

# **Decidindo por não decidir? A atuação do Tribunal Superior Eleitoral no campo do constitucionalismo digital<sup>1</sup>**

## **Deciding not to decide? The role of the Electoral Superior Court in the digital constitutionalism field**

Emilio Peluso Neder Meyer<sup>2</sup>

Fabrcio Bertini Pasquot Polido<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Recebido em: 9/3/2022. Aprovado em: 10/5/2022.

<sup>2</sup> Pesquisador em Produtividade PQ no CNPQ, Nvel 2 (304158/2018-6). Foi Professor Residente no IEAT - Instituto de Estudos Avanados Transdisciplinares da UFMG no perodo 2018-2019. Pesquisador Mineiro Fapemig PPM XI (00272-17). Fellow no *King's College Transnational Law Summer Institute* (2016). Desenvolveu pesquisa em nvel ps-doutoral perante o *King's College Brazil Institute*, em Londres, sob superviso do Professor Anthony Pereira (2014-2015). Atualmente, e Professor Associado I de Teoria da Constituio, Teoria do Estado e Direito Constitucional no Curso de Graduao e no Programa de Ps-Graduao em Direito da Faculdade de Direito da UFMG (Mestrado e Doutorado). E Coordenador do Programa de Ps-Graduao em Direito da UFMG (2021-2023). Recebeu o Prmio CAPES de Tese em Direito, o Grande Prmio UFMG de Teses e o Prmio UFMG de Teses em Direito em 2013. E Doutor em Direito pelo Programa de Ps-Graduao em Direito da Faculdade de Direito da UFMG (2012). Possui Mestrado em Direito Constitucional pelo Programa de Ps-Graduao em Direito da Faculdade de Direito da UFMG (2006). Foi bolsista do CNPQ em ambos os cursos de ps-graduao stricto sensu. Foi Professor Adjunto I da Universidade Federal de Ouro Preto. Foi membro do Ncleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UFOP. Possui Graduao em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas (2002). E membro do IDEJUST - Grupo de Estudos sobre Internacionalizao do Direito e Justia de Transio. E coordenador do Centro de Estudos sobre Justia de Transio da UFMG. Foi coordenador da Secretaria Executiva da Rede Latino-Americana de Justia de Transio (2016-2017). Membro da *Critical Transitional Justice Network*. Membro da *International Law and Politics Collaborative Research Network*. E membro fundador da ICON-S Seo Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-7500-0705>; <https://ufmg.academia.edu/EmilioPelusoNederMeyer>.

<sup>3</sup> Professor Associado de Direito Internacional, Direito Comparado e Tecnologias da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor do corpo permanente do Programa de Ps-Graduao da Faculdade de Direito da UFMG. Professor do corpo permanente do Programa de Ps-Graduao em Inovao Tecnolgica da UFMG. Doutor em Direito Internacional ('magna cum laude') pela Faculdade de Direito da Universidade de So Paulo. Realizou estudos de Graduao em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de So Paulo, com perodo de intercmbio internacional na Eberhard-Karls-Universitt Tbingen, Alemanha. *Master in Laws (LL.M.) pela Universitdegli Studi di Torino*, Itlia. Foi Pesquisador Visitante - nvel Ps-Doutorado - do Max-Planck-Institut fr auslndisches und internationales Privatrecht, Hamburgo, Alemanha; Kent Law School, Weizenbaum Institute for Connected Society and Humboldt University of Berlin. Membro do Comit de Direito Internacional Privado e Propriedade Intelectual da International Law Association - ILA, Membro Vogal do Conselho Executivo da Associao Americana de Direito Internacional Privado - ASADIP e da Rede

### **Resumo**

O objetivo do artigo é problematizar a atuação de cortes em contextos de erosão democrática aprofundados por novas tecnologias. Sob a abordagem metodológica de estudo de caso, o artigo analisa a decisão do Tribunal Superior Eleitoral nas ações de investigação judicial eleitoral da chapa Bolsonaro/Mourão envolvendo o disparo em massa de mensagens por meio do WhatsApp nas eleições presidenciais de 2018. Utiliza como referencial teórico tanto o conceito normativo de constitucionalismo digital quanto modalidades decisórias adotadas por tribunais em temas de alto impacto político nos sistemas jurídicos comparados. Conclui-se que, apesar dos sinais relevantes de uma decisão expansiva na fundamentação, porém restrita em seu dispositivo, o tribunal adotou uma posição arriscada e que confunde suas diversas funções no sistema constitucional brasileiro, não atentando para o cenário de forte deterioração institucional.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo digital. Eleições. Erosão da democracia. Estratégias judiciais. Tribunal Superior Eleitoral.

### **Abstract**

The article's objective is to question the role of courts in contexts of democratic erosion deepened by new technologies. Using the case study methodology, the article analyses the Brazilian Electoral Superior Court ruling on the judicial electoral investigation procedures of the slate Bolsonaro/Mourão, involving the mass messaging through WhatsApp in the presidential elections of 2018. It uses as a theoretical reference the normative concept of digital constitutionalism and the types of remedies adopted by tribunals in themes of high political impact within comparative legal systems. The conclusion is that, notwithstanding the relevant features of a decision that is expansive in its reasoning, but restricted in its holding, the tribunal adopted a risky position that also bewilder its diverse functions in the Brazilian constitutional system, not paying attention to the scenario of strong institutional deterioration.

**Keywords:** Democratic Erosion. Digital Constitutionalism. Elections. Electoral Superior Court. Judicial Strategies.

---

Transnacional de Pesquisa em Estudos Críticos de Direito e Política Internacional. Fundador do Instituto de Referência em Internet & Sociedade - IRIS. Membro da Delegação brasileira para a Comissão Especial do Projeto de Sentenças Estrangeiras entre 2016-2019 e atualmente para o Projeto de Jurisdição da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. E-mail: fpolido@ufmg.br

## Introdução

Em 13 de fevereiro de 2022, o Ministro Luís Roberto Barroso, então presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em entrevista ao jornal *O Globo*, afirmou que “O Brasil não é casa da sogra para ter aplicativos que façam apologia ao nazismo, ao terrorismo, que vendam armas ou que sejam sede de ataques à democracia que a nossa geração lutou tanto para construir”.<sup>4</sup> Na sequência, ele esclareceu que cabe ao Congresso Nacional definir que plataformas digitais tenham representante no Brasil e se submetam à legislação doméstica, mas que, se provocado, o TSE precisa dar uma resposta, ainda que na ausência de lei específica disciplinando a matéria.

A entrevista foi dada em um contexto de amplos ataques ao sistema eleitoral e à confiabilidade das urnas eleitorais, propagandeados, principalmente, pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, seus apoiadores políticos e extremistas online. A metodologia de suspeição em relação ao processo eleitoral adotada pelo presidente não é nova. Ela repete o roteiro de Donald Trump nos Estados Unidos, já delimitado em literatura sobre a crise da democracia no mundo contemporâneo.<sup>5</sup>

O manejo de plataformas digitais, um domínio ainda precariamente desregulado ou apenas conformado por uma lógica neoliberal em favor das grandes companhias ou *big techs*,<sup>6</sup> é mais um fator de desestabilização da democracia constitucional. Se, em um primeiro momento deterioração democrática, as instituições brasileiras pareceram não ter clareza quanto ao problema, a realidade é distinta em 2022. Pode-se perceber, nesse momento, que tanto o Congresso Nacional, quanto o TSE, e mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF), tomaram consciência a respeito da gravidade da questão a ser enfrentada pelo sistema jurídico doméstico. A mudança decorre tanto da atuação

---

<sup>4</sup> O GLOBO. “Entrevista: ‘Bolsonaro facilitou a vida das milícias digitais’, diz Barroso”. *O Globo*, 13 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/entrevista-bolsonaro-facilitou-vida-das-milicias-digitais-diz-barroso-25392162>. Acesso em: 14 fev. 2022.

<sup>5</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. São Paulo: Zahar, 2018, p. 151; GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2018.

<sup>6</sup>ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 75–89, 2015.

de tais instâncias em temas tecnológicos e digitais quanto do fato de que também elas foram digitalmente atacadas, como indica o debatido Inquérito 4.781, apelidado de “inquérito das *fake news*” e conduzido pelo STF.<sup>7</sup> Resta saber, contudo, se as respostas propostas pelas instituições e poderes constituídos se orientam para a construção e proteção dos instrumentos de um denominado constitucionalismo digital.

Ao enfrentar os cenários presente e futuro, este artigo tem como objetivo geral analisar, por meio de abordagem metodológica de estudo de caso, o julgamento pelo TSE das ações de investigação judicial eleitoral (AIJE's) por abuso do poder econômico e dos meios de comunicação social que discutiram o papel da chapa presidencial eleita em 2018 – aqui referidas como AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão.<sup>8</sup> Em termos de objetivos específicos, o que se busca é verificar quais são as consequências da referida decisão, principalmente no que respeita ao papel de órgãos do Poder Judiciário em decisões de alto impacto político no curso de processos de erosão da democracia constitucional.<sup>9</sup> É objetivo específico também a análise das respostas normativas formuladas a partir do pano-de-fundo do constitucionalismo digital.

