícia da Justiça Eleitoral e a publicização do processo

A Justiça Eleitoral diferencia-se dos demais ramos do Poder Judiciário. Deveras, mais do que dizer o direito ao caso concreto, incumbe-lhe organizar e conduzir todo o processo

¹⁹ Art. 5º, § 1º: O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

²⁰ “É certo que ao juiz e ao promotor, como cidadãos, não se proíbe tenham opinião político-partidária. Mas é incompatível que se filiem a partidos políticos, pertençam a órgãos de direção partidária, exerçam qualquer ação direta em favor de um partido, ou mesmo participem de suas campanhas. Devem ainda abster-se de fundar partido político ou de praticar qualquer ato de propaganda ou de adesão pública a programas de qualquer corrente ou partido político, bem como abster-se de promover ou participar de desfiles, passeatas, comícios e reuniões de partidos políticos, ou de exercer ou até mesmo concorrer aos cargos eletivos correspondentes, pois para tanto não se dispensa a militância político-partidária” (MAZZILLI, 2000, n.p).

eleitoral, extraíndo das urnas, ao cabo, a vontade popular na escolha dos mandatos. É atividade que se exerce, sobretudo, em função da democracia representativa.

Nesse processo, há uma mescla de atribuições, muitas delas estranhas à moldura do Judiciário a partir da divisão tripartite de poder. Não se trata, também, de reconhecer *funções atípicas*, como ocorre em todos os poderes, até porque o conjunto de tais funções é da essência dessa justiça especializada. Reconhece-se, por isso, que a Justiça Eleitoral exerce *funções anômalas*, quais sejam: jurisdicional, administrativa, normativa e consultiva.

Neste momento, importa-nos a função administrativa. A partir dela, como ensina Jairo José Gomes (2021, n.p.), *“deverá o juiz eleitoral agir independentemente de provocação do interessado, exercitando o poder de polícia que detém”*. Aqui se insere o exercício do poder de polícia. Tal poder, no âmbito do Direito Eleitoral, encontra suporte na verificação da *“supremacia do interesse público evidenciado pelo processo eleitoral”* (VELLOSO; AGRA, 2020, n.p.).

De acordo com o Código Tributário Nacional, em norma que foi capaz de apresentar, com singular precisão, os limites desse instituto jurídico, exige-se que o poder de polícia seja exercido *“com observância do processo legal”*, sob pena de abusividade (CTN, artigo 78, parágrafo único). E aqui reside, a nosso juízo, a principal dificuldade de aceitação dessa prática no atual regime constitucional. Isso porque, sob a égide da Constituição Federal de 1988, o devido processo legal tem como desdobramento, justamente, o dever de imparcialidade do julgador, contexto no qual se insere a inércia da jurisdição. Em verdade, a caracterização dessa atividade do juiz para o plano da função administrativa, como se apartada fosse da função jurisdicional, é apenas estratégia para lhe conferir validade jurídica. Essa confusão se descortina e fica ainda mais evidente nas eleições municipais, em que o denominado poder de polícia é exercido pelo mesmo juiz competente para julgar as lides correspondentes.

Por isso que, no exercício da função normativa, numa salutar autocontenção de poder, o TSE assentou que, no exercício do poder de polícia, *“no caso de condutas sujeitas a penalidades, a autoridade eleitoral delas cientificará o Ministério Público”* (Resolução nº

23.610, artigo 6º, § 3º²¹). Pela mesma Resolução, caso a irregularidade constatada na *internet* se refira ao teor da propaganda, não será admitido o exercício do poder de polícia (artigo 7º, § 1º), porquanto, no ponto, o marco civil da internet exige “*ordem judicial específica*” (Lei nº 12.965/2014, artigo 19), incompatível, pois, com ordem fundada na atividade administrativa. *Ordem judicial*, à evidência, não é *ordem do Judiciário*: é aquela que decorre do exercício da jurisdição. Com isso, é de diminuta importância, quiçá ineficaz, o exercício do poder de polícia para combater o fenômeno das *fake news*.

Em verdade, uma vez verificada a indisponibilidade do direito, a solução deveria ter sido a mesma divisada a partir da publicização do processo: uma maior participação do Ministério Público. Garantir-se-ia, com isso, a necessária presença do Estado, sem abrir mão da inércia da jurisdição e do dever de imparcialidade do julgador.

O caminho trilhado pela legislação eleitoral, mais uma vez, não acompanhou o desenvolvimento de institutos moldados a partir do direito público. Mas a maturidade atual de nosso regime constitucional não aceita solução legislativa divorciada de todos os consectários inerentes do devido processo legal. Veja que, a título de exemplo, apenas recentemente a legislação processual penal corrigiu o equívoco da revisão judicial do arquivamento de inquérito policial, numa remodelação entre os papéis do Poder Judiciário e do Ministério Público (Lei nº 13.964/2019). Embora o fundamento esteja na Constituição, especificamente no modelo acusatório, o antigo regime vigorou por muitos anos²², a evidenciar a afirmação que já fizemos em tópico precedente: o avançar de nova compreensão, ou o surgimento de novo diagrama, com o desfazimento de estruturas antigas, não se dá de forma linear em todos os ramos do Direito e para todos os institutos jurídicos; é processo que demanda tempo e maturidade constitucional. A nosso juízo, porém, é o mesmo caminho a ser trilhado pelo poder de polícia no âmbito do Direito Eleitoral, numa futura e necessária reformulação legislativa entre os papéis do *Parquet* e do Poder Judiciário, desta feita em consonância com o modelo constitucional.

²¹ É o que também consta da súmula/TSE nº 18: “*Conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei nº 9.504/97*”.

²² E ainda vigora, porquanto a norma, por ora, está liminarmente suspensa por força de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 6.305.

4.3.3 A questão da ação civil pública

Não obstante o avanço legislativo de 2015, numa visão das ações eleitorais como categoria das ações coletivas, não houve correção do retrocesso verificado em 2009. De fato, na minirreforma daquele ano, foi incluído o artigo 105-A na Lei Geral das Eleições, dispondo que, *“em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”*.

E a vedação tem consequências graves, porquanto não se trata de excluir uma ação, mas um conjunto normativo. Quis o legislador, na verdade, naquela ocasião, afastar do processo civil eleitoral todo o regramento jurídico que compõe o denominado microsistema de tutela coletiva.

Com efeito, para o manejo da ação civil pública, o Ministério Público tem a seu dispor prerrogativas que se ligam instrumentalmente àquela ação. É o caso, por exemplo, do inquérito civil, cujo escopo, nas palavras sempre lembradas do Ministro Celso de Mello, então assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, *“configura procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública”* (apud ZANETI JR.; GARCIA, 2010, p. 124). Como consequência da vedação legal, importantes debates jurisprudenciais surgiram em torno da possibilidade ou não da utilização, pelo Ministério Público, dos elementos de informação colhidos no âmbito do inquérito civil, ora aceitando-os, ora refutando-os, num clima de absoluta insegurança jurídica. Como resposta, a Procuradoria-Geral da República e a Procuradoria-Geral Eleitoral, naquele mesmo ano, editaram a Portaria nº 1^o²³, a qual criou o “procedimento preparatório eleitoral” (PPE), à semelhança do próprio inquérito civil. Até agora – ao menos – o PPE tem sido aceito pela jurisprudência. Mas a ausência de previsão legal traz com ela um elevado risco de mudança desse entendimento, movimento tão comum no âmbito da Justiça Eleitoral...

Outrossim, ao proibir o uso da ação civil pública em matéria eleitoral, deixa de existir a figura típica de que trata o artigo 10 da Lei nº 7.347/1985, segundo o qual é crime, punido com detenção de um a três anos, mais multa, *“a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público”*. É norma ainda mais importante no âmbito eleitoral, de prazos sabidamente

²³ Publicada no Diário Oficial da União em 11/09/2019, Edição 176, Seção 1, página 219.

exíguos. Aliás, “*em praticamente nenhum outro ramo do direito, o fator tempo possui tamanha relevância jurídica*” (ZILIO, 2018, p. 242).

Outra consequência da vedação legal está na impossibilidade de uso do termo de ajustamento de conduta, também celebrado pelo Ministério Público no âmbito do inquérito civil. Efetivamente, segundo o TSE, “*a realização de termos de ajustamento de conduta previstos no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 não é admitida para regular atos e comportamentos durante a campanha eleitoral, consoante dispõe o art. 105-A da Lei nº 9.504/97*” (RESPE nº 32.231, 2014). Retira-se do Ministério Público, com isso, importante instrumento destinado à tutela *preventiva* de interesses difusos, reservando-lhe um papel exclusivamente demandista e não mais consentâneo com a atual realidade processual, muito mais próxima da consensualidade.

Feitas essas considerações, é forçoso reconhecer que, não obstante a legitimidade *ad causam* do Ministério Público e a inegável natureza coletiva das ações eleitorais, a legislação atual afastou importantes instrumentos da tutela coletiva. É o Ministério Público presente, mas não em sua inteireza.

É atividade legislativa divorciada da atual conformação social, forjada no diagrama de controle. Não obstante a massificação do exercício de poder, não mais confinado, o instrumento processual do Direito Eleitoral continua recluso a um sistema pensado e concebido em outra época. Embora o processo coletivo represente, como visto, importante passagem do Direito de um diagrama para outro, mais próximo da pós-modernidade e de todos os problemas surgidos nesse novo ambiente, o legislador eleitoral tratou proibir o uso de instrumentos jurídicos que ao longo dos anos se mostraram exitosos nessa nova conformação social.

A nosso ver, uma vez caracterizada a jurisdição eleitoral como desdobramento do processo coletivo, porquanto direcionada à defesa de direito difuso, é imperioso reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 105-A da Lei Geral das Eleições. Isso porque, como *recentemente* decidiu o Supremo Tribunal Federal, “*o sistema processual coletivo brasileiro, direcionado à pacificação social no tocante a litígios meta individuais, atingiu status constitucional em 1988, quando houve importante fortalecimento na defesa dos interesses difusos e coletivos [...]*” (RE nº 1.101.937/SP, 2021). De fato, dentre os princípios que regem a tutela desses novos direitos, está o da “*não taxatividade da ação coletiva*”, postulado a partir

do qual se compreende que “qualquer direito coletivo poderá ser objeto de ação coletiva. Portanto, limitações levadas a efeito tanto pela jurisprudência como pela legislação infraconstitucional são inconstitucionais” (ZANETI JR.; GARCIA, 2010, p. 22). Aliás, especificamente quanto ao Ministério Público Eleitoral, já decidiu o Pretório Excelso (ARE nº 728.188, 2013):

Ao revés, o Ministério Público atua de forma neutra com relação aos concorrentes, desempenhando o importante papel de fiscal da legalidade do processo eleitoral. E, para que possa desincumbir-se a contento desse magno mister, cumpre assegurar ao *Parquet* a mais ampla liberdade de ação, garantindo-se-lhe, dentre outras franquias, a faculdade de, a qualquer tempo, contrapor-se ao registro de candidaturas que não preencham os requisitos legais.

[...]

Conclusão diversa, tendente a cercear o âmbito de ação do MP, a meu sentir, afrontaria diretamente o disposto no art. 127 da CF, o qual, permito-me insistir, atribui-lhe, sem qualquer limitação, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

É de ser refutada, por fim, a afirmação de que o microsistema de tutela coletiva seria incompatível com a celeridade das ações eleitorais. Bastaria a necessária adequação daquele regramento, pela lei ou pela jurisprudência, ao sistema de preclusão que é próprio da jurisdição eleitoral. O abuso do poder econômico, por exemplo, é causa de pedir que pode ser veiculada em duas ações, desde o registro da candidatura até a diplomação, pela AIJE, e desde a diplomação até os quinze dias seguintes, pela AIME. E cada qual seguirá rito diverso! Nada impediria, senão por indevida restrição do legislador, o manejo de uma ação *atípica* em todo esse interregno, até mesmo abrangendo outros ilícitos eleitorais. Por que não a ação civil pública, ou qualquer outra, independentemente de rótulos? A nosso juízo, não há resposta que encontre o necessário suporte científico. Bastaria inseri-la na justeza do calendário eleitoral, como forma de privilegiar o princípio da celeridade. A indisfarçável desconfiança do legislador para com o julgador, de que falamos no tópico 4.2.2, *supra*, acabou se voltando contra o Ministério Público...

Em verdade, uma vez afastado o manejo do microsistema coletivo ao âmbito jurisdicional eleitoral, tem-se por obstada a utilização de instrumentos que marcaram a passagem do Direito do diagrama de disciplina para o diagrama de controle, como analisado acima. Basicamente, sobraram instrumentos processuais próprios da conformação social

anterior, quando a sociedade ainda não conhecia todo o perigo que o fenômeno das *fake news* representa para a democracia.

A restrição *a priori* ao instrumento processual, como se vê, é indevida e não consulta ao interesse difuso tutelado pelas ações eleitorais.

5 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS CIVIS ELEITORAIS

Sob a ótica da tutela coletiva, própria do diagrama de controle, as lides eleitorais foram analisadas no capítulo precedente. Neste capítulo, a abordagem é voltada para o regramento concebido na conformação social anterior, a partir de um direto processual marcadamente individualista. Mas isso não significa, em absoluto, que se trata de regramento ineficaz, até porque grande parte dos problemas atuais são os mesmos de outrora.

