

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO**

EDUARDO BOTÃO PELELLA

**REDES SOCIAIS E DEMOCRACIA: MODELO, ESTRUTURA E PRINCIPAIS
DESAFIOS DE SUA REGULAÇÃO EM MATÉRIA ELEITORAL**

SÃO PAULO

2022

EDUARDO BOTÃO PELELLA

**REDES SOCIAIS E DEMOCRACIA: MODELO, ESTRUTURA E PRINCIPAIS
DESAFIOS DE SUA REGULAÇÃO EM MATÉRIA ELEITORAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho, área de concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade, para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

SÃO PAULO

2022

Pelella, Eduardo Botão.

Redes sociais e democracia: modelo, estrutura e principais desafios de sua regulação em matéria eleitoral. / Eduardo Botão
Pelella. 2022.

102 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho -
UNINOVE, São Paulo, 2022.

Orientador (a): Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

1. Democracia. 2. Eleitoral. 3. Regulação. 4. Redes sociais.
- I. Calças, Manoel de Queiroz Pereira. II. Título.

CDU 34

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

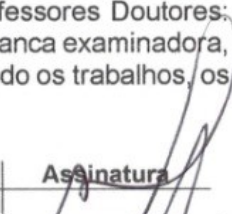
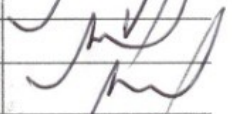
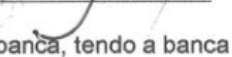
ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO

Aos quatorze dias do mês de fevereiro, de dois mil e vinte e dois, às dezenove horas na Universidade Nove de Julho, reuniu-se em sessão pública a Comissão Julgadora da Dissertação de Mestrado de **EDUARDO BOTÃO PELELLA**, dissertação intitulada, **REDES SOCIAIS E DEMOCRACIA: MODELO, ESTRUTURA E PRINCIPAIS DESAFIOS DE SUA REGULAÇÃO EM MATÉRIA ELEITORAL**, orientação do Professor Doutor Manoel De Queiroz Pereira Calças. Integraram a Comissão avaliadora os Professores Doutores: Manoel De Queiroz Pereira Calças, Renata Mota Maciel e Flávia Piva Almeida Leite. A Banca examinadora, tendo decidido aceitar a dissertação, passou à arguição pública do candidato e, encerrado os trabalhos, os examinadores deram parecer final sobre a dissertação.

Prof. Dr. Manoel De Queiroz Pereira Calças - PRESIDENTE

Profa. Dra. Renata Mota Maciel - UNINOVE

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - UNESP/Franca

Parecer	Assinatura
aprovado	
aprovado	
aprovado	

Em sessão pública, após exposição, o (a) candidato (a) foi arguido oralmente pelos membros da banca, tendo a banca chegado ao seguinte resultado:

- () Reprovação
- Aprovação
- () Reformulação com uma nova banca
- () Reformulação sem nova banca.

O (a) candidato (a) deverá, no prazo máximo de 30 dias, a partir da data de hoje, acatar todas as sugestões e eventuais correções realizadas pelos Senhores Examinadores, depositando então 1 (um) exemplar de sua dissertação encadernada em capa dura vermelha, escrita dourada, juntamente com declaração de autorização para depósito expedida e devidamente assinada pelo seu orientador, com parecer atestando o acatamento de todas as sugestões e eventuais correções determinadas pela Banca Examinadora.

Observações:

O candidato foi considerado aprovado, no grau de Mestre em Direito, e para constar, eu, Rodrigo Capez Diretor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, lavrei a presente ata que assino juntamente com os membros da Banca Examinadora.

Rodrigo Capez
Diretor
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

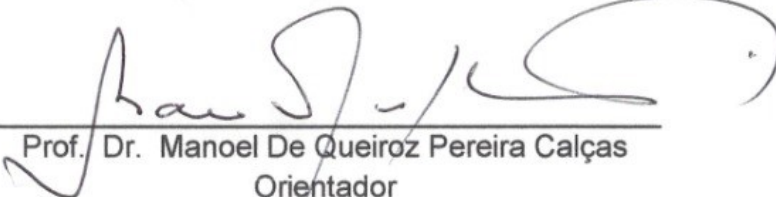
EDUARDO BOTÃO PELELLA

**REDES SOCIAIS E DEMOCRACIA: MODELO, ESTRUTURA E PRINCIPAIS
DESAFIOS DE SUA REGULAÇÃO EM MATÉRIA ELEITORAL**

Dissertação apresentada ao Programa Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2022.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Manoel De Queiroz Pereira Calças
Orientador
UNINOVE



Profa. Dra. Renata Mota Maciel
Examinador Interno
UNINOVE



Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite
Examinador Externo
UNESP/Franca

A meu pai.

AGRADECIMENTO

No período de dedicação a este trabalho foram muitas as tribulações sofridas. Agradeço a extrema lhanza e segurança do prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças na condução da orientação. Agradeço também ao Prof. Dr. André Lemos Jorge pelo incentivo à conclusão do curso. E agradeço especialmente a Viviane Almeida Curvelo pela infinita paciência e simpatia.

*Un dicton populaire affirme que “la foule ne raisonne pas”. — Or, pourquoi la foule ne raisonne-t-elle pas, du moment que chaque particulier dans la foule raisonne? Pourquoi une foule fera-t-elle spontanément ce qu’aucune des unités de cette foule n’aurait fait? Pourquoi une foule a-t-elle des impulsions irrésistibles, des volontés féroces, des entraînements que rien n’arrête, et, emportée par un de ces entraînements, accomplit-elle des actes qu’aucun des individus qui la composent n’accomplirait? Dans une foule, un inconnu jette un cri, et voilà qu’une sorte de frénésie s’empare de tous; et tous, d’un même élan auquel aucun n’essaie de résister, emportés par une même pensée qui instantanément leur devient commune, sans distinction de castes, d’opinions, de croyances et de mœurs, se précipiteront sur un homme et le massacreront sans raison, presque sans prétexte. Et, le soir, chacun, rentré chez soi, se demandera quelle rage, quelle folie l’ont saisi, l’ont jeté brusquement hors de sa nature et de son caractère, comment il a pu céder à cette impulsion stupide, comment il n’a pas raisonné, pas résisté? C’est qu’il avait cessé d’être un homme pour faire partie d’une foule. Sa volonté individuelle s’était noyée dans la volonté commune comme une goutte d’eau se mêle à un fleuve. Sa personnalité avait disparu, devenant une infime parcelle d’une vaste et étrange personnalité, celle de la foule. Les paniques ne sont-elles pas aussi un autre saisissant exemple de ce phénomène? En somme, il n’est pas plus étonnant de voir les individus réunis former un tout, que de voir des molécules rapprochées former un corps. (Maupassant, *Le Gaulois* du 23 mars, 1882. In: *Chroniques: Textes choisis présentés et annotés par Henri Mitterand. Librairie Générale Française. Paris: 2008. p. 77-78*)*

RESUMO

O trabalho aborda questões centrais acerca do modelo e objeto da regulação da atuação das mídias sociais em matéria eleitoral. Parte da análise da necessidade central da proteção de dados contemporaneamente, como garantia da autodeterminação informacional e seu tratamento pelo STF para demonstrar que a privacidade política é condicionante do exercício da cidadania e como a alteração paradigmática no mundo conectado pelas redes sociais impõe a necessidade de regulação da sua atividade em matéria político-eleitoral, seus modelos teóricos possíveis, a adoção de critérios para a divisão de tarefas regulatórias entre atores públicos e privados e o perfil desejado. Analisa-se o modelo regulatório eleitoral brasileiro e discute-se sua adaptação ao sistema protetivo estabelecido pela Lei Geral de Proteção de Dados e as interfaces entre a atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a Justiça Eleitoral e os necessários ajustes sistemáticos. E são apontados os três desafios principais à regulação, quais sejam: a defesa da soberania, transparência nas campanhas eleitorais e o dever de sinceridade no debate político-eleitoral. O método utilizado é o dedutivo com o recurso pontual ao comparativo dada a transnacionalidade do problema.