Igualmente, a análise aqui feita inclui a variável referente às diferentes funções administrativa, consultiva e jurisdicional do TSE. É oportuno verificar a decisão à luz de outras políticas públicas de regulação de conteúdo dos meios

---

<sup>7</sup> Dado que confunde os papéis de investigador e julgador, a condução do Inquérito 4.781 foi desafiada, em sua constitucionalidade, no STF, na ADPF 572, julgada improcedente pela corte: “Ante o exposto, nos limites desses processos, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, julgo totalmente improcedente o pedido nos termos expressos em que foi formulado ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da portaria GP 69/2019, enquanto constitucional o artigo 43 do regimento interno, do STF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato, com esse ato exclusivamente envolvidas” (VALENTE, Fernanda. “Supremo valida inquérito das fake news, que investiga ameaças a ministros”. **Conjur**, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros>. Acesso em: 14 fev. 2022. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2020. **ADPF 572**. Julgamento de 18 de junho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346358281&ext=.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022).

<sup>8</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021a. **Ações de investigação judicial eleitoral 0601968- 80.2018.6.00.0000 e 0601771- 28.2018.6.00.0000**. Julgamento em 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/10/2021.10.25-REVISADO-COM-EMENTA-AIJE-060196880-e-060177128.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

<sup>9</sup> GINSBURG, Tom. HUIZ, Aziz. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2018.

digitais debatidas no Brasil, como, por exemplo, o Projeto de Lei 2.630/2020 (Lei que institui Liberdade, Transparência e Responsabilidade na Internet).<sup>10</sup> Ainda, a partir desse panorama, é possível colocar em discussão o papel do que se tem chamado de constitucionalismo digital: se instituições constitucionais devem e, em que medida, podem tratar da estabilização de expectativas com alta velocidade de alteração decorrentes de inovações tecnológicas relevantes para processos políticos.

O artigo se estrutura nas seguintes seções. Na primeira seção, são apresentados os argumentos dos representantes, a decisão e os principais fundamentos que aparecem nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão. Na sequência, a segunda seção indica quais são as principais funções da Justiça Eleitoral no Brasil: a partir dela, é possível verificar uma certa ambiguidade na decisão tomada nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão, em que funções diversas da corte eleitoral se misturam na fundamentação e no dispositivo do acórdão.

A terceira seção procede a uma reconstrução, à luz, principalmente, do caso europeu, do que seria um conceito de constitucionalismo digital. A quarta seção, por sua vez, procura mapear os fundamentos para reivindicar a concepção de um constitucionalismo digital no âmbito do sistema constitucional brasileiro. O quinto tópico do artigo recupera a literatura mais atualizada sobre as modalidades decisórias utilizadas por órgãos jurisdicionais comparados para lidar com decisões de alto impacto político, principalmente em situações de perda de qualidade democrática. Na conclusão, a decisão do TSE nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão é compreendida como maxi-minimalista, mas, ainda assim, como uma decisão arriscada considerando-se o contexto de generalizados ataques à democracia.

---

<sup>10</sup> BRASIL. **PL 2.630/2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 9 jun. 2022.

## 1. As AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão: *fake news*, WhatsApp e eleições de 2018

Ainda em 2018, a Coligação “O Povo Feliz de Novo” (PT/PCDOB/PROS) ajuizou duas ações de investigação judicial eleitoral contra a chapa presidencial eleita (Jair Bolsonaro e Hamilton Mourão e terceiros) no TSE. Na visão dos autores, teria havido disparo em massa de mensagens de WhatsApp durante o período de campanha eleitoral de 2018, o que trouxe prejuízos severos ao candidato representante da coligação autora da demanda. A base das denúncias foi encontrada em reportagens do jornal Folha de S. Paulo intituladas “Fraude com CPF viabilizou disparo de mensagens de WhatsApp nas eleições” e “Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp”.<sup>11</sup>

A ementa do acórdão proferido no bojo das AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão indica ostensivamente não haver margem para dúvidas de que restou provado que os representados (o Presidente da República e outros) optaram por realizar a campanha eleitoral para a presidência, ao longo do pleito de 2018, predominantemente por meio digital e via aplicativos de mensagens, no caso o WhatsApp.<sup>12</sup> Ela também menciona que havia um entorno estruturado e organizado de pessoas próximas ao presidente para apoiar a disseminação de informações relativas às eleições.

A *WhatsApp Inc.* informou nos autos que quatro empresas disponibilizavam serviços de disparos em massa violadores dos termos de serviços da companhia de mensageria interpessoal, sendo que duas delas efetivamente realizaram disparos. Pessoas trabalhavam nas empresas em três turnos e realizavam cerca de 75 mil disparos. Os inquéritos 4.781 e 4.828, este

---

<sup>11</sup>As duas reportagens contaram com a participação da jornalista Patrícia Campos Mello que, inclusive, publicaria livro a respeito da temática (MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio**: notas de uma repórter sobre *fake news* e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020). Cf. RODRIGUES, Artur. MELLO, Patrícia Campos. “Fraude com CPF viabilizou disparo de mensagens de WhatsApp na eleição”. **Folha de S. Paulo**, 2 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/12/fraude-com-cpf-viabilizou-disparo-de-mensagens-de-whatsapp-na-eleicao.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2022; e, MELLO, Patrícia Campos. “Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp”. **Folha de S. Paulo**, 18 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2022.

<sup>12</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021a. **Ações de investigação judicial eleitoral 0601968- 80.2018.6.00.0000 e 0601771- 28.2018.6.00.0000**, p. 4.

conhecido como “inquérito dos atos antidemocráticos”,<sup>13</sup> que tramitam no STF, tiveram suas provas compartilhadas nas AIJE’s e indicavam um padrão comportamental do entorno presidencial que remontava a 2017, atacando-se adversários políticos, candidatos e instituições.

As ações foram relatadas pelo Ministro Luis Felipe Salomão. Seu voto rejeitou a ilegitimidade passiva dos então candidatos Jair Bolsonaro e Hamilton Mourão. Segundo Salomão, ainda que o candidato não tenha participado de forma direta do ilícito contra a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral, esses seriam cânones do Estado Democrático de Direito.<sup>14</sup> A delimitação normativa promovida pelo tribunal é essencial para qualificar a gravidade dos atos em relação ao processo eleitoral à qualidade da democracia constitucional brasileira, já deteriorada a partir de diversos outros fatores.<sup>15</sup>

É importante assinalar uma prejudicial de mérito trazida pelo Ministro Salomão: ela diz respeito à extensão do acatamento do pedido de produção de provas feito pelos requerentes. Nos autos, havia requerimento de oitiva de testemunhas que envolviam a família do presidente, assim como pedido para compartilhamento em toda a extensão das provas produzidas nos inquéritos das *fake news* e dos atos antidemocráticos, ainda pendentes no STF. Um dos argumentos utilizados pelo relator para indeferir tais pedidos é o de que teria havido longo trâmite processual, considerando-se os parâmetros da Justiça Eleitoral. Assim, tendo sido as ações ajuizadas em outubro e dezembro de 2018 e só julgadas em fins de outubro de 2021, entendeu-se ser o prazo de tramitação excessivo. Seria de se considerar o art. 97-A da Lei 9.504/1997,<sup>16</sup> que estipula

---

<sup>13</sup> O inquérito 4.828 foi arquivado pelo Ministro Alexandre de Moraes, em 1º de julho de 2021, a pedido do Procurador-Geral da República Augusto Aras. Ocorre que, no mesmo ato, o Ministro Relator determinou a instauração, em apenso ao inquérito das *fake news* (4.781), de investigações a respeito de uma organização criminosa de atuação digital que atuaria em grande semelhança com o grupo investigado no inquérito principal, com a finalidade e atentar contra a democracia e o Estado de Direito. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2021a. **Inquérito 4.828**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 1º de julho de 2021. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/7/811B73CF292CC7\\_Inq4828-MinutaFinal-assinada.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/7/811B73CF292CC7_Inq4828-MinutaFinal-assinada.pdf). Acesso em: 14 fev. 2022.

<sup>14</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021a. **Ações de investigação judicial eleitoral 0601968- 80.2018.6.00.0000 e 0601771- 28.2018.6.00.0000**, p. 10.

<sup>15</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em Crise no Brasil: Valores Constitucionais, Antagonismo Político e Dinâmica Institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei 9.504, de 30 de setembro 1997**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

como duração razoável do processo (nos termos do art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição de 1988) o prazo de um ano de tramitação para ações que possam resultar em perda do mandato eletivo. A pergunta principal, contudo, seria no sentido de em que medida tal ampliação do conteúdo probatório “efetivamente” atingiria o resultado da demanda.

Destacou o voto do relator que a utilização de ferramentas digitais, por si só, não seria problemática. A ilicitude, contudo, surgiria a medida em que há compromisso de candidaturas adversárias. Note-se, a esse respeito, que o próprio *WhatsApp Inc.* havia, previamente, notificado extrajudicialmente as empresas réis pela oferta de serviços que violavam os termos de serviço da plataforma de mensagens. Esse é um dado importante, já que a delimitação normativa, aqui, nasce a partir de uma verificação da empresa privada para, ao fim, ser confirmada institucional e judicialmente pelo TSE. Banimentos de contas também foram realizados pela empresa.

Além disso, os inquéritos das *fake news* e dos atos antidemocráticos permitiram a introdução de provas documentais e testemunhais nas AIJE's que demonstraram que o entorno presidencial, de fato, mobilizou digitalmente eleitores para atacar adversários políticos, durante e após a campanha, além de mirar instituições democráticas. A atuação nesse sentido fora, inclusive, corroborada por parlamentares que outrora compuseram a base legislativa do Chefe do Poder Executivo, por meio de declarações que fortaleciam a tese da existência de um “gabinete do ódio”.

Na ótica do voto do relator, a normalidade e a legitimidade dos pleitos eleitorais foram protegidas constitucional (art. 14, § 9º, da Constituição de 1988) e legalmente (arts. 19 e 22 da Lei Complementar – LC – 64/1990).<sup>17</sup> Busca-se, com esses dispositivos, evitar o abuso do poder econômico e dos meios de comunicação social pelos candidatos, algo que levaria à violação de iguais oportunidades no pleito. Note-se que, desde 2018, tem-se desenvolvido estudos no Brasil aptos a comprovar a lesividade da propagação de desinformação por meio do WhatsApp e que, também, a própria empresa poderia tomar medidas

---

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

para frear tais danos.<sup>18</sup> Assim, o manejo de aplicativos de mensagens instantâneas para promoção de disparos em massa objetivando atacar adversários políticos configuraria ato abusivo. O candidato beneficiado por tais tecnologias deve, segundo o voto do relator, ser apenado pela Justiça Eleitoral. Por fim, aplicativos de mensagens instantâneas são facilmente reconhecidos como meios de comunicação social.

Aspecto importante que constou do voto do relator diz respeito à proteção da autodeterminação informativa, que é assegurada também pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/2018.<sup>19</sup> A esse respeito, o próprio TSE expediu normativa própria com a Resolução 23.610/2019,<sup>20</sup> especialmente os arts. 29, 31 e 41. Diante do exposto, foi possível para o TSE fixar uma tese jurídica no julgamento:

(...) o caso convida a Corte a fixar a tese jurídica no sentido de que a exacerbação do uso de aplicativos de mensagens instantâneas para realizar disparos em massa, promovendo desinformação, diretamente por candidato ou em seu benefício e em prejuízo de adversários políticos, pode configurar abuso do poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social, nos termos do art. 22 da LC 64/90, a depender da gravidade da conduta, que será examinada em cada caso concreto.<sup>21</sup>

O aporte consequencialista do voto passa, então, a ser dominante: fixar o que seria a gravidade da conduta. Nesse ponto, alguns marcos seriam úteis, como o teor das mensagens, como elas repercutiram perante o eleitorado, seu alcance, a participação dos candidatos e se houve financiamento com vistas a atingir a equidade do pleito. A gravidade das circunstâncias não se confundiria com a potencialidade de alterar o resultado eleitoral. Tal gravidade, contudo, não

---

<sup>18</sup> RESENDE, Gustavo. et al. Analyzing textual (Mis)information shared in WhatsApp groups. **WebSci 2019 - Proceedings of the 11th ACM Conference on Web Science**, p. 225–234, 2019; MELO, Philipe de Freitas et al. **Can WhatsApp Counter Misinformation by Limiting Message Forwarding?** 2019. Disponível em: <http://arxiv.org/abs/1909.08740>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

<sup>20</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resolução 23.610, de 18 de dezembro de 2019**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 9 jun. 2022.

<sup>21</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021a. **Ações de investigação judicial eleitoral 0601968- 80.2018.6.00.0000 e 0601771- 28.2018.6.00.0000**, p. 41.

teria sido provada pelos autores das AIJE's. Vários dos requisitos para a gravidade do fato apontados pelo voto do relator, e, de fato, de difícil prova, restaram não evidenciados no trâmite da ação. Nem mesmo o financiamento teria sido provado.

Os demais Ministros do TSE acompanharam o relator. O Ministro Luís Roberto Barroso destacou que a decisão seria para o futuro, buscando demarcar novos eventos para o pleito de 2022. Ele chegou a ser ainda mais pontual ao destacar o problema de “bolhas” e “câmaras de eco” na difusão da desinformação e a importância de se atingir o financiamento de redes.<sup>22</sup> O Ministro Alexandre de Moraes foi mais enfático, salientando que a repetição dos fatos de 2018 levaria à cassação de registro e eventual prisão daqueles envolvidos com as chamadas “milícias digitais”. O Ministro Carlos Horbach foi o único vencido quanto a fixação da tese almejada pelo relator.

É possível perceber, portanto, que a decisão não teve um efeito imediato considerando-se o material colhido no curso do procedimento. Ainda que se defenda a ausência de comprovação da gravidade, um argumento que não é de todo vazio, deve-se considerar que a decisão é muito mais um aviso ou uma advertência, como será discutido nos próximos tópicos. Para compreendê-la adequadamente, contudo, é preciso situar o poder disciplinador do TSE e da Justiça Eleitoral nas eleições brasileiras.

## **2. A Justiça Eleitoral brasileira e suas funções: um poder disciplinador digital?**

A decisão nas AIJE's sobre abuso do poder econômico e dos meios de comunicação social foram uma dentre diversas iniciativas levadas adiante pelo TSE depois do que se sucedeu nos meios digitais nas eleições de 2018. A corte, à época presidida pela Ministra Rosa Weber (2018-2020), não escondeu

---

<sup>22</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021b. “TSE julga improcedentes ações contra Jair Bolsonaro e Hamilton Mourão”. **Tribunal Superior Eleitoral**, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Outubro/tse-julga-improcedentes-acoes-contra-jair-bolsonaro-e-hamilton-mourao>. Acesso em: 14 fev. 2022.

mostrar-se despreparada para enfrentar, com a velocidade necessária, a perturbação da normalidade do pleito – ainda que um Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições tivesse sido criado em 2017.<sup>23</sup>

Já sob a presidência do Ministro Luís Roberto Barroso (2020-2022), uma série de medidas foram concretizadas visando controlar a difusão de desinformação e a influência do abuso de poder econômico e de comunicação social no meio digital. Houve a realização de um Programa de Combate à Desinformação, com principal objetivo de atuar sobre as eleições de 2020. O programa compreendeu: uma coalizão para checagem de informações falsas; uma página de aferição sobre fatos e boatos; um *chat bot* (ou seja, um simulador de um ser humano para atendimento virtual) no *WhatsApp*; uma rede de difusores de conteúdo; uma campanha midiática contra desinformação, um comitê de cyber-inteligência, entre outras medidas.<sup>24</sup>

O TSE também estabeleceu parcerias com várias instituições públicas e privadas para o desenvolvimento de ações de combate à desinformação. Os acordos envolveram agências de checagem (Lupa, Aos Fatos, entre outras), empresas de telefonia, órgãos de pesquisa, órgãos públicos, associações de mídia e mesmo plataformas digitais como Facebook, Instagram, WhatsApp, Google/YouTube, Twitter e TikTok.<sup>25</sup> Congressos foram realizados e especialistas foram ouvidos em audiências.<sup>26</sup> Na transição para presidência do Ministro Edson Fachin (de fevereiro a agosto de 2020, já que ele completará quatro anos na corte), a ênfase na segurança cibernética para combate do que

---

<sup>23</sup> VENAGLIA, Guilherme. “Rosa Weber: fake news são problema mundial contra o qual não há ‘milagre’”. *Veja*, 21 de outubro de 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/rosa-weber-fake-news-sao-problema-mundial-contra-o-qual-nao-ha-milagre/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

<sup>24</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021c. **Programa de enfrentamento à desinformação com foco nas eleições 2020**: relatório de ações e resultados. Brasília: TSE, 2021. Disponível em: [https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/Programa\\_de\\_enfrentamento\\_resultados.pdf](https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/Programa_de_enfrentamento_resultados.pdf). Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>25</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021d. “TSE fortalece ações conjuntas contra a desinformação e pela democracia”. *Tribunal Superior Eleitoral*, 17 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Novembro/tse-fortalece-acoes-conjuntas-contra-a-desinformacao-e-pela-democracia>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>26</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2022. “Confira as ações contra a desinformação efetivadas pelo TSE nos últimos anos”. *Tribunal Superior Eleitoral*, 10 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2022/Janeiro/confira-as-acoes-contra-a-desinformacao-efetivadas-pelo-tse-nos-ultimos-anos>. Acesso em: 15 de fev. 2022.

ele chamou de populismo autoritário também foi dada. O Ministro Barroso, ao deixar o cargo, apresentou um acordo com as plataformas digitais Twitter, TikTok, Facebook, Whatsapp, Google, Instagram, YouTube e Kwai, para combate à desinformação no âmbito eleitoral.<sup>27</sup>

Um ponto de questionamento parte da relação do TSE com militares. Havia tratativas no sentido que o ex-Ministro da Defesa, Fernando Azevedo, assumiria o cargo de Diretor-Geral da instituição. Azevedo já havia assessorado o Ministro Dias Toffoli na presidência do STF. Ele desistiu, contudo, sob alegações de saúde.<sup>28</sup> Adicionalmente, o Ministro Barroso já havia solicitado ao Ministro da Defesa Braga Netto a indicação de nomes para composição da Comissão de Transparência Eleitoral que, inclusive, havia recebido, em sigilo, uma série de quesitos das Forças Armadas sobre a segurança das urnas eletrônicas contra-ataques cibernéticos. Sob o apoio dos três sucessivos presidentes do TSE, decidiu-se pela divulgação do relatório.<sup>29</sup> Tais complexas relações entre militares e membros do Poder Judiciário demonstram o quadro já instalado de militarização da política que só é agravado em meio ao papel de milícias digitais. Além disso, levanta questionamentos sobre a função administrativa do próprio tribunal.

Todas as ações no campo informacional são relevantes e figuram dentro das funções de ordem administrativa que a Justiça Eleitoral desempenha no Brasil para gerir o próprio processo eleitoral. Quando se trata, contudo, do campo informacional que interessa ao capitalismo de vigilância, aqui entendido como uma lógica econômica que atua sobre comportamentos e que é apto a romper

---

<sup>27</sup> MARQUES, José. "Fachin reage a Bolsonaro e diz que TSE irá combater ameaças do populismo autoritário". **Folha de S. Paulo**, 15 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/fachin-reage-a-bolsonaro-e-diz-que-tse-ira-combater-ameacas-do-populismo-autoritario.shtml>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>28</sup> ROCHA, Marcelo. 2021a. "General Fernando Azevedo, ex-ministro de Bolsonaro, desiste de direção do TSE". **Folha de S. Paulo**, 16 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/general-fernando-azevedo-ex-ministro-de-bolsonaro-desiste-de-direcao-do-tse.shtml>. Acesso em: 17 fev. 2022.

<sup>29</sup> ROCHA, Marcelo. 2021b. "TSE torna pública resposta aos militares sobre urna eletrônica após insinuações de Bolsonaro". **Folha de S. Paulo**, 16 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/tse-torna-publica-resposta-aos-militares-sobre-urna-eletronica-apos-insinuacoes-de-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 17 fev. 2022.

com a soberania popular,<sup>30</sup> tal função administrativa deve, sim, encampar o debate informacional, mas não deve se cingir a ele.

É claro que a função administrativa da Justiça Eleitoral comporta um poder de polícia que pode ir desde a expedição e cancelamento de títulos eleitorais até a suspensão de plataformas que se omitam em relação à fiscalização que cabe aos tribunais.<sup>31</sup> Assim, pode ser necessário que o TSE não somente regule meios digitais por intermédio de seu poder normativo como, tal similarmente às AIJE's aqui analisadas, desempenhe sua mais corriqueira função, qual seja, a jurisdicional. Não se esqueça, também, que a função consultiva pode ser demandada a fim de preparar o processo eleitoral com antecedência para as mudanças radicais e velozes da era digital. Por fim, saliente-se que a função normativa do TSE foi cumprida, em parte, com a edição da já mencionada Resolução 23.610/2019 e seus arts. 29, 31 e 41.

A compreensão devida dos espaços de atuação de uma corte eleitoral diante de suas diversas funções ante plataformas e outros meios digitais devem ser feita, contudo, respondendo-se à pergunta antecedente sobre o impacto da regulação daqueles mesmos meios. Esse percurso permite observar de que maneira o estado da arte do desenvolvimento das tecnologias, a autocontenção dos poderes de conglomerados transnacionais e as possíveis injunções de políticas estatais levarão a novos experimentos do constitucionalismo digital. Esse é o objeto do próximo tópico.

### **3. Em direção à construção de um constitucionalismo digital**

A explosão da inovação tecnológica das últimas décadas fez com que poucas companhias concentrassem uma enorme quantidade de renda e, por consequência, poder econômico em nível global, sobretudo em vista da natureza transnacional das tecnologias e trânsito dos dados. Shoshana Zuboff descreve esse fenômeno como o advento do capitalismo de vigilância: uma nova estrutura

---

<sup>30</sup> ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power.** New York: Public Affairs, 2019, p. 2.

<sup>31</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 161.

econômica na qual práticas de extração e predição de dados permitem uma lógica algorítmica que altera comportamentos visando possibilitar mais lucros para aquelas grandes companhias, as *big techs*.<sup>32</sup> Cuida-se de transformar a experiência humana em dados. A partir daí, novos produtos, serviços e soluções digitais são criados e regenerados pelas plataformas, dentro de segmentos específicos da indústria, como aqueles de monitoramento de dados, motores de busca, agregadores de notícias, anúncios online, serviços de mensagens e novas soluções de recomendações de preferências online.<sup>33</sup>

As alterações comportamentais dependem não apenas de poucas escolhas feitas por usuários, mas principalmente da determinação exterior da oferta feita por empresas que se utilizam da tecnologia das plataformas digitais. Objetivos econômicos ditam a forma de utilização por tais companhias de um poder instrumental que modifica e monetiza comportamentos humanos baseado em uma *radical indiferença*, ou seja, computadores não são necessariamente sensíveis em relação ao conteúdo da informação difundida.<sup>34</sup> Poder instrumental e radical indiferença são duas chaves conceituais centrais para o debate de como constituições, leis e códigos desempenharão papéis de aprendizagem e predição no confronto com inovações tecnológicas.

A difusão tecnológica não coincide acidentalmente com a queda de qualidade das democracias constitucionais que se vislumbrou nas duas últimas décadas. Para além do campo econômico e consumerista, há relevância também das novas tecnologias para o campo político. O que será, ou não, consenso na esfera pública depende de câmaras de eco, grandes quantidades de dados (*big data*) e sua manipulação, assim como de inteligência artificial.<sup>35</sup> Estes fatores não atuam isoladamente no campo da propaganda política e

---

<sup>32</sup> ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism**, p. 20.

<sup>33</sup> Sistemas de recomendação online - Online Recommendation Systems - 'ORSs' - são baseados em pesquisa ativa em mineração de dados e aprendizado de máquina, com métodos de filtragem colaborativa fundados na coleta e análise de uma quantidade enorme de dados relativos aos comportamentos, atividades ou preferências dos usuários e na predição de tudo quanto usuários possam gostar com base em sua semelhança com outros usuários. ZHOU, Xujuan et al. The state-of-the-art in personalized recommender systems for social networking. **Artificial Intelligence Review**, vol. 37, n. 2, 2012, p. 119).

<sup>34</sup> ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism**, p. 363.

<sup>35</sup> SUNSTEIN, Cass. **#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media**. New Jersey: Princeton University Press, 2017; TUFEKCI, Zeynep. Engineering the public: Big data, surveillance and computational politics. **First Monday**, v. 19, n. 7, p. 1-39, 2014.

devem ser associados a outras formas de impulsionamento de posições políticas polarizadas, mas as novas tecnologias têm, sim, um papel essencial que não pode ser ignorado, sobretudo por suas funções intrusivas na esfera social.<sup>36</sup>

Com essa gama de aspectos da vida social atingidas pelas novas tecnologias, é impossível que o direito fique imune a elas. Pelo contrário, o que se supõe é que, por intermédio dos meios digitais, o direito venha ser manipulado em favor de interesses econômicos e políticos não necessariamente legais ou constitucionais. Celeste, por exemplo, sustenta que tecnologias digitais agem sobre o constitucionalismo atuando tanto na expansão de direitos, como a liberdade de expressão, como também promovendo riscos para os direitos fundamentais e para o equilíbrio entre poderes, principalmente comparando-se poderes públicos e privados.<sup>37</sup>

A possibilidade de que as companhias digitais violem direitos fundamentais aumentou com as novas tecnologias. Daí que o constitucionalismo digital englobaria as reações normativas à alteração de equilíbrio ocasionada por tecnologias digitais, fornecendo, também, os princípios que guiam tais reações.<sup>38</sup> Deve-se refutar, contudo, e a partir do conceito de Edoardo Celeste, que o constitucionalismo digital seja uma ideologia. O constitucionalismo é estruturado por instituições, direitos e formas de regulação de poder que vão muito além de formas de consciência social, ainda que o autor procure rechaçar tal confusão.

Mais do que um novo paradigma do constitucionalismo, o constitucionalismo digital refere-se à regulação dos meios digitais. O constitucionalismo digital não se limita a atuar apenas, por um lado, sobre poderes públicos e nem, por outro lado, sobre poderes privados. Até por seus efeitos transnacionais, não é de se esperar mais uma dimensão exclusivamente estatista do constitucionalismo.<sup>39</sup> É aqui que decisões do ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) e regulações de entidades

---

<sup>36</sup> BENKLER, Yochai. FARIS, Robert. ROBERTS, Hal. **Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics**. New York: Oxford University Press, 2018, p. 4.

<sup>37</sup> CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers and Technology**, v. 33, n. 1, 2019, p. 3.

<sup>38</sup> CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation, p. 7.

<sup>39</sup> CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation, p. 16.

privadas, códigos de conduta, recomendações e diretrizes ganham relevo para a regulação pretendida pelo constitucionalismo digital. Nesse sentido, parece ser forçoso reconhecer que processos transnacionais e multissetoriais influenciarão a modelagem do constitucionalismo digital.

Ressalte-se que este campo de desenvolvimento doutrinário e regulatório conta ainda com importante influência da concepção de constitucionalismo societal de Günther Teubner.<sup>40</sup> As constituições passam a desempenhar funções de ordens autônomas e, ao mesmo tempo, de autocontenção. Além disso, as constituições, mesmo em ordens privadas, estimulam processos de decisão equivalentes aos modelos estatais (daí a necessidade de democratização de estruturas e funções das plataformas privadas), buscando legitimidade por formas políticas, determinando esferas de ação com equivalentes nos direitos fundamentais e tomando decisões de interesse público que não são mais privilégios de agentes do Estado.

Giovanni de Gregorio visualiza o mesmo movimento de reação normativa no âmbito da União Europeia contra os excessos de violação de direitos fundamentais, mas principalmente no exercício de funções quase públicas por companhias que operam em escala transnacional. Seu argumento, contudo, é o de que uma nova fase do constitucionalismo, qualificada como digital, estaria em jogo.<sup>41</sup> Teria havido, de fato, uma mudança paradigmática.

A afirmação é, todavia, controversa, uma vez que o constitucionalismo, seja em nível doméstico, seja em nível transnacional, já há muito havia direcionado seus dispositivos para poderes privados. Mencione-se a perspectiva de horizontalização germânica dos direitos fundamentais (a chamada “eficácia horizontal”) e, ainda, o já relatado ponto de vista de um constitucionalismo societal. Essa crítica não impede perceber uma sucessão de fases em relação, pelo menos, a o que se deu na União Europeia: de um liberalismo econômico em relação às plataformas digitais para um reconhecimento do papel constitucional de disciplina da sociedade algorítmica.

---

<sup>40</sup> TEUBNER, Günther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>41</sup> GREGORIO, Giovanni de. The rise of digital constitutionalism in the European Union. **International Journal of Constitutional Law**, v. 19, n. 1, 2021, p. 42.

No caso da União Europeia, o que se observa é uma duradoura omissão na definição de normas jurídicas com força doméstica para governar um movimento algorítmico cada vez mais forte. A *Data Protection Directive* (95/46/EC), de 1995, só é retomada e revisada em 2012 para ser substituída em 2018, com a *General Data Protection Regulation (GDPR)* (2016/679). A ausência de ação teria demandado, conseqüentemente, uma maior intervenção judicial propiciada pela nova regulação.

O que se observa é que a fundamentação judicial de vários casos perante a Corte de Justiça da União Europeia está delineada por valores caros ao constitucionalismo, como Estado de Direito e direitos fundamentais.<sup>42</sup> E esses valores vieram a inspirar novos experimentos para regulação de serviços digitais no domínio comunitário, como a discussão e aprovação pelo Parlamento Europeu das propostas do Regulamento Europeu de Serviços Digitais e Mercados Digitais.<sup>43</sup> Os instrumentos acumulam as expectativas de contestação do poder corporativo das plataformas sediadas nos Estados Unidos e a crença de que a regulação europeia pode servir de base para transferência de normas digitais em escala global.<sup>44</sup>

Novas tecnologias impulsionaram o espaço de atuação de plataformas digitais que, em uma lógica algorítmica, se pautaram por menos transparência e mais opacidade. As reações normativas desenham um caminho para o constitucionalismo que se propõe a regular ganhos da era digital. É aqui que a moderação de conteúdo desempenha um papel primordial, já que plataformas não têm apenas uma perspectiva passiva e podem promover a violação de direitos fundamentais e do próprio procedimento democrático. A questão, que será retomada adiante, é que o constitucionalismo digital deve ser aberto a formas de *accountability* híbridas, que permitam tanto controle como

---

<sup>42</sup> GREGORIO, Giovanni de. The rise of digital constitutionalism in the European Union, p. 53.

<sup>43</sup> Ver, por exemplo, Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE (doc COM/2020/825 final - "Digital Services Act"); e Proposta de Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Digital Markets Act). Bruxelas, 15.12.2020 (doc.COM(2020) 842 final).

<sup>44</sup> COMISSÃO EUROPEIA. 'Uma nova abordagem para garantir a liderança mundial das normas da UE promovendo os valores e um mercado único resiliente, verde e digital'. **Press Release**. 2 de fevereiro de 2022. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip\\_22\\_661](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_661). Acesso em: 3 mai. 2022.

autonomia,<sup>45</sup> uma vez que o predomínio desenfreado do Estado apenas nesse campo pode ir de encontro justamente às pretensões democráticas sobre ações responsáveis nos meios digitais.

Contudo, seria possível falar de constitucionalismo digital no Brasil? Responder a essa pergunta é a temática da próxima seção.

#### 4. Constitucionalismo digital no Brasil

Diante da discussão sobre a prevalência de um constitucionalismo digital, é preciso situar o caso brasileiro, e esse exercício pode ser estabelecido a partir de sistemas jurídicos comparados. Note-se que o avanço da internet no Brasil não se distancia temporalmente em muito das mudanças experimentadas no continente europeu. A incidência de uma leitura excessivamente liberal em termos econômicos também foi a tônica aqui em boa parte dos anos 1990 e 2000, como representada em parte pelos instrumentos comunitários europeus, por exemplo, a Diretiva Europeia de Comércio Eletrônico de 2000.<sup>46</sup> O debate sobre regulação na Europa, contudo, teve efeitos rápidos para países emergentes como Brasil e Índia.<sup>47</sup> Dessa forma, uma regulação que contasse tanto com elementos de governança de conteúdo internos às plataformas (ainda que criticáveis) quanto com ações de índole estatal começou a se descortinar na década de 2010.

Relembre-se, portanto, que a aprovação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) teve um papel fundamental e pioneiro na garantia de direitos de usuários.<sup>48</sup> O advento da já mencionada LGPD também tem importantes efeitos

---

<sup>45</sup> SUZOR, Nicolas. **Lawless**: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 165.

<sup>46</sup> Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno.

<sup>47</sup> ANJOS, Lucas. **Can Law Ever Be Code?** Beyond Google's Algorithmic Black Box and Towards a Right to Explanation. Tese de Doutorado. Belo Horizonte e Bruxelas: UFMG e Université Libre de Bruxelles, 2021, p. 22.

<sup>48</sup> BRASIL. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

para a regulação doméstica das atividades relativas a tratamento de dados pessoais, cada vez mais intensificadas pelo uso de ferramentas de tecnologias digitais e processos de digitalização. No que interessa mais especificamente ao objeto desse artigo, a reação reguladora aos efeitos deletérios da manipulação de plataformas nas eleições de 2018, deve-se registrar o papel central desempenhado pela CPI das Fake News, com funcionamento suspenso ante a pandemia de COVID-19 no momento de fechamento desse texto.

Os desdobramentos da CPI da Pandemia foram fundamentais para alargar a delimitação do funcionamento de organizações de difusão de desinformação que foram centrais para a política deliberada de imunidade de rebanho sustentada pelo governo federal. O relatório final apresenta não somente o papel claro das milícias digitais, mas a necessidade de que seja regulado o combate à desinformação nos meios digitais.<sup>49</sup> No âmbito do próprio processo eleitoral, a aprovação da Lei nº 14.192/2021 alterou o art. 323 do Código Eleitoral para criminalizar a difusão de desinformação em relação a partidos e candidatos durante o período eleitoral:<sup>50</sup>

Art. 323. 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: (...)

Parágrafo único. Revogado.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até metade se o crime:

I - é cometido por meio da imprensa, rádio ou televisão, ou por meio da internet ou de rede social, ou é transmitido em tempo real;

II - envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia. (NR)

Destaque-se, também, o projeto de lei que visa combate a difusão de *fake news*, PL 2.630/2020,<sup>51</sup> originalmente proposto pelo Senador Alessandro

---

<sup>49</sup>CPI DA PANDEMIA. **Relatório Final**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/fc73ab53-3220-4779-850c-f53408ecd592>. Acesso em: 3 mai. 2022, p. 882.

<sup>50</sup> BRASIL. **Lei 14.192, de 4 de agosto de 2021**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14192.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14192.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

<sup>51</sup> BRASIL. **PL 2.630/2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 9 jun. 2022.

Vieira e que conta com um substitutivo, na Câmara dos Deputados, do Deputado Federal Orlando Silva.

A tramitação dos inquéritos das *fake news* e dos atos antidemocráticos, ainda que o primeiro possa ser questionado, pôde descortinar institucionalmente o modo de funcionamento das chamadas milícias digitais. Elas atuam de modo a formalizar organizações digitais tipicamente atuantes em redes sociais, aplicativos de mensagens e grupos de discussão na internet com objetivo deliberado de manipulação e influência de resultados políticos, comunicativos e interpretativos, mediante ataques, linchamentos, assédio e intimidação por meios digitais.<sup>52</sup> O próprio ataque ao sistema de urnas eletrônicas no Brasil efetuado pelo Presidente da República resultou na instauração de investigação eleitoral para apurar sua responsabilidade – que, no limite, poderia levar à sua inelegibilidade – e que estaria associada à utilização de serviços de internet para disseminar desinformação, manipular impressões e opiniões a respeito da realização do pleito eleitoral.<sup>53</sup> Em janeiro de 2022, um relatório da Polícia Federal apontou que o presidente teve atuação direta na disseminação de desinformação sobre as urnas eletrônicas.<sup>54</sup>

Desse modo, o constitucionalismo digital demanda ação estatal e regulatória sobre vários aspectos do funcionamento dos meios digitais. E, no caso brasileiro, pode-se perceber que o manejo indevido das funcionalidades de plataformas digitais já trouxe efeitos perniciosos para o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, vê-se que há reação normativa e de governança de conteúdo contra vários desses ataques. O que não significa dizer que todos os aspectos de governança do funcionamento de mídias digitais devam ser “estatalizados”. Como indica a própria ideia de constitucionalismo societal, há

---

<sup>52</sup> BENTES, Ivana. "As milícias digitais de Bolsonaro e o colapso da democracia." **Cult**. vol. 12, 2018. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/nao-matem-a-democracia/>>. Acesso em: 20 abril 2022; SILVEIRA, Pedro Telles da. Lembrar e esquecer na internet: Memória, mídias digitais e a temporalidade do perdão na esfera pública contemporânea. **Varia Historia**, vol. 37, n.73, p. 287-321, 2021.

<sup>53</sup> VITAL, Danilo. "TSE instaura inquérito e pede investigação contra Bolsonaro por ataque eleitoral". **Conjur**, 2 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-02/tse-instaura-inquerito-envia-noticia-crime-stf-bolsonaro>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>54</sup> HIRABARAHASI, Gabriel. "PF diz que Bolsonaro teve atuação direta em fake news sobre urnas eletrônicas". **CNN Brasil**, 16 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pf-diz-que-bolsonaro-teve-atuacao-direta-em-fake-news-sobre-urnas-eletronicas/>. Acesso em: 17 fev. 2022.

formas importantes de governança privada. A tônica que deve imperar em sistemas como o do *Facebook Oversight Board*, por exemplo, é o de espelhamento no constitucionalismo para usufruto de suas ferramentas de democratização e legitimidade, em vários casos subexploradas. As bases do constitucionalismo digital, como visto, reclamam premissas não apenas de revisão de princípios de um constitucionalismo analógico,<sup>55</sup> porém de adaptação da sociedade digital às demandas do constitucionalismo.

A constatação da incidência de um experimento de constitucionalismo digital no Brasil é coroada com a aprovação da Emenda Constitucional 115/2022.<sup>56</sup> Ela incluiu a proteção de dados pessoais, inclusive por meios digitais, no rol de direitos fundamentais do art. 5º (por adição do inciso LXXIX, da Constituição da República),<sup>57</sup> além de estabelecer que é da competência administrativa da União organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais (art. 21, inc. XXVI) e de sua competência legislativa a regulação da proteção e tratamento de dados pessoais (art. 22, inc. XXX). Trata-se também de um movimento de reação normativa, a propósito de uma das bases do constitucionalismo digital, razoavelmente apta a estabelecer freios e contrapesos sobre poderes de atores estatais e não estatais.<sup>58</sup>

É preciso saber, diante do exposto, em que medida o constitucionalismo contemporâneo coopera na solução da demanda que foi posta perante o TSE nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão. Não é preciso dissertar sobre o impacto político que tais ações gerariam. Na próxima seção, este artigo enfrentará a quadra atual da discussão sobre o papel de cortes perante a política, especialmente em situações de fragilidade democrática.

---

<sup>55</sup> CELESTE, Edoardo. Constitutionalism in the Digital Age. In: VVAA. **Liber Amicorum for Ingolf Pernice**. HIG: Berlin. 2020. p.22-33. Disponível em: <https://www.hiig.de/en/liber-amicorum-for-ingolf-pernice/>. Acesso em: 20fev.2022.

<sup>56</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

<sup>57</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

<sup>58</sup> CELESTE, Edoardo. Constitutionalism in the Digital Age, p. 10.

## 5. Judicialização da mega-política na erosão da democracia

O art. 22, inc. XIV, da LC 64/1990 estabelece que a representação nela prevista, concernente à chamada ação de investigação judicial eleitoral,<sup>59</sup> se tiver seu pedido provido, resultará em inelegibilidade dos representados e cassação do registro ou diploma do candidato beneficiado pelo abuso do poder econômico ou dos meios de comunicação social. Adicionalmente, o art. 222 do Código Eleitoral prevê que haverá anulação da votação assim reconhecida como viciada.<sup>60</sup> Tais seriam os efeitos jurídicos normais advindos de um julgamento de procedência das AIJE's contra chapa Bolsonaro/Mourão no TSE. Com o afastamento dessa consequência antes a suposta não demonstração da gravidade dos atos, a decisão, pois, cinge-se muito mais a advertir candidatos e partidos de que o uso de meios digitais de forma abusiva não será tolerado nas eleições que ocorram no futuro.

Antes, porém, de uma análise mais pormenorizada do provimento, é preciso discutir a dimensão da atuação jurisdicional em casos de mega-política, ou seja, daquilo que Hirschl (2008) definiu como questões de alto impacto político e geradoras de dissensos amplos.<sup>61</sup> A questão passa a ganhar contornos diversos diante do processo de gradual perda da qualidade da democracia que tem acompanhado diversos países no mundo todo.<sup>62</sup>

Observe-se que o Brasil, no quesito sobre “democracia liberal” do V-DEM, desceu de uma pontuação de 0.8, em 2013, para 0.53, em 2020, uma qualificação próxima a da transição constitucional de 1988. De acordo com a *Freedom House*, o Brasil recebeu a nota 79/100 no ranking de liberdade global, em 2016, caindo para 74/100 em 2021. A *The Economist Intelligence Unit*

---

<sup>59</sup> BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.**

<sup>60</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**, p. 1.219. BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

<sup>61</sup> LIMA, Jairo. BEÇAK, Rubens. Judicialização da “mega-política”: um estudo de caso a partir do alcance normativo da consulta eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 2, n. 2, 2016, p. 1.130-1.146.

<sup>62</sup> V-DEM INSTITUTE. **Autocratization turns viral.** Gotemburgo: V-DEM Institute, 2021. Disponível em: [https://www.v-dem.net/static/website/files/dr/dr\\_2021.pdf](https://www.v-dem.net/static/website/files/dr/dr_2021.pdf). Acesso em: 16 fev. 2022; FREEDOM HOUSE. **Freedom in the world 2021: democracy under siege.** Washington: Freedom House, 2021. Disponível em: [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021\\_World\\_02252021\\_FINAL-web-upload.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021_World_02252021_FINAL-web-upload.pdf). Acesso em: 16 fev. 2022.

classificou o Brasil, em 2020, como uma democracia falha, qualificativo recebido também pela Hungria.<sup>63</sup>

Mesmo aceitando uma definição mais formal e ligada à uma concepção liberal de democracia constitucional, o conceito de Ginsburg e Huq de erosão democrática, como um processo que fulmina gradualmente os padrões de Estado de Direito, liberdades civis e eleições livres e periódicas pode ser útil para os propósitos desse artigo.<sup>64</sup> Afinal, de um lado, mesmo considerando que o Brasil tem outros fatores em perigo na definição mais substancial de uma democracia social que a Constituição de 1988 promoveu, não é de se desprezar o amplo ataque desferido contra as instituições eleitorais pela Presidência de Jair Bolsonaro e, mais especificamente, com a manipulação da soberania popular por meios digitais em 2018.

Em sua visão específica sobre a relação entre cortes e democracia, Ginsburg define a jurisprudência anti-erosão como sendo aquela voltada para controlar ameaças que visam reduzir a competição democrática.<sup>65</sup> Sua preocupação seria com um “mínimo” de qualidade de democracia – o que pode se distanciar sobre o que, de fato, afeta a democracia brasileira – mas que, nas circunstâncias de preservação do processo eleitoral, pode se mostrar útil para direcionar como uma corte deve decidir. Igualmente, com vistas a cumprir funções de coordenação contra um governante iliberal ou autoritário, decisões de uma corte podem indicar aos cidadãos que aquele governo violou normas jurídicas, que ele não está unificado e que oponentes políticos podem expandir sua causa.

Para além das delimitações em termos substantivos a respeito do que pode ser feito quanto ao processo eleitoral, deve-se também verificar quais modalidades decisórias e procedimentais estariam abertas para as cortes em casos de mega-política.

---

<sup>63</sup> THE ECONOMIST. “Global democracy has a very bad year”. **The Economist**, 2 de fevereiro de 2021 Disponível em: <https://www.economist.com/graphic-detail/2021/02/02/global-democracy-has-a-very-bad-year>. Acesso em: 17 fev. 2022.

<sup>64</sup> GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz. **How to Save a Constitutional Democracy**, p. 9.

<sup>65</sup> GINSBURG, Tom. The Jurisprudence of Anti-Erosion. **Drake Law Review**, v. 66, p. 823–853, 2018, p. 837.

Dixon e Issacharoff (2016) procuraram separar formas diversas pelas quais tribunais evitam o próprio confronto político usando diferentes tipos de decisões de diferimento (*deferral*).<sup>66</sup> *Diferimentos de primeira ordem* suspendem ou adiam, de fato, anulações de leis ou atos que possam redundar em conflitos diretos entre os poderes. *Diferimentos de segunda ordem* exploram a fundamentação do julgado para trazer advertências para outros poderes, sem que, no dispositivo, apareça uma clara e definida resolução sobre, por exemplo, a inconstitucionalidade de um ato ou norma.

Yvonne Tew trata os casos como sendo de uma atuação judicial estratégica.<sup>67</sup> Cuida-se também, da ótica judicial, de adotar uma posição consequencialista não apenas em termos jurídicos, mas de fortalecimento institucional. Assim, seria possível classificar as posições das cortes em relação às políticas de outros poderes de quatro formas.

Na estratégia *maxi-minimalista*, tribunais adotam uma longa fundamentação, porém um curto dispositivo (*holding*) que evita o confronto político. Essa seria a tônica de *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), em que a Suprema Corte dos Estados Unidos se auto-intitula do poder de controle jurisdicional de constitucionalidade, mas deixa de reconhecer, de modo vinculante, o cargo de juiz de paz pleiteado por William Marbury.<sup>68</sup> Já a estratégia *mini-maximalista* parte do princípio de restringir as razões de decidir e adotar um dispositivo com amplas consequências políticas, como ocorrera com a Suprema Corte do Reino Unido ao invalidar, em 2019, a prorrogação da sessão legislativa do Parlamento estabelecida pelo Executivo, fazendo prevalecer séculos de soberania parlamentar.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> DIXON, Rosalind; ISSACHAROFF, Samuel. Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy. **Wisconsin Law Review**, p. 683–731, 2016.

<sup>67</sup> TEW, Yvonne. Strategic Judicial Empowerment. **American Journal of Comparative Law**, no prelo, 2022.

<sup>68</sup> SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. 1803. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>69</sup> SUPREMA CORTE DO REINO UNIDO. 2019. **R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent), Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)**. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

Uma estratégia de *construção de coalizão* também é derivada do caso britânico, uma vez que a Suprema Corte do Reino Unido sai da questão fortalecida em conjunto com o Parlamento. Na estratégia *retórica*, uma corte pode buscar um maior apoio público para sua decisão: a Suprema Corte do Malauí, ao invalidar o resultado das eleições presidenciais de 2019 por adulteração de votos, precisou, em boa parte do julgado, recorrer à narrativa da prevalência da soberania popular e daquilo que seria a expressão “concreta” da democracia.<sup>70</sup> Por fim, uma estratégia de *decisão unânime* pode esconder o dissenso individual e fortalecer, ainda mais, a posição institucional.

Mais especificamente no contexto de erosão democrática, Roznai aponta qual seria o papel de reação de cortes que são atacadas em tais circunstâncias ou que, nas suas palavras, são objeto de *bullying*.<sup>71</sup> Não se desconsidere o caso brasileiro, em que tanto o STF quanto o TSE foram duramente questionados pelo presidente e seus apoiadores, principalmente durante o período de pandemia de COVID-19. Em uma posição de *confronto*, uma suprema corte ou corte constitucional pode partir para um revide direto – o pior exemplo comparado é o da Corte Constitucional Russa, suspensa por Yeltsin na década de 1990.<sup>72</sup> Posições contrárias, de pura *deferência*, podem resultar no enfraquecimento institucional da corte no médio ou longo prazo. Já a posição de “negócios como sempre” (*business-as-usual*) pressupõe que a corte continue trabalhando como se estivesse em um período de normalidade – o que se assemelha, de fato, a uma atitude anti-*bullying* mais promissora.

Diante dessa breve revisão de literatura, pode-se colocar sob enfoque a decisão do TSE nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão. A decisão tem aspectos de um diferimento de segunda ordem: ao trabalhar a ausência de comprovação da gravidade dos autos, mas, ao mesmo tempo, reconhecendo o amplo manejo de meios digitais de forma a comprometer o processo eleitoral, ela deixa de

---

<sup>70</sup> TEW, Yvonne. Strategic Judicial Empowerment. **American Journal of Comparative Law**, no prelo, 2022; SUPREMA CORTE DO MALAUÍ. 2020. **Mutharika & Anor. v Chilima & Anor. (MSCA Constitutional Appeal 1 of 2020) [2020] MWSC 1 (08 May 2020)**. Disponível em: <https://malawilii.org/mw/judgment/supreme-court-appeal/2020/1>. Acesso em; 16 fev. 2022.

<sup>71</sup> ROZNAI, Yaniv. Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy. **William & Mary Bill of Rights Journal**, v. 29, n. 2, p. 327–366, 2020.

<sup>72</sup> ROZNAI, Yaniv. Who Will Save the Redheads? p. 359.

reconhecer a cassação dos diplomas das chapas no terceiro ano do mandato e a anulação dos votos – com todas as consequências políticas que poderiam advir de uma decisão desse tipo no momento de uma já delongada crise política no país.

É também uma decisão *maxi-minimalista*, já que a longa fundamentação traz elementos muito concretos sobre uso de empresas para disparos em massa que influenciaram o poder de decisão dos eleitores, além de trazer claras advertências dos Ministros do TSE de que tais condutas, de fato, vão configurar, no futuro, abuso de poder econômico ou dos meios de comunicação social. Esse é o aspecto mais saliente da decisão: evitar, no dispositivo, uma consequência política de difícil gestão, mas, na fundamentação, se estender circunstanciando normativamente as condutas. Ou, nos termos do constitucionalismo digital, reagindo, ainda que tardia e retoricamente, a abusos cometidos em 2018 e reforçando instrumentos de participação e comprometimento de atores não-estatais, como as grandes plataformas, na tarefa de aplicação das leis eleitorais e observância de direitos fundamentais online.

O TSE, ao fixar a tese de que o uso de meios digitais, com disparos em massa, pode configurar abuso de poder econômico ou dos meios de comunicação social também quase se aproximou da estratégia de decisão unânime, não fosse o voto vencido do Ministro Horbach. Não se deve descurar, também, que a corte adotou uma posição de “negócios como sempre” (*business-as-usual*), já que não se curvou aos reiterados ataques à Justiça Eleitoral promovidos pelo governo federal – a pergunta que fica, contudo, é de se sua resposta *maxi-minimalista* terá efeitos persuasivos contra as milícias digitais e se ela se desdobrará em ações mais concretas no futuro.

No curto prazo, houve indicação positiva, já que a corte cassou o mandato parlamentar do ex-Deputado Federal Fernando Francischini que, em 2018, divulgou falsas notícias sobre a legitimidade das urnas eletrônicas. Nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, “ficou caracterizada a utilização indevida de veículo de comunicação social para a disseminação de gravíssimas notícias fraudulentas, com repercussão de gravidade no pleito eleitoral e com

claro abuso de poder político”.<sup>73</sup> A decisão foi, posteriormente, confirmada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.<sup>74</sup>

## Conclusões

A posição de cortes ante questões de alto impacto político (mega-política) é objeto de discussão de uma variada literatura do Direito Constitucional Comparado. A decisão do TSE nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão figura adequadamente naquilo que se classificou como uma estratégia maximalista: é detalhista e promove forte advertência no campo da sua fundamentação, mas é restritiva ao adotar a tese de ausência de gravidade para evitar a cassação da chapa presidencial eleita. Há considerações de ordem política, como o período avançado do mandato, que não passam despercebidas da corte, mas que aparecem sob uma designação normativa de duração razoável do processo. É impossível, assim, afirmar que argumentos políticos tenham sido ignorados.

Pelo contrário, o TSE, objeto ele mesmo de um *bullying* institucional praticado pelo Presidente Bolsonaro e seus apoiadores, considerou as circunstâncias de um avançado processo de erosão democrática no Brasil e partiu para uma posição conciliatória com um dos fatores do processo de deterioração, as próprias Forças Armadas. A tática não parece ter surtido efeito, já que militares bateram em retirada sinalizando a ausência de total apoio para a condução do processo eleitoral de 2022. Além disso, há o risco de um consequencialismo excessivo gerar futura seletividade que, a depender de uma

---

<sup>73</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021e. “Deputado Francischini é cassado por propagar desinformação contra a urna eletrônica”. **Tribunal Superior Eleitoral**, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Outubro/plenario-cassa-deputado-francischini-por-propagar-desinformacao-contr-o-sistema-eletronico-de-votacao>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>74</sup> D'AGOSTINO, Rosângela. 2ª Turma no STF derruba decisão de Nunes Marques e restaura cassação de deputado bolsonarista. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/06/07/2a-turma-do-stf-derruba-decisao-de-nunes-marques-que-devolveu-mandato-a-deputado-bolsonarista.ghtml>. Acesso em: 9 jun. 2022.

mudança da posição do TSE, acabe projetando efeitos para o próprio resultado eleitoral.

A decisão nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão é relevante no ponto em que fixa uma tese jurídica sobre a possibilidade de abuso de poder econômico ou dos meios de comunicação social por meio de disparos em massa em serviços de mensageria eletrônica. Ocorre que, ao promover tal enquadramento não em uma resolução, no âmbito de sua função normativa, mas em um caso concreto, ao exercer função jurisdicional, o TSE arrisca sua própria autonomia institucional, e mesmo o processo democrático brasileiro, ao confundir as competências já consolidadas da Justiça Eleitoral. De mais a mais, ela evidencia uma posição tímida quando se considera a dimensão dos ataques à própria corte e ao sistema eleitoral.

A guinada promovida pelo TSE com a adoção do Programa de Combate à Desinformação assimilou elementos característicos dos modelos de constitucionalismo digital, já que mescla poderes típicos estatais com aqueles de atores não estatais. Entre eles estão o uso de tecnologias para interferir no fluxo informacional e conter os efeitos nocivos da desinformação; a adoção de padrões de interação com *chatbots* para fins de atendimento a cidadãos eleitores, entre outros.

De qualquer maneira, ainda que o constitucionalismo digital tenha sedimentado importantes raízes no Brasil, há uma série de demandas a serem cumpridas, principalmente por parte do órgão encarregado de fiscalizar as eleições. Essas demandas são muito mais prementes em situações de erosão democrática e podem ser frustradas por posições meramente estratégicas ou excessivamente consequencialistas apenas do ponto de vista político.

## Referências

ANJOS, Lucas. **Can Law Ever Be Code?** Beyond Google's Algorithmic Black Box and Towards a Right to Explanation. Tese de Doutorado. Belo Horizonte e Bruxelas: UFMG e Université Libre de Bruxelles, 2021.

BENKLER, Yochai. FARIS, Robert. ROBERTS, Hal. **Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics.** New York: Oxford University Press, 2018.

BENTES, Ivana. "As mílcias digitais de Bolsonaro e o colapso da democracia." **Cult.** vol. 12, 2018. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/nao-matem-a-democracia/>. Acesso em: 20 abril2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 14.192, de 4 de agosto de 2021.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14192.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14192.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 9.504, de 30 de setembro 1997.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm). Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. **PL 2.630/2020.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 9 jun. 2022.

CELESTE, Edoardo. Constitutionalism in the Digital Age. In: VVAA. **Liber Amicorum for Ingolf Pernice**. HIG: Berlin. 2020. p.22-33. Disponível em: <https://www.hiig.de/en/liber-amicorum-for-ingolf-ernice/>. Acesso em: 20 abril 2022.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers and Technology**, v. 33, n. 1, p. 76–99, 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. ‘Uma nova abordagem para garantir a liderança mundial das normas da UE promovendo os valores e um mercado único resiliente, verde e digital’. **Press Release**. 2 de fevereiro de 2022. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip\\_22\\_661](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_661). Acesso em: 3 mai. 2022.

**Conjur**, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros>. Acesso em: 14 fev. 2022

CPI DA PANDEMIA. **Relatório Final**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/fc73ab53-3220-4779-850c-f53408ecd592>. Acesso em: 3 mai. 2022.

D’AGOSTINO, Rosângela. 2ª Turma no STF derruba decisão de Nunes Marques e restaura cassação de deputado bolsonarista. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/06/07/2a-turma-do-stf-derruba-decisao-de-nunes-marques-que-devolveu-mandato-a-deputado-bolsonarista.ghtml>. Acesso em: 9 jun. 2022.

DE GREGORIO, Giovanni; CELESTE, Edoardo. Digital Humanism: The Constitutional Message of the GDPR. **Global Privacy Law Review**, v. 3, n. 1, p.4-18, 2022.

DE GREGORIO, Giovanni; RADU, Roxana. Digital constitutionalism in the new era of Internet governance. **International Journal of Law and Information Technology**, 2022, p.1-20.

DIXON, Rosalind; ISSACHAROFF, Samuel. Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy. **Wisconsin Law Review**, p. 683–731, 2016.

**Folha de S. Paulo**, 18 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2022.

FREEDOM HOUSE. **Freedom in the world 2021: democracy under siege**. Washington: Freedom House, 2021. Disponível em: [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021\\_World\\_02252021\\_FINAL-web-upload.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021_World_02252021_FINAL-web-upload.pdf). Acesso em: 16 fev. 2022.

GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2018.

GINSBURG, Tom. The Jurisprudence of Anti-Erosion. **Drake Law Review**, v. 66, p. 823–853, 2018.

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

GREGORIO, Giovanni de. The rise of digital constitutionalism in the European Union. **International Journal of Constitutional Law**, v. 19, n. 1, p. 41–70, 2021.

HIRABARAHASI, Gabriel. “PF diz que Bolsonaro teve atuação direta em fake news sobre urnas eletrônicas”. **CNN Brasil**, 16 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pf-diz-que-bolsonaro-teve-atuacao-direta-em-fake-news-sobre-urnas-eletronicas/>. Acesso em: 17 fev. 2022.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, p. 93–118, 2008.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. São Paulo: Zahar, 2018.

LIMA, Jairo. BEÇAK, Rubens. Judicialização da “mega-política”: um estudo de caso a partir do alcance normativo da consulta eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 2, n. 2, 2016, p. 1.130-1.146.

MARQUES, José. “Fachin reage a Bolsonaro e diz que TSE irá combater ameaças do populismo autoritário”. **Folha de S. Paulo**, 15 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/fachin-reage-a-bolsonaro-e-diz-que-tse-ira-combater-ameacas-do-populismo-autoritario.shtml>. Acesso em: 15 fev. 2022.

MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MELLO, Patrícia Campos. “Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp”. **Folha de S. Paulo**, 18 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2022.

MELO, Philipe de Freitas et al. **Can WhatsApp Counter Misinformation by Limiting Message Forwarding?** 2019. Disponível em: <http://arxiv.org/abs/1909.08740>. Acesso em: 16 fev. 2022.

O GLOBO. “Entrevista: ‘Bolsonaro facilitou a vida das milícias digitais’, diz Barroso”. **O Globo**, 13 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/entrevista-bolsonaro-facilitou-vida-das-milicias-digitais-diz-barroso-25392162>. Acesso em: 14 fev. 2022.

POLLICINO, Oreste. **Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?** London: Bloomsbury, 2021.

RESENDE, Gustavo. et al. Analyzing textual (Mis)information shared in WhatsApp groups. **WebSci 2019 - Proceedings of the 11th ACM Conference on Web Science**, p. 225–234, 2019.

ROCHA, Marcelo. 2021a. “General Fernando Azevedo, ex-ministro de Bolsonaro, desiste de direção do TSE”. **Folha de S. Paulo**, 16 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/general-fernando-azevedo-ex-ministro-de-bolsonaro-desiste-de-direcao-do-tse.shtml>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ROCHA, Marcelo. 2021b. “TSE torna pública resposta aos militares sobre urna eletrônica após insinuações de Bolsonaro”. **Folha de S. Paulo**, 16 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/tse-torna-publica-resposta-aos-militares-sobre-urna-eletronica-apos-insinuacoes-de-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 17 fev. 2022.

RODRIGUES, Artur. MELLO, Patrícia Campos. “Fraude com CPF viabilizou disparo de mensagens de WhatsApp na eleição”. **Folha de S. Paulo**, 2 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/12/fraude-com-cpf-viabilizou-disparo-de-mensagens-de-whatsapp-na-eleicao.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2022.

ROZNAI, Yaniv. Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy. **William & Mary Bill of Rights Journal**, v. 29, n. 2, p. 327–366, 2020.

SILVEIRA, Pedro Telles da. Lembrar e esquecer na internet: Memória, mídias digitais e a temporalidade do perdão na esfera pública contemporânea. **Varia Historia**, vol. 37, n.73, p. 287-321, 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em Crise no Brasil: Valores Constitucionais, Antagonismo Político e Dinâmica Institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SUNSTEIN, Cass. **#Republic**: Divided Democracy in the Age of Social Media. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

SUPREMA CORTE DO MALAUÍ. 2020. **Mutharika & Anor. v Chilima & Anor. (MSCA Constitutional Appeal 1 of 2020) [2020] MWSC 1 (08 May 2020)**. Disponível em: <https://malawilii.org/mw/judgment/supreme-court-appeal/2020/1>. Acesso em: 16 fev. 2022.

SUPREMA CORTE DO REINO UNIDO. 2019. **R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent), Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)**. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. 1803. **Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>. Acesso em: 16 fev. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2020. **ADPF 572**. Julgamento de 18 de junho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346358281&ext=.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2021a. **Inquérito 4.828**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 1º de julho de 2021. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/7/811B73CF292CC7\\_Inq4828-MinutaFinal-assinada.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/7/811B73CF292CC7_Inq4828-MinutaFinal-assinada.pdf). Acesso em: 14 fev. 2022.

SUZOR, Nicolas. **Lawless**: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

TEUBNER, Günther. **Constitutional Fragments**: Societal Constitutionalism and Globalization. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TEW, Yvonne. Strategic Judicial Empowerment. **American Journal of Comparative Law**, no prelo, 2022.

THE ECONOMIST. “Global democracy has a very bad year”. **The Economist**, 2 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.economist.com/graphic-detail/2021/02/02/global-democracy-has-a-very-bad-year>. Acesso em: 17 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021a. **Ações de investigação judicial eleitoral 0601968- 80.2018.6.00.0000 e 0601771- 28.2018.6.00.0000**. Julgamento em 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/10/2021.10.25-REVISADO-COM-EMENTA-AIJEs-060196880-e-060177128.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resolução 23.610, de 18 de dezembro de 2019**. Disponível em:

<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 9 jun. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021b. “TSE julga improcedentes ações contra Jair Bolsonaro e Hamilton Mourão”. **Tribunal Superior Eleitoral**, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Outubro/tse-julga-improcedentes-acoes-contra-jair-bolsonaro-e-hamilton-mourao>. Acesso em: 14 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021c. **Programa de enfrentamento à desinformação com foco nas eleições 2020**: relatório de ações e resultados. Brasília: TSE, 2021. Disponível em: [https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/Programa\\_de\\_enfrentamento\\_resultados.pdf](https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/Programa_de_enfrentamento_resultados.pdf). Acesso em: 15 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021d. “TSE fortalece ações conjuntas contra a desinformação e pela democracia”. **Tribunal Superior Eleitoral**, 17 de novembro de 2021. Disponível em; <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Novembro/tse-fortalece-acoes-conjuntas-contra-a-desinformacao-e-pela-democracia>. Acesso em: 15 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021e. “Deputado Francischini é cassado por propagar desinformação contra a urna eletrônica”. **Tribunal Superior Eleitoral**, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Outubro/plenario-cassa-deputado-francischini-por-propagar-desinformacao-contra-o-sistema-eletronico-de-votacao>. Acesso em: 16 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2022. “Confira as ações contra a desinformação efetivadas pelo TSE nos últimos anos”. **Tribunal Superior Eleitoral**, 10 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2022/Janeiro/confira-as-acoes-contra-a-desinformacao-efetivadas-pelo-tse-nos-ultimos-anos>. Acesso em: 15 de fev. 2022.

TUFEKCI, Zeynep. Engineering the public: Big data, surveillance and computational politics. **FirstMonday**, v. 19, n. 7, p. 1–39, 2014.

VALENTE, Fernanda. “Supremo valida inquérito das fake news, que investiga ameaças a ministros”. **Conjur**, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros>. Acesso em: 14 fev. 2022.

V-DEM INSTITUTE. **Autocratization turns viral**. Gotemburgo: V-DEM Institute, 2021. [https://www.v-dem.net/static/website/files/dr/dr\\_2021.pdf](https://www.v-dem.net/static/website/files/dr/dr_2021.pdf). Acesso em: 16 fev. 2022.

VENAGLIA, Guilherme. “Rosa Weber: fake news são problema mundial contra o qual não há ‘milagre’”. **Veja**, 21 de outubro de 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/rosa-weber-fake-news-sao-problema-mundial-contra-o-qual-nao-ha-milagre/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

VITAL, Danilo. “TSE instaura inquérito e pede investigação contra Bolsonaro por ataque eleitoral”. **Conjur**, 2 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-02/tse-instaura-inquerito-envia-noticia-crime-stf-bolsonaro>. Acesso em: 16 fev. 2022.

ZHOU, Xujuan et al. The state-of-the-art in personalized recommender systems for social networking. **Artificial Intelligence Review**, vol. 37, n. 2, p. 119-132, 2012.

ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. **Journal of Information Technology**, v. 30, n. 1, p. 75–89, 2015.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power**. New York: Public Affairs, 2019.