Ademais, quando se trata de *fake news*, objeto deste trabalho, seria quase pueril afirmar que a adoção integral do microssistema de tutela transindividual apresentaria, *per si*, solução eficaz. Trata-se de fenômeno multidisciplinar, até mais ligado à educação digital e ao desenvolvimento da cidadania do que propriamente ao Direito.

Nesse novo ambiente, o principal desafio do processo jurisdicional eleitoral, a nosso juízo, tem sido lidar com problemas novos *apenas* com instrumentos antigos, sem a necessária atualização. A título de exemplo, permitindo-nos a insistência, o Ministério Público é ator processual necessariamente presente nas demandas eleitorais, como autor ou fiscal da lei, mas sem poder fazer uso de todos os instrumentos que, no dia a dia, estão à disposição da Instituição para a consecução de sua finalidade coletiva.

Mas é claro que as ações taxativamente previstas pelo legislador, usadas há tantos anos, ostentam relevância jurídica e por isso serão analisadas nos subtópicos abaixo, com o enfoque naturalmente voltado ao enfrentamento das *fake news*.

5.1 A causa de pedir na Justiça Eleitoral

Antes de analisarmos cada uma das ações que, abstratamente, possam veicular a *fake news* como causa de pedir, típicas ou atípicas, é importante ressaltar as principais distinções entre as ações cíveis em geral e o processo civil eleitoral quanto à causa de pedir.

De fato, o princípio da legalidade mostra-se bastante presente no Direito Eleitoral, norteando vários de seus institutos. É reflexo, como se sabe, do Estado Liberal, concebido sobretudo para a defesa da liberdade individual. Como consequência, o direito material eleitoral é também marcado pela *tipicidade*, com descrição mais detalhada, pelo próprio legislador, da conduta e suas consequências jurídicas. Em outras palavras, são tipos

fechados²⁴. Almeja-se, com isso, a menor interferência possível do Poder Judiciário na escolha do mandato popular. Como consequência, aponta a doutrina (JORGE; RODRIGUES, 2014, n.p.):

Isso retira do juiz a possibilidade de julgar diversamente ou a menor do que diz a lei, que, frise-se, fixa a sanção típica para o tipo (aberto ou fechado) previsto na lei eleitoral. Igualmente, esta regra retira do autor da demanda eleitoral qualquer chance de manipular ou definir, *sponte sua*, qual a sanção a ser aplicada à lide levada ao Judiciário Eleitoral. Não existe essa possibilidade. Ao propor a demanda, o legitimado ativo é apenas um portador do interesse difuso levado em juízo (representante adequado *ex lege*), ou seja, a conduta e a sanção correspondente prevista pela lei eleitoral.

O magistrado, porém, não está preso à narrativa fática trazida aos autos pelo autor, nem significa que deva cerrar os olhos para a realidade fática que venha a ser revelada durante a tramitação da ação e à luz do contraditório. Para o julgador eleitoral, deve importar menos a *fotografia* feita pelo autor e mais o *filme* produzido pela dialética.

Sabe-se que, pela teoria da substanciação, os fatos delimitam objetivamente a demanda e vinculam a prestação jurisdicional. Por isso que, embora o juiz não esteja limitado aos fundamentos jurídicos trazidos pelas partes, estará adstrito aos fatos narrados. Trata-se também de elemento com grande repercussão na fase probatória, porque, antes do ônus de provar, existe o ônus de alegar. Somente fatos alegados poderão ser provados, desde que controversos. A propósito, diz o Código de Processo Civil que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa (artigo 369).

Essa rigidez da causa de pedir, todavia, é própria do direito privado, em que a disponibilidade do interesse em jogo confere às partes maior protagonismo no resultado do processo. O direito processual eleitoral, por sua vez, segue sistemática diversa, consoante se observa do artigo 7º, parágrafo único, e artigo 23 da LC nº 64/1990:

²⁴ “O direito material eleitoral é marcado pelo princípio da tipicidade. Este princípio nada mais é do que uma derivação do princípio da legalidade e, confessadamente, é um dos marcos característicos do Estado Liberal. A segurança jurídica é o fator de *discrímen* que justifica a existência do princípio da tipicidade no direito material eleitoral. Não por acaso, é um princípio que está, com algumas variações, presente no direito administrativo, no direito tributário e no direito penal” (RODRIGUES; JORGE, 2014, n.p).

Art. 7º. Encerrado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Juiz, ou ao Relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal.

Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Entendeu o legislador, e com razão, que os interesses indisponíveis inerentes às ações eleitorais justificavam a *permeabilidade* da causa *petendi*, deixando-a aberta, com amplitude das matérias cognoscíveis. A partir disso, é possível nas ações eleitorais que o juiz conheça, *ex officio*, de fatos não constantes da petição inicial ou da contestação, mas trazidos supervenientemente aos autos²⁵, sem que isso, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, represente ofensa ao contraditório. Efetivamente, por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.082/DF, j. em 1/7/1994, disse o *Pretório Excelso*:

Em realidade, o que bem interessa é a verdade na decisão final. Certo é que o juiz pode conhecer de ofício de aspectos da causa, máxime em que predominante interesse público se faça presente, ou enquadráveis entre as que se denominam de ordem pública. Não é possível, hoje, deixar de considerar o processo como eficaz instrumento de ação política estatal, notadamente no que respeita a litígios vinculados à composição do poder político, quando isso se faz sob controle do poder judiciário, tal como sucede no âmbito do processo eleitoral, desde o alistamento até o registro de partidos, de candidatos e a diplomação dos eleitos.

[...]

No plano das demandas do direito eleitoral, a participação do juiz, no processo, é ainda mais significativa, na medida em que a sujeição das diversas etapas do processo a prazos rígidos e fatais leva, por si só, a necessidade de revestir o juiz de autoridade que garanta conduzir a bom termo o complexo procedimento eleitoral.

Deveras, como explicou Dinamarco, “a nota de publicidade do processo tem como causa imediata, resumidamente, a indisponibilidade de direitos; e, como reflexo funcional no processo, a sua inquisitividade” (2008, p. 65). Surge, nesse contexto, a figura do julgador como mais um protagonista processual, não mero espectador, de maneira a salvaguardar o interesse público objeto da ação.

²⁵ Entende a doutrina, porém, que o limite temporal está no princípio da estabilização da demanda, também aplicável no âmbito do Direito Eleitoral (FARIAS FILHO, 2018, p. 177).

Prova do que aqui se defende, a nosso juízo, verifica-se na súmula TSE nº 45, dispondo que, *“nos processos de registro de candidatura, o Juiz Eleitoral pode conhecer de ofício da existência de causas de inelegibilidade ou da ausência de condição de elegibilidade, desde que resguardados o contraditório e a ampla defesa”*. A amplitude da cognição judicial para essas questões, como se sabe, decorre da indisponibilidade do interesse tutelado, qualidade mantida, à evidência, com o ajuizamento de qualquer ação eleitoral. Se o juiz eleitoral tem plena cognição fora do âmbito da ação eleitoral, sem restrição das matérias cognoscíveis, ainda que fáticas, também o terá a despeito dela.

Ademais, como já visto, o Ministério Público é legitimado concorrente para as ações eleitorais, sem que o ajuizamento da ação por outro colegitimado impeça ou condicione sua inteira participação processual (Lei nº 9.504/1997, artigo 96-B, § 1º). Possível, portanto, que fatos conexos sejam trazidos aos autos pelo *Parquet*, os quais, obviamente, ampliarão objetivamente a lide.

A nosso juízo, é essa a interpretação que deve ser conferida à súmula 62 do TSE, segundo a qual *“os limites do pedido são demarcados pelos fatos imputados na inicial, dos quais a parte se defende, e não pela capitulação legal atribuída pelo autor”*. Levando em conta a permeabilidade da causa de pedir, os fatos estão, *a priori*, demarcados na petição inicial, mas não com imutabilidade. A súmula veio para reafirmar a validade do brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*, e não para restringir a matéria fática objeto da cognição judicial; é voltada a explicar a natureza do pedido nas ações eleitorais, e não a alterar a natureza da causa de pedir.

Por fim, deve o magistrado, naturalmente, ouvir antes as partes, evitando-se a decisão surpresa (CPC, artigo 10), ou seja, aquela que, a despeito de encontrar lastro nos autos, seja divorciada das premissas fáticas adotadas pelos litigantes para convencer o Juízo. Com isso, garante-se a observância do devido processo legal, sem descurar da necessária proteção do bem jurídico tutelado.

5.2 A legitimidade do Ministério Público

De acordo com a Constituição Portuguesa de 1976, compete ao Ministério Público a defesa da *“legalidade democrática”* (artigo 219º, 1). Não obstante a influência daquela Carta por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, é certo que, entre nós, o termo

não tinha grande aceitação, sobretudo pela sua intrínseca equivocidade e por espelhar um perfil institucional provavelmente ainda preso ao conceito de legalidade estrita. Trilhando caminho diverso, a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público brasileiro o dever de zelar pelo “*regime democrático*” (artigo 127); trata-se de termo obviamente mais abrangente, cujos efeitos, em verdade, irradiam-se para vários ramos do Direito, com múltiplas facetas²⁶.

É esse dispositivo que, no âmbito eleitoral, tem orientado e justificado a atuação do *Parquet*, como órgão agente (autor) ou interveniente (fiscal da lei). Como anota Mazzilli, “*considerando-se a destinação institucional do Ministério Público, de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, já temos sustentado o imediato cabimento de sua atuação fiscalizadora em todo o procedimento eleitoral*” (1997, p. 154).

Nesse aspecto, surge importante indagação: o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar qualquer ação eleitoral, versando sobre qualquer causa de pedir? A nosso juízo, não deve ser assim.

De fato, toda ação eleitoral tutela um valor democrático; porém, de maneira secundária, mediata, pode existir um interesse político-partidário, ou de algum candidato. Entre esses dois extremos, tem-se ora uma distância longa, destacando a tutela difusa, ora mais estreita, com maior visibilidade da tutela secundária. Neste último caso, o valor democrático não cede espaço para a tutela mediata, mas dela se separa numa linha muito tênue. Isso ocorre porque “*a tarefa de proteção ao acesso e ao exercício de mandato eletivo é exercida sempre a partir da análise de uma dimensão pessoal (do candidato ou eleito) e de uma dimensão coletiva (de observância às regras do jogo eleitoral)*” (ZILIO, 2018, p. 239). A dimensão coletiva sempre estará presente, em qualquer ação eleitoral, mas não na mesma intensidade.

Quando predominar o interesse coletivo, tem-se a presença do Ministério Público, como *agente* ou *interveniente*; por outro lado, quando sobrepujar o interesse secundário, será apenas *interveniente*. É o que ocorre, por exemplo, na representação visando ao direito de resposta, cuja legitimidade ativa a lei conferiu ao candidato, ao partido ou à coligação atingidos (Lei nº 9.504/1997, artigo 58), atuando o *Parquet* como fiscal da lei

²⁶ “O Ministério Público brasileiro muito evoluiu: começou como defensor do rei, passou a defensor do Estado, depois a defensor da sociedade, e hoje, nos termos do perfil que lhe traçou a Constituição de 1988, passou a ser defensor de uma sociedade *democrática*” (MAZZILLI, 2001, 128).

(Resolução TSE nº 23.608/2019, artigo 33, § 1º); existe, aqui, maior visibilidade dos aspectos ligados à honra e imagem do lesado, mas sem afastar, também, a tutela da qualidade da informação como vetor democrático. Outrossim, o TSE (Rp. nº 154105, 2012) já entendeu pela legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar representação pela prática de irregularidade em propaganda partidária²⁷, a despeito de o artigo 45, § 3º, da Lei nº 9.096/1995 – então em vigor – afirmar “*que somente poderá ser oferecida por partido político*”. Da mesma forma, o STF (ARE nº 728.188, 2013) firmou a tese, em repercussão geral, de que “*o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade para recorrer da decisão que julga o pedido de registro de candidatura, ainda que não tenha apresentado impugnação*”²⁸. Nesses dois últimos casos, pois, há clara predominância do interesse coletivo, justificando a iniciativa processual do *Parquet*.

Tratando-se de *fake news*, a solução deve ser a mesma. Não caberá ao Ministério Público, por assim dizer, ajuizar representação visando remover conteúdo potencialmente ofensivo a um ou outro candidato, a uma ou outra agremiação partidária; ter-se-á, nessa hipótese, mais visibilidade da tutela secundária. Apenas o ofendido, nesse caso, terá legitimidade, agindo a Instituição como fiscal da lei. Por outro lado, se a desinformação atingir a própria higidez do processo eleitoral – como ocorre, *v.g.*, nas infundadas acusações ao sistema eletrônico de apuração –, inegavelmente haverá predominância do interesse público, justificando então a legitimidade ativa do Ministério Público. O caso concreto, portanto, é determinando para se extrair, concretamente, a legitimidade ativa.

Feitas essas considerações, analisaremos na sequência as ações eleitorais, *típicas* ou *atípicas*, tendo sempre a *fake news* como causa de pedir.

²⁷ A propaganda partidária em rádio e televisão foi extinta pela Lei nº 13.487/2017.

²⁸ Na ocasião, o STF afastou a aplicação ao Ministério Público da súmula 11 do TSE, segundo a qual, “*no processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional*”.

5.3 Ações eleitorais

5.3.1 Representação por propaganda irregular

Informação é pressuposto do voto livre e consciente. É necessário que o eleitor conheça o passado e o presente de seu candidato, suas intenções e propostas, como forma de escolher, dentre as opções, aquele que melhor represente sua visão política.