Palavras-chave: Democracia, eleitoral, regulação, redes sociais.

ABSTRACT

The work addresses central questions about the model and object of regulating the performance of social media in electoral matters. It starts from the analysis of the central need for data protection contemporaneously, as a guarantee of informational self-determination and its treatment by the Brazilian Supreme Court to demonstrate that political privacy is a condition for the exercise of citizenship and how the paradigmatic change in the world connected by social networks imposes the need for regulation of its activity in political-electoral matters, its possible theoretical models, the adoption of criteria for the division of regulatory tasks between public and private actors and the desired profile. The Brazilian electoral regulatory model is analyzed and its adaptation to the protective system established by the Brazilian General Data Protection Law and the interfaces between the performance of the National Data Protection Authority and the Electoral Justice and the necessary systematic adjustments are discussed. At last, the three main challenges to regulation are pointed out, namely: the defense of sovereignty, transparency in electoral campaigns and the duty of sincerity in the political-electoral debate. The method used is the deductive one with the occasional use of the comparative given the transnationality of the problem.

Keywords: Democracy, electoral, regulation, social media.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. PROTEÇÃO DE DADOS. AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL, PRIVACIDADE E CIBERSEGURANÇA. RECONHECIMENTO DE SUA CENTRALIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO PELO STF. PRIVACIDADE POLÍTICA E CIDADANIA. NOVO PARADIGMA: AS REDES SOCIAIS	6
1.1 Proteção de dados. Autodeterminação informacional, privacidade e cibersegurança.....	6
1.2 Reconhecimento de sua centralidade no sistema constitucional brasileiro pelo STF.....	8
1.3 Privacidade política e cidadania.....	9
1.4 Novo paradigma: as redes sociais.....	12
2. DA NECESSIDADE DE REGULAÇÃO. A REGULAÇÃO ELEITORAL DAS REDES SOCIAIS NO DIREITO COMPARADO. EUA X UNIÃO EUROPÉIA: DIFERENÇA DE PARADIGMA. MODELOS TEÓRICOS DA REGULAÇÃO. A DISTRIBUIÇÃO DAS RESPONSABILIDADES REGULATÓRIAS: REGULAÇÃO PELO ESTADO E AUTORREGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS	14
2.1 Da necessidade de regulação.....	15
2.2 A regulação eleitoral das redes sociais no direito comparado. EUA X União Européia: diferença de paradigma.....	17
2.3 Modelos teóricos de regulação.....	22
2.3.1 O modelo <i>fiduciário</i> (BALKIN).....	22
2.3.2 Objeções ao modelo de BALKIN.....	25
2.3.3 O modelo de regulação pública. A metáfora da <i>poluição</i>	27
2.4 A distribuição das responsabilidades regulatórias: regulação pelo Estado e autorregulação das plataformas.....	28
2.4.1 O setor privado e a regulação.....	31
2.4.2 O setor público e a regulação.....	32
3. O MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO. A JUSTIÇA ELEITORAL COMO <i>ELECTORAL MANAGEMENT BODY</i>. FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS <i>TÍPICAS</i> E <i>ATÍPICAS</i>	35
3.1 A Justiça Eleitoral como <i>Electoral Management Body</i> . Funções administrativas <i>típicas</i> e <i>atípicas</i>	35

3.2 A regulação eleitoral em matéria de proteção de dados. Interações e potenciais conflitos entre a Justiça Eleitoral e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.....	38
4. OBJETO DA REGULAÇÃO. DESAFIOS À REGULAÇÃO EM MATÉRIA ELEITORAL. PROTEÇÃO À SOBERANIA. TRANSPARÊNCIA E FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS. DEVER DE SINCERIDADE NA ARENA POLÍTICA.....	46
4.1 Proteção à soberania. Prevenção e combate às interferências externas. Riscos da <i>privatização da coerção</i>	49
4.1.1 Prevenção e combate às interferências externas.....	50
4.1.2 Riscos da privatização da coerção.....	53
4.2 Transparência e financiamento das campanhas eleitorais.....	57
4.3 O dever de sinceridade na arena política.....	62
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS.....	71

INTRODUÇÃO

Há pouco mais de três anos, uma série de reportagens dos jornais *The New York Times* e *The Observer*¹ revelaram os fatos que ficaram conhecidos como caso *Cambridge Analytica*. Em resumo, tratava-se de uma empresa de consultoria e análise de dados com estreitas relações com o campo político da direita americana que usou dados de usuários do *Facebook* captados de forma aparentemente inofensiva e sem qualquer vinculação com atos de campanha para traçar o perfil e direcionar os atos de eleitores com o objetivo de prever e influenciar seu processo de escolha.

A empresa foi inicialmente acusada de se utilizar de dados de mais de dezenas de milhões de perfis do *Facebook* e, valendo-se de uma sofisticada engenharia de *data mining* associada a técnicas de predição comportamental e perfilação dos usuários, foi capaz de estabelecer com notável precisão os que seriam *persuasíveis* se expostos a determinadas formas de *impulsos*, ostensivos ou não, com a finalidade de obtenção de resultados eleitorais positivos.

O aprofundamento das investigações parlamentares, administrativas e *judiciais* nos Estados Unidos da América², no Reino Unido³ e em âmbito europeu⁴ destinadas a compreender a natureza e extensão da atuação da empresa e responsabilizar os seus executivos⁵ revelou, ainda, que a *Cambridge Analytica* também atuou na campanha do *Brexit* e que, já no final de 2015, o *Facebook* tinha ciência de que a plataforma estava sendo utilizada para tais finalidades e não informou nem aos seus usuários nem às autoridades regulatórias ou judiciais dos países envolvidos. Estima-se que naqueles episódios foram compartilhados os dados de mais de 87 milhões de usuários (BRESCIA, 2020).

¹Um resumo do que foi publicado na imprensa internacional a respeito pode ser obtido em <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html> e <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files>.

²Vide: <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/cambridge-analytica-and-the-future-of-data-privacy> e <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/182-3107/cambridge-analytica-llc-matter>.

³Vide: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/363/36306.htm>.

⁴Vide: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2018-0480_EN.html.

⁵Alexander Nix e Aleksandr Kogan, executivos da *Cambridge Analytica*, foram submetidos a procedimento perante a *Federal Trade Commission* - FTC (processo disponível em [Aleksandr Kogan and Alexander Nix, In the Matter of.](#)). Mais recentemente, Alexander Nix admitiu que prestou *unethical services* e aceitou o banimento de 7 anos dos negócios: <https://www.gov.uk/government/news/7-year-disqualification-for-cambridge-analytica-boss>.

Mais do que a atuação de uma empresa isoladamente, os fatos demonstraram a existência de um mercado pulsante e em expansão que se ocupa precisamente de atividades equivalentes à da *Cambridge Analytica* e evidenciou aspectos importantes que merecem a atenção de diversas disciplinas do conhecimento humano ligadas à tecnologia da informação, ciências comportamentais, indagações sociológicas, políticas, econômicas, de comunicação social e jurídicas. Muito provavelmente emergirá uma nova formulação - ou uma *atualização* - da própria concepção filosófica de participação individual na formação da vontade política de uma determinada sociedade com a redefinição da autonomia e da alteridade das interações participativas e os seus contornos transnacionais.

O escopo de um trabalho monográfico não permitirá tamanho espriamento conceitual. O objeto da indagação será o da análise dos reclamos regulatórios da exploração comercial dos *serviços* das redes sociais e suas implicações eleitorais, tomando como dado sua evidente ubiquidade e seu caráter conformador e indutor das escolhas políticas. Ainda mais precisamente, o que se pretende é verificar a necessidade de atuação regulatória do Estado e identificar os eixos principais que devem ser levados em conta na elaboração do sistema regulatório e seus principais desafios com o objetivo de estabelecer quais as garantias normativas mínimas a serem deferidas ao eleitor para que as mensagens eleitorais sejam identificáveis, seguras, sinceras e possam circular livremente para além da própria *bolha* informacional conformada pelos *algoritmos*⁶ das plataformas digitais.

O tema é de oportuno tratamento por três razões.

Primeiramente, é *atual*. Não exatamente porque necessário para a preparação das eleições *gerais* de 2022, senão porque há diversas questões que ainda amadurecem nos ordenamentos de vários países ligados a temas tão diversos como os da liberdade de expressão, dos limites e problemas da autorregulação das plataformas e o exercício em certa medida de um *poder de polícia* acerca da utilização dos serviços obedecendo a critérios estranhos aos limites do direito tradicional, dificuldades de identificação dos investimentos e custos das campanhas eleitorais por meio digital, pulverização dos gastos e centros decisórios intrapartidários e a correlativa dificuldade de sua governança, agilidade e *accountability* da autoridade regulatória quanto à fiscalização dos desvios e integridade da formação dos consensos democráticos e proteção da soberania democrática nacional da possível interferência externa.

⁶Uma digressão mais profunda sobre o conceito de algoritmos, inteligência artificial e discriminação algorítmica não será objeto deste trabalho. A doutrina nacional tem se debruçado sobre o tema. Por todos, v. Lage, 2021. Sobre aspectos mais específicos aos aqui tratados, v. Bigo, Isin e Ruppert (2019), especialmente o cap. 3 de Berry, David. *Against infrasomatization: towards a critical theory of algorithms*. Sobre a questão da discriminação algorítmica v. Gerard e Borgesius (2021) e Green (2021).

Segundo, a utilização das redes sociais maciçamente na campanha obvia os problemas da *transparência* e da *sinceridade*. O que é feito *na campanha e a título de campanha*? Em que medida o cidadão deve ser informado de que é *alvo* de um ato que, ainda que não seja *ostensivamente* realizado no âmbito de uma campanha eleitoral, compõe a *estratégia* de um candidato e o quanto isso está na esfera tangível da verificabilidade da autoridade regulatória para os fins de tomadas de contas e verificação de responsabilidades. Pode-se falar em um dever de *sinceridade* no discurso político? E o quanto todo esse complexo de atos é invasivo e potencialmente danoso à privacidade e à formação do convencimento informado do eleitor.

O terceiro aspecto fundamental é a compreensão dos esforços de regulamentação do uso de dados pessoais no processo político em curso em diversas partes do mundo. O tema é mais do que *internacional, supranacional*. Envolve questões afetas à soberania e à liberdade de mercado, de concorrência e livre circulação de ideias. As plataformas funcionam em todos os países e todos são destinatários de seus conteúdos e tratados como usuários. Em outros ordenamentos, mesmo nos quais o tema eleitoral não é destacado para tratamento especial e aparece como apêndice de regulações genéricas sobre privacidade, é imensa a preocupação com o tema, pois, na linha de Witzleb, Peterson e Richardson (2020) não se pode tolerar que todo o sistema político e o *business* que se desenvolveu com sua interação com as plataformas continue a operar à margem de qualquer regulamentação. Os cidadãos devem poder confiar que os importantes valores de proteção de dados de responsabilidade, transparência, exatidão, segurança e justiça também orientam as práticas de tratamento de informações dos atores políticos. “Nossa democracia sofrerá se não abordarmos as novas ameaças à privacidade decorrentes do discurso político baseado em dados”. Em resumo, adotando a célebre definição de Eco (2008) trata-se de uma *esperienza calda*.

O foco das reflexões da doutrina nacional está compreensivelmente condicionado pelo ocorrido nas eleições presidenciais de 2018. Não é necessária qualquer ulterior digressão acerca do ambiente político polarizado e das muitas acusações de utilização de expedientes maliciosos baseados na *desinformação* que teriam condicionado o resultado das eleições. Tomaram-se como vilãs da democracia as chamadas *fake news* e sobre elas se ocuparam inúmeros artigos científicos, livros, textos normativos, projetos de lei⁷, uma CPI⁸, um

7PL 2630/2020. Inteiro teor em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0C00344DD6B161C3A17DE9A7A2DE5254.proposicoesWebExterno2?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020.

8Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - *Fake News*, íntegra dos trabalhos em <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?0&codcol=2292>

inquérito *judicial* instaurado, presidido e conduzido pelo STF⁹ e mais recentemente um inquérito administrativo no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral¹⁰. Com algumas exceções, entretanto, não se procedeu a uma análise tecnicamente mais qualificada acerca da relevância da desinformação na era do *microdirecionamento* das mensagens eleitorais, quando não é possível muitas vezes sequer captar, como já dito, o que é um ato sub-reptício de campanha.

O modelo regulatório brasileiro em matéria eleitoral é *sui generis*. Nossa *authority* eleitoral ou *EMB - Electoral Management body*, assim entendido como o órgão ao qual é confiada o dever gerencial de dispor sobre alguns ou todos os aspectos fundamentais ao processo eleitoral, não é uma agência ligada ao executivo ou de natureza independente como sucede em outros países, mas concentrado em um tribunal, ligado funcional e organicamente ao poder judiciário e que, portanto, tem sua feição e dinâmicas próprias que devem ser cuidadosamente escrutinadas com o objetivo de otimização do sistema.

E é fato que grande parte da legislação aplicável ainda trata de regras de campanha eleitoral nos moldes tradicionais, reservando às campanhas eleitorais pela *internet* os regramentos estabelecidos nos arts. 57-A a 57-J da Lei 9.504/97. Não há regulamentação legal sobre os atos de campanha praticados através de microdirecionamento de conteúdo aos destinatários da mensagem e não há nenhuma menção ao sancionamento de condutas praticadas de forma camuflada no âmbito da campanha. Dessume-se que poderiam tais práticas serem vedadas pela proibição genérica contida no art. 57-C ou no âmbito do poder econômico ou no uso de meios de comunicação, mas, em sua aplicação prática, tais disposições são praticamente inócuas diante do estágio atual de utilização das plataformas em campanhas eleitorais.

Some-se a isso a ainda inexplorada atuação regulatória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, especificamente em relação à sua interação com a matéria político-eleitoral e os potenciais conflitos com a estrutura da Justiça Eleitoral. Deverá ser estabelecido, ainda que de forma rudimentar, o limite à atuação das duas *autoridades* regulatórias e em quais as hipóteses a atuação da justiça eleitoral preferirá ou excluirá a da ANPD.

Também será realçada a relevância da autorregulação das plataformas especificamente nessa temática, tomando como paradigma a recente normativa interna do *Facebook*, motivada em grande medida pelos desdobramentos do caso *Cambridge Analytica* e

9INQ 4781, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

10Vide: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Agosto/plenario-do-tse-aprova-abertura-de-inquerito-para-apurar-denuncias-de-fraudes-no-sistema-eletronico-de-votacao>.

que teve como teste de fogo a reação aos eventos ocorridos em Washington DC em 06.01.2021.

O método utilizado é o dedutivo com o recurso pontual ao comparativo dadas as peculiaridades da matéria, especialmente sua contemporaneidade e transnacionalidade.

Para a análise da conexão entre as interações usuários/redes sociais e as suas consequências político-eleitorais, serão utilizados os textos básicos de Pariser e Sunstein sobre o tema.

Em Sunstein, as questões relativas ao impacto das redes sociais e escolhas democráticas foram objeto de ao menos três obras, duas das quais são, na prática, atualizações das ideias originalmente estabelecidas em *Republic.com* (SUNSTEIN, 2001). A esta se seguiram *Republic 2.0* (SUNSTEIN, 2009) e os mais recentes *#republic* (SUNSTEIN, 2018) e *Liars* (SUNSTEIN, 2021). Para Sunstein (2018) é essencial ao debate democrático atual a noção de que os usuários das redes sociais são expostos a conteúdo efetivamente customizado que retroalimenta suas próprias crenças e provoca consequências políticas como o recrudescimento da polarização em detrimento da efetiva circulação de ideias.

Pariser (2011), utilizando-se de parte das reflexões de Sunstein, estabelece o conceito de *filter bubble* e conclui que o microdirecionamento de conteúdo cria um universo de informação muito particular a cada um de nós, o que gera em última análise a fragmentação social e uma forma de *autopropaganda*, doutrinando a nós mesmos com nossas próprias ideias.

Quanto aos modelos regulatórios disponíveis e seus limites, serão basicamente tratados os textos de Balkin (2016; 2020) e Khan e Pozen (2019), o primeiro defendendo o que chama de modelo *fiduciário* e os outros pretendendo uma regulação de caráter mais acentuadamente público.

O trabalho será dividido em quatro capítulos. O primeiro tratará das premissas básicas do estudo, especialmente sobre a centralidade da proteção de dados contemporaneamente, como garantia da autodeterminação informacional e seu tratamento pelo STF. Tratará também da privacidade política como condicionante do exercício da cidadania e da alteração do seu paradigma no mundo conectado pelas redes sociais. O segundo capítulo tratará essencialmente do problema da necessidade da regulação da atividade das redes sociais em matéria político-eleitoral. Serão discutidos os modelos teóricos possíveis, a divisão de tarefas regulatórias entre atores públicos e privados e o perfil desejado. No terceiro será descrito o modelo regulatório eleitoral brasileiro e discutida sua adaptação ao sistema protetivo estabelecido pela Lei Geral de Proteção de Dados e as interfaces entre a

atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a Justiça Eleitoral e os necessários ajustes sistemáticos. No quarto capítulo serão objeto de análise três dos principais desafios à regulação, quais sejam: a defesa da soberania, transparência nas campanhas eleitorais e o dever de sinceridade no debate político-eleitoral.

A dissertação tem o potencial de contribuir com o programa de Pós-Graduação da Uninove, sobretudo no que se refere à linha de pesquisa número 2 *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*. A proposta é procurar compreender qual o espaço legítimo do exercício da livre iniciativa quanto ao uso de dados na campanha eleitoral, estabelecendo o âmbito de incidência da regulação que ao mesmo tempo preserve os direitos fundamentais dos eleitores, a competitividade das eleições e a livre iniciativa das plataformas. A temática é interessante, ainda, sob o ângulo da funcionalidade, pois a justiça eleitoral tem função dual, de autoridade regulatória e jurisdicional.

1. PROTEÇÃO DE DADOS. AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL, PRIVACIDADE E CIBERSEGURANÇA. RECONHECIMENTO DE SUA CENTRALIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO PELO STF. PRIVACIDADE POLÍTICA E CIDADANIA. NOVO PARADIGMA: AS REDES SOCIAIS

1.1 Proteção de dados. Autodeterminação informacional, privacidade e cibersegurança

A proteção à privacidade digital e a cibersegurança ocupam hodiernamente boa parte dos debates nas mais diversas instâncias político-governamentais e jurídicas no âmbito doméstico e internacional. São muitos e dramáticos os exemplos que evidenciam sua importância como, por exemplo, o hackeamento da Sony de 2014¹¹, os incidentes no Bundestag em 2015¹², o julgamento do chamado *Safe Harbour* no ECJ¹³ e os incidentes durante o processo eleitoral americano de 2016 (SCHÜNEMANN; BAUMANN, 2017) e também na de 2020.

11Vide: <https://www.hollywoodreporter.com/movies/movie-features/five-years-who-hacked-sony-1257591/>.

12Vide: <https://www.dw.com/en/data-stolen-during-hack-attack-on-german-parliament-berlin-says/a-18486900>.

13Vide: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf> (nota do autor)

14Para uma visão mais aprofundada sobre a decisão v. Börding *in* Hoeren e Kolany-Kaiser, 2018.

No âmbito da proteção de dados são dois os aspectos centrais que constituem objeto de preocupação. Em primeiro lugar está a *proteção de dados em si*, que está intimamente ligada à questão da *privacidade*. Schünemann e Baumann (2017) observam com propriedade que, a despeito das discussões filosóficas tradicionais sobre os contornos do direito à privacidade, é certo que no contexto do mundo digital sobreleva o aspecto “informacional”, mais especificamente o direito à “autodeterminação informacional”. De acordo com este o princípio, o nível de privacidade é determinado pela “capacidade dos indivíduos de decidirem por si próprios quais dados compartilhar com quem e para quais finalidades”. Como tal, pode-se tratar a proteção de dados como o instrumento de proteção da privacidade, reconhecendo que ela tem outras dimensões além da transmissão, armazenamento e processamento de dados pessoais. E concluem que se deve conceber a relação entre os dois conceitos em termos de uma *hierarquia*, onde o direito à “privacidade é um direito fundamental, baseado em considerações éticas e internacionalmente reconhecidas, da qual derivam as normas de proteção de dados e que é garantido por regimes de proteção de dados”.

O segundo aspecto, também apontado por Schünemann e Baumann (2017) diz respeito à *cibersegurança* que, por sua vez, está relacionada a dois outros pontos. A cibersegurança é, por um lado, *pré-condição* da proteção de dados pois, obviamente, a “prevenção a acessos não autorizados é um dos objetos centrais de preocupação de qualquer legislação acerca da matéria”. Mas, por outro, a segurança cibernética é uma questão muito mais ampla. Inclui preocupações como infraestrutura e segurança econômica que não estão de forma alguma relacionadas aos dados pessoais. Com razão, sublinham que a compreensão social e política da segurança cibernética abrange “diversos aspectos que em nada se reduzem à mera operacionalização de sistemas de informação e está apoiada em três objetivos principais, quais sejam: confidencialidade, integridade e disponibilidade, a chamada tríade da CIA de cibersegurança”.

Já a proteção de dados está intimamente relacionada apenas a dois dos três objetivos, ou seja, “à integridade dos sistemas de computador e à confidencialidade dos dados nele armazenados”. Portanto, prosseguem Schünemann e Baumann (2017), “a proteção de dados e a cibersegurança nem sempre andam de mãos dadas; eles podem entrar em conflito um com o outro”. A discussão sobre o anonimato no uso de tecnologia da informação ou comunicação online, com o desejo de comunicação anonimamente em oposição ao interesse de investigações criminais em potencialmente autenticar e identificar todos os usuários da *internet* e o correlato tráfego de dados, serve como uma boa ilustração a esse respeito. De modo geral, “para o administrador de segurança de um sistema/rede de computador, a

autenticação distinta de todos os usuários/partes no sistema dentro da rede é um desiderato importante”. No entanto, o usuário de um determinado serviço ou comunicação pela *internet* em geral pode estar interessado no anonimato. “Mais fundamentalmente, a comunicação anônima é uma condição existencial para a liberdade de expressão ou ativismo democrático”.

1.2 Reconhecimento de sua centralidade no sistema constitucional brasileiro pelo STF

A essencialidade e autonomia da proteção à privacidade no âmbito da proteção de dados já foram reconhecidas em nossa jurisprudência e justamente em momento de crise sanitária no qual o STF foi chamado reiteradamente a decidir sobre diversos pontos da legislação emergencial que causaram tensão entre valores caros à ordem constitucional.

Na decisão liminar proferida na MC nas ADIs. 6387, 6388, 6389, 6393 e 6390¹⁵, a Ministra Rosa Weber reconheceu a proteção de dados pessoais como direito fundamental *autônomo*. No caso, o ato normativo impugnado possibilitava o compartilhamento de dados pessoais de usuários por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, versada na MP 954/2020. A decisão liminar posteriormente foi ratificada pelo plenário do STF por larga maioria¹⁶ e acabou por dar relevo à garantia da proteção de dados mesmo no caso em questão.

Tendo em conta o “princípio da proporcionalidade”, a relatora entendeu inadequada a própria “construção normativa” dada a vagueza do seu enunciado e a ausência de contornos razoáveis acerca dos limites da manipulação de dados que pretendia autorizar. Assim “ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP n. 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades”.¹⁷ Além do mais, não havia

¹⁵Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>.

¹⁶Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, nos termos dos votos proferidos, vencido o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5896399>. Inteiro teor do acórdão disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344950595&ext=.pdf>.

¹⁷Trecho do voto da Relatora.

previsão no dispositivo atacado de procedimentos administrativos de caráter garantista, aptos a prevenir ou repelir “acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão, seja no seu tratamento”, limitando-se a uma mera delegação ao presidente do IBGE *o procedimento para compartilhamento dos dados, sem oferecer proteção suficiente aos relevantes direitos fundamentais em jogo*¹⁸.

De todo modo, ainda que se considerasse a emergência sanitária como motivo suficiente para a tomada de medidas de caráter temporário que implicassem em restrições de direitos fundamentais, notadamente quanto à *privacidade*, a hipótese legalmente concebida não atendia aos reclamos necessários de *proporcionalidade* na medida em que não previa mecanismos eficientes que garantissem o efetivo balanceamento dos direitos em questão.

1.3 Privacidade política e cidadania

A vulneração da privacidade pode atingir a dignidade humana sob várias formas e em vários aspectos. Brescia (2020), citando Citron (2016), por exemplo, observa os efeitos deletérios e as severas implicações quanto à intimidade decorrentes da ofensa ao direito fundamental à “privacidade e autonomia sexuais”. Anota que é *crítico* proteger a privacidade sexual dado que ela é “fundamental para o exercício da agência¹⁹ humana e da autonomia sexual” e permite “que os indivíduos estabeleçam os limites de suas vidas íntimas”. A exposição indesejada da intimidade pode impactar os planos de vida de uma pessoa também é essencial para “combater a subordinação”, já que invasões de privacidade sexual têm “um impacto desproporcional nas mulheres, minorias sexuais e não brancos, na experiência vivida e no sofrimento dessas comunidades marginalizadas”. Em resumo, para Citron *apud* Brescia (2020), a privacidade sexual não só promove autonomia e autodeterminação, mas também ajuda a combater a *subordinação*.

Não é diferente quanto à dimensão da privacidade *política* e a capacidade de autodeterminação cívica do indivíduo. A prática democrática demanda a proteção da intimidade do eleitor e garante que a formação de suas decisões sejam formadas em sua esfera única de consciência a partir de informações adequadas e sua manifestação de forma livre ainda que seus atos exteriores dela divirjam

¹⁸Trecho do voto da Relatora.

¹⁹No original *human agency*. Sobre o sentido filosófico do termo v. Sclosser, 2019 *In*: <https://plato.stanford.edu/entries/agency/>.

A *privacidade política*, portanto, é central à própria conformação democrática. Basta lembrar que uma das características do voto e sua garantia invulnerável é justamente o *segredo*.

E paradoxalmente, o segredo é tanto mais importante nas deliberações de caráter eleitoral quanto mais *universal* é o exercício do sufrágio. De fato, como observam Gosseries e Parr (2021), a discussão acerca do sigilo do voto é mais interessante do que aparenta. Segundo eles, John Stuart Mill e Jeremy Bentham divergem quanto à propriedade das deliberações em segredo. O processo eleitoral visa agregar as preferências individuais das pessoas em relação ao tipo de decisões que consideram em seu próprio interesse e não no interesse público (GOSSERIES; PARR 2021). Sob tal ponto de vista, “não há nenhum argumento forte o suficiente para garantir que meu concidadão esteja autorizado a saber quais são minhas preferências reais. Isso é especialmente significativo quando se trata de democracia direta” (GOSSERIES; PARR 2021). No entanto, em sistemas democráticos que envolvem representação, não se devem descartar “razões de peso para os representantes saberem que tipo de eleitores estão representando e, portanto, favorecerem as votações abertas”. Isso implica que, mesmo sob uma visão de democracia de “agregação de interesses privados” (GOSSERIES; PARR 2021), pode haver motivos para votação aberta. Este caso não tem nada a ver com a necessidade de outros eleitores saberem sobre as preferências reais de seus vizinhos. “Apenas seus representantes precisam saber sobre eles” (GOSSERIES; PARR 2021).

Sempre segundo Gosseries e Parr (2021), Mill²⁰ defende que o ato de votar implica uma responsabilidade *pública* inclusive e especialmente com os que não podem votar. Quem vota não deve pensar em seus próprios interesses, mas sim nos da comunidade. Já Bentham pondera que nenhuma das soluções é perfeita, mas, num balanceamento prático, o voto secreto protege a deliberação de pressões injustas e tem maior probabilidade de refletir a vontade geral.

Na verdade, a posição de Mill está fortemente condicionada pela visão do ato de votar como reservado a *poucos*. Ele escreve a partir do pressuposto do sufrágio restrito *censitário* ou *capacitário*. E tem razão quando observa que nesses casos, dada a normal proeminência social que distingue *quem* pode votar, não parece fazer sentido conferir a este voto proteção adicional. Mas o raciocínio não se sustenta com a *universalização do sufrágio*. Nesse caso, indubitavelmente as consequências do voto *em público* podem ser devastadoras

20V. Gosseries e Parr (2021), sobre Mill e Bentham item 2.1.1 *Mill's (1861) Case Against Secret Ballot*.

para o votante (retaliações sociais, econômicas, laborativas, etc.) e o segredo se torna basilar para o exercício do direito/dever.

Esta proteção obviamente não se restringe ao ato de votar e se estende à própria determinação cívica do indivíduo e sua inserção em grupos organizados ou não de natureza política em sentido amplo. Trata-se de aspecto nuclear do próprio regime democrático.

O que aqui se afirma foi sublinhado pela Min. Rosa Weber recentemente, em 15.09.2021. Trata-se da decisão na MC na ADI 6991²¹ que suspendeu os efeitos da MP 1068/21²², editada no contexto dos atos do dia 07.09.2021²³.

A exposição de motivos do referido ato normativo²⁴ assevera que a norma objetivava “alterar a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como *Marco Civil da Internet*, de maneira a explicitar direitos e garantias dos usuários de redes sociais, entre os quais a necessidade de os provedores indicarem justa causa e motivarem decisões relacionadas à moderação de conteúdo”²⁵.

O objetivo declarado era o de “assegurar a observância da Constituição e da legislação nacional, notadamente no tocante aos princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, garantindo que as relações entre usuários e provedores de redes sociais ocorram num contexto marcado pela segurança jurídica e pelo respeito aos direitos fundamentais”²⁶.

Na prática, a MP 1068/21 operava extensa alteração na disciplina regulamentar das redes sociais especialmente no que concerne aos procedimentos de moderação de conteúdo e suas consequências em relação aos usuários. A relatora, contudo, ao deferir a medida cautelar dentre outros argumentos, ressaltou que: “(i) as vedações inscritas no art. 68 da Constituição da República são extensíveis às medidas provisórias, (ii) toda norma conformadora de direitos fundamentais restringe o exercício de tais prerrogativas jurídicas e (iii) *nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o direito à cidadania está intimamente vinculado aos direitos individuais*” (grifo do autor). Vale a transcrição do trecho que trata especificamente do último fundamento:

21Íntegra disponível em [https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347792736 & ext = .pdf](https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347792736&ext=.pdf).

22Íntegra disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm.

23<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/o-que-foi-o-7-de-setembro-bolsonarista-cientistas-politicos-apontam-intencoes-do-ato-e-suas-consequencias.shtml>

24Íntegra disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Exm/Exm-MP-1068-21.pdf.

25Trecho da exposição de motivos.

26Trecho da exposição de motivos.

O direito à cidadania, como se sabe, não se restringe ao exercício do sufrágio e à disciplina das capacidades políticas ativa (*ius suffragii*) e passiva (*ius honorum*). Pelo contrário. A noção jurídica de cidadania encerra um universo conceitual muito mais amplo, estendendo-se, também, ao plano das liberdades individuais e de todas as dimensões da experiência humana próprias à realização de sua dignidade existencial. Sob essa perspectiva, a Constituição Federal acha-se permeada de institutos fundados no direito à cidadania, intimamente conectado, por exemplo, ao Estado Democrático de Direito, à própria noção conceitual de dignidade da pessoa humana, aos direitos e garantias fundamentais e ao dever estatal de propiciar o acesso dos cidadãos às condições materiais mínimas necessárias à subsistência. Sobreleva, nessa diretriz, que a jurisprudência desta Suprema Corte já firmou entendimento de que os direitos fundamentais, sobretudo os atinentes às liberdades públicas, são pressupostos para o exercício do direito à cidadania (ADPF 460/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 29.6.2020, DJe 13.8.2020). A cidadania somente pode ser exercida de forma livre, desinibida e responsável quando asseguradas determinadas posições jurídicas aos cidadãos em face do Estado. Evidencia-se, pois, que cidadania e direitos individuais são conceitos indissociáveis. Desse modo, na linha da jurisprudência desta Casa, o direito à cidadania tem evidente relação de conexidade com os direitos individuais, o que, torno a enfatizar, reforça a exclusão do espectro regulamentador das medidas provisórias de qualquer tema a eles relacionados. Significa dizer, portanto, que a Constituição Federal, ao vedar, expressamente, em seu art. 62, § 1º, a, a edição de medida provisória que verse sobre cidadania, umbilicalmente afastou do âmbito de normatividade das medidas provisórias disposições referentes a direitos fundamentais. Isso porque os direitos individuais objetivam, especialmente, a proteção dos cidadãos frente aos arbítrios do Estado. Possibilitar ao Presidente da República, Chefe do Poder Executivo, a restrição de direitos fundamentais por meio de instrumento unilateral – a medida provisória –, sem qualquer participação ativa de representantes do povo e da sociedade civil, revela-se incompatível com a contenção do abuso estatal.

1.4 Novo paradigma: as redes sociais

Em tempos de comunicação massificada e no mundo conectado, é preciso que se redesenhe o escopo dos direitos fundamentais relativos à autodeterminação cívica. É fato que sob este ângulo, não se pode ignorar a onipresença das redes sociais e sua lógica de funcionamento e, por outro, que há um direito fundamental *autônomo* relativo à proteção à privacidade no âmbito da proteção de dados.

Nesta quadra histórica, e este é o problema central, intimamente imbricado ao exercício da cidadania, o aspecto que se põe aqui em destaque é *especificamente o impacto da*

*comunicação pelas redes sociais*²⁷, sua lógica de atuação comercial, e seu papel fundamental na esfera político-eleitoral.

O desafio agora é *qualificado*. A conformação operacional das redes sociais tende a proporcionar novos desafios à proteção da privacidade política, pois (i) por um lado, a própria interação dos usuários com a demonstração de seus interesses em relação aos fatos da vida cotidiana fomenta a definição da perfilação política dos cidadãos e (ii) possibilita a prática insidiosa da propaganda de caráter político-eleitoral sem que haja a necessária transparência em relação a isto, pois os atos de propaganda frequentemente estão mimetizados às *timelines* dos usuários ou são realizados de forma automatizada camuflada. O ponto agora é proteger o exercício da cidadania e a *autonomia das escolhas do eleitor* diante das formas de atuação político-eleitoral possíveis no atual contexto.

Os riscos desta nova ordem, especialmente quanto à fragmentação política já haviam sido antevistos pelo menos desde a primeira década deste século por Sunstein e Pariser.

Como anotam Andrejevic e Volcic (2020), cuidam-se dos dois autores mais influentes quanto à percepção entre as relações das *notícias e interações online* e a fragmentação política. Ambos desenvolvem argumentos que têm um foco duplo: a gama de conteúdo a que os usuários são expostos e a consequente mudança nas *posturas cívicas* (ANDREJEVIC; VOLCIC, 2020). Provavelmente, além da qualidade dos trabalhos, a atenção agregada se deve também à criação das duas palavras-chave às quais seus trabalhos estão associados: *The Daily Me* (SUNSTEIN) e *Filter Bubble* (PARISER) se referem à adaptação automatizada de conteúdo para usuários específicos.

Sunstein (2001; 2009; 2018; 2021) sublinha o aspecto de um sistema no qual as informações chegam aos indivíduos sem *intermediários* tradicionais como jornais e meios de comunicação em massa e se restringem a opiniões e tópicos de sua própria escolha. Uma situação desse tipo, segundo ele, “provavelmente produzirá muito pior do que a mera fragmentação”.

Pariser (2011) usa Sunstein como um ponto de partida (ANDREJEVIC; VOLCIC, 2020) para sua própria exploração da filtragem online, chegando praticamente à mesma conclusão. Juntos, esses mecanismos criam um universo único de informações para cada um

²⁷O conceito de *redes sociais* não é unívoco. Para uma digressão a respeito, com a exploração de critérios definidores e classificações v. Treem; Dailey; Pierce e Biffl (2016). Para os efeitos deste trabalho, a expressão é utilizada em sua noção mais ampla na linha do que faz Balkin (2016) que abarca para além dos mais notórios exemplos de redes social *of speech*, como *Facebook*, *Twitter* e outras, aplicativos de mensageria, além dos de *streaming*, de transporte e de uma forma geral todos os que de alguma forma envolvem tratamento de dados e preferências pessoais. E apesar de não se fazer diretamente referência no trabalho, também não se exclui os potenciais problemas decorrentes do uso da chamada *internet das coisas*. Para uma visão a respeito v. Peppet (2014).

de nós que altera fundamentalmente a forma como encontramos ideias e informações. Ele observa a inevitabilidade da filtragem em um ambiente de informação cada vez mais saturado, ao mesmo tempo em que critica sua tendência à individualização e sublinha que “deixados por conta própria, os filtros de personalização servem como uma espécie de autopropaganda invisível, doutrinando-nos com nossas próprias ideias” (ANDREJEVIC; VOLCIC, 2020). As preocupações aqui têm a ver com um ambiente de informação em mudança, no qual a ampliação da informação disponível coincide com o aumento da *nichificação* da informação (ANDREJEVIC; VOLCIC, 2020).

Mas não só. Se Sunstein e Pariser refletiram sobre a retroalimentação informacional e os riscos de sua inflação na vitalidade democrática, algo ainda mais incisivo foi percebido com potencial para influir *diretamente* no processo eleitoral.

Em 2014, Zittrain escreveu artigo considerado hoje premonitório: “Engineering an Election: Digital Gerrymandering Poses a Threat to Democracy”. Nele reporta que o *Facebook*, em 2014, utilizou suas funcionalidades para prever se podia induzir as pessoas a votarem. Para tanto, dispôs “nos feeds de milhões de seus usuários um gráfico com um link para pesquisar o local mais próximo para votar, as fotos de perfil de até seis amigos do Facebook que indicaram que já haviam votado e um botão para o usuário final anunciar que havia votado”. Paralelamente, em relação a outros usuários a plataforma apenas apôs uma mensagem genérica encorajando a votação. O resultado apontou que aqueles que receberam o estímulo relativo à votação dos amigos tinham “0,39% mais probabilidade de votar do que os que receberam uma mensagem genérica de voto. Além disso, quando um usuário postava uma mensagem dizendo que havia votado, tendia a influenciar seus próprios amigos do Facebook, mesmo se estes últimos não tivessem recebido a mensagem especial”. A conclusão é que no universo pesquisado, “o experimento acrescentou diretamente 60.000 votos que de outra forma não teriam sido dados, e o efeito cascata pode ter acrescentado 280.000 adicionais, para um total de 340.000 votos”. Zittrain, então pergunta: “e se o Facebook decidisse usar seu poder para influenciar as eleições?” Note-se que o experimento incidiu sobre o aspecto de encorajamento ao exercício do voto, que por lá é facultativo. Mas nada impediria, no raciocínio de Zittrain, que a conduta fosse direcionada ao candidato A ou B. Nesse caso o *Facebook* como corporação poderia influir diretamente no resultado do pleito, especialmente em casos como a eleição presidencial americana de 2000 na Flórida, decidida por apenas 537 votos. Zittrain “chama essa prática de *gerrymandering digital* e argumenta que não deveria ser legal” (BALKIN, 2016).

2. DA NECESSIDADE DE REGULAÇÃO. A REGULAÇÃO ELEITORAL DAS REDES SOCIAIS NO DIREITO COMPARADO. EUA X UNIÃO EUROPEIA: DIFERENÇA DE PARADIGMA. MODELOS TEÓRICOS DA REGULAÇÃO. A DISTRIBUIÇÃO DAS RESPONSABILIDADES REGULATÓRIAS: REGULAÇÃO PELO ESTADO E AUTORREGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS

2.1 Da necessidade de regulação

A eclosão do caso *Cambridge Analytica* evidenciou provavelmente a face mais perniciosa e paradigmática desta nova ordem a ponto de ser considerado o ponto de inflexão quanto à necessidade de efetiva atenção regulatória por parte dos ordenamentos quanto ao tema. BRESCIA (2020), por exemplo, lembra que *Brad Smith*, executivo da *Microsoft* chamou o escândalo Cambridge Analytica de "o equivalente em termos de privacidade ao desastre de *Three Mile Island*²⁸, um momento de ajuste de contas quando a sociedade deve acordar para a realidade de que o termo privacidade digital pode ser um oxímoro"²⁹. E observa que mesmo após o caso Cambridge Analytica, pouca coisa mudou. “Embora a União Europeia e várias jurisdições dos EUA tenham tomado medidas para proteger a privacidade digital, a principal abordagem que muitos desses esforços adotam são os regimes de divulgação aprimorados, não necessariamente medidas de responsabilidade mais robustas”.

Mas no ponto em que estamos, diante dos problemas das redes sociais com *fake news* e polarização política, a resposta imediata tem sido apenas propor soluções econômicas, técnicas e educacionais. “Reagindo às preocupações dos EUA sobre as campanhas de desinformação russas, por exemplo, o executivo do Facebook Rob Goldman twittou: *Existem maneiras fáceis de combater isso. [...] Finlândia, Suécia e Holanda ensinaram alfabetização*

28Vide: https://en.wikipedia.org/wiki/Three_Mile_Island_accident.

29Brescia, aliás, dedica o título do seu artigo ao tema e assim resume a metáfora: *In the early spring of 1979, a reactor core at the nuclear power plant located on Three-Mile Island, just south of Harrisburg, PA, had a partial failure, resulting in the release of radioactive material into the surrounding atmosphere. While the community surrounding the reactor largely avoided the most severe potential health risks of that release, the nuclear industry in the United States suffered a severe backlash, and calls for reform were common. After the Three-Mile Island crisis, the cost of the manufacture of and the approval process for building a new nuclear reactor, which had already begun to rise, became far more expensive. Between the disaster and 2012, not a single nuclear reactor was approved for construction by the U.S. Nuclear Regulatory Commission. In the wake of the disaster, many in the public feared the risks of nuclear power, despite some of its environmental benefits, and regulators and elected officials responded to such fears, not only making it more difficult to construct new plants but also—appropriately—shoring up oversight of existing and operating plants. As a result of the public knowledge of and concern over the safety of nuclear power and governmental attention to oversight of the industry in response, the U.S. has not faced a similar nuclear disaster in the more than four decades since the Three-Mile Island incident.*

digital e pensamento crítico sobre desinformação com grande efeito” (ANDREJEVIC; VOLCIC, 2020).

Aliás, sabe-se que sob a epígrafe de *regulação* podem ser albergadas diversas diretrizes de padronização de comportamentos com dimensões e objetivos econômicos, jurídicos, políticos e sociais com noções mais ou menos amplas acerca do seu objeto e de seus instrumentos. Não é o caso de proceder a uma teorização acerca das formas e modelos de regulação, escolas de pensamento continental ou anglossaxônica, oposição entre *statute* e *regulation* e questões derivadas. Adota-se a noção mais ampla de *sistematização* de regras indutoras de condutas relativamente a determinada atividade humana que envolvem expedientes legais e regulamentares.

De todo modo, na linha de Brescia (2020), após os eventos ocorridos no caso *Cambridge Analytica* não é mais possível advogar a imunidade das redes sociais e seus mecanismos e modelos de mercado a algum tipo de regulação em maior ou menor medida no campo das suas interações com a participação democrática. O problema, como se nota inclusive dos fundamentos da decisão da Min. Rosa Weber na ADI 6991, antes mencionada, está na forma e na medida da intervenção regulatória.

Evidentemente, sobre esta afirmação paira sempre uma nuvem espessa de desconfianças legítimas, especialmente em relação à possível regulação *estatal* das redes e suas consequências negativas em relação à liberdade de expressão e engajamento político ou mesmo sua inutilidade.

As dificuldades são óbvias. Tome-se um exemplo extremo, mas eloquente, não diretamente relacionado com a participação política. Blackman (2020) descreve em instigante artigo a batalha judicial na qual atua na condição de advogado perante diversas instâncias da justiça americana cujo objeto é *a possibilidade de inserção no âmbito protetivo da 1ª emenda a criação e disseminação de informações (dados técnicos) na internet que poderiam ser usadas para imprimir em 3D peças de armas de fogo*. A descrição da controvérsia judicial é particularmente impactante e as conclusões do autor, que obviamente não se subscrevem, apontam para a “inutilidade e loucura na tentativa de censurar a internet”, pois *[t]he genie cannot be put back in the bottle* (BLACKMAN, 2020). Menos mal que, até o ponto narrado pelo próprio autor, sua batalha perante as cortes e aos órgãos propriamente regulatórios em matéria de armamentos nos EUA não havia sido bem sucedida.

Mas isto dá a ideia da complexidade do tema. Envolve desde aspectos mais evidentes, como a própria regulação da questão de ter e portar armas, amplamente debatida

nos EUA em razão do que dispõe a 2ª Emenda³⁰, mas, também, aspectos relativos à *soberania* de outros Estados, uma vez que a disponibilização dos *dados técnicos* na internet os tornará disponíveis também em outros países, cuja regulamentação é bem mais restritiva que nos EUA. São, *mutatis mutandi* questões equivalentes às enfrentadas no âmbito da participação política.

2.2 A regulação eleitoral das redes sociais no direito comparado. EUA X União Européia: diferença de paradigma.

No direito comparado a literatura já é abundante mas, em termos gerais, as preocupações convergem no mérito e divergem na abordagem, obviamente a depender dos condicionamentos políticos específicos e do modelo regulatório adotado. Estes, aliás, ainda estão em construção. Segundo Witzleb, Peterson e Richardson (2020) neste momento de transição, em termos gerais são os países europeus que defendem mais ativamente a atividade regulatória, ao contrário dos EUA, Canadá ou Austrália que permanecem numa postura mais passiva. Para eles, os países europeus conseguiram caminhar mais no tema porque “puderam se basear em sua vasta jurisprudência sobre direitos humanos. Além dos direitos democráticos, os valores de direitos humanos mais relevantes no contexto dos big data e do processo político são o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade”. Em virtude disso, os sistemas europeus estão acostumados a lidar com áreas de fricção, “empregando o princípio da proporcionalidade para equilibrar os direitos humanos concorrentes”. Diferentemente sucede no sistema americano, prosseguem, onde priorizou-se a “liberdade de expressão a ponto de se tolerar o discurso de ódio”. Esta diferença seminal de abordagem justifica metodologicamente que sejam relevados alguns pontos centrais que apartam os dois sistemas.

Nos EUA, apesar das observações quanto à predominante ausência de marcos regulatórios, os conflitos a respeito são bastante evidentes, como demonstram as controvérsias advindas das eleições presidenciais de 2016 e 2020 e dos acontecimentos relacionados ao dia 06.01.2021 e seus desdobramentos³¹. O ambiente para que sejam adotadas diretivas gerais na

30v. <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-2/#:~:text=A%20well%20regulated%20Militia%2C%20being,Arms%2C%20shall%20not%20be%20infringed.>

31Para uma visão geral, conferir: <https://january6th.house.gov/>.

matéria são intensamente condicionadas pela posição privilegiadas das *Big tech's* sediadas naquele país³²³³ e os desafios a serem superados por lá são enormes e também diversos.

Krotoszynski (2020) alinha nesse sentido duas observações.

Em primeiro lugar, obviamente, há o aspecto central relacionado com o *conteúdo e extensão da 1ª emenda no entendimento da Suprema Corte*. Em relação a isto, o avanço da regulação é visto, em geral, com ceticismo. A uma, porque a manipulação dos dados dos eleitores é de interesse dos próprios partidos e seria a princípio incorreto supor que estes atores centrais pudessem se comportar de forma *altruística* sem algum *estímulo* externo, especialmente se considerado que a atividade interessa enormemente às máquinas partidárias pelo controle dos eleitores de cada um dos partidos na disputa entre os seus próprios grupos prevalentes³⁴. E, a duas, “porque ao menos desde *Sorrell et al v IMS Health Inc*³⁵ a Suprema Corte entendeu que as restrições à liberdade de expressão baseadas no seu conteúdo ou no emissor (*content* ou *speaker based*)”, quanto à análise e uso de dados dos eleitores, “se não forem legalmente impossíveis, são extremamente problemáticas”. “Essa censura governamental ativa do discurso político criaria suas próprias patologias - e as cortes federais provavelmente não permitiriam que tal experimento acontecesse em qualquer caso. Por outro lado, no entanto, as regras de transparência e divulgação permaneceriam em um terreno constitucional muito mais firme”. (KROTOSZYNSKI, 2020)

Por outro lado, em relação aos *dados* e sua inserção no conceito de *speech*, Krotoszynski (2020) pondera que, como a Suprema Corte decidiu em *Citizens United*, “a Primeira Emenda protege a fala e o orador, e as ideias que fluem de cada um”. A Suprema Corte também considerou que os dados compõem o conceito de *speech*. “Aplicou este princípio e invalidou uma lei de Vermont que limitava a venda de dados de prescrição de médicos para fins de marketing”³⁶. De acordo com esses precedentes, “a capacidade do governo de regular o uso de dados para influenciar as eleições parece ser bastante limitada - e

32Já em cheque fora daquele país especialmente depois da decisão sobre o *Safe Harbour* <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf>.

33V. caso *TikTok*: <https://www.nytimes.com/2019/11/03/technology/tiktok-facebook-youtube.html>.

34Lembrando que no âmbito partidário a competição é feroz nas eleições *primárias*.

35<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-779.pdf>.

36Sobre o ponto, Balkin (2016) observa que: *One might argue that data, when collected, collated, used, and sold in bulk, is not speech at all. Rather, it is a commodity, like widgets or soybeans. Vermont made this argument in Sorrell; although the Court did not decide the question, Justice Kennedy's majority opinion seemed skeptical. Yet it is not clear that the format in which information is delivered is the crucial distinction. If a journalist or scientist published data in the course of a report to the public, it should be protected speech. Instead of focusing on the form of information as digital data, we may need to focus instead on its social characterization or social function.*

todas essas reformas teriam que sobreviver ao escrutínio judicial estrito (que, na maioria das vezes, se mostra fatal para as leis e regulamentos submetidos a ele)”. Por exemplo, uma proibição total de coleta ou uso de tais dados para fins políticos seria *content based* e possivelmente *speaker based*, e o estado deveria demonstrar um interesse público convincente e *narrow the tailoring* para evitar a invalidação da lei nas cortes federais.

Quanto ao segundo aspecto, com a decisão da Suprema Corte em *Rucho v Common Causes* em 2019³⁷³⁸, restou fixado por maioria mínima que independentemente do quão extremos, os *gerrymanders* partidários são *political questions* não sindicáveis pela autoridade judiciária no mérito pois no *districting* “não há nenhum *standard* objetivo de *justiça* partidária que os juízes possam identificar e fazer cumprir” (KROTOSZYNSKI, 2020). Ao contrário, a definição dos critérios de divisão dos distritos é uma questão política e não jurídica. O problema é que, se é verdade que as consequências da utilização dos *Big Data* influenciam (ou condicionam) as eleições *presidenciais*, cuja base na prática lá é *estadual*, com muito mais razão as mesmas técnicas valem para as eleições congressuais e estaduais, cuja base é distrital. E quanto maior e mais sofisticada a manipulação dos metadados acerca de determinadas populações, mais “eficiente” será o *districting* operado por determinado partido que detenha a maioria circunstancial do legislativo “sem que seja possível, segundo a decisão em **Rucho**, que haja controle judicial”. Isso obviamente eleva exponencialmente a possibilidade de fossilização da representação num ambiente, na prática, bipartidário.

Como possível resposta a este fenômeno, decorrente logicamente da combinação entre o sistema distrital puro lá adotado e os avanços na previsão do comportamento eleitoral de dada comunidade baseados nos *Big Data*, Krotoszynski (2020) sugere, como reforma estrutural plausível, a adoção do sistema proporcional, na exata contramão do que tradicionalmente se prega entre nós. Seus argumentos a respeito são dignos de nota:

Talvez o uso de distritos seja em si problemático na era da internet e da análise de metadados. Se não estivermos confiantes sobre a capacidade do governo de regular o uso de metadados para distorcer as eleições, uma possível resposta regulatória seria alterar o processo eleitoral para reduzir a capacidade daqueles que possuem ou controlam tais dados de transformá-los em armas. Eleições gerais, com vários lugares, nas quais todos os eleitores podem votar em cada lugar, podem ser menos suscetíveis à manipulação. Eleições distritais e anteriores após as eleições, juntamente com distritos desordenados, criam incentivos poderosos para não votar. Isso, por sua vez, exacerba os efeitos negativos do uso de Big Data para desenhar distritos. Se cada eleitor pudesse potencialmente garantir representação, os eleitores que

37V. https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-422_9o11.pdf.

38Para uma visão mais aprofundada de *Rucho*, v. Kallis, 2021.

apóiam o candidato do partido minoritário - ou mesmo um candidato de um terceiro partido - ainda teriam um bom motivo para votar. Os sistemas de representação proporcional, com eleições de vários lugares, que permitem ao eleitor atribuir mais de um voto a um candidato, como é o caso da maioria das eleições corporativas, garantirão que as minorias (de qualquer tipo) sejam capazes de eleger os candidatos de sua escolha, mesmo que estejam longe de constituir uma maioria política dentro de um estado. (...) Alternativamente, o uso de sistemas de representação proporcional, em vez de distritos, poderia reduzir substancialmente o potencial de uso de Big Data e micro-direcionamento para induzir os eleitores a apoiar ou se opor a determinados candidatos a cargos públicos. A questão é relativamente simples: o desenho do processo eleitoral nos Estados Unidos atualmente exacerba, em vez de reduzir, o risco de manipulação do eleitor. As reformas estruturais do próprio processo eleitoral seriam constitucionais - tais reformas não implicariam de forma alguma a Primeira Emenda - e poderiam ser muito eficazes para fazer com que todos os votos contassem. Essas reformas também teriam o efeito salutar de reduzir os incentivos para se envolver em chicanas baseadas em Big Data para obter o último voto marginal necessário para garantir a maioria dentro de um distrito único. (tradução do autor)

Por fim, em tom crítico, observa que os esforços no âmbito da União Europeia, demonstram claramente que é possível ao governo regular efetivamente a coleta, armazenamento e transferência de dados pessoais sem realmente deles assumir o controle. Mas nos EUA, “mesmo regulamentos governamentais cuidadosamente elaborados sobre armazenamento e transferência de dados estariam sujeitos a um formidável ataque constitucional com base na Primeira Emenda, porque a coleta, análise e manipulação de dados constituem **speech**. Na Europa, ao contrário, o avanço dos valores de privacidade tem precedência rotineira sobre a liberdade de expressão” (KROTOSZYNSKI, 2020).

De fato, no âmbito europeu notam-se significativos avanços normativos relativos ao tratamento e processamento de dados pessoais com finalidade eleitoral. A principal fonte para a regulamentação de dados pessoais no contexto das atividades eleitorais na Europa é o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR³⁹), que sucedeu à Diretiva de Proteção de Dados em maio de 2018 e que inclui disposições relacionadas ao processamento por partidos políticos de dados pessoais que revelam opiniões políticas *apesar de não haver título específico em relação ao tema*.

Em termos gerais podem-se destacar dois vetores que informam o sistema europeu: consentimento e transparência. Em resumo, o GDPR admite o tratamento de dados sempre com base no consentimