

ano 23 – n. 92 | abril/junho – 2023
Belo Horizonte | p. 1-260 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v23i92
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN impresso 1516-3210 ISSN digital 1984-4182
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Democracia algorítmica e poder de polícia estatal: a regulação de *fake news* no Brasil sob o prisma do direito administrativo ordenador

Algorithmic democracy and state police power: the regulation of fake news in Brazil from the perspective of the ordering administrative power

Isabel Christine Silva de Gregori*

Universidade Federal de Santa Maria (Brasil)

isabelcsdg@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1423-8864>

Otávio Martins Finger**

Universidade Federal de Santa Maria (Brasil)

otaviofinger@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-3251-946X>

Recebido/Received: 02.02.2023 / 02 February 2023.

Aprovado/Approved: 04.06.2023 / 04 June 2023.

Como citar este artigo/*How to cite this article*: GREGORI, Isabel Christine Silva de; FINGER, Otávio Martins. Democracia algorítmica e poder de polícia estatal: a regulação de *fake news* no Brasil sob o prisma do direito administrativo ordenador. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 221-249, abr./jun. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i92.1755.

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (Santa Maria-RS, Brasil). Doutora em Direito. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade.

** Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (Santa Maria-RS, Brasil). Pós-Graduando *lato sensu* na Escola da Advocacia-Geral de União (EAGU). Membro do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade (GPPIC). Especialista em Direito Administrativo. Advogado.

Resumo: Este trabalho teve como objetivo averiguar como o poder de polícia do Estado pode funcionar para realizar uma regulação juridicamente adequada das *fake news* e de mecanismos algorítmicos com fins eleitorais no Brasil. Assim, foi examinado, a partir da literatura pertinente, o problema das *fake news* e da lógica algorítmica nas redes sociais, incluindo o conceito de *fake news* e as consequências do cenário decorrente delas e do uso dos algoritmos para o curso da democracia. Foram analisadas as características do poder de polícia estatal, como os âmbitos para que se espalha e os seus eventuais limites, a partir do direito positivo e de considerações doutrinárias. Ao final, ambas as temáticas foram relacionadas, com o fim de encontrar uma resposta ao problema proposto. Concluiu-se que o regramento atual se restringe, em grande medida, à responsabilidade criminal de condutas relacionadas às *fake news*, não havendo menção sobre a possibilidade de uso do poder de polícia normativo, fiscalizatório e sancionador. Ainda assim, o poder de ordenação estatal mantém-se como alternativa à regulação do fenômeno das *fake news* e da lógica algorítmica, a partir dos parâmetros constitucionalmente fixados para resguardar o regime democrático e os direitos fundamentais.

Palavras-chave: *Fake news*. Algoritmos. Democracia. Regulação. Poder de polícia estatal.

Abstract: The objective of this work was to find out how the state's police power can function to legally regulate fake news and algorithmic mechanisms with electoral purposes in Brazil. To this end, the problem of fake news and algorithmic logic in social networks was studied, based on the relevant literature, with the analysis of the concept of fake news and the consequences of the scenario arising from them and the use of algorithms, for the course of the democratic regime. The essential characteristics of the state police power were examined, such as the areas to which it spreads and its possible limits, based on what was exposed in statute law and in doctrinal considerations. In the end, both themes were related, in order to find an answer to the proposed problem. It was concluded that the current legislation is largely restricted to criminal liability of conducts related to fake news, with no mention of the possibility of using normative, supervisory and sanctioning police power. Even so, the state ordering power remains as an alternative to the regulation of the phenomenon of fake news and algorithmic logic, based on the constitutionally established parameters to safeguard the democratic regime and fundamental rights.

Keywords: Fake news. Algorithms. Democracy. Regulation. State police power.

Sumário: Introdução – **1** Democracia algorítmica no Brasil: o fenômeno das *fake news* e a disseminação de informações falsas por meio de mecanismos algorítmicos – **2** Poder de polícia administrativo: conceituação, alcance e limites da ordenação da sociedade pelo Estado – **3** A regulação de *fake news* e de mecanismos algorítmicos por meio do poder de polícia – Conclusão – Referências

Introdução

O uso de mecanismos algorítmicos e a proliferação de *fake news* para fins de manipulação da política são fenômenos evidentes pelo menos desde o processo de saída do Reino Unido da União Europeia (*Brexit*), embora o problema da desinformação em si não possua termo inicial na História da humanidade. A utilização desses mecanismos e a disseminação de notícias falsas é problema corrente, sobretudo no Brasil, onde o baixo nível de instrução educacional de grande parte da população sobre o uso de redes sociais pode acarretar efeitos nefastos, até mesmo para o processo eleitoral e para a democracia.

Além do potencial de manipular o eleitorado, as *fake news* acabam causando a descrença (quando não o ódio) no próprio regime democrático, com discursos de

ódio de toda a natureza, além do descrédito ao procedimento das eleições, inclusive com relação à validade de urnas eletrônicas e à contagem dos votos. Esse fenômeno tomou grandes proporções no Brasil, sobretudo nas eleições presidenciais de 2018 e 2022, levando a maculada democracia a ser denominada, por alguns, de *fake democracy* ou de democracia algorítmica, tendo em vista os reflexos negativos do uso de algoritmos e de disseminação de *fake news* no curso do processo democrático e na escolha de representantes políticos.

Nesse cenário obscuro, discute-se como pode haver a regulação das *fake news* e da racionalidade dos algoritmos, com vistas a restringir tais efeitos negativos. O Estado é instado, por meio de todos os seus Poderes, a lidar com a questão da disseminação deliberada de notícias falsas, seja com o processo de criação de leis, seja no próprio Poder Judiciário. As Administrações Públicas, detentoras do poder de polícia, possuem também um papel relevante, na medida em que, por intermédio de tal poder, podem restringir direitos e liberdades com o fim de ordenar a sociedade, o que inclui a chamada sociedade em rede.

Contudo, deve-se indagar a forma como se pode dar tal regulação pelo poder ordenador do Estado, bem como qual o seu alcance, dado que a utilização do poder de polícia, mesmo no campo das redes sociais, tem o potencial de limitar direitos e ocasionar o efeito inverso ao que se procura, tendo sido essa, inclusive, a experiência da regulação em outros países. Dito isso, o intuito desta pesquisa é analisar, à luz da literatura pertinente, como pode ocorrer a regulação do uso de algoritmos nas redes sociais e o controle das chamadas *fake news* pelo poder de polícia estatal, de maneira adequada e juridicamente válida, balanceando-se todos os direitos humanos fundamentais em jogo.

Para desenvolver este estudo, opta-se pela abordagem dedutiva, tendo em vista que, a partir dos textos analisados, de projetos de lei e da legislação já vigente, bem como a partir de jurisprudência, busca-se dar uma resposta para o problema acima exposto, a saber, a forma e o alcance do poder de polícia do Estado na regulação de *fake news* e de algoritmos. No que tange ao procedimento, adota-se a realização de pesquisa bibliográfica, considerando que o trabalho será produzido com base na leitura de livros, periódicos e artigos científicos de autores pertinentes ao estudo, bem como de legislação e jurisprudência. No que diz respeito às técnicas de pesquisa empregadas, opta-se pela elaboração de fichamentos e resumos expandidos, relacionando-se as ideias dos autores que integrarão a bibliografia com a temática. Concernente à teoria de base, o trabalho contará sobremaneira com as contribuições de José Luiz Bolzan de Moraes e Raquel Recuero, com suas respectivas pesquisas relacionadas à temática das redes sociais, *fake news* e democracia algorítmica.

O primeiro tópico busca, a partir da bibliografia, entender o fenômeno das *fake news* e da utilização de mecanismos algorítmicos, bem como os seus efeitos

sobre o processo democrático brasileiro. O segundo, por sua vez, estuda o poder de polícia do Estado no Brasil, como ele está assentado na legislação, bem como o seu alcance e eventuais limites, a partir do direito positivo e de considerações doutrinárias. Por último, o terceiro tópico busca relacionar ambas as temáticas, na tentativa de responder adequadamente como a Administração Pública pode se utilizar do seu poder de polícia para regular, de forma adequada e legítima, a disseminação de notícias falsas e o uso dos algoritmos com esse fim.

1 Democracia algorítmica no Brasil: o fenômeno das *fake news* e a disseminação de informações falsas por meio de mecanismos algorítmicos

Os reflexos das *fake news* e da utilização de mecanismos algorítmicos nas redes sociais têm sido sentidos em diversos âmbitos da sociedade e da vida, como na relação entre pessoas e no consumo de bens e serviços. Contudo, talvez em nenhum outro âmbito tais fenômenos tenham ocasionado efeitos tão nefastos quanto no campo da política e em processos eleitorais e, por conseguinte, no regime democrático.

Inicialmente, é necessário entender o que seriam as denominadas *fake news*. Somente a partir da conceituação adequada do termo é que se pode discutir como a regulação pelo Estado pode ocorrer, sobretudo no campo do poder de polícia, dedicado à limitação de direitos para a satisfação de outros, havendo um constante exercício de ponderação entre esses direitos.

Também, faz-se imperioso entender que tal fenômeno ocorre primordialmente por meio do uso de sítios eletrônicos denominados como redes sociais, em uma era de rápida velocidade no que diz respeito à circulação de informações. Na linha de estudo realizado por Raquel Recuero, as redes sociais se diferenciam dos demais *sites* por possibilitarem a construção de um perfil ou página pessoal, a interação com outros perfis através de comentários, bem como a exposição pública da rede social de cada sujeito. A grande distinção reside no fato de que os *sites* de redes sociais permitem visibilidade e articulação em massa, além da manutenção de laços sociais estabelecidos ainda no âmbito fora das redes. Na categoria de redes sociais, estariam, segundo o que apresenta a autora, os *photoblogs*, os *weblogs*, ferramentas de micromensagens, além de sistemas como o *Facebook*. A disseminação das chamadas *fake news* ocorre principalmente nesses sistemas, sendo os mais comuns atualmente, o *Facebook*, o *Instagram* e o *WhatsApp*, que por sinal possibilitam a utilização de algoritmos para a proliferação de informações em larga escala.¹

¹ RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 103.

Sobre a definição de *fake news*, não há consenso no âmbito da literatura, e a dissidência ocorre principalmente no ponto relacionado à necessidade de intenção (no âmbito jurídico, leia-se dolo, ou seja, intenção e consciência) do sujeito que prolifera as notícias falsas. Ainda, se discute a finalidade para a qual esse sujeito faz uso das notícias falsas, sendo que não estão caracterizadas as *fake news* a depender do objetivo almejado.

Para Alves e Maciel, o fenômeno das *fake news* só pode ser corretamente compreendido quando se entende como funciona a produção de “informação de combate”. Tais informações servem para corroborar uma determinada narrativa predeterminada ou engajar uma certa posição (muitas vezes de caráter político). Com isso, pouco importa a qualidade do trabalho jornalístico empreendido para a obtenção das informações e verificação da veracidade dos fatos, uma vez que se tratam de “mídias hiperpartidárias”, que se favorecem de um mundo radicalmente polarizado para disseminar as suas informações. A propósito, esse contexto de polarização está associado a incertezas e medos, além de crises econômicas e políticas constantes, o que incentiva todo tipo de discurso de ódio, teorias da conspiração e campanhas de teor difamatório, que são aceitos sem grandes questionamentos pelos receptores.²

A proliferação de notícias falsas, embora não seja algo novo, encontra um campo propício na era da informação, caracterizada pelo uso das novas tecnologias de informação, dentre elas as redes sociais. A ascensão de tais tecnologias provocou verdadeira evolução na circulação de informações no âmbito da *web*, permitindo mensagens instantâneas e serviços de voz e vídeo com envio e recebimento momentâneo. Nesse cenário, os novos serviços se diferem dos clássicos meios de comunicação, como a televisão e o rádio, por possibilitarem a criação e compartilhamento de conteúdos por qualquer pessoa, em qualquer lugar do planeta. Esse fato acaba gerando o chamado *information overload*, ou seja, um estado de sobrecarga de informações sem qualquer filtro, regulação ou mecanismo de responsabilização, estando acima daquilo que um ser humano poderia naturalmente absorver.³

Dessa forma, a *internet* e o crescimento das redes sociais não inventaram, por si sós, o fenômeno da desinformação. Todavia, engendraram um ambiente fértil para a proliferação de notícias falsas, em velocidade nunca antes vista na história da humanidade, sobretudo em períodos de crise e acentuada polarização, em que

² ALVES, Marco Antônio Souza; MACIEL, Emanuella R. Halfeld. O fenômeno das *fake news*: definição, combate e contexto. *Revista Internet & Sociedade*. v. 1, n. 1. jan. 2020. p. 144-171, p. 150-151. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/44432/2/0%20fen%c3%b4meno%20das%20fake%20news%20-%20defini%c3%a7%c3%a3o%2c%20combate%20e%20contexto.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

³ ALVES, Marco Antônio Souza; MACIEL, Emanuella R. Halfeld. O fenômeno das *fake news*: definição, combate e contexto. *Revista Internet & Sociedade*. v. 1, n. 1. jan. 2020. p. 144-171, p. 149-150. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/44432/2/0%20fen%c3%b4meno%20das%20fake%20news%20-%20defini%c3%a7%c3%a3o%2c%20combate%20e%20contexto.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

a aceitação de determinada notícia, verdadeira ou falsa, se torna mais fácil por aquele receptor com uma orientação já determinada. A *internet* potencializa o fenômeno das *fake news*, na medida em que permite a criação, por qualquer pessoa, entidade ou mesmo robô, de qualquer jornal independente apto a difundir informações, além do fato de haver o uso massificado de redes sociais como *Facebook* ou *WhatsApp* como fontes primeiras de informação, que possibilitam a interconexão massiva e que várias pessoas sejam atingidas por uma mesma publicação.⁴

No mesmo sentido entendem Ribeiro e Ortellado, para quem “parte do interesse no consumo e disseminação de notícias em uma sociedade polarizada é corroborar narrativas pré-estabelecidas independentemente da qualidade do trabalho de investigação ou apuração necessário para produzi-las”. Na linha desses autores, portanto, a disseminação de *fake news* estaria atrelada mais à necessidade de satisfazer uma determinada narrativa pré-estabelecida, cuja recepção se tornaria mais fácil por atingir um público já previamente tencionado à aceitá-la, por uma convergência de interesses políticos, ideológicos ou econômicos. O espalhamento dessas notícias falsas não teria, assim, como base, o dolo propriamente dito, ou seja, o intuito de enganar e manipular o receptor de forma consciente, mas sim uma proliferação de notícia com objetivo de convencer e de fortalecer uma determinada posição no bojo de um combate entre narrativas.⁵

Outros autores aderem ao entendimento de que as *fake news* estariam de fato ligadas à intenção do sujeito, ou seja, à deliberação de manipular e mesmo enganar no ato de disseminação das notícias falsas. Nesse sentido entende Meneses, que elaborou estudo voltado à definição de *fake news*, no qual foram coletadas outras acepções, feitas por autores diversos. Todas estas definições teriam por característica comum o dolo no sentido de informação disseminada deliberadamente com o intuito de enganar o leitor. Meneses acaba por aderir ao entendimento de necessidade de dolo, alicerçando-se nos conceitos dos autores analisados no artigo. Assim, a partir dessa denominação, em um cenário em que houvesse a criminalização das *fake news*, qualquer investigação policial ou judicial acerca de proliferação dessas notícias teria que respeitar o quesito do dolo.⁶

⁴ ALVES, Marco Antônio Souza; MACIEL, Emanuella R. Halfeld. O fenômeno das *fake news*: definição, combate e contexto. *Revista Internet & Sociedade*. v. 1. n. 1. jan. 2020. p. 144-171, p. 150-151. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/44432/2/0%20fen%c3%b4meno%20das%20fake%20news%20-%20defini%c3%a7%c3%a3o%2c%20combate%20e%20contexto.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁵ RIBEIRO, Márcio Moretto; ORTELLADO, Pablo. O que são e como lidar com as notícias falsas. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 15, n. 27, p. 71-83, 2018, p. 80. Disponível em: <sur-27-portugues-marcio-moretto-ribeiro-pablo-ortellado.pdf> (conectas.org). Acesso em: 16 jan. 2023.

⁶ MENESES, João Paulo. Sobre a necessidade de conceptualizar o fenômeno das *fake news*. *Observatório (OBS*)*, Special Issue, v. 12, n. 4, p. 37-53, 2018, p. 49-51. Disponível em: <https://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/1376>. Acesso em: 16 jan. 2023.

O Relatório do High Level Group – HLEG, disponibilizado para a Comissão Europeia, com publicação no ano de 2018, também sugeriu uma conceituação das *fake news*. Nesse sentido, refere que “desinformação, como, definida neste Relatório, inclui toda forma de informação falsa, imprecisa ou enganadora, elaborada, apresentada e promovida para intencionalmente causar dano público ou buscar lucro” (tradução livre).⁷ Por acrescentar o termo “intencionalmente”, vê-se que no relatório o dolo também é característica primordial para a caracterização das *fake news*.⁸

Bolzan de Moraes e Festugatto seguem tal linha, asseverando que o fenômeno trata das mentiras qualificadas pelo dano e pelo dolo. São, segundo eles, “os fatos manifestamente manipulados, que muitas vezes se apresentam como pegadinhas inofensivas em busca de visualizações e, em sua forma mais tóxica, são capazes de desmoralizar pessoas e instituições, resultando numa crise generalizada de credibilidade”.⁹

Para os fins deste trabalho, adota-se a concepção de *fake news* cuja característica ínsita é a vontade consciente do disseminador de causar dano, enganando e manipulando o receptor de tal informação. Não se desconsidera que as *fake news* tenham o objetivo de manipulação do discurso e estejam introduzidas em um cenário de extrema polarização, com o fim de favorecer determinada narrativa preestabelecida mediante a fácil aceitação de um leitor destituído de instrução educacional e com orientação política já predeterminada. Na verdade, tem-se que essa característica também faça parte do fenômeno das *fake news*, contudo se faz a ressalva para a necessidade do dolo por parte do sujeito que compartilha a notícia falsa, para a caracterização estritamente jurídica (em uma eventual criminalização ou mesmo tipificação como uma infração administrativa, mediante o uso do poder de polícia da Administração Pública, sobre o qual se discorrerá abaixo).

Isso ocorre porque a definição de disseminação de *fake news* de forma culposa abriria margem para o sancionamento de atos cometidos por mera imprudência, imperícia ou negligência, os quais, apesar de muitas vezes também serem reprováveis, são de difícil comprovação na seara processual, sobretudo nos campos penal e administrativo-sancionador (o que não impede a responsabilização civil). Além disso, a previsão de tais atos de forma culposa pode ocasionar a penalização em

⁷ No original: “Disinformation as defined in this Report includes all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit”.

⁸ EUROPEAN COMMISSION. A multi-dimensional approach to disinformation. *Report of the independent High Level Group on fake news and online disinformation*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2018.

⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. *Fake news: a desinformação na era digital e a afetação da democracia*, p. 10. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Jose+Luis+Bolzan+de+Moraes+e+Adriana+Martins+Ferreira+Festug.pdf/7b292ecb-017b-474b-1d06-f9e28af1c551>. Acesso em: 16 jan. 2023.

massa de sujeitos que não possuem qualquer intenção de causar dano, manipular ou mesmo enganar outras pessoas, e que muitas vezes sequer têm conhecimento da inveracidade da informação compartilhada. Vê-se essa impossibilidade de caracterização por culpa, de forma análoga, nos crimes de injúria, difamação e calúnia, previstos no Código Penal somente na modalidade dolosa.

Nesse aspecto, segue-se o entendimento exposto por Bolzan de Moraes e Festugatto, que aludem haver alguns tópicos que não devem ser considerados *fake news*, sendo também necessário, sobretudo para fins de regulação mediante uma legislação adequada, diferenciar o fato falso de uma opinião, “que não é falsa, pois é sempre seletiva e carrega a verdade pessoal do interlocutor”.¹⁰

Ainda, é importante ressaltar que este estudo restringe-se às *fake news* eleitorais, ou seja, “as notícias criadas com o objetivo de espalhar desinformação e falsas percepções para influenciar processos eleitorais”. Um dos importantes elementos desse fenômeno, conforme abaixo se alude, são os algoritmos que ensejam a visibilidade dessas notícias, os quais selecionam o conteúdo a ser mostrado aos sujeitos com base em seus próprios interesses e ações realizadas na rede social.¹¹

A disseminação de tais notícias falsas, de forma deliberada e com intuito manipulador e enganador, pode ocorrer por parte de indivíduos, associações e empresas, governos e mesmo entidades criadas exclusivamente com esse objetivo, como são as denominadas “milícias digitais”. Segundo Bolzan de Moraes, Lôbo e Nemer, a utilização da expressão cresceu após as eleições presidenciais brasileiras de 2018, podendo ser conceituada como um grupo de pessoas interligadas de maneira mais ou menos flexível, as quais agem de forma coordenada no âmbito da *internet* (em grande parte nas redes sociais), se utilizando de robôs, contas automatizadas ou mesmo perfis falsos, fazendo campanhas de ofensas e cancelamento de determinados adversários.¹² Para os autores, é necessário reconhecer a ilegalidade na manutenção dessas entidades:

Verificada sua conformação, bem como referendada sua presença no plano político-eleitoral nacional, há que se reconhecer que a ilegalidade de tais organizações é patente porque, para além de esparramar mentiras, sustentam sua atuação na expressão da violação de

¹⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. *Fake news: a desinformação na era digital e a afetação da democracia*, p. 10. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Jose+Luis+Bolzan+de+Moraes+e+Adriana+Martins+Ferreira+Festug.pdf/7b292ecb-017b-474b-1d06-f9e28af1c551>. Acesso em: 16 jan. 2023.

¹¹ RECUERO, Raquel; GRUZD, Anatoliy. Cascata de *fake news* políticas: um estudo de caso no Twitter. *Galaxia*, n. 41, maio-ago. 2019, p. 31-47. São Paulo, 2019, p. 33. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gal/a/Kvxg4btPzLYdxXk77rGrmJS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 jan. 2023.

¹² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LÔBO, Edilene; NEMER, David. Democracia algorítmica: o futuro da democracia e o combate às milícias digitais no Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 7, n. 17, maio/ago. 2020. p. 255-276, p. 260. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45443/28901>. Acesso em: 16 jan. 2023.

direitos fundamentais e desequilibram disputas eleitorais, atuando contra a democracia, operando em colisão com a ordem constitucional, mesmo que por meio da assunção legitimada de postos na gestão política do Estado.¹³

Nesse cenário de disseminação de *fake news* e míliças digitais, é importante ressaltar a lógica algorítmica que funciona por trás do fenômeno. É mediante a utilização de tais algoritmos que as notícias falsas produzidas e compartilhadas de forma deliberada alcançam usuários na escala dos milhões, manipulando facilmente os leitores e, precisamente no campo político, tem o poder de mudar o curso do processo democrático.

A utilização desses mecanismos restou configurada, de forma mais visível e concreta, por ocasião da votação para a saída do Reino Unido da União Europeia (*Brexit*). Também ficou evidente nas eleições presidenciais norte-americanas de 2016, em que foi eleito Donald Trump, o uso de *fake news* e de algoritmos nas redes sociais, na tentativa de manipular o eleitorado com informações muitas vezes incompletas ou mesmo inverídicas.¹⁴ Nesse cenário, conheceu-se realmente o potencial negativo da desinformação para o regular curso do processo eleitoral e democrático. O próprio Donald Trump, após assumir a presidência estadunidense em 2017, se utilizou da expressão em sua conta oficial do *Twitter*, contudo erroneamente, para se referir a toda e qualquer informação que era contrária ou desfavorável ao seu governo.¹⁵

Cathy O’Neil destaca o poder ameaçador dos algoritmos de redes como *Facebook* e *Google*, e a influência que podem ter em como as pessoas votam. Essas plataformas massivas, poderosas e com caráter opaco escondem das pessoas a forma como os algoritmos funcionam, possuindo, por trás disso, maneiras de afetar o que aprendemos e o que sentimos. A autora questiona o que aconteceria se tais algoritmos “brincassem” com os sentimentos das pessoas, por exemplo, em época de eleições. Os “gigantes da *internet*”, assim, por meio dos algoritmos, trabalham no escuro, com esses mecanismos tendo o potencial de colocar as pessoas em seus próprios e confortáveis recantos políticos.¹⁶

¹³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LÔBO, Edilene; NEMER, David. Democracia algorítmica: o futuro da democracia e o combate às míliças digitais no Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 7, n. 17. maio/ago. 2020, p. 255-276, p. 266. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45443/28901>. Acesso em: 16 jan. 2023.

¹⁴ ALVES, Marco Antônio Souza; MACIEL, Emanuella R. Halfeld. O fenômeno das *fake news*: definição, combate e contexto. *Revista Internet & Sociedade*, v. 1, n. 1, jan. 2020, p. 144-171, p. 147. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/44432/2/0%20fen%c3%b4meno%20das%20fake%20news%20-%20defini%c3%a7%c3%a3o%20combate%20e%20contexto.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

¹⁵ MENESES, João Paulo. Sobre a necessidade de conceptualizar o fenômeno das *fake news*. *Observatório (OBS*)*, Special Issue, v. 12, n. 4, p. 37-53, 2018, p. 39-40. Disponível em: <https://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/1376>. Acesso em: 16 jan. 2023.

¹⁶ O’NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova Iorque: Crown Publishers, 2016, p. 157-158.

No Brasil, a utilização de informações com teor mentiroso e a utilização dos algoritmos para sua disseminação em larga escala ganhou contornos drásticos com as eleições presidenciais de 2018 e, mais recentemente, com as eleições do ano de 2022. Ao se ter notícias de que inclusive haviam milícias digitais, “organizações especializadas na difusão de *fake news*”, o próprio Poder Judiciário foi provocado a se manifestar, instaurando investigações para apurar a atuação dessas organizações. No Supremo Tribunal Federal, por sinal, foi deflagrado o Inquérito nº 4.781, destinado a investigar

notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e mais infrações revestidas de *animus coluniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal (...), inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.¹⁷

O objeto do Inquérito é ligado estritamente à disseminação de *fake news* relacionadas aos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal. Tais informações foram veiculadas em razão de decisões desfavoráveis a Jair Bolsonaro exaradas por diversos Ministros da Corte no decorrer do governo do ex-chefe do Poder Executivo Federal, sobretudo no período da pandemia de Covid-19. Assim, além de atingir o próprio curso regular do processo democrático em período eleitoral, a proliferação deliberada de notícias falsas tem por intuito, também (quando não principalmente), causar a descrença e incitar a violência, por meio de discursos de ódio, a instituições do Estado Democrático de Direito, como a Corte Constitucional e o Parlamento.

A propósito, no dia 08 de janeiro de 2023, manifestantes apoiadores do ex-presidente Jair Bolsonaro, invadiram as sedes dos Três Poderes, a saber, o Congresso Nacional, o Palácio do Planalto e o Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, os vândalos promoveram o rompimento de barreira policial e atingiram os prédios das instituições, danificando vidros e móveis que eram classificados como patrimônio nacional.¹⁸ A atitude demonstra o ódio ao Estado Democrático de Direito

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.781/DF*. Distribuído ao Ministro Alexandre de Moraes em 14 de março de 2020. Tramitando em sigilo. Brasília, DF [2023], p. 1. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acesso em: 16 jan. 2023.

¹⁸ PEDUZZI, Pedro. Manifestantes invadem Congresso, Palácio do Planalto e STF: prédios dos Três Poderes foram vandalizados. *Agência Brasil* (2023). Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2023-01/manifestantes-invadem-congresso-planalto-e-stf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

causado pela disseminação de informações falsas no âmbito das redes sociais, principalmente por meio do aplicativo de telefone celular *WhatsApp*, na medida em que se dá em um contexto de resultado eleitoral desfavorável para os simpatizantes do agora ex-presidente.

No entendimento de David Nemer, tais sujeitos, alienados por notícias de teor inverídico, quando não criminoso,

acreditam que a única maneira de salvar o país é organizar uma insurgência popular armada a fim de promover uma limpeza completa dos poderes legislativo e judiciário. Desta forma, compartilham todo e qualquer conteúdo que leve a descrença dos três poderes. Para eles, Bolsonaro está corrompido, STF é pró-Lula, e Congresso é a causa do Brasil ser tão corrupto. Criar indignação antecede a organização da insurgência.¹⁹

Todo esse cenário engendra, conforme ressaltam Bolzan de Moraes, Lôbo e o próprio Nemer, uma *fake democracy*, ou uma espécie de democracia algorítmica, na qual a disseminação de *fake news* por meio da racionalidade algorítmica permite a manipulação, quando não a alienação de eleitores. Isso põe em xeque a capacidade representativa do atual modelo de democracia, na medida em que possibilita que a maioria do eleitorado escolha representantes com base em informações inverídicas, alçando a importantes cargos públicos e políticos pessoas em um processo mascaradamente democrático.²⁰

Nessa toada, um estudo realizado por Recuero e Gruzd (2019, p. 45-46) aponta que as *fake news* eleitorais ficam restritas ao que os autores chamam de *clusters* ideológicos, ou seja, bolhas nas quais encontram-se e interagem grupos com os mesmos interesses econômicos, sociais, políticos e ideológicos, e a circulação das informações nesses grupos tem o potencial de reforçar narrativas que já circulem nesses ambientes. A disseminação das *fake news* tende a não ultrapassar as barreiras de aceitação de *clusters* com interesses contrários. Ainda, a existência dessas bolhas aumenta o extremismo e as crenças políticas, corroborando o processo de constituição de uma esfera pública parcializada, com uma falsa percepção de consenso. Essa conclusão é particularmente perigosa nas democracias sobretudo em períodos eleitorais, nos quais os cidadãos, incluindo os integrantes

¹⁹ NEMER, David. Grupos pró-Bolsonaro no *whatsapp* não se desmobilizaram com a vitória. Pelo contrário, estão mais radicais. *The Intercept Brasil* (2019). Disponível em: <https://theintercept.com/2019/08/23/grupos-pro-bolsonaro-whatsapp-estao-mais-radicais/> Acesso em: 16 jan. 2023.

²⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LÔBO, Edilene; NEMER, David. Democracia algorítmica: o futuro da democracia e o combate às milícias digitais no Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 7, n. 17, maio/ago. 2020, p. 255-276, p. 268-270. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45443/28901>. Acesso em: 16 jan. 2023.

dos *clusters*, preocupam-se com a escolha de representantes que posteriormente deterão o poder político.²¹

Esses *clusters* convergem com o que Pariser chama de *bubble democracy* ou *filter bubble*, no ponto em que estas são entendidas como um estado de isolamento intelectual resultante de pesquisas singularizadas na rede, com um mecanismo algorítmico que consegue adivinhar seletivamente quais informações o sujeito teria mais propensão a ver com base em informações acerca do próprio sujeito, como localização, cliques nas redes sociais e histórico de outras pesquisas na rede. Como consequência disso, os usuários ficam separados de informações que não estão na linha de suas perspectivas, isolando-os, finalmente, em suas próprias bolhas culturais, políticas e ideológicas.²²

A *bubble democracy*, que funciona em um contexto de *fake democracy*, ensea um sistema de correntes de opinião fomentadas por ódio e ressentimento, colocando em dúvida o próprio paradigma da democracia constitucional, na medida em que as acepções de maioria e de representação não mais a garantem. A maioria é afetada pela proliferação de *fake news* e pela formação de *clusters* e *filter bubbles*, e a representação é escolhida com base na disseminação de notícias falsas e com teor tendencioso, tornando possível o assenhramento das instituições democráticas, com o exercício do poder e a imposição de uma visão autoritária.²³

Tais fenômenos demandam, evidentemente, regulação por parte do Estado, e, ante a necessidade de se restringir direitos e liberdades individuais e coletivas, a utilização do poder de polícia dos entes estatais, tal como o conceito de poder de polícia previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional. No tópico subsequente, será analisado o que se entende por poder de polícia, as suas características principalmente após a instauração da nova ordem constitucional em 1988, o potencial alcance desse poder administrativo do Estado, bem como seus eventuais limites. Com isso se busca saber como tal poder pode ser utilizado com vistas a regular a disseminação de *fake news*, assim como o uso de algoritmos, além de ser possível estabelecer, a partir de sua análise, critérios para o seu uso por parte do Estado, resguardando-se, assim, os direitos fundamentais em jogo.

²¹ RECUERO, Raquel; GRUZD, Anatoliy. Cascata de *fake news* políticas: um estudo de caso no Twitter. *Galaxia*, n. 41, maio-ago. 2019, p. 31-47. São Paulo (on-line, 2019), p. 45-46. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gal/a/Kvxg4btPzLYdxK77rGrmJS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 jan. 2023.

²² PARISER, Eli. *The filter bubble: how the new personalized web is changing what read and how we think*. Penguin, 2011.

²³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LÔBO, Edilene; NEMER, David. Democracia algorítmica: o futuro da democracia e o combate às milícias digitais no Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 7, n. 17, maio/ago. 2020, p. 255-276, p. 258-259. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45443/28901>. Acesso em: 16 jan. 2023.

2 Poder de polícia administrativo: conceituação, alcance e limites da ordenação da sociedade pelo Estado

Como visto no capítulo antecedente, a disseminação de *fake news* eleitorais tem provocado efeitos nefastos no regular andamento da democracia e no processo de escolha de representantes políticos. O fenômeno, marcado pelo uso de algoritmos para a proliferação em massa de conteúdos de caráter fraudulento, demanda ações de proteção por parte de todos os Poderes de Estado, já tendo inclusive afetado, no Brasil, o Poder Judiciário. Muitas dessas ações, desde a regulamentação por meio de lei, até o devido sancionamento, ocorrem por intermédio do chamado poder de polícia do Estado,²⁴ tradicionalmente referido pela doutrina jurídica como um poder da Administração Pública, embora esteja insito não só na atividade de administração.

Neste tópico serão analisados o conceito, o alcance e eventuais limites desse poder de ordenação da sociedade do Estado, especificamente com o fim de, posteriormente, aplicar tais entendimentos no âmbito da regulação do fenômeno das *fake news* e da lógica algorítmica. Busca-se, com isso, encontrar uma forma adequada e segura de regular o problemático compartilhamento em massa de conteúdos de teor falso no âmbito das redes sociais, precisamente para fins eleitorais, à luz do poder de polícia tal como usualmente concebido.

É conveniente referir, inicialmente, que toda atividade de regulação do Estado, seja no âmbito da economia, da saúde coletiva e da segurança pública, acontece legitimamente por meio do recurso ao poder de polícia. É nesse poder que o Estado encontra o arcabouço legal para realizar a restrição de direitos fundamentais em prol de outros direitos fundamentais, e por isso mesmo, há quase sempre um balanceamento, ou seja, um exercício de ponderação ou sopesamento fundamentado, bastante similar ao exposto pelo jurista alemão Robert Alexy, entre os interesses em jogo, partindo-se sempre do pressuposto evidente de que não existem direitos fundamentais de caráter absoluto.²⁵

Há um conceito de poder de polícia previsto na legislação brasileira, especificamente no artigo 78 do Código Tributário Nacional, segundo o qual se denomina

poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato

²⁴ Cabe salientar que a expressão “poder de polícia” é extremamente infeliz e por muitos criticada, uma vez que remete ao Estado de Polícia que precedeu a democracia moderna e o Estado de Direito, com a submissão do ente estatal e de seus agentes às leis legitimamente votadas e aprovadas por um Poder independente do Executivo. Por isso, alguns autores preferem a expressão “direito administrativo ordenador”. Neste trabalho, serão utilizadas ambas as expressões, como sinônimas, não obstante se esteja em concordância com a crítica acima exposta.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 164-165.

ou abstenção de fato, em razão de intêresse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

(...)

Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.²⁶

Embora seja a acepção conferida pela legislação, vê-se que tal conceito já se encontra de certa forma defasado, uma vez que o poder de polícia do Estado se manifesta, hoje, em muitos outros âmbitos que não somente aqueles previstos no dispositivo do CTN. Um desses âmbitos, que sequer existia à época de entrada em vigor da Lei (ano de 1966), é o da *internet* – e das redes sociais –, do qual cuida este trabalho.

Diante disso, é necessário rever alguns conceitos trazidos por pesquisadores que têm por objeto de estudo o poder de polícia, precisamente na seara do direito administrativo “ordenador”. Com isso, pode-se ter uma ideia otimizada e atualizada do que seria tal poder do Estado, aplicável inclusive às relações das redes sociais, com o fim de proceder à regulação da disseminação das *fake news*.

Não há consenso quanto ao fundamento do poder de polícia, sendo que autores mais clássicos, como Bandeira de Mello,²⁷ Meirelles, Aleixo e Burle Filho,²⁸ bem como Di Pietro²⁹ preferem calcar esse poder no resguardo do interesse público e do bem-estar coletivo. Assim, o poder de polícia consistiria nas intervenções, abstratas (como regulamentos) ou concretas (como autorizações e licenças) do Poder Executivo com o objetivo de prevenir ou mesmo impedir atividades particulares que contrastam com interesses da coletividade. Qualquer atividade, assim, mesmo que desenvolvida no meio virtual da *internet*, estaria submetida ao controle do poder de polícia, uma vez que se trataria de atividade particular suscetível de ser restringida por interesses coletivos, como já o é, por sinal, quando, por exemplo, se proíbe a disseminação de conteúdos de caráter ilícito, como os ligados à venda de armamento ou pornografia infantil.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 846-847.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 146-147.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 155-156.

Outros autores, mais adeptos à contemporânea “constitucionalização do direito administrativo”, como Binenbojm³⁰ e Justen Filho,³¹ fundamentam o poder de ordenação do Estado na proteção de direitos fundamentais. Assim, ante a necessidade de se resguardar alguns direitos fundamentais, de conteúdo coletivo ou mesmo individual, é que o Estado poderia restringir outros direitos, por meio de competências legislativas e administrativas. Tais autores, a propósito, aderem à crítica de se fundamentar o poder de polícia exclusivamente na supremacia do interesse público, uma vez que esse termo teria caráter impreciso e seria suscetível de interpretações inclusive ilícitas por parte do administrador que impõe a regra de polícia e realiza a sanção com base nela. Nesse aspecto, o direito administrativo ordenador (como optam por chamar o poder de polícia) estaria fundamentado na sistemática de direitos fundamentais e de seus limites recíprocos, bem como na relação dinâmica destes com a democracia, de onde retira sua legitimidade, para o fim de disciplinar o exercício da autonomia privada.

Para os fins deste estudo, adota-se ambos os conceitos acima apresentados, em parte. Isso porque, realmente, o poder ordenador do Estado deve estar fundamentado na complexa teia de direitos fundamentais disciplinados pela Constituição Federal de 1988, assim como deve estar calcado na democracia, que por si só já configura, como hoje já aceito, um direito fundamental.³² Contudo, admitir esse fundamento para o poder de polícia não afasta o valor que os interesses sociais e coletivos possuem (por sinal, têm base constitucional) para a eventual restrição de atividades particulares a eles nocivas. Nesse sentido, partindo-se do pressuposto da democracia e do regular processo eleitoral como direitos humanos fundamentais, desde aí se possui um alicerce para a regulação da disseminação de *fake news* e dos mecanismos algorítmicos, respeitados, evidentemente, em sua medida, outros direitos de caráter fundamental.

O poder de polícia ou poder ordenador é, dessa forma, visto como a prerrogativa estatal de organizar a sociedade, restringindo direitos e interesses individuais (ou mesmo coletivos), em prol de outros direitos fundamentais, tendo por lastro de legitimação o regime democrático. Essa prerrogativa do Estado é materializada em diversos setores da sociedade, como nas restrições impostas ao mercado para proteção do consumidor, na organização do trânsito das cidades, bem como em atos normativos que impedem a circulação de pessoas nas vias, para resguardo

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 29-30.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 670.

³² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; VOLANTE, Carlos Eduardo; VIANA, Walesca Cariola. Democracia como direito fundamental de terceira geração ou dimensão. *Revista da Escola Superior da Magistratura Tocantinense*, v. 8, n. 10, jan.-jun. 2016, p. 149-172, p. 167-168. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/115. Acesso em: 17 jan. 2023.

da salubridade e saúde públicas. O alcance e os limites desse poder, portanto, estariam justificados no próprio texto constitucional.

Conhecer tais conceitos e aderir a um deles é essencial para este estudo, na medida em que é a partir da conceituação que se pode regular de forma adequada o fenômeno das *fake news* e do uso de algoritmos nas redes sociais no Brasil, sobretudo quando envolvida a democracia e a escolha de representantes por meio do voto no processo eleitoral. Diante do que se concebe por “poder de polícia” ou “direito administrativo ordenador”, pode-se ter um delineamento mais preciso e seguro da forma como regular a proliferação de informações falsas, de caráter fraudulento. Aliás, a definição adequada desses termos é necessária para qualquer produção legislativa que envolva a utilização do poder de polícia pelo Estado para a regulação das *fake news*, tendo em vista que diversos projetos de lei foram propostos recentemente no Brasil, sem a compreensão correta das nuances que permeiam a problemática do compartilhamento deliberado de notícias falsas. Isso resultou, como será aprofundado no tópico seguinte, em projetos com poucos efeitos práticos e extremamente amplos, em grande parte pela má definição de alguns termos.³³

No âmbito do direito administrativo ordenador, são conhecidas quatro “fases” ou “ciclos” de polícia, que contemplam desde a regulamentação de uma certa questão, até o efetivo sancionamento, no caso de descumprimento por parte do destinatário. Entender tais fases também é relevante para possibilitar a responsabilização concreta de pessoas, empresas ou mesmo entidades como as milícias digitais, referidas acima, sem contudo esbarrar na barreira promovida por outros direitos fundamentais, ou mesmo afetar pessoas destituídas de relação com a disseminação das *fake news*.

Nesse sentido, Moreira Neto explica que a primeira fase consiste na própria ordem de polícia, que possui evidente caráter normativo, com a qual a Administração Pública prescreve restrições ou condicionamentos ao exercício de direitos. Essa ordem pode ocorrer por qualquer ato normativo, de uma lei ordinária a um ato administrativo normativo de caráter regulamentar, desde que fundamentado na lei. A segunda fase ou ciclo, por seu turno, se configura no que Moreira Neto chama de consentimento de polícia, ou seja, atos por meio dos quais a Administração Pública concorda com uma atividade particular em estado regular (são exemplos as licenças e autorizações). Na terceira fase ou ciclo existe a fiscalização de polícia, na qual os agentes verificam a adequação ou não dos particulares às ordens de

³³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LÔBO, Edilene; NEMER, David. O fenômeno das *fake news*: definição, combate e contexto. *Revista Internet & Sociedade*, v. 1, n. 1, jan. 2020, p. 144-171, p. 151. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/44432/2/O%20fen%c3%b4meno%20das%20fake%20news%20-%20defini%c3%a7%c3%a3o%2c%20combate%20e%20contexto.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

polícia previamente estabelecidas. Na quarta fase, por fim, há a sanção de polícia, materializada pela responsabilização administrativa do particular que desobedece às normas de polícia, que acontece, por exemplo, quando a Administração impõe uma multa, o recolhimento de mercadorias ou mesmo a interdição de atividades econômicas.³⁴

O poder ordenador se espalha por todo o ordenamento jurídico, alcançando inclusive a legislação de direito eleitoral. Em diversas ocasiões, por sinal, a Justiça Eleitoral, que possui também uma função administrativa, além da jurisdicional, se utiliza do poder de polícia que detém para manter a regularidade do processo eleitoral. O Código Eleitoral, a propósito, quando trata da propaganda eleitoral, refere no parágrafo único do artigo 242 que, sem prejuízo dos processos e penas cominadas em outras esferas de responsabilização, os órgãos da Justiça Eleitoral adotarão medidas para fazer impedir ou cessar imediatamente a propaganda realizada contrariamente ao ali disposto – o Código impede no artigo seguinte a propaganda caluniosa, difamatória e injuriosa a pessoas e órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública, cuja aplicação abrange, evidentemente, as redes sociais –.³⁵ Tratam-se de medidas de caráter administrativo, alicerçadas no poder de polícia do magistrado eleitoral, para cessar ações ou atividades contrárias à lei.

Nesse caminho, inclusive, o Ministro Raul Araújo Filho, do Tribunal Superior Eleitoral, determinou, na Representação nº 0601686-03.2022.6.00.0000, o bloqueio do sítio eletrônico “Fiscais do Mito”, ligado a simpatizantes do ex-presidente Jair Bolsonaro, que realizava captação indevida de dados de eleitores nas vésperas do segundo turno das eleições de 2022. A decisão foi proferida em sede provisória, de forma cautelar, em um pedido de exercício de poder de polícia da Corte. Abaixo se reproduz a ementa do julgamento:

ELEIÇÕES 2022. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. ‘REPRESENTAÇÃO ELEITORAL C.C. PEDIDO DE EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA’. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE DADOS PESSOAIS POR MEIO DO SITE WWW.FISCAISDOMITO.COM.BR, QUE NÃO POSSUI RELAÇÃO COM A COLIGAÇÃO QUE É LEGÍTIMA REPRESENTANTE DA CHAPA ENCABEÇADA PELO CANDIDATO AO CARGO DE PRESIDENTE DA REPÚBLICA. CONDUTA QUE, EM TESE, VULNERA BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELO DIREITO ELEITORAL, INCLUSIVE DE NATUREZA PENAL. DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO IMEDIATO DO SITE. REMESSA DE CÓPIA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL ELEITORAL, A FIM DE QUE ADOTE AS PROVIDÊNCIAS QUE JULGAR CABÍVEIS. TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA. 1. Pedido de exclusão de site não vinculado à campanha do

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 535-536.

³⁵ BRASIL. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 17 jan. 2023.

candidato à Presidência da República e que alegadamente buscava arregimentar ‘fiscais do mito’, captando de forma irregular dados pessoais de eleitores para utilização indevida. 2. Verificado que a conduta objeto da presente demanda tem o condão de, em tese, vulnerar bens jurídicos tutelados pelo Direito Eleitoral, inclusive de natureza penal, faz-se mister a adoção de medidas que obstem a sua continuidade, mormente diante da extrema proximidade do segundo turno das eleições de 2022. 3. O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício de seu poder de polícia – extraído dos arts. 23, XVIII, e 35, IV, V e XVII, do Código Eleitoral –, poderá empreender todas as providências necessárias para tornar efetivo o ‘[...] dever constitucional [...] de organizar eleições seguras e de atuar em defesa da democracia e do sistema eleitoral’ (CtaEI nº 0600522–03/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgada em 30.8.2022, DJe de 4.10.2022). 4. Considerada a urgência, o poder de polícia pode ser materializado por meio do exercício do poder geral de cautela, a fim de garantir o pronto restabelecimento da normalidade do processo eleitoral. 5. Referendado o deferimento do pedido de tutela provisória de urgência. (REPRESENTAÇÃO nº 060168603, Acórdão, Relator(a) Min. Raul Araujo Filho, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 28/10/2022).³⁶

Pode-se depreender do caso acima como o poder de polícia do Estado pode ser utilizado no âmbito eleitoral, inclusive para disciplinar o regular andamento do processo democrático, por meio da regulação do que ocorre na seara virtual. Como visto, a Justiça Eleitoral tem por função organizar eleições seguras e atuar em defesa do sistema eleitoral, e para isso detém os meios necessários para impedir ações contrárias ao processo eleitoral e à democracia. Analisando-se o caso, inclusive, pode-se ter uma clara ideia de como o poder ordenador do Estado, materializado pelo Tribunal Superior Eleitoral, pode funcionar para regular as próprias redes sociais e as *fake news* eleitorais, sem prejuízo de todas as garantias conferidas aos prejudicados, como o direito ao contraditório e o direito a recurso.

No tópico subsequente, as matérias analisadas anteriormente serão interligadas, na medida em que, a partir da conformação do problema da disseminação de *fake news* e do uso de mecanismos algorítmicos nas redes sociais, precisamente para fins eleitorais, demanda-se uma utilização do poder de polícia estatal, tal como aqui concebido, para restringir a proliferação de informações fraudulentas. Por meio da conexão desses temas, é possível construir, de forma juridicamente válida e em respeito aos direitos fundamentais, uma regulação adequada das *fake news* e do uso de algoritmos nas redes sociais.

³⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Representação nº 0601686-03.2022.6.00.0000*. Relator para o acórdão Ministro Raul Araújo. Sessão Extraordinária realizada por meio eletrônico em 28/10/2022. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/#/public/resultado/0601686-03.2022.6.00.0000>. Acesso em: 17 jan. 2023.

3 A regulação de *fake news* e de mecanismos algorítmicos por meio do poder de polícia

Uma *fake democracy*, entendida como uma democracia que sofre uma influência drástica do fenômeno das *fake news*, a ponto de afetar o regime democrático e o processo eleitoral, não possui lastro legitimador. Isso porque as ideias da maioria e representatividade não mais conseguem definir a democracia, diante do fato de que tal maioria pode ser manipulada ou mesmo alienada pelas *fake news*, criando as “bolhas ideológicas”, e assim a escolha de representantes políticos possui apenas a máscara de legitimidade.³⁷

Ainda, a existência de milícias digitais, que, como visto, se tratam de organizações criadas com o único intuito de alterar o curso regular do regime democrático, permitem que a *fake* democracia se torne ainda mais *fake*. Tais milícias, utilizando-se de mecanismos algorítmicos nas redes sociais para a disseminação de notícias de teor fraudulento, criam *clusters* consistentes em grupos de pessoas alienadas, que apenas visualizam em suas páginas nas redes sociais aquilo com que concordam ou, pelo menos, tendem a concordar. O fascismo nasce a partir daí, pois qualquer ideia ou informação contrária (ou verdadeira) é rechaçada pelo algoritmo, não alcançando os olhos do receptor, que acredita veementemente apenas naquilo que a racionalidade algorítmica lhe entrega.³⁸

No presente tópico, com os conceitos acerca do poder ordenador estatal já em mente, bem como a ciência sobre a problemática da *fake democracy*, ambas as temáticas serão relacionadas. Com isso, busca-se encontrar uma alternativa de regulação juridicamente válida e adequada, à luz do poder de polícia como descrito no tópico anterior, para o controle da disseminação de *fake news* eleitorais nas redes sociais por meio de algoritmos e com o auxílio de milícias digitais.

Inicialmente, é necessário reconhecer o caráter ilícito da disseminação de *fake news* e das milícias digitais. Como salientado na primeira parte, o compartilhamento deliberado de notícias falsas, com o intuito de manipular, enganar e causar danos configura as *fake news*, e por isso mesmo, diante do caráter danoso da conduta, precisamente no campo eleitoral, deve ser rechaçada pelo direito, não apenas com a responsabilização civil (com a reparação por meio de indenização) e penal (com detenções e reclusões), mas também administrativa, a ser realizada diretamente

³⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LÔBO, Edilene; NEMER, David. Democracia algorítmica: o futuro da democracia e o combate às milícias digitais no Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 7, n. 17, maio/ago. 2020, p. 255-276, p. 258-259. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45443/28901>. Acesso em: 16 jan. 2023.

³⁸ RECUERO, Raquel; GRUZD, Anatoliy. Cascata de *fake news* políticas: um estudo de caso no Twitter. *Galaxia*, n. 41, maio-ago. 2019, p. 31-47. São Paulo, 2019, p. 45-46. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gal/a/Kvxg4btPzLYdxXk77rGmJS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 jan. 2023.

pela Administração Direta – o que, em certa medida, já é realizado, embora com deficiências, conforme o caso visto acima –, ou mesmo por eventual órgão da Administração Indireta criado com tal finalidade. Tais órgãos, fazendo uso do seu poder de polícia, realizariam a responsabilização dos envolvidos na disseminação de notícias fraudulentas, sejam pessoas (públicas ou privadas), empresas ou milícias propriamente ditas, com a imposição de sanções administrativas.

É pertinente observar que, de forma análoga, na seara criminal vem sendo introduzidos tipos penais no ordenamento jurídico com o fim de frear, quando não impedir, a disseminação de *fake news*. Isso acontece, inclusive, no âmbito do direito penal eleitoral. A Lei nº 14.192/2021, por exemplo, deu ao artigo 323 do Código Eleitoral Brasileiro uma nova redação, destinada ao combate às *fake news* durante o período eleitoral, definindo como crime divulgar fatos “que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado. Pena – detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa”. O parágrafo 2º, inciso I, introduzido pelo mesmo ato legislativo, prevê uma majorante de 1/3 até a metade da pena, se o crime “é cometido por meio de imprensa, rádio ou televisão, ou por meio da *internet* ou de rede social, ou é transmitido em tempo real”.³⁹

Tal dispositivo objetiva, claramente, impedir a disseminação das *fake news* mediante a responsabilização penal dos envolvidos, durante o período eleitoral. Entende-se, contudo, que a responsabilidade não deva se restringir ao período eleitoral, tal como previsto, uma vez que a proliferação de notícias falsas com potencial de prejudicar o regime democrático possa ocorrer em qualquer período, mesmo – e especialmente – durante mandatos de agentes políticos já eleitos. Ainda, a responsabilidade analisada refere-se à esfera penal, que demanda a provocação do Poder Judiciário pelo titular da ação penal.

Na esfera administrativa, objeto deste trabalho, as sanções e as decisões cautelares de, por exemplo, bloqueio de contas e publicações que contemplem *fake news*, se dá de forma muito mais célere diante da fase de fiscalização e sanção próprias do poder de polícia, efetuadas de ofício pelo órgão competente, caso em que o contraditório da pessoa prejudicada é diferido. É de se salientar, ainda, que um órgão especializado detém conhecimento técnico-científico mais qualificado do que, muitas vezes, o próprio Poder Judiciário, como acontece, naturalmente, nas

³⁹ BRASIL. *Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021*. Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14192.htm#art4. Acesso em: 18 jan. 2023.

agências reguladoras do Estado, autarquias especiais com finalidades e pessoal técnico bem definidos, autonomia para atingimento de seus objetivos, além de competência para edição de atos normativos e exercício de poder de polícia relacionados ao setor regulado.⁴⁰

Da mesma forma as milícias digitais devem ter a sua ilegalidade reconhecida, pois, conforme Bolzan de Moraes, Lôbo e Nemer,⁴¹ se tratam de organizações criminosas engendradas com a finalidade exclusiva de afetar o desempenho regular do poder político, além do resultado de processos eleitorais. Para os teóricos,

Notícias de tais fatos, largamente veiculadas, cobram ações concretas e respostas eficientes do poder público, não só dirigidas à repressão dos agentes criminais, mas também da responsabilização civil e eleitoral dos provedores de aplicações da internet que não adotarem providências para explicitar as condutas das milícias digitais, denunciá-las aos órgãos competentes e banir suas práticas das redes.

Nessa toada, a responsabilização criminal das milícias digitais se faz pelo estatuto jurídico a elas aplicável, com a interpretação sistemática do Código Penal brasileiro, que tipifica, no artigo 288-A, incorporado pela Lei nº 12.720/2012, a constituição, organização, integração, manutenção ou custeio de milícia particular (BRASIL, 1940), bem como da Lei nº 12.850/2013, que trata da constituição de organização criminosa, consistente na associação de pessoas em uma estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, com finalidade de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais.⁴²

Não obstante, faz-se imperiosa a utilização do poder de polícia estatal para o refreamento das organizações acima descritas. Diante da periculosidade das milícias digitais, com o potencial de alienação e manipulação de cidadãos a partir da sua atividade, é essencial a atuação dedicada dos órgãos administrativos do Estado com o fim de combater, mediante normatização, fiscalização e sancionamento próprios, um fenômeno corrosivo como a disseminação de *fake news*, precisamente com o uso de mecanismos que funcionam mediante a racionalidade algorítmica.

⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 89-90.

⁴¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LÔBO, Edilene; NEMER, David. Democracia algorítmica: o futuro da democracia e o combate às milícias digitais no Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 7, n. 17, maio/ago. 2020, p. 255-276, p. 267-268. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45443/28901>. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁴² BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

Comparativamente, a Alemanha editou legislação com a finalidade de combater a desinformação deliberadamente compartilhada nas redes sociais. A lei, que resultou em polêmica no Parlamento alemão e na comunidade europeia por demonstrar “ameaças à liberdade de expressão e à privacidade dos usuários”, foi sancionada e entrou em vigor buscando reprimir o discurso de ódio na *internet* proveniente de grupos xenófobos e neonazistas, tornando-se referência de legislação no mundo. O ato normativo obriga, por exemplo, a exclusão de conteúdo que seja “claramente ilegal” dentro de 24 horas após o recebimento da notícia sobre a publicação, além da apresentação, por parte de empresas provedoras de redes sociais, de relatórios de transparência semestrais, estando sujeitas a multa em caso de descumprimento. A propósito, a rede social *Facebook* já foi multada em 2 milhões de euros pelo desrespeito à lei, e redes como o *Twitter* e o *Youtube* já providenciaram a exclusão de mais de 500 mil conteúdos.⁴³

A lei alemã possui dispositivos relacionados ao uso do poder de polícia para restrição da disseminação das *fake news*. Apesar de uma das críticas à legislação ser a ausência de um devido processo legal e contraditório para o sujeito prejudicado, tal argumento não procede, na medida em que ele ainda possui a chance de se manifestar, embora de forma diferida, haja vista que o bloqueio de publicações dessa natureza demanda uma ação rápida dos órgãos do Estado, quando, por exemplo, se exige a exclusão do conteúdo no prazo de 24 horas.

No Brasil, até o mês de setembro de 2022, diversos projetos de lei que de alguma forma se relacionam com a temática das *fake news* estavam em tramitação no Congresso Nacional, tendo como modelo, inclusive, a legislação alemã. Dentre eles, são de destaque o PL nº 3.814/2021, que impõe, de forma semelhante ao caso alemão, obrigações aos provedores de redes sociais, combatendo o anonimato e perfis fraudulentos e o Projeto de Lei Complementar nº 120/2022, que torna inegável a pessoa que divulgar notícia falsa sobre urna eletrônica e processo eleitoral. Há ainda o PL nº 2.630/2020, conhecido como o projeto da “Lei das *Fake News*”, que cria a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, com dispositivos direcionados aos provedores de redes sociais e especialmente aplicativos de mensagens como *WhatsApp* e *Telegram*, visando restringir a desinformação compartilhada. Os demais projetos, em grande parte, tipificam como crime alguma conduta relacionada à divulgação ou disseminação de notícias falsas no âmbito virtual, ou seja, também demandam ações do Ministério Público e do Poder Judiciário.⁴⁴

⁴³ SCHREIBER, Mariana. A controversa lei alemã que inspira projeto de lei das *Fake News*. *BBC News Brasil* [2020]. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53914408>. Acesso em: 18 jan. 2023.

⁴⁴ MONTEIRO, Ester. Projetos em análise no Senado combatem desinformação e *fake news*. *Senado Notícias*. Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/noticias/materias/2022/09/26/projetos-em-analise-no-senado-combatem-desinformacao-e-fake-news>. Acesso em: 18 jan. 2023.

Nenhum dos projetos trata especificamente do exercício do poder de polícia do Estado, pela Administração Direta ou por meio da criação de entidade especial na Administração Indireta. Em que pese haja tal constatação, o exercício do poder ordenador normativo e fiscalizatório por parte do Estado (notadamente do Executivo) não fica impedido, dado que a regulação ocorre com base no texto constitucional e no próprio poder discricionário das Administrações.

A propósito, o Advogado-Geral da União Jorge Messias, nomeado pelo Presidente eleito em 2022, Luiz Inácio Lula da Silva, providenciou a criação, no âmbito da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia. Segundo o novo AGU, o órgão irá adotar medidas para combater a desinformação sobre políticas públicas. Não há notícia sobre a utilização de poder de polícia pelo órgão (cuja atuação ainda sequer está regulamentada), que é competente para representar a União, contudo, pode-se concluir que a Procuradoria irá trabalhar, também, em torno da temática da proliferação de *fake news* nas redes sociais.⁴⁵

Ainda, é conveniente advertir sobre o alcance e os limites do poder de polícia aplicável ao combate às *fake news* e ao uso de algoritmos para fins de prejudicar o regime democrático, tal como já anteriormente analisado de forma genérica no tópico 2. O poder ordenador do Estado não pode ocorrer em desrespeito aos demais direitos fundamentais, até porque, como visto, estes são o fundamento para o uso do poder de polícia, como a própria regularidade do regime democrático é a justificativa para a utilização desse poder estatal no campo das redes sociais e dos mecanismos algorítmicos. Não pode haver, ainda, desvio de finalidade por parte do órgão administrativo, consubstanciado no uso do poder ordenador para objetivo diverso àquele almejado, ou seja, que não para reprimir a proliferação deliberada de notícias falsas.

É necessário também, no uso desse poder, o cumprimento regular dos princípios aplicáveis ao direito administrativo. Dentre eles, o respeito ao dever de proporcionalidade, com a ponderação dos interesses em conflito pelo administrador e a explicitação dos motivos que o levaram à decisão, de modo análogo às cortes judiciais, conferindo, assim, grau muito maior de legitimidade aos atos de polícia praticados.⁴⁶

Ademais, além da previsão constitucional de respeito ao contraditório no próprio processo administrativo (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988), a pessoa ou ente prejudicado pela fiscalização de polícia pode sempre recorrer ao próprio Poder Judiciário. Afinal, em nosso sistema figura a inafastabilidade desse

⁴⁵ CNN BRASIL. *AGU cria procuradoria para enfrentar desinformação sobre políticas públicas*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/agu-cria-procuradoria-para-enfrentar-desinformacao-sobre-politicas-publicas/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 107-108.

Poder do Estado para discussão quanto a eventual lesão ou ameaça a direito, de modo que os órgãos jurisdicionais não podem ter excluída a sua apreciação do caso.⁴⁷

De tal forma, pode-se determinar o uso adequado e juridicamente válido na utilização do poder de polícia do Estado para combate ao fenômeno das *fake news* e da racionalidade algorítmica com caráter prejudicial à democracia, que afeta cidadãos e transforma o regime democrático em uma *fake democracy*. Para Bolzan de Moraes e Festugatto, o *modus operandi* das *fake news* é precisamente neutralizar a racionalidade humana, substituindo-a pela racionalidade algorítmica, com a condução das pessoas por meio de suas emoções. É no meio das redes sociais que as notícias falsas ganham uma nova e incomensurável proporção, com o potencial de afetar verdadeiramente o debate público, distorcendo os anseios democráticos.⁴⁸

Nesse aspecto, antes que se possa pensar em uma “bala de prata” para solucionar o fenômeno das *fake news* e do poder algorítmico, é necessário entender a questão como nascida da revolução digital por que passa o mundo, além de se compreender a arquitetura comunicacional colocada por grandes corporações vinculadas às redes sociais. Com a ingerência dos algoritmos no regime democrático, a capacidade de decidir por si mesmos é evidentemente restringida, refletindo severamente no exercício democrático da cidadania.⁴⁹

O regime democrático depende do respeito à verdade dos fatos. Da mesma forma que a língua é indispensável à comunicação entre os seres humanos, a verdade factual é necessária para a política, sendo que, sem um consenso sobre ela, não é possível a formação de bases comunicacionais mínimas entre as pessoas para agirem em comum. Impera, assim, especialmente nas sociedades democráticas e que respeitam os direitos humanos, a defesa intransigente em torno da verdade factual, inclusive como forma de proteger a política.⁵⁰

Assim, o poder de polícia do Estado pode funcionar, em certa medida, para combater o fenômeno nefasto da proliferação de notícias falsas e fraudulentas. O presente estudo buscou definir parâmetros seguros e juridicamente apropriados, à luz da utilização do poder ordenador estatal, para fins de regulação do compartilhamento deliberado de notícias de caráter inverídico nas redes sociais

⁴⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

⁴⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. *Fake news: a desinformação na era digital e a afetação da democracia*, p. 11. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Jose+Luis+Bolzan+de+Moraes+e+Adriana+Martins+Ferreira+Festug.pdf/7b292ecb-017b-474b-1d06-f9e28af1c551>. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁴⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. *Fake news: a desinformação na era digital e a afetação da democracia*, p. 12-13. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Jose+Luis+Bolzan+de+Moraes+e+Adriana+Martins+Ferreira+Festug.pdf/7b292ecb-017b-474b-1d06-f9e28af1c551>. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁵⁰ BUCCI, Eugênio. *Existe democracia sem verdade factual?* São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2019, p. 23-24.

e enfrentamento das *fake news*. Contudo, não se busca, diante de tal definição, encontrar uma solução única para o problema complexo e multidimensional exposto, dado que as *fake news* e a lógica algorítmica demandam, muito mais do que responsabilização legal, educação digital e pensamento verdadeiramente crítico no seio do mundo tecnológico.

Conclusão

O presente trabalho teve por objetivo essencial analisar a forma como o poder de polícia do Estado, por alguns denominado de poder ordenador estatal, pode ser utilizado para o fim de regular o fenômeno recente da disseminação deliberada de informações falsas nas redes sociais com fins eleitorais, por meio da utilização de mecanismos algorítmicos. As *fake news*, como ficaram chamadas, têm o potencial de afetar negativamente o curso do processo eleitoral e a democracia, seja pela proliferação do discurso de ódio, seja pela contestação à higidez do próprio processo, o que insta todos os Poderes do Estado a promoverem ações com vistas ao seu combate, inclusive as Administrações Públicas, por meio do poder de polícia.

Tendo em vista tal problemática, bem como o objetivo formulado no presente estudo, no primeiro tópico dedicou-se ao estudo do fenômeno das *fake news* eleitorais e da racionalidade algorítmica no Brasil, buscando-se uma definição adequada desses termos. Ademais, examinaram-se alguns dos efeitos nefastos que a proliferação deliberada de notícias falsas em redes sociais pode ocasionar no processo democrático. A partir do fenômeno, acontece a formação de bolhas ideológicas ou *clusters*, grupos de pessoas que, com auxílio da lógica dos algoritmos, visualiza em seus perfis nas redes sociais somente quem e aquilo com que concorda ou tende a concordar, seja um conteúdo verdadeiro, seja falso. O debate público e o regime democrático são assim danificados, formando-se uma *fake democracy*, na qual os conceitos de maioria e representação política perdem legitimidade.

Diante dessas constatações, a segunda parte do estudo ateu-se ao estudo do poder de polícia do Estado brasileiro, de sua conceituação, de como e em que âmbitos ele se manifesta, bem como quais seriam o alcance e os limites da regulação engendrada por esse poder de ordenação do Estado. Viu-se que o poder de polícia se manifesta em diversos âmbitos da sociedade, inclusive nas redes sociais, com vistas a restringir direitos e liberdades com o fim de resguardar outros direitos de mesma índole (muitas vezes humana fundamental). O fundamento para a utilização desse poder está calcado na necessidade de disciplinar as relações sociais tendo em vista o resguardo dos direitos fundamentais e do próprio regime democrático. Ainda, denotou-se que o poder de polícia possui fases ou ciclos, a partir dos quais o Estado realiza a atividade de ordenação, o que se vê inclusive em âmbito eleitoral, precisamente em períodos de eleição.

No terceiro e derradeiro tópico, buscou-se relacionar a questão das *fake news* e dos algoritmos com tal poder de polícia do Estado, fitando responder, a partir dessa relação, como esse poder dos entes públicos pode funcionar para realizar uma regulação adequada, assim como juridicamente legítima, do fenômeno da disseminação de informações falsas nas redes sociais. Foram analisadas a legislação atual e a existência de projetos concernentes às *fake news* e à regulação da desinformação, além do caso análogo da legislação alemã. Depreendeu-se que o direito até então positivado busca, em grande parte, tipificar como crime alguma conduta relacionada à disseminação de *fake news* – ou seja, restringe-se à responsabilidade criminal –, silenciando sobre a possibilidade de utilização do poder de polícia da Administração para efetuar tal controle. Contudo, a partir dos conceitos analisados, concluiu-se que a ordenação do Estado nesse âmbito não fica obstada, pois decorre do texto constitucional e do exercício do poder discricionário, limitado pelos direitos fundamentais. Mesmo que de forma incipiente, isso pode ser visto na própria criação de órgão destinado a combater a desinformação sobre políticas públicas, no âmbito da Advocacia-Geral da União, em 2023, embora não haja, ainda, entidade específica e autônoma, como uma agência reguladora com esse fim, por exemplo.

Assim, a utilização do poder de polícia é uma das alternativas jurídicas aptas a realizar a regulação do prejudicial fenômeno das *fake news* eleitorais e da lógica dos algoritmos. Os limites para tal poder estão inscritos na própria Constituição Federal, mediante um exercício constante de ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes. Não se pode olvidar, nesse sentido, que o regime democrático demande especial proteção, precisamente e sobretudo (mas não somente), em períodos de eleição, em que a manipulação discursiva pode macular o curso da democracia e a própria estabilidade política de um país.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, Marco Antônio Souza; MACIEL, Emanuella R. Halfeld. O fenômeno das *fake news*: definição, combate e contexto. *Revista Internet & Sociedade*, v. 1, n. 1, jan. 2020. p. 144-171. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/44432/2/0%20fen%c3%b4meno%20das%20fake%20news%20-%20defini%c3%a7%c3%a3o%2c%20combate%20e%20contexto.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. *Fake news: a desinformação na era digital e a afetação da democracia*. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Jose+Luis+Bolzan+de+Morais+e+Adriana+Martins+Ferreira+Fe+stug.pdf/7b292ecb-017b-474b-1d06-f9e28af1c551>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; LÔBO, Edilene; NEMER, David. Democracia algorítmica: o futuro da democracia e o combate às mídias digitais no Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 7, n. 17, maio/ago. 2020, p. 255-276. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45443/28901>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021*. Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14192.htm#art4. Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Representação nº 0601686-03.2022.6.00.0000*. Relator para o acórdão Ministro Raul Araújo. Sessão Extraordinária realizada por meio eletrônico em 28/10/2022. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/#/public/resultado/0601686-03.2022.6.00.0000>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.781/DF*. Distribuído ao Ministro Alexandre de Moraes em 14 de março de 2020. Tramitando em sigilo. Brasília, DF [2023]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BUCCI, Eugênio. *Existe democracia sem verdade factual?* São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2019.

CNN BRASIL. *AGU cria procuradoria para enfrentar desinformação sobre políticas públicas*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/agu-cria-procuradoria-para-enfrentar-desinformacao-sobre-politicas-publicas/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- EUROPEAN COMMISSION. A multi-dimensional approach to disinformation. *Report of the independent High Level Group on fake news and online disinformation*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; VOLANTE, Carlos Eduardo; VIANA, Walesca Cariola. Democracia como direito fundamental de terceira geração ou dimensão. *Revista da Escola Superior da Magistratura Tocantinense*, v. 8, n. 10, jan.-jun. 2016, p. 149-172. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/115. Acesso em: 17 jan. 2023.
- MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENESES, João Paulo. Sobre a necessidade de conceptualizar o fenômeno das *fake news*. *Observatório (OBS*)*, Special Issue, v. 12, n. 4, p. 37-53, 2018. Disponível em: <https://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/1376>. Acesso em: 16 jan. 2023.
- MONTEIRO, Ester. Projetos em análise no Senado combatem desinformação e *fake news*. *Senado Notícias*. Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/noticias/materias/2022/09/26/projetos-em-analise-no-senado-combatem-desinformacao-e-fake-news>. Acesso em: 18 jan. 2023.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NEMER, David. Grupos pró-Bolsonaro no *whatsapp* não se desmobilizaram com a vitória. Pelo contrário, estão mais radicais. *The Intercept Brasil* (2019). Disponível em: <https://theintercept.com/2019/08/23/grupos-pro-bolsonaro-whatsapp-estao-mais-radicaais/>. Acesso em: 16 jan. 2023.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.
- O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova Iorque: Crown Publishers, 2016.
- PARISER, Eli. *The filter bubble: how the new personalized web is changing what read and how we think*. Penguin, 2011.
- PEDUZZI, Pedro. Manifestantes invadem Congresso, Palácio do Planalto e STF: prédios dos Três Poderes foram vandalizados. *Agência Brasil* (2023). Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-01/manifestantes-invadem-congresso-planalto-e-stf>. Acesso em: 16 jan. 2023.
- RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009.
- RECUERO, Raquel; GRUZD, Anatoliy. Cascata de *fake news* políticas: um estudo de caso no Twitter. *Galaxia*, n. 41, maio-ago. 2019, p. 31-47. São Paulo (*on-line*, 2019). Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gal/a/Kvxg4btPzLYdxXk77rGmJS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 jan. 2023.
- RIBEIRO, Márcio Moretto; ORTELLADO, Pablo. O que são e como lidar com as notícias falsas. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 15, n. 27, p. 71-83, 2018. Disponível em: <sur-27-portugues-marcio-moretto-ribeiro-pablo-ortellado.pdf> (conectas.org). Acesso em: 16 jan. 2023.

SCHREIBER, Mariana. A controversa lei alemã que inspira projeto de lei das *Fake News*. *BBC News Brasil* [2020]. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53914408>. Acesso em: 18 jan. 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GREGORI, Isabel Christine Silva de; FINGER, Otávio Martins. Democracia algorítmica e poder de polícia estatal: a regulação de *fake news* no Brasil sob o prisma do direito administrativo ordenador. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 221-249, abr./jun. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i92.1755.