Prevalece, aqui, o princípio da disponibilidade, corolário da liberdade de expressão, segundo o qual *“dentro das alternativas lícitas de propaganda, seguindo as regras da Lei das Eleições, o candidato, o partido ou a coligação tem a disponibilidade de escolha de qualquer meio de propaganda”* (RAIS et al., 2020, n.p.).

Mas não há, obviamente, liberdade absoluta. Essa etapa do pleito, em verdade, é permeada de regras proibitivas, como forma de conferir paridade de armas entre os candidatos, evitando-se o abuso, em quaisquer de suas formas. Não se trata de tarefa fácil, porquanto, na prática, *“a disputa eleitoral se tornou uma jornada de marketing, uma exploração e consumo de um produto mercadológico em que se emoldura a forma, permanecendo o conteúdo envolto em mistério indecifrável”* (CASTELO BRANCO, 2015, n.p.).

Irregular, portanto, é a propaganda eleitoral que ocorre à revelia da legislação, seja quanto ao conteúdo, quanto à forma e quanto ao tempo, podendo ser coibida pela *representação* de que trata o artigo 96 da Lei nº 9.504/1997, a chamada *Lei Geral das Eleições*.

Não obstante o *nomem juris*, é típica *ação* eleitoral, por meio da qual se busca punir o responsável e remover os danos causados, podendo ser ajuizada por candidatos, partidos políticos, coligações e pelo Ministério Público Eleitoral. Será de competência do Juiz Eleitoral, nas eleições municipais, ou do Tribunal Regional Eleitoral, nas eleições gerais; na disputa ao cargo de Presidente da República, será de competência do Tribunal Superior Eleitoral.

Tratando-se de publicação na *internet*, sobretudo em redes sociais, é muito comum a ausência de prévia identificação do autor da postagem. Nessa hipótese, admite-se o ajuizamento da representação *“endereçada genericamente contra o responsável”* (Resolução TSE nº 23.608/2019, artigo 17, § 1º), bastando a existência de requerimento liminar, pelo autor, para identificação dos respectivos dados pessoais e de postagem junto ao servidor.

Possível, de qualquer maneira, a aplicação dos artigos 338 e 339 do CPC²⁹ ao contencioso eleitoral, com a possibilidade de correção do polo passivo a partir da indicação feita pelo requerido. São dispositivos que, de fato, instrumentalizam a razoável duração do processo, por afastar a extinção anômala e permitir o aproveitamento de atos processuais. Tratando-se de *fake news*, essa solução mostra-se ainda mais importante.

Com efeito, imagine como seria danoso a determinado candidato, atacado por campanha difamatória via *telemarketing*, ter sua AIJE extinta em virtude de ilegitimidade passiva, forçando-o a propor uma nova demanda e, com isso, postergando no tempo a duração dos “ataques tememáticos”! (ATAÍDE JÚNIOR; GOUVEIA FILHO, 2018, p. 312).

Quanto ao rito, o representado será citado para apresentar defesa em até dois dias, com posterior remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para parecer em um dia, seguido da imediata abertura de conclusão, para decisão e publicação em um dia.

Na prática forense, tratando-se de *fake news*, a representação por propaganda irregular é a ação que mais tem sido utilizada. Deveras, o primeiro caso analisado pelo TSE nas eleições gerais de 2018, tratando dessa temática, chegou àquela Corte por intermédio da Representação nº 060054670.2018.6.00.0000, ajuizada pelo diretório nacional do partido político “Rede Sustentabilidade (Rede)” contra o “Facebook Serviços Online do Brasil Ltda”. A lide versava sobre ataques na *internet* contra uma então candidata a Presidente da República (BRASIL, TSE, 2018)³⁰. Em decisão liminar, o Ministro Sérgio Silveira Banhos aduziu que não se trata de problema novo na política, mas que “*a significativa diferença no mundo contemporâneo é que, com as redes sociais, a disseminação dessa informação maliciosa passou*

²⁹ Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu. Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º.

Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

§ 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338.

§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

³⁰ Segundo a doutrina, a decisão “*possui caráter histórico e cultural, ao ser a primeira decisão do TSE, no aludido ano, a abordar o tema fake news, tão em voga desde as eleições de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos em 2016*” (FESTUGATTO, 2019, p. 237).

a ser mais rápida, mais fácil, mais barata e em escala exponencial". O Ministro ainda analisou o fenômeno sob a ótica da *"época da Pós-verdade"* e dos *"tempos líquidos"*, para concluir que a atuação da Justiça Eleitoral *"deve ser firme, mas cirúrgica"*, estabelecendo-se um *"contraponto entre o direito à liberdade de expressão [...] e o direito também constitucional e sagrado de bem exercer a cidadania ativa, no sentido de garantir a todos o direito de votar de forma consciente"*. Na sequência, concluindo haver *"diversas publicações contendo informações inverídicas"* contra a então candidata, o Ministro determinou, liminarmente, a remoção de URLs, a disponibilização de registros de acesso de certa postagem, a identificação do número de IP da conexão e do cadastro na rede social, bem como disponibilização dos dados pessoais do criador e administradores do perfil, tudo nos termos do artigo 33, § 3º, da Resolução TSE nº 23.551/2017, então vigente e que dispunha, dentre outros assuntos, da propaganda eleitoral.

5.3.1.1 Propaganda eleitoral negativa

A propaganda eleitoral pode dar-se da forma *positiva* ou *negativa*. No primeiro caso, mais clássico, o candidato pretende realçar suas virtudes, ao passo que, no segundo, quer mostrar para os eleitores os pontos desfavoráveis de seus concorrentes. A princípio, as duas formas são aceitas; juntas, são capazes de revelar uma candidatura em contraposição à outra.

De fato, não basta ao eleitor conhecer as ideias de um candidato e sua proposta de governo. Para que a escolha seja livre e consciente, é preciso conhecê-lo além da máscara criada pelo *marketing* político, seu passado e seu presente, seus valores como pessoa, sua forma de interação social e o cuidado que teve, ou que não teve, no trato com a coisa pública.

Logo, os ataques de um candidato a outro, quando nivelados pela polidez e num ambiente de paridade de armas, inerente ao debate palatável, com exposição de fatos verídicos³¹, são próprios do jogo político e até mesmo favoráveis ao avanço da democracia.

³¹ A propósito, é crime eleitoral, punido com detenção de dois meses a um ano, ou multa, *"divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado"* (Código Eleitoral, artigo 323). Entende-se, como aponta a doutrina, haver *"uma espécie de tutela da verdade como valor absoluto pela legislação eleitoral no caso das propagandas mentirosas"* (SILVA; HELPA, 2017, p. 52).

Como se sabe, o conhecimento que surge da dialética, também aplicável à disputa eleitoral, tem como pressuposto a contraposição de ideias, revelando seus aspectos positivos e negativos. Por isso que *“quem pretende disputar uma eleição deve estar ciente de que sua vida, sua conduta, suas posições, o que pensa, o que defende, o que fez ou deixou de fazer será julgado pelo eleitor no dia do pleito”* (PREZOTO, 2018, p. 43). Efetivamente, a *“vida pregressa do candidato”* é tão relevante que contou com expressa previsão, inclusive, no artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, dispositivo que confere ao legislador complementar as diretrizes para as hipóteses de inelegibilidades.

Existe, porém, uma linha tênue entre as informações pessoais de interesse coletivo e aquelas tidas por invioláveis pelo Constituinte originário, porquanto inerentes à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (CF, artigo 5º, X). Em igual medida, também se tutelam os direitos das minorias e de outros grupos vulneráveis, numa vedação de retrocesso da atual compreensão dos direitos humanos. Como consequência, apenas informações verídicas, objetivamente aferíveis e alheias ao discurso de ódio, são permitidas no pleito a título de propaganda eleitoral negativa.

5.3.1.2 propaganda eleitoral na *internet*

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios Contínua, do IBGE, mais de 33% das residências não eram servidas em 2018 por esgotamento sanitário ou fossa séptica ligada à rede de esgoto (BRASIL, IBGE, 2019). Naquele ano, porém, de acordo com os dados da mesma pesquisa nacional, a *internet* estava presente em quase 80% dos domicílios (BRASIL, IBGE, 2018). No mundo, um relatório da ONU de 2019 estimou que mais de 4 bilhões de pessoas usavam a *internet* (ONU, 2019). Apenas cinco anos antes, todavia, a OMS divulgava que 1 bilhão de pessoas ainda praticava a defecção no chão (OMS, 2014).

Efetivamente, ninguém nega que a *internet* é essencial para o exercício da cidadania. Aliás, é o que consta do artigo 7º da Lei nº 12.965/2014, o Marco Civil. O surpreendente, na verdade, é constatar como semelhante necessidade pôde superar, a passos largos, a implementação de políticas públicas básicas.

De qualquer maneira, esses dados escancaram a presença daquilo que se convencionou chamar de revolução digital, também conhecida como a *terceira revolução*

industrial. De fato, o meio digital mudou não apenas a nossa maneira de ver e interpretar o mundo, mas também nossas prioridades enquanto sociedade. Se antes a informação estava restrita a alguns suportes físicos, atualmente está disseminada no meio digital. Para informar ou desinformar, mensagens, fotos, vídeos e áudios são recebidos e transmitidos em curto espaço de tempo, alcançando um número expressivo de pessoas. Transações comerciais antes realizadas num aperto de mão são agora iniciadas e concluídas entre pessoas que nunca se viram. Em alguns cliques, o dinheiro – representado por números no monitor – pode atravessar o mundo. A informática, enfim, mudou as relações humanas.

As eleições, obviamente, não ficaram alheias a esse fenômeno. Em verdade, o enfoque do *marketing* político mudou, na mesma velocidade, dos meios convencionais de imprensa para ocupar as redes sociais. Os tradicionais comícios, outrora relevantes, rapidamente deram lugar a textos e vídeos adrede preparados e editados, tendo o candidato, muitas vezes, como mero intérprete. O orador deu lugar ao ator, enquanto o *locus* migrou do suporte físico, ou da praça, para o ciberespaço, um “[...] *ambiente complexo, de valores e interesses, materializado numa área de responsabilidade coletiva, que resulta da interação entre pessoas, redes e sistemas de informação*” (PORTUGAL, 2019).

Existe no Brasil, ademais, uma particularidade que torna a *internet* ainda mais relevante para debate político: a premente necessidade de redução dos custos de campanha diante da proibição de financiamento por pessoas jurídicas. Efetivamente, como alerta a doutrina (RAIS et al., 2020, n.p):

O atual e limitado modelo de financiamento eleitoral, associado ao período reduzido de campanha trazido pela Lei 13.165/2015 e ao número cada vez maior de eleitores conectados à Internet e engajados nesse meio, reclamava mesmo uma nova ordem de regras de propaganda eleitoral que contemplasse a veiculação de modalidades pagas de propaganda na Internet.

O legislador, como consequência desse ambiente de escassez, teve de dar respostas. A primeira delas foi pela Lei nº 12.034/2009, expressamente admitindo a propaganda eleitoral na *internet*, desde que gratuita. Cuidou, na ocasião, de proibi-la em sítios de pessoas jurídicas, ainda que sem fins lucrativos, ou em sítios ligados aos entes e órgãos da Administração Pública.

Alguns anos depois, foi aprovada e sancionada a Lei nº 12.891/2013, admitindo a retirada, pela Justiça Eleitoral, de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da *internet*, inclusive redes sociais, além de tipificar a conduta de contratar, direta ou indireta, grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação.

Já em 2017, por meio da Lei nº 13.488, que promoveu nova mudança na Lei Geral das Eleições, o legislador entendeu por bem flexibilizar a proibição de propaganda eleitoral paga na *internet*, admitindo o impulsionamento de conteúdo, desde que contratado antes do dia do pleito e diretamente com provedor da aplicação com sede e foro no País. O legislador ainda equiparou ao impulsionamento “*a priorização paga de conteúdos resultantes de aplicações de busca na internet*” (Lei nº 9.504/1998, artigo 26, § 2º), ou seja, “*o link objeto de impulsionamento é exposto em caráter prioritário no resultado de pesquisas com o provedor de busca contratado, em espaço específico destinado à publicidade*” (RAIS et al, 2020, n.p)

Por expressa disposição legal, porém, o impulsionamento somente tem lugar para *promover* ou *beneficiar* candidatos ou agremiações (Lei nº 9.504/1998, artigo 57-C, § 3º). Por isso que, regulamentando essa regra, o Tribunal Superior Eleitoral, com razão, expressamente proibiu o impulsionamento na propaganda *negativa* (Resolução TSE nº 23.610/2019, artigo 29, § 3º). É de se concluir, pois, que a propaganda eleitoral negativa, quando feita pela *internet*, continua sendo admitida tão somente na modalidade gratuita. Trata-se de medida salutar para combater as *fake news*.

O legislador de 2017, ademais, notou o descompasso entre o tempo do processo legislativo e a velocidade com que novas tecnologias são criadas e rapidamente incorporadas nos meios de comunicação. Inseriu, por isso, o artigo 57-J na Lei Geral das Eleições, delegando ao Tribunal Superior Eleitoral a tarefa de regulamentar a propaganda na internet “*de acordo com o cenário e as ferramentas tecnológicas existentes em cada momento eleitoral*”. A partir de então, portanto, tratando-se de propaganda eleitoral, os desafios trazidos pela sociedade moldada a partir do diagrama de controle serão regulamentados pela atividade normativa da Justiça Eleitoral, e não mais pela atividade legiferante.

5.3.1.3 Remoção de conteúdo e requisição judicial de dados e registros eletrônicos

Para o candidato ou partido político prejudicados pela propaganda ilícita, a remoção do conteúdo pode ser mais relevante do que a imposição de sanção ao responsável. Pode ser que o principal interesse seja evitar a disseminação da desinformação, se ainda possível, num juízo de redução de danos.

Por isso que o Tribunal Superior Eleitoral, fazendo uso da delegação legislativa prevista no artigo 57-J da Lei Geral das Eleições, acima citada, reservou seções denominadas “da remoção de conteúdo na *internet*” (artigo 38) e “da requisição judicial de dados e registros eletrônicos” (artigos 39 a 41) na Resolução nº 23.610/2019, que dispõe sobre propaganda eleitoral.

É necessária, pois, uma atuação comedida da Justiça Eleitoral, uma autocontenção de poder, de maneira a evitar cerceamentos desproporcionais à liberdade de expressão (RAIS; RAMOS, 2018, p. 229). De fato, segundo voto do então Ministro Marco Aurélio nos autos do HC nº 82.424, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2013, “*à medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião*”. Essa preocupação veio expressamente contemplada no artigo 38, § 1º, da citada Resolução, a nortear toda a aplicação da norma. Eis a redação regulamentar:

Art. 38. A atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático (Lei nº 9.504/1997, art. 57-J).

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

O conteúdo sobre o qual recai a ordem deve ser individualizado pela URL ou, se inexistente, qualquer outra forma de identificação inequívoca (URI ou URN), sempre observando, naturalmente, a responsabilidade do provedor prevista no Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/2014, artigo 19). Como regra, a ordem deve ser cumprida em até 24 horas, podendo o magistrado, em situações excepcionais, fixar prazo menor. Eventuais multas que

tenham incidido a partir do descumprimento serão destinadas ao cofre da União³², e não ao candidato, diante do caráter não indenizatório da Justiça Eleitoral.

Ainda de acordo com a norma, a impossibilidade de identificação imediata do usuário de *internet* responsável pelo conteúdo não pode, por si só, justificar a ordem judicial de remoção. Isso porque a postagem somente será considerada anônima depois de cumprida a ordem judicial de registros de conexão e de acesso e dados cadastrais. Por outro lado, a obtenção dessas informações somente tem lugar se presentes, cumulativamente, fundados indícios da ocorrência do ilícito de natureza eleitoral, justificativa motivada da utilidade dos dados solicitados para fins de investigação ou instrução probatória e o período ao qual se referem os registros.

Findas as eleições, as liminares não confirmadas por decisão de mérito transitada em julgado deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum.

Em alguns casos, a remoção do conteúdo é impossível, porquanto ausente o provedor de aplicação de internet que possa cumprir a ordem. É o que ocorre, por exemplo, numa *fake news* espalhada tão somente pelo aplicativo *WhatsApp*, em que o armazenamento se restringe ao *smartphone*. Nessa hipótese, a nosso juízo, nada impede que a ordem de remoção recaia sobre a *conta* do usuário, e não meramente sobre o *conteúdo*, desde que não se trate de conduta episódica e estejam presentes indícios de habitualidade ou risco concreto de renovação do ato ilícito. A medida, nessa hipótese, deve ser temporária e não precisa se restringir ao criador da *fake news*, podendo atingir, igualmente e na mesma extensão, aquele que, de maneira consciente e voluntária, contribuiu de qualquer modo para o êxito do compartilhamento em massa.

A multa, no caso, terá sempre natureza cominatória, jamais compensatória, porque mais interessa o cumprimento da obrigação do que o correspondente econômico. Significa dizer que, não havendo cumprimento da ordem, apesar da sanção pecuniária, deve o magistrado adotar medidas mais drásticas. Pode, por exemplo, determinar a indisponibilidade

³² Ao destinar os recursos ao cofre da União, e não ao Fundo Partidário, o TSE expressamente adota a posição segundo a qual a ofensa, no caso, recai em geral sobre toda a sociedade, e não em particular sobre os candidatos ou partidos políticos, devendo o resultado da sanção pecuniária, por conseguinte, beneficiar toda a coletividade.

de todo o *site*, ainda que por tempo determinado, se o responsável, não obstante a multa, descumprir a ordem de remoção do conteúdo ilícito.

Analisado todo esse contexto, é fácil perceber que a efetividade da decisão judicial de remoção de conteúdo, para fins eleitorais, pressupõe o deferimento do pedido liminar, sob pena de esvaziar sua utilidade diante da difusão de acessos. Não se mostra proveitoso, à evidência, remover conteúdo já acessado e compartilhado por uma multiplicidade de eleitores. O *periculum in mora* é presumido.

5.3.1.4 Produção antecipada de provas e tutela da licitude

De acordo com o legislador, a representação por propaganda eleitoral ilícita pressupõe, mais do que o relato dos fatos, a indicação de “*provas, indícios e circunstâncias*” (Lei nº 9.504/1997, artigo 96, § 1º). Por essa norma, exige-se um mínimo de lastro fático-probatório para o processamento dessa ação eleitoral, sob pena de inépcia da petição inicial. Em muitos casos, porém, referido dispositivo acabou por afastar o acesso à justiça, sobretudo pela impossibilidade, às vezes, de identificação *initio litis* do responsável pelo conteúdo ilícito.

Por isso, já se sugeriu o uso da produção antecipada de provas de que trata o artigo 381 do Código de Processo Civil. É o que consta, vale dizer, da “solução” apresentada pelo Grupo de Trabalho criado pelo TSE visando à sistematização das normas eleitorais, especificamente o eixo temático III, destinado à “propaganda eleitoral e temas correlatos”. Veja (BRASIL, TSE, 2019, pp. 122/123):

Uma das maiores dificuldades atuais quanto ao rito das representações, previsto no art. 96 da Lei nº 9.504/1997, é a sua exigência quanto às provas pré-constituídas para sua proposição. Isso era possível quanto às propagandas tradicionais. Não sendo viável quanto às propagandas na internet, que exigem investigação de autoria para punição e identificação do anonimato.

Com isso, as representações apresentadas à Justiça Eleitoral e até mesmo as petições para exercício do poder de polícia requerem a remoção imediata do conteúdo, liminarmente, no caso das representações, ou de ofício, no caso do poder de polícia, e, em seguida, como pedidos secundários, com fundamento no art. 35 da Res.-TSE nº 23.551/2017, requerem quebra de sigilo de dados e identificação da autoria.

Contudo, esses procedimentos são incompatíveis com a celeridade esperada do rito do art. 96 da Lei nº 9.504/1997, razão pela qual não se deveria permitir investigações nesse procedimento, devendo exigir-se a produção antecipada de prova de forma cautelar ou autônoma, conforme o art. 381 do Código de Processo Civil (CPC).

Essa solução não nos parece a mais adequada, porquanto ainda voltada, sobretudo, à identificação do responsável pelo ilícito, providência, como se sabe, sempre demorada e às vezes tecnicamente impossível num ambiente de criptografia. Insistindo nessa solução, ter-se-á, em verdade, relevante atraso na remoção do conteúdo ilícito, ou na adoção de medidas que impeçam ou dificultem o compartilhamento em massa da desinformação, em prejuízo não só do candidato ou do partido político prejudicados, mas de toda a sociedade atingida pela *fake news*.

Solução mais adequada, sem dúvida, foi apresentada por Paulo Henrique dos Santos Lucon (2018, p. 235) e diz respeito à possibilidade de utilização, no âmbito da Justiça Eleitoral, da *tutela da licitude*, instituto trazido pelo atual Código de Processo Civil no artigo 497, parágrafo único, segundo o qual, “*para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo*”.

De fato, como se sabe, por força da Constituição Federal de 1934, o Brasil veio a experimentar um direito processual unificado, rompendo com a fragmentação legislativa promovida pelo constituinte de 1891. Como consequência, o Código de Processo Civil passou a ser, na prática, o “*principal diploma jurídico nacional a regular a relação jurídica que se estabelece entre o Estado-juiz e os cidadãos*” (LUCON, 2018, p. 231). Isso fez com que tivesse aplicação subsidiária ou supletiva a outros ramos do Direito (CPC, artigo 15). Já dissemos, pois, que essa aplicação deve ser feita *cum grano salis*, sempre observando as peculiaridades da jurisdição eleitoral (item 4.3, *supra*). É preciso, pois, que exista compatibilidade sistêmica, como consta do artigo 2º, parágrafo único, da Resolução TSE nº 23.478/2016. Mas é o que se observa, no ponto, quanto ao instituto da *tutela da licitude*, o qual, superando a antiga concepção pecuniária dos direitos, encontra inteira correspondência com o interesse tutelado pelas ações eleitorais.

Perfeitamente possível, portanto, a tutela da licitude no âmbito da Justiça Eleitoral, prescindindo-se da discussão relativa a *dolo*, *culpa*, *dano* ou *autoria*, avançando, sem demora, para a adoção de medidas eficazes e rápidas visando à remoção da desinformação ou que impeçam seu compartilhamento em massa. Com isso, ainda segundo Lucon, “*a apuração da autoria da propaganda eleitoral ilícita será relevante apenas para eventual capítulo da decisão voltado à imposição de sanções aos responsáveis*” (*idem*, p. 236).

O que se pretende, em última análise, ao assegurar o predomínio da tutela específica é a observação do estabelecido pelo direito material. Nesse sentido, em matéria eleitoral, no que diz respeito ao combate à propaganda ilícita, mais relevante que eventual sanção aos infratores é a inibição por si só da propaganda irregular que viola, ao fim, a isonomia entre os candidatos (LUCON, *idem*, p. 234)

De fato, na atual compreensão do direito processual, tem-se por necessária a superação da tutela ressarcitória como única ou principal forma de tutela contra o ilícito. Isso é ainda mais evidente no processo civil eleitoral, voltado para a tutela de valores democráticos, sem possibilidade de quantificação monetária, revelando, por isso, perfeita correspondência sistêmica com o instituto.

Tratando-se de *fake news*, fenômeno decorrente da massificação do exercício de poder, sem visibilidade, tem-se por relevante solução processual que prescindida da discussão relativa à autoria para fins de remoção da desinformação.

Aliá, no âmbito do Direito Civil, já é sedimentada a compreensão de que a responsabilidade por abuso de direito independente da comprovação de dano. É o que consta, por exemplo, no enunciado nº 539 da VI Jornada realizada pelo Conselho da Justiça Federal: “*O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano*”. Segundo a justificativa do enunciado, “*pouco importa se haverá ou não cumulação com a pretensão de reparação civil*”. Fazendo o necessário transporte dessa compreensão ao Direito Eleitoral, com as adaptações necessárias, significa dizer que a representação por propaganda eleitoral irregular pode buscar, unicamente, a remoção do ilícito, independentemente da imposição de multa ao infrator; justamente por isso, pode não haver polo passivo. É a solução ainda mais salutar no âmbito das *fake news*, por conta da impossibilidade, muitas vezes, de identificação do criador da desinformação.

5.3.1.5 Ata notarial e metadados

Como se sabe, a prova digital tem muitas peculiaridades, porquanto a ausência de suporte físico, característica dessa informação, traz consigo grande risco de sua adulteração. Ganham destaque, por isso, a ata notarial e a coleta de metadados.

A ata notarial foi prevista pela Lei nº 8.935/1994, mas de maneira muito singela, cuidando o legislador tão somente de prevê-la como atribuição exclusiva do tabelião de notas (artigo 7º, III). A prática extrajudicial, por sua vez, acabou por conferir-lhe um conteúdo jurídico próprio, substancialmente distinto da escritura pública.

Efetivamente, enquanto a escritura pública encerra o suporte formal de declaração da vontade, a ata notarial descreve, em forma de narrativa, um objeto capaz de ser capturado pelos sentidos. Por isso que, segundo a doutrina, *“a ata notarial tem natureza autenticatória. Não constitui direitos ou obrigações, apenas preserva os fatos para o futuro”* (FERREIRA; RODRIGUES, p. 166).

A decomposição etimológica do nome *ata notarial* nos seus dois vocábulos também ajuda a compreendê-lo. Seu primeiro termo (*ata*) se liga ao étimo *acta* (ações ou feitos e registros de atos oficiais da magistratura, no direito romano). Integrada ao gênero *documento escrito*, a espécie *ata* passou a compreender uma ou mais partes não solicitantes, mas interessadas, subordinada ou não a ordem do magistrado, cuja manifestação afirma fins determinados pela vontade declarada ou exteriorizada, com os requisitos mencionados na lei ou em contrato, afirmando a identidade e a capacidade para cada ato. Em outros idiomas de origem latina, o que aqui se conhece como ata é o *verbale*, em italiano, o *procès verbal*, em francês, reservados *acta* e *acte* para outros fins.

A *ata* passa a ser *notarial* quando lançada por tabelião de notas a pedido de interessado, confirmada pela fé pública do profissional, sem constituir, porém, a prova plena que o Código Civil atribui à escritura tabelioa (CENEVIVA, 2014, n.p.)

A importância da ata notarial foi recentemente reconhecida pelo Código de Processo Civil, enumerando-a como meio de prova (artigo 384). Possível, pois, que escrito, áudio ou vídeo digital sejam vistos e/ou ouvidos pelo tabelião de notas, lavrando-se a respectiva ata. Ter-se-á, nessa hipótese, prova plena de sua existência formal, propiciando que seu conteúdo seja então submetido à prova judicial. Trata-se de solução ainda mais importante depois da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do recurso ordinário em *habeas corpus* nº 99.735/SC, rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, j. em 27/11/2018, que afastou a validade de *print* extraído da plataforma *WhatsApp Web*. Embora a decisão se refira ao processo penal, é perfeitamente aplicável ao âmbito cível, porquanto, ao fazer referência à cadeia de custódia, acabou por infirmar a própria integridade desse meio de obtenção da prova.

Outra preocupação relevante diz respeito à preservação da postagem digital, ou obtenção dos dados de criação, acesso e utilização de determinada conta em rede social. Nesse contexto, o artigo 22 da Lei nº 12.965/2014 dispõe que *“a parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet”*. São os metadados.

Por mais que sistemas de criptografia forte impossibilitem o acesso ao conteúdo do que está sendo comunicado ou armazenado, isso não implica a inacessibilidade de todo e qualquer tipo de informação referente aos dados cifrados. Nessa categoria, encontram-se os chamados metadados.

Metadados são geralmente definidos como “dados sobre dados”, informações descritivas sobre arquivos digitais ou ações realizadas no ambiente virtual. Tratam-se de todas as informações sobre determinado(s) dado(s) que não sejam o seu conteúdo em si (SINGER, FRIEDMAN, 2014, p. 297). Tomemos como exemplo uma ligação telefônica: o seu conteúdo é a própria conversa – o diálogo travado entre as pontas da comunicação; os metadados, por sua vez, são informações como o número do telefone do emissor, o número do telefone do receptor, a operadora utilizada, a duração da ligação, entre outros³⁶⁷.

Esses “rastros” deixados pela comunicação telefônica têm o potencial de serem particularmente relevantes para autoridades de investigação. Ainda que não apresentem especificamente o que foi comunicado, os metadados podem auxiliar nas respostas a diversos questionamentos sobre a conversa, como: (i) quem são as pontas da comunicação, ao indicar as linhas telefônicas utilizadas e, subsequentemente, seus titulares; (ii) quando a ligação foi realizada, por meio de data e hora; e (iii) onde a ligação foi realizada, pela localização da linha física, ou pela localização das antenas de telefonia no caso da comunicação via telefone celular (NASEM, 2018, p. 45). Por mais que esses dados por si só não resolvam com 100% de precisão cada um dos questionamentos, eles não deixam de ser informações relevantes para a investigação criminal. (LIGORI, 2022, n.p.)

Alguns provedores, outrossim, colocam à disposição de autoridades locais uma ferramenta de preservação ou obtenção direta dessas informações. É o que se verifica, por exemplo, no sistema “records” mantido pelo *Facebook* e *WhatsApp*.

Por fim, deve o juiz ter a cautela de que a atividade probatória recaia exatamente sobre a alegada *fake news*, não permitindo, por exemplo, que objeto diverso, sabidamente falso, seja maliciosamente apresentado em juízo pelo interessado na declaração de falsidade. É importante descrever, se for o caso, detalhadamente, as etapas de identificação, coleta, aquisição e preservação da evidência digital a ser periciada.

A propósito, de acordo a ABNT 27037 (2013, p. 19), *“convém que todo dispositivo digital coletado e potencial evidência digital adquirida sejam protegidos tanto*

quanto possível de perdas, adulteração ou espoliação. A atividade mais importante no processo de preservação é manter a integridade e autenticidade da potencial evidência digital e sua cadeia de custódia". Do contrário, não havendo confiabilidade no objeto, com segurança de sua integridade, não pode haver sobre ele atividade probatória.

5.3.2 Representação por pesquisa eleitoral irregular

Com a proximidade do pleito, ou com a mera expectativa da alternância de mandatos, surgem as pesquisas de intenção de voto, ou de rejeição, com a criação de um sem número de cenários e hipóteses.

Na atualidade, é tema que tem recebido grande atenção no âmbito do Direito Eleitoral, pela sabida influência que essas pesquisas exercem no eleitorado e, por conseguinte, nas diretrizes de determinada campanha política. De fato, com a planificação da intenção de votos a partir de critérios estatísticos, pode-se medir o êxito de um ou outro candidato, assim como identificar os principais concorrentes.

Do ponto de vista dos eleitores, existe o *efeito manada* ou *voto útil*, naturalmente fruto de uma imatura compreensão da política e do próprio processo eleitoral. Segundo Gomes (2021, n.p.), *"por serem psicologicamente influenciáveis, muitos indivíduos tendem a perfilhar a opinião da maioria, fenômeno a que se tem denominado 'efeito de manada'"*. Por isso que o candidato que lidera a intenção de votos faz tanto alarde na divulgação da pesquisa. É mais uma forma de convencer o eleitor.

Com isso, inúmeros institutos de pesquisa foram criados, alguns para desempenhar um trabalho sério, outros nem tanto. Não faltam exemplos de erros. O mais cômico talvez tenha ocorrido em 1985, na disputa para o cargo de Prefeito da cidade de São Paulo (lembrado por BARREIROS NETO, 2011, *apud* GOMES, 2021, n.p). O então Senador Fernando Henrique Cardoso, que na véspera do pleito liderava a pesquisa, com uma suposta diferença de sete pontos de seu adversário, chegou a sentar-se na cadeira do então Prefeito Mário Covas, posando para fotos. Todavia, perdeu a eleição para Jânio Quadros, o qual, vitorioso, como registra a imprensa, *"não poupou o gesto precipitado do adversário e no dia da posse desinfetou a poltrona, justificando-se: 'porque nádegas indevidas a usaram'"* (O GLOBO, 2016).

Em verdade, tais pesquisas apresentam um campo bastante fértil para *fake news*, mediante a criação de cenários fraudulentos apontando o êxito de certa candidatura, sobretudo às vésperas do pleito.

Ciente disso, o Congresso Nacional inseriu em 2006, numa minirreforma, o artigo 35-A na Lei Geral das Eleições, proibindo a divulgação de pesquisas eleitorais, a partir do décimo quinto dia anterior até as 18 horas do dia do pleito. A norma, porém, foi julgada inconstitucional pelo STF nos autos da ADI nº 3741-2, por ofensa ao acesso à informação e à manifestação do pensamento. De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski, relator, *“analisando a questão sob uma ótica pragmática, forçoso reconhecer que a proibição da divulgação de pesquisas eleitorais, em nossa realidade, apenas contribuiria para ensejar a circulação de boatos e dados apócrifos”*.

Diante da importância do tema, a legislação eleitoral traz vários requisitos para a divulgação das pesquisas e testes pré-eleitorais. Existe a obrigação, pela entidade ou empresa responsável, do registro da pesquisa junto à Justiça Eleitoral, até cinco dias antes da divulgação, indicando, dentre outras informações, quem contratou a pesquisa e a qual custo, a metodologia de trabalho, o plano amostral e o questionário apresentado (Lei Geral das Eleições, artigos 33 a 35).

Constatada qualquer irregularidade³³, sobretudo desinformação, é possível o manejo de representação, com fundamento no artigo 33, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 e artigo 15 da Resolução TSE nº 23.453/2015, inclusive com possibilidade de imediata suspensão da divulgação da pesquisa. Como o objetivo da pesquisa fraudulenta é influenciar o pleito, tem se entendido que essa ação deve ser ajuizada até a data das eleições, sob pena da falta de interesse de agir³⁴.

³³ A divulgação de pesquisa fraudulenta também é crime eleitoral, punível com detenção de seis meses a um ano e multa (Lei nº 9.504/1997, artigo 33, § 4º).

³⁴ Depois disso e até a diplomação, ainda é possível o ajuizamento da AIJE, se também verificado o abuso do poder econômico, abuso de poder de autoridade (ou poder político), ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social.

5.3.3 Direito de resposta

Já dissemos que informação é pressuposto do voto livre e consciente, apresentando ao eleitor todos os dados, positivos ou negativos, de candidatos e partidos políticos. Essa afirmação, porém, apenas terá validade se a informação for verídica. Somente assim o eleitor pode se convencer, ou ser convencido, a votar nesse ou naquele candidato, nessa ou naquela agremiação.

É por isso que a propaganda eleitoral assume conotação difusa, cuja lisura é de interesse de toda a sociedade. O ordenamento jurídico eleitoral contempla, pois, mecanismo para trazer a verdade à tona. A propósito, veja a doutrina de Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Cheim Jorge (2014, n.p):

O papel da propaganda é realmente captar licitamente o voto do eleitor, convencendo que determinado candidato é a melhor escolha a ser feita nas urnas eleitorais. Tudo que puder ser dito, que corresponda à verdade, e dentro dos limites legais fixados pela legislação eleitoral, sempre com intuito de captar voto do eleitor, deve ser dito. Quanto maior for a quantidade de informações verídicas captadas pelo eleitor, maior a chance de fazer um juízo de valor legítimo na escolha do mandatário político. Assim, a *verdade da informação* está diretamente ligada à liberdade de voto do eleitor.

A representação visando ao direito de resposta é um desses instrumentos. Por meio dela, candidatos, partidos e coligações atingidos por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social, podem representar à Justiça Eleitoral visando ao direito de resposta (Lei nº 9.504/1997, artigo 58; Código Eleitoral, artigo 243, § 3º).

A nosso juízo, o direito de resposta não coloca, em lados opostos, apenas a tutela da honra e da imagem e a liberdade de expressão e de imprensa. Semelhante afirmação, no limite, desconsideraria a importância do instituto para a tutela da democracia. Os interesses antagônicos, a serem trazidos ao juízo de proporcionalidade, são mais amplos. Em verdade, ao compreender os valores eleitorais como de relevância difusa, o direito de resposta garante, de maneira *imediata*, a própria lisura do pleito, traduzida na qualidade da informação levada ao eleitor, ao passo que os atributos da personalidade de candidatos e partidos são protegidos de forma *mediata*. Como explicamos no tópico 5.2, *supra*, há nessa ação apenas maior visibilidade da tutela secundária, mas sem excluir a proteção a valores democráticos. É por isso que o

Ministério Público também está presente, não como órgão agente (Lei nº 9.504/1997, artigo 58), mas como interveniente (Resolução TSE nº 23.608/2019, artigo 33, § 1º).

A representação pode abranger, indistintamente, conteúdos veiculados na imprensa escrita, na programação normal das emissoras de rádio ou televisão, no horário eleitoral gratuito, na *internet*, dentre outras. Tem-se entendido, e com razão, não ser razoável que o candidato use seu tempo de propaganda eleitoral, às vezes escasso, para desmentir fatos inverídicos, deixando de informar o eleitorado sobre seus planos políticos (SILVA; HELPA, 2017, p. 59). O direito de resposta, logo, presta-se a semelhante papel, numa forma de acréscimo de tempo. O meio onde veiculada a ofensa traz reflexos no rito processual, sobretudo pela forma de prova e de cumprimento da decisão que eventualmente deferir a resposta.

De acordo com o Texto Constitucional, é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo (CF, artigo 5º, V). Por isso que a resposta deve ter a mesma abrangência e importância que foi dada à ofensa, *“no mesmo veículo, espaço, local, horário, página eletrônica, tamanho, caracteres e outros elementos de realce usados na ofensa”* (RODRIGUES; JORGE, *op. cit.*).

A celeridade da resposta é da maior importância para o lesado e para a sociedade, num juízo de redução de danos. Por conseguinte, a legislação determina que a decisão seja proferida pela Justiça Eleitoral em até 24 horas, inclusive ameaçando a “autoridade judiciária” com subsunção dessa conduta omissiva a um tipo penal (Lei nº 9.504/1997, artigos 58, § 7º e 345). A ação terá prioridade de tramitação (Lei nº 9.504/1997, artigo 58-A).

Considerando o objeto específico do direito de resposta, não voltado à punição dos responsáveis, tem-se entendido ser descabida sua cumulação com pedido de aplicação de multa por propaganda eleitoral irregular, ainda que referente ao mesmo fato, sob pena de indeferimento da petição inicial (Resolução TSE nº 23.608/2019, artigo 4º, *caput*).

5.3.4 Ação de Investigação Judicial Eleitoral.

Já dissemos que *fake news* é exercício de poder, na perspectiva do diagrama de controle. E o legislador, ao tratar dessa forma particular de ilícito eleitoral, optou por tipificar as formas de abuso de poder. São basicamente quatro espécies: (i) abuso do poder político; (ii)

abuso do poder de autoridade; (iii) abuso do poder econômico; e (iv) abuso dos meios de comunicação social (CARVALHO, p. 368).

Nesse último caso, do uso indevido dos meios de comunicação social, o legislador voltou sua atenção aos ilícitos eleitorais praticados por intermédio dos veículos de imprensa. A legislação eleitoral, a propósito, fez distinção entre as emissoras de rádio e televisão e as mídias impressas. O primeiro grupo é formado por concessionárias de serviço público (CF, artigo 223), motivo pelo qual devem conferir tratamento isonômico aos candidatos (Lei nº 9.504/1997, artigo 36-A, I, *in fine*). As mídias impressas, por sua vez, não estão sujeitas à outorga do poder público, razão pela qual podem se posicionar favoravelmente à determinada candidatura, sem necessidade de criar um ambiente isonômico entre os candidatos e desde que não se trate de matéria paga.

Como se vê, esse tipo de abuso de poder é moldado por um regramento mais próximo da segunda fase da evolução da comunicação, quando havia o predomínio da radiodifusão e da imprensa escrita. Por outro lado, quando se trata da fase seguinte, das mídias digitais, próprias do paradigma de controle, há um vácuo legislativo, talvez porque o tempo do processo legiferante não acompanhou a rapidez da evolução tecnológica. Por outro lado, ao considerarmos que “[...] *o fenômeno do poder é, em essencial, fluido e multiforme, julgam-se inapropriadas quaisquer soluções normativas que o pretendam combater por intermédio das técnicas herméticas, estáticas e anacrônicas*” (ALVIM, 2019, n.p.). Por isso que a doutrina, mais recentemente, vem falando em “*abuso de poder no universo digital*” como nova forma de abuso de poder.

Por outro lado, à margem de seus grandes e inegáveis ganhos, a evolução cibernética, especialmente no campo da produção e difusão do conhecimento, criou enormes fissuras na sociedade moderna; dessas brechas começaram a emergir, neste século, novos códigos de comportamento social. A realidade contemporânea multiplicou exponencialmente a quantidade de informações produzidas e dinamizou a sua propagação. Nada obstante, descuidou de estimular um acréscimo qualitativo em semelhante proporção (ALVIM; CARVALHO, 2018), de sorte que a realidade orientada pelas tecnologias da informação produz, nos meandros do processo democrático e em suas interconexões com a esfera da opinião pública, efeitos essencialmente ambivalentes (ALVIM, 2019, n.p.).

Nessa situação, parece-nos defensável, por interpretação teleológica, o manejo da AIJE, fundada no artigo 22 da Lei Complementar 22/1990, que trata da “[...] *abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder*

de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político". O objeto jurídico é a normalidade e legitimidade das eleições, em atenção ao comando previsto no artigo 14, § 9º, da Constituição Federal. A propósito, sabe-se que abuso de poder é conceito jurídico indeterminado, cuja concretude, pois, não prescinde da análise do caso concreto, numa aproximação entre aplicação e interpretação da norma (MALDONADO, 2018, p. 37).

Logo, havendo inegável evolução nos meios de comunicação, agora massificados, numa passagem do diagrama de disciplina para o de controle, há de se conferir igual interpretação ao regramento que busca coibir o uso indevido dos meios de comunicação na disputa eleitoral, mantendo, pois, a aplicabilidade da norma diante desse novo modelo social. Cabível, em outras palavras, a AIJE para combater *fake news*.

5.3.4.1 A questão da responsabilidade eleitoral do candidato

Como já dissemos, valer-se de *fake news* é exercer poder, o qual, no âmbito do diagrama de controle, é essencialmente difuso e massificado, quase imperceptível. Nessa nova moldura social, pois, o poder não está representado na figura de uma pessoa, como ocorria no diagrama de soberania, nem confinado em espaços, o que era típico do diagrama de disciplina. Logo, não se pode exigir do autor da ação, para a configuração do abuso de poder, prova acerca da conduta pessoal e direta do candidato que venha a ocupar o polo passivo, sob pena de absoluta ineficácia desse meio processual; basta sua participação mediata, indireta, a ser aferida pelas circunstâncias do caso concreto.

Claro que isso nem sempre será possível no caso concreto, sobretudo porque a divulgação de fatos inverídicos e prejudiciais a determinado candidato pode beneficiar mais de um adversário. Por outro lado, se identificada a origem da *fake news*, a partir de diligente investigação, é eventualmente possível que exista, na mesma fonte, a criação de informações, verídicas ou não, em favor de determinado candidato. Isso também pode ocorrer no segundo turno, quando a propalação de inverdades sobre determinada candidatura somente interessará à outra. Com isso, sem obviamente descuidar das especificidades do caso concreto, é possível, em tese, criar um nexo etiológico entre *fake news* e determinada candidatura, sem necessidade de provar a participação direta do candidato beneficiado.

A propósito, veja que o TSE já decidiu que, para o êxito da AIJE, “*é desnecessário [...] atribuir ao réu a prática de uma conduta ilegal, sendo suficiente o mero benefício eleitoral angariado com o ato abusivo e a demonstração da gravidade da conduta*” (in OLIVEIRA FILHO; OLIVEIRA NETO, 2019, p. 118). Isso porque, segundo Zilio (2018, p. 241), “*nas denominadas ações genéricas (AIME e AIJE), que trabalham conceitos jurídicos indeterminados, é possível responsabilizar o candidato na condição de mero beneficiário do ilícito*”.

A nosso juízo, é um passo além, mas absolutamente necessário, na presunção de responsabilidade prevista no artigo 40-B da Lei Geral das Eleições, segundo o qual “*a responsabilidade do candidato estará demonstrada [...] se as circunstâncias e as peculiaridades do caso específico revelarem a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda*”. A propósito:

Percebemos, portanto, que o peso da reprimenda condiz com a gravidade da conduta; aquele que tenta burlar o processo político-eleitoral e, mais, tenta substituir o regime democrático deve ser punido exemplarmente, de modo a restabelecer, também, a normalidade, a lisura, o sentimento de representatividade, intrínsecos à democracia e às eleições. Dessa maneira, aquele que, ainda que não tenha produzido, elaborado ou divulgado “fake news”, mas que tenha auferido ganho político deverá ser sancionado com a inelegibilidade, sendo imperiosa a cassação do registro, e caso tenha sido eleito, a cassação do diploma (OLIVEIRA FILHO; OLIVEIRA NETO, 2019, pp. 118/119).

É o mesmo movimento que, no avançar dessa temática, fez o TSE *cancelar* em 2002 a súmula 17 de sua jurisprudência, segundo a qual “*não é admissível a presunção de que o candidato, por ser beneficiário de propaganda eleitoral irregular, tenha prévio conhecimento de sua veiculação*”.

Por fim, é óbvio que nem toda desinformação deve ser objeto de preocupação do Direito Eleitoral, senão aquela dolosa, ardilosamente criada e grave o suficiente para desequilibrar a paridade de armas, ainda que, no caso concreto, não se discuta sua capacidade de alterar o resultado da disputa (LC nº 64/1990, artigo 22, XVI).

5.3.5 Ação de impugnação de mandato eletivo

Aos 29 de junho de 1988, poucos meses antes da promulgação da atual Constituição Federal, foi sancionada a Lei Federal nº 7.664, estabelecendo normas para as eleições municipais daquele ano, dentre outras providências. No artigo 24, o legislador dispôs

que “o mandato eletivo poderá ser impugnado ante à Justiça Eleitoral após a diplomação, instruída a ação com provas conclusivas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude e transgressões eleitorais”. Na redação aprovada pelo Legislativo, fixava-se o prazo de 15 dias para a ação, limitação temporal que, todavia, foi vetada pelo então Presidente da República sob o argumento de que tal prazo “destoa de toda a tradição brasileira em matéria de leis eleitorais” (BRASIL, 1988).

Esse regramento foi aproveitado pelo constituinte, dando origem à ação de impugnação de mandato eleito, AIME (artigo 14, § 10), a qual, ao lado do mandado de segurança, do mandado de injunção, do *habeas data*, do *habeas corpus*, da ação popular e da ação civil pública, compõe o rol de ações constitucionais. O constituinte originário, porém, manteve o prazo de 15 dias para o ajuizamento, contados da diplomação, em nome do interesse público na estabilização dos mandatos. A causa de pedir, por sua vez, foi restrita às hipóteses de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, com exclusão da cláusula genérica “transgressões eleitorais”.

Importa-nos, a propósito, a *fraude*, assim compreendida aquela derivada de “todo artifício ou ardil que induza o eleitor a erro, com possibilidade de influenciar sua vontade no momento do voto, favorecendo candidato ou prejudicando o adversário” (COSTA, 2020, 225). A nosso juízo, é o caso das *fake news* no âmbito eleitoral, numa interpretação da causa de pedir da AIME atualizada à sociedade moldada pelo diagrama de controle. Careceria de razoabilidade, pois, solução que admitisse a AIME apenas as fraudes tipicamente verificadas na conformação social anterior, excluindo-a para aquelas que atualmente também afrontam valores democráticos. Aliás, como já decidiu o TSE, “o conceito de fraude deve ser interpretado de forma ampla, não se limitando às questões atinentes ao processo de votação” (AgR-REspe nº 55749, 2019). Em termos mais simples: se *fake news* é fraude, naturalmente pode ser objeto da AIME.

Neste caso, porém, a ação é voltada apenas contra o mandatário eleito mediante fraude, em litisconsórcio passivo necessário com o vice, nas eleições majoritárias³⁵. Isso impede a inclusão de eventuais terceiros no polo passivo. É por isso que, na prática forense, a AIJE acabou ganhado destaque em relação à AIME, especialmente depois que a LC nº

³⁵ Súmula/TSE nº 38: “Nas ações que visem à cassação de registro, diploma ou mandato, há litisconsórcio passivo necessário entre o titular e o respectivo vice da chapa majoritária”.

135/20210 revogou o inciso XV, do artigo 22, da LC nº 64/1990, permitindo então a regular produção dos efeitos da decisão proferida na AIJE, ainda que julgada depois das eleições³⁶.

5.3.6 Ação probatória autônoma

Como visto neste trabalho, *fake news* é exercício de poder na perspectiva do diagrama de controle. Significa dizer, como já vimos, que se trata de poder massificado, quase imperceptível, porquanto não evidente na figura de uma só pessoa, nem recluso em espaços de confinamento. Isso explica, em grande medida, a dificuldade de individualizar o(s) responsável(eis) pela desinformação, seja pela criação, seja pela propagação.

Aliás, em muitos casos, a investigação dessa cadeia de responsabilidade, pela parte diretamente afetada, pode ser esforço inútil, com dispêndio de tempo e outros recursos que, numa análise mais pragmática, poderiam ser usados numa estratégia de redução de danos.

Se a verdade é a melhor forma de combater a desinformação, o interesse do lesado pode perfeitamente se restringir à obtenção de uma prova que, produzida no âmbito do Poder Judiciário, confirme tratar-se de *fake news*. Ademais, com a adoção cada vez mais comum das técnicas de *deep fake*, tem havido igualmente a produção de vídeos altamente persuasivos, um amálgama entre ficção e realidade. Nessa hipótese, apenas uma prova pericial pode apontar a fraude. A realização dessa análise técnica, por *expert* contratado diretamente pelo lesado, pode não solver a sensação de desconfiança, sobretudo se, na sequência, o adversário político apresentar laudo técnico em sentido contrário. Valer-se da isenção do Poder Judiciário, nessa conjectura, poderia ser a estratégia mais inteligente. Ao mesmo tempo, com instrumentos processuais servindo-se a esse propósito, a Justiça Eleitoral seria importante ator no combate às *fake news*.

A título de exemplo, para demonstrar o interesse concreto dessa solução processual, sabe-se que na eleição de 2018 circulou nas redes sociais um vídeo de cunho sexual

³⁶ “Logo, além de *materialmente* mais abrangente, a AIJE ainda é medida que *efetivamente* protege ‘a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta’ (art. 14, § 9º, CF), porque, ao contrário de outras medidas, permite à Justiça Eleitoral a análise de condutas *eleitoralmente* relevantes tomadas por *não candidatos* e por *candidatos não eleitos*” (GOLAMBIUK, 2018, p. 186).

supostamente envolvendo o candidato João Dória, que disputava o cargo de Governador do Estado de São Paulo. Ele ou sua legenda tratou de contratar *experts* que concluíram tratar-se de “*montagens claras*” (IG, 2018). Logo na sequência, porém, surgiram matérias jornalísticas dizendo que “*novo laudo aponta que vídeo íntimo de João Doria é verdadeiro*” (METRÓPOLE, 2018). Um perito do Juízo, obviamente, traria elevado grau de persuasão para a prova técnica, nisso podendo constituir o principal interesse da parte lesada.

Isso ocorre porque, na atual compreensão do processo, instrumento do direito material, é perfeitamente possível que o interesse do autor recaia apenas sobre a produção de uma prova, independentemente de sua futura utilização em outra ação. A propósito dessa problemática, já decidiu Superior Tribunal de Justiça que o atual Código de Processo Civil “*buscou reproduzir, em seus termos, compreensão há muito difundida entre os processualistas de que a prova, na verdade, tem como destinatário imediato não apenas o juiz, mas também, diretamente, as partes envolvidas no litígio*” (REsp nº 1.803.251, 2019); com isso, segundo aquela Corte, no mesmo julgamento, “*reconhece-se, assim, à parte o direito material à prova, cuja tutela pode se referir tanto ao modo de produção de determinada prova*”. É precisamente disso que se trata. Afinal, como disse Lucon, em passagem agora repetida, “*se o direito material exige uma determinada tutela e o processo é incapaz de prestá-la, torna-se ele, então, instrumento inútil*” (2018, p. 232).

Trata-se, como se vê, da discussão relativa à possibilidade ou não da *ação probatória autônoma*. Em monografia sobre o tema, Daniel Amorim Assumpção Neves (2008) defendia a existência de interesse jurídico nessa ação, em seis hipóteses: (i) obter prova documentada para instruir o mandado de segurança; (ii) afastar a coisa julgada *secundum eventum probationis* nas ações coletivas; (iii) para que o autor conheça dos fatos e possa, na petição inicial, descrevê-los em sua integralidade, sem os efeitos deletérios do princípio da eventualidade; (iv) definir a legitimidade passiva, evitando-se a figura do litisconsórcio alternativo; (v) aclarar os fatos para todos os envolvidos e, com isso, facilitar a conciliação e a mediação; e (vi) para que se possa, desde a petição inicial, deduzir pedido certo e determinado. Neves, porém, já afirmava que seu trabalho “[...] *tem como principal pretensão suscitar a discussão da doutrina a respeito desse importante assunto, mesmo por meio da adoção de propostas de lege ferenda*” (2008, p. 8).

Nesse aspecto, questiona-se: é tão somente *de lege ferenda* a discussão relativa à ação probatória autônoma, na sua acepção ampla, no âmbito do Direito Eleitoral? A nosso juízo, não.

De fato, o ordenamento jurídico anterior parecia não oferecer instrumentos processuais necessários para tutelar tais interesses. A prova era dependente de uma ação principal. O atual Código de Processo Civil, por sua vez, trouxe avanços ao tratar no artigo 381 da produção antecipada de provas, admitindo-a, também, a título de inovação, quando “*a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito*” (inciso II) e “*o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*” (inciso III)³⁷.

Trata-se de postura emancipatória do legislador, admitindo que fatos ou circunstâncias, uma vez provados, possam subsidiar a resolução de conflitos pelos próprios envolvidos, independentemente de futura ação. Nesse aspecto, a expressão *outro meio adequado de solução de conflito*, prevista no inciso II, deve ser interpretada de maneira extensiva, inclusive para abranger tão somente a prova da inveracidade de um escrito, vídeo ou outra informação; em alguns casos, especialmente no âmbito eleitoral, é perfeitamente possível que o interesse do autor fique restrito a isso. Haverá também aqui, sem dúvida, obtenção de outro meio adequado de solução de conflito. Logo, nessa perspectiva, é de ser admitida a produção antecipada de prova no âmbito da Justiça Eleitoral, como mais um instrumento de combate à *fake news*.

Em paralelo, sabe-se que a *ação declaratória* pode ser manejada para a prova da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica, bem como à autenticidade ou da falsidade de documento (CPC, artigo 19, I e II). Mas é recorrente a afirmação de que, ao contrário do direito português, que admite a ação declaratória de fatos, de maneira genérica³⁸, entre nós “*é tradicional a afirmação de que, ainda que sejam juridicamente relevantes, os fatos não podem ser objeto de ação declaratória*” (NEVES, 2008, p. 467).

³⁷ Há aqueles que defendam, porém, a não taxatividade do rol previsto no artigo 381 do Código de Processo Civil, de maneira a contemplar qualquer ação probatória autônoma (COSTA, 2021).

³⁸ O Código de Processo Civil português, aprovado pela Lei nº 41/2013, trata no Livro I, Título II, das “espécies de ações”. No artigo 10, 3, “a”, admite que a ação declarativa possa ser usada para “[...] obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto” (PORTUGAL, 2013).

Por outro lado, se o processo civil individualista admite ação declaratória para a falsidade de documento (CPC, artigo 19, II), nada obsta seu uso, no processo de índole coletiva, para provar falsidade da informação de interesse eleitoral. Nos dois casos, tem-se a *veracidade* como valor jurídico autônomo. Deve-se aplicar aqui, analogicamente, o disposto no artigo 232 do Código de Processo Penal, segundo o qual “*consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares*”. Documento para fins processuais, pois, tem aceção ampla.

Aliás, como defendeu Neves na obra já referida, “*o interesse de agir na ação meramente declaratória deve levar em conta a existência de uma crise de incerteza objetiva, que seja apta a trazer algum dano ao autor*” (2008, p. 528). De resto, na sistemática processual civil revogada, o manejo da ação declaratória, fora das hipóteses taxativamente previstas pelo legislador, era tido por impossibilidade jurídica do pedido. Veja:

A expressa previsão legal que permite uma espécie específica de ação declaratória, como ocorre com a autenticidade ou com a falsidade de documento, é apta tão somente a superar a condição da ação conhecida por possibilidade jurídica do pedido, ao indicar para o autor que o ordenamento jurídico não afasta abstratamente sua pretensão. Basta imaginar a hipótese de, à luz do art. 4º, inc. II, do CPC, essa ação ser proposta pleiteando a mera declaração de fato que não seja um dos previstos no dispositivo legal. Nesse caso, a petição inicial deverá ser indeferida por carência de ação, não por falta de interesse de agir, mas por impossibilidade jurídica do pedido, considerando que até poderia haver a necessidade da intervenção do Poder Judiciário, porém a existência de norma proibitiva no ordenamento dessa espécie de pretensão exige a extinção do processo (NEVES, 2008, pp. 476-477).

Semelhante restrição, todavia, não consta do atual Código de Processo Civil. Atualmente, para postular em juízo, basta haver interesse e legitimidade (artigos 17, 330 e 485). A existência ou não do direito material é questão de mérito.

Todo esse regramento processual, concebido no diagrama de disciplina e atualizado ao diagrama de controle, permite-nos concluir pelo cabimento da ação declaratória autônoma, para fins probatórios, para combater *fake news* no âmbito eleitoral, ao lado da produção antecipada de provas.

É preciso buscar, sem demora, solução processual capaz de restabelecer a verdade ao jogo democrático, afastando ou reduzindo os deletérios efeitos da desinformação, afigurando-se, pois, juridicamente possível que o interesse do autor eleitoral se restrinja à produção de uma prova, não para o Estado-juiz, mas para os eleitores, trazendo a verdade à

tona. Possível, nessa conjectura, a nosso juízo, a ação probatória autônoma na Justiça Eleitoral, quer com a roupagem da ação declaratória³⁹ (CPC, artigo 19, II), quer sob a forma de produção antecipada de provas (CPC, artigo 381, II, *in fine*). E como dissemos em tópico precedente, deve a Justiça Eleitoral, ainda que de forma excepcional, conhecer de ações alheias ao rol taxativo trazido pelo legislador, pelas considerações que fizemos – e que não serão repetidas aqui – no tópico 4.2.2, *supra*.

Por fim, como também analisado *supra* (item 5.3.4), tratando-se de *fake news*, é possível o manejo de ação independentemente do polo passivo, já que “a apuração da autoria da propaganda eleitoral ilícita será relevante apenas para eventual capítulo da decisão voltado à imposição de sanções aos responsáveis” (LUCON, 2018, p. 236).

5.3.6.1 O requisito de urgência e o destinatário da prova

No tópico anterior, adotamos o entendimento de que é possível o manejo da ação probatória autônoma no âmbito da Justiça Eleitoral para o combate às *fake news*. Mas o requisito da urgência deve ser demonstrado pelo autor? Para a obtenção da prova, nessas condições, deve o interessado demonstrar, concretamente, a necessidade de obtê-la antes de uma suposta ação principal?

Bem analisadas as coisas, semelhante indagação somente tem lugar na dicotomia que se estabelecia entre o provimento *cautelar* e o *principal*. O Código de Processo Civil atual, por sua vez, definitivamente rompeu com a acessoriedade da prova, admitindo, como vimos, a título de produção antecipada, aquela suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, bem como aquela capaz de revelar fatos que possam justificar ou evitar o ajuizamento de ação (artigo 381, incisos II e III). Veja que, das três hipóteses de cabimento dessa ação, apenas a primeira pauta-se na urgência da prova, ao pressupor que haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação (inciso I).

³⁹ Como defendeu Neves, há “utilidade de adotar uma ação meramente declaratória de fatos, de modo a finalizar a análise com a demonstração da possibilidade de sobrevivência conjunta das ações probatórias autônomas e da ação meramente declaratória de fatos” (2008, P. 8).

Trata-se da consagração de que existe um *direito à prova*, ao lado do *direito de provar*. Como consequência, prescinde-se do requisito urgência, porquanto a prova, nessas condições, não necessariamente se liga a uma ação futura; ela é bastante em si. É o que já defendia Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 232), em monografia sobre o tema:

Os aspectos assim destacados, conforme já ficou sugerido, apontam para a existência de um direito à prova autônomo, isto é, sem vinculação direta e necessária com a declaração do direito pelo juiz, em dado caso concreto. Trata-se de um direito cujo objeto limita-se à obtenção de certa prova e que, também não vinculada a situações de urgência.

Posto dessa forma, o direito à prova pode ser entendido, então, como o direito à busca, à obtenção e à pré-constituição daquela. É o que na doutrina francesa recente se chamou de “direito à prova em sentido estrito”.

Aceita que seja essa proposta de terminologia, haverá, então, dois conceitos distintos: o *direito de provar* e o *direito à prova*.

Logo, proposta ação visando provar uma *fake news*, deve o autor trazer, tão somente, indícios razoáveis de que se trata de desinformação. É o que basta, no ponto, para a admissibilidade processual. Não se deve exigir indicação de ação futura, nem demonstração de urgência. O interesse limitar-se-á à declaração de veracidade, vetor jurídico de extrema importância para a lisura do processo eleitoral.

E o destinatário, no caso, não é o Estado-juiz, mas o eleitor. É deste o direito à veracidade da informação tendente à obtenção do voto; é direito fundamental, porquanto inerente ao próprio Estado Democrático (CF, artigo 5º, *caput*). Como corolário, não cabe ao magistrado qualquer juízo de valor, devendo observar, estritamente, a impossibilidade de se pronunciar sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas (CPC, artigo 382). O julgamento é do eleitor.

Deve o juiz verificar apenas o cumprimento de aspectos formais ou o abuso do direito, impedindo o processamento de ações que, a pretexto de combaterem *fake news*, veladamente ofendam a liberdade de imprensa, ou que não tragam, *initio litis*, nem mesmo indícios de que realmente se trata de desinformação. Fora dessas hipóteses, verificadas concretamente, de maneira perfunctória e num juízo de razoabilidade, não se pode negar trânsito à ação, sob pena de tolher o direito à prova.

6 CONCLUSÃO

A partir da compreensão de Foucault sobre o exercício de poder, especialmente pelos acréscimos trazidos logo depois por Deleuze, é possível compreender a forma de organização da sociedade a partir de três diagramas.

Resumidamente, superando um modelo de poder concentrado, absolutamente visível (diagrama de soberania), a sociedade se organizou em espaços de confinamento, fruto da capilaridade do poder (diagrama de disciplina), para depois alcançar um poder massificado, quase imperceptível, difuso e não mais confinado (diagrama de controle). Nesse caminhar, como apontou Deleuze, a evolução tecnológica foi fundamental.

O Direito, naturalmente, passou por todas essas fases, moldando-se. Superou um sistema recluso de normas (positivismo jurídico) para alcançar vetores axiológicos nos princípios, com força normativa (pós-positivismo). No aspecto material, outrossim, caminhou do individual para o metaindividual, com necessária adequação do sistema processual privatista para aquele que estruturasse as ações coletivas, com todos os reflexos necessários na legitimação *ad causam*, na litispendência e na coisa julgada, dentre outros institutos. Nesse novo ambiente, que correu *pari passu* com a perspectiva publicista do direito processual, ganha destaque o papel do Ministério Público, como guardião de valores pertencentes à sociedade.

O contencioso eleitoral, em igual contexto, é parte da tutela coletiva. Pouco importa o legitimado, a causa de pedir ou o pedido, tutela sempre a democracia como valor jurídico, havendo apenas maior ou menor visibilidade do aspecto coletivo sobre o pessoal-partidário. Por isso que o Ministério Público sempre está presente, como agente (autor) ou interveniente (fiscal da lei).

Por outro lado, as *fake news* encontram perfeita correspondência com o diagrama de controle, dependente da evolução tecnológica e das relações sociais massificadas. A nosso juízo, é essa a abordagem capaz de compreender referido fenômeno a partir do exercício de poder.

Como consequência, a opção legislativa de combate às *fake news*, no âmbito do processo jurisdicional eleitoral, deveria encontrar conformação, em maior medida, no microsistema que rege o processo coletivo. Não foi essa, porém, a opção legislativa, ainda presa, em verdade, ao sincretismo como modelo dogmático.

Assim como a sociedade contemporânea é marcada ora pelo predomínio do diagrama de disciplina, ora pelo de controle, num processo ainda em construção, o Direito, como resultado desse influxo de poder, também faz uso de institutos antigos para problemas novos. Isso se verifica com singular ênfase no Direito Eleitoral.

Existem, pois, instrumentos processuais que podem ser usados para afastar ou reduzir as deletérias consequências da *fake news* no processo eleitoral. É necessária, porém, a compreensão de que se trata de um poder massificado, imperceptível, com reflexos na legitimação passiva (nem sempre identificada), na responsabilidade (às vezes presumida) e, sobretudo, na celeridade da tutela, sob pena de esvaziar a própria efetividade da prestação jurisdicional, de maneira a justificar, também por isso, excepcionalmente, o manejo de ações eleitorais alheias ao rol taxativamente previsto pelo legislador.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Grupo GEN, 2021. Livro digital

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**, 23ª edição, São Paulo: Grupo GEN, 2019. Livro Digital.

ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**, Curitiba: Juruá, 2019. Livro digital.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Estabilização da demanda e correção da ilegitimidade passiva no processo eleitoral**, in Tratado de Direito Eleitoral. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 6 – Direito Processual Eleitoral.

ABNT, Associação Brasileira de Normas Técnicas, **NBR ISO/IEC 27037**, Rio de Janeiro, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, 7ª edição. Editora Saraiva, 2008. Livro digital.

BBC News Brasil. **'Fake News' é eleita palavra do ano e ganhará menção em dicionário britânico**. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41843695>>. Acesso aos 30.jul.2020

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, nova ed., 3ª reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar PLP 112-B/2021**, que dispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2292163>>, acessado em 1/10/21

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), **Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal**, 2018. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf>. Acesso em 22/6/2020.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), **Características gerais dos domicílios e dos moradores**, 2019. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf>. Acesso em 22/6/2020.

BRASIL, Planalto, **Mensagem nº 257**, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/Msg/VepL7664-88.pdf>. Acesso em: 27.dez.2021.

BRASIL, Senado Federal. Leandro Alves Carneiro, consultor legislativo, **Fake News: definições, consequências e algumas iniciativas para mitigação de impacto**, maio de 2018. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/comissoes/docsRecCPI?codcol=2292>>, acessado em 4/8/20

BRASIL, Senado Federal. **Redes sociais influenciam voto de 45% da população, indica pesquisa do DataSenado**. Agência Senado. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2292163>>, acessado em 25/10/21

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral - PR. **As fake News possuem mais chance de ser compartilhadas do que uma notícia verdadeira**, março de 2018. Disponível em <<https://www.tre-pr.jus.br/imprensa/noticias-tre-pr/2018/Marco/as-fake-news-possuem-mais-chance-de-ser-compartilhadas-do-que-uma-noticia-verdadeira>>, acessado em 4/10/21

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Sistematização das normas eleitorais** [recurso eletrônico]: eixo temático III: propaganda eleitoral e temas correlatos, Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2019 (Coleção SNE; 4)

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 060054670.2018.6.00.0000**, rel. SÉRGIO SILVEIRA BANHOS, decisão liminar proferida em: 7.jun.2018.

CARVALHO, Mateus Henrique. **O abuso de poder e a incidência do artigo 74 da Lei das Eleições**, in Tratado de Direito Eleitoral. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 7 – Abuso de Poder e Perda de Mandato.

CASTELO BRANCO, Marco Antônio. **A propaganda eleitoral antecipada e o outdoor: breves digressões a respeito da liberdade de expressão**, in FREITAS, Juliana Rodrigues; MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição Eleitoral e Direitos Políticos Fundamentais**. Grupo GEN, 2015. Livro Digital.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**, 9ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, Livro digital.

COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes, **Notas sobre direito, estatística e jurimetria**, in A contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal, 1ª Edição, Editora Saraiva, 2013. Livro digital.

COSTA, Daniel Castro Gomes. **Curso de direito processual eleitoral**, 2ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2020.

COSTA, Lara Ivanovici Fernandes. **A produção antecipada de provas no novo Código de Processo Civil**, 2021, in <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341104/a-producao-antecipada-de-provas-no-novo-codigo-de-processo-civil>>; acesso aos 6.jun.2022.

DELEUZE, Gilles. Controle e devir, 1990a, in **Conversações**. 1ª edição, tradução de Peter Pál Pellbart, Coleção Trans, São Paulo: Editora 34, 1992.

DELEUZE, Gilles. **Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle**, 1990b, in **Conversações**. 1ª edição, tradução de Peter Pál Pellbart, Coleção Trans, São Paulo: Editora 34, 1992.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Tradução de Claudia Sant'Anna Martins; revisão de tradução Renato Ribeiro, São Paulo: Brasiliense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 34ª edição, Grupo GEN, 2021. Livro digital

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, 19ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2017, v. 1.

DUARTE, Michelle Pimentel. **O processo jurisdicional eleitoral e seus fundamentos**: direitos políticos, inelegibilidades e o devido processo legal, in **Tratado de Direito Eleitoral**. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 6 – Direito Processual Eleitoral.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes: 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Constituição como norma**, in **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**, Revista dos Tribunais: 2011, volume 1. Livro digital.

FAKE, **Cambridge Dictionary**. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake>>; acesso aos 8.out.2020.

FARIAS FILHO, Raimundo Rodrigues de. **Causa de pedir nas ações eleitorais**. Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 10, n. 19, p. 165-196, jul./dez. 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Prefácio à obra **Fake news e regulação**. 2ª edição, Coordenadores: Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Livro digital.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaider; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Tabelionato de notas**, 4ª edição, Coordenador: Christiano Cassettari, São Paulo: Editora Foco, 2021. Livro digital.

FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. **Representação nº 0600546-70.2018.6.00.0000: A Qualidade Do Debate Público enquanto fundamento para o controle judicial das *fake news***, in *Resenha Eleitoral* (Florianópolis), v. 23, n. 2, p. 235-240, 2019. Disponível em <<https://revistaresenha.emnuvens.com.br/revista/article/view/44/39>>; acesso em: 19.dez.2021.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**, 8ª edição, Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel, tradução de Raquel Ramalheite. 20ª edição Petrópolis: Vozes, 1999.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. Tradução de Massenpsychologie und Ich-Analyse. Porto Alegre, RS: L&PM Pocket, 2013.

GIMENES, Lucio Flavio de Santana HUR, Domenico Uhng. **Sociedade analógica e sociedade digital suas codificações e regimes de poder**, *Revista de Tecnologia e Sociedade*, v 16 nº 42 2020 disponível em <<https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/11357>>; acesso em: 3.dez.2021.

GLOBO, O. **Candidato em 1985, FH sentou na cadeira do prefeito de SP e perdeu a eleição**. 2016. Disponível em <<https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/candidato-em-1985-fh-sentou-na-cadeira-do-prefeito-de-sp-perdeu-eleicao-19069894>>; acesso em: 20.dez.2021.

GOLAMBIUK, Paulo Henrique. **A evolução da ação de investigação eleitoral e a atual posição preferencial que ostenta no combate aos abusos praticados frente aos demais instrumentos existentes no ordenamento**, in *Tratado de Direito Eleitoral*. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 6 – Direito Processual Eleitoral.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito Eleitoral**, 3ª edição, Grupo GEN, 2018. Livro digital. Livro digital.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Sinopses Jurídicas, v. 26).

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 17ª edição, Grupo GEN, 2021. Livro digital.

IG. **Perícia vê "montagem" em vídeo íntimo atribuído a Doria; candidato vai à Justiça**. Disponível em <<https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2018-10-24/video-de-joao-doria-pericia.html>>; acesso em: 25.dez.2021.

JORGE, Flávio Cheim. **A natureza coletiva da ação eleitoral**, in *Tratado de Direito Eleitoral*. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 6 – Direito Processual Eleitoral.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 13ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Livro digital.

KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade**: Notas sobre a mentira na era Trump, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018, Edição do Kindle.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, tradução de João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. Disponível em < <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>>; acesso em: 10.dez.2021.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo; SAMPAR, Rene. **Fake news, desinformação, processo eleitoral e tutela provisória**, in Tratado de Direito Eleitoral. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 6 – Direito Processual Eleitoral.

LEONARDO, César Augusto Luiz. **Análise crítica da teoria geral do processo**, in *Studi Sui Diritti Emergenti* (Estudos sobre os Direitos Emergentes), Reggio Calabria, 2019. Disponível em < https://www.academia.edu/45133626/Analise_critica_da_teorias_geral_do_processo>; acesso aos 27.mai.2022.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**, tradução de Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**, 3ª ed., tradução de Carlos Ireneu da Costa, São Paulo: Editora 34, 2010.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?**, 2ª ed., tradução de Paulo Neves, São Paulo: Editora 34, 2011.

LIGORI, Carlos. **Direito e criptografia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. Livro Digital.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Processo eleitoral e o CPC/2015: tutela inibitória e a propaganda eleitoral ilícita**, in Tratado de Direito Eleitoral. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 4 - Propaganda Eleitoral.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Obra em domínio público, podendo ser encontrada em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000052.pdf>>. Acesso em: 9.nov.2020.

MALDONADO, Helio Deivid Amorim. **Abuso de poder e seu reflexo na normalidade e legitimidade do pleito** (revelação de seu significado pela judicialização do processo eleitoral), in Revista Brasileira de Direito Eleitoral - RBDE | Belo Horizonte, ano 10, n. 18, p. 27-51, jan./jun. 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20ª ed, São Paulo: Saraiva, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A independência do Ministério Público**. Revista dos Tribunais, 1996, pp. 729/388. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/>>; acesso em 31.dez.2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Atividade político-partidária e o Ministério Público**. Observatório da Imprensa, 2000. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/>>; acesso em 31.dez.2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Indício é prova**. O Estado de São Paulo, ed. 22.set.2016, p. A-2. Disponível em <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/indicioprova.pdf>; acesso em 31.dez.2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público e a defesa do regime democrático**, in Revista *Justitia*, vol. 179-180, p. 139 e s., jul-dez. 1997, disponível em <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/b53cby.pdf>>; acesso em: 30.dez.2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público e cidadania**, in Revista *Justitia*, vol. 194, p. 127 e s., abril-junho 2001, disponível em <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/9xxc0a.pdf>>; acesso em: 31.dez.2021.

MARINONI, Luiz Guilherme et. al. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**, volume 1, 6ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Livro digital.

METRÓPOLE. **Novo laudo aponta que vídeo íntimo de João Doria é verdadeiro**. 26.OUT.2018. Disponível em <<https://www.metropoles.com/brasil/eleicoes-2018/novo-laudo-aponta-que-video-intimo-de-joao-doria-e-verdadeiro>>; acesso em: 25.dez.2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição, Grupo GEN, 2014. Livro digital.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, Coleção Theotônio Negrão.

NEISSER, Fernando; BERNARDELLI, Paula; MACHADO, Raquel. **A mentira no ambiente digital: impactos eleitorais e possibilidades de controle**. in Tratado de Direito Eleitoral. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 4 - Propaganda Eleitoral.

NOHARA, Irene Patrícia. **Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação**, in *Fake News: a conexão entre a desinformação e o Direito*, 2ª edição, Coordenador: Diogo Rais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Livro digital. Edição do Kindle

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**. 2ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Livro digital.

OLIVEIRA NETO, João Paulino de; OLIVEIRA FILHO, Odemirton Firmino de. **Processo eleitoral e as mídias eletrônicas**: a responsabilidade eleitoral dos candidatos pelas “fake news”. Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 11, n. 20, p. 99-121, jan./jun. 2019.

OMS. **Para cada dólar investido em água e saneamento, economiza-se 4,3 dólares em saúde global**, 2014. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/oms-para-cada-dolar-investido-em-agua-e-saneamento-economiza-se-43-dolares-em-saude-global/>>. Acesso em 22/6/2020.

ONU, ONU News. **Estudo da ONU revela que mundo tem abismo digital de gênero**, 2019. Disponível em <<https://news.un.org/pt/story/2019/11/1693711>>. Acesso em 22/6/2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**, 16ª edição, São Paulo: Atlas, 2012

PORTUGAL, **Código de Processo Civil, Lei nº 41/2013**. Disponível em <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em 8/6/2022.

PORTUGAL, **Resolução do Conselho de Ministros n.º 91/2019**. Disponível em <<https://dre.pt/application/file/a/122498847>>. Acesso em 19/6/2020.

PREZOTO, Mauro Antônio. **Propaganda eleitoral negativa como instrumento de convencimento do eleitor**, in Tratado de Direito Eleitoral. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 4 - Propaganda Eleitoral.

RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha. **Fake news, deepfakes e eleições**, in *Fake News: a conexão entre a desinformação e o Direito*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020

RAIS, Diogo et al., **Direito eleitoral digital**, 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro Digital.

RAIS, Diogo; RAMOS, Luciana de Oliveira. **A liberdade de expressão e o controle sobre o conteúdo da propaganda eleitoral: uma perspectiva comparada**, in Tratado de Direito Eleitoral. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 4 - Propaganda Eleitoral.

REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**, 4ª edição, Editora Saraiva, 2002. Livro Digital.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do estado**, 5ª edição, Editora Saraiva, 2000. Livro digital.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. JORGE, Flavio Cheim. **Manual de Direito Eleitoral**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro digital

SABELLA, Vinícius Leite Guimarães. **Direito e Transindividualismo: A Justiça na sociedade pós-moderna**, 2014. Disponível em <<https://www.conamp.org.br/publicacoes/artigos-juridicos/4572-direito-e-transindividualismo-a-justica-na-sociedade-pos-moderna-4572.html>>; acesso em: 30.dez.2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; *et al.* **Curso de direito constitucional**, 9ª edição, Editora Saraiva, 2020. Livro digital

SILVA, Bruno Rangel Avelino. **Fake news, radiodifusão e os limites da justiça eleitoral**, in Tratado de Direito Eleitoral. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 4 - Propaganda Eleitoral.

SILVA, Guilherme de Abreu; HELPA, Caroline de Fátima. **O direito de atacar o adversário e o controle da mentira na propaganda eleitoral negativa** ((Debate realizado entre Fernando Neisser, Ricardo Penteado e Gabriela Rollemberg no V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral), in Revista Brasileira de Direito Eleitoral - RBDE | Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 49-61, jul./dez. 2017.

SOUZA, Moutari Ciocchetti. **Interesses difusos em espécie**. 2ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007.

TOFFOLI, José Antônio Dias. **Fake News, desinformação e liberdade de expressão**, in Fake news e regulação. 2ª edição, Coordenadores: Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Livro digital.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

VITORELLI, Edilson. **Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 77, jul./set. 2020, pp. 93-118.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**, São Paulo: Malheiros, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antigas e novas reflexões sobre a distribuição do ônus da prova no processo eleitoral**, in Tratado de Direito Eleitoral. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 6 – Direito Processual Eleitoral.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**, 2ª edição, São Paulo: DPJ Editora, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**, São Paulo: Malheiros, 1993.

ZILIO, Rodrigo López. **O novo CPC e a proteção do direito eleitoral**, *in* Tratado de Direito Eleitoral. Coordenadores: Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra. Organizador: Luiz Eduardo Peccinin, Belo Horizonte: Fórum, 2018, Tomo 6 – Direito Processual Eleitoral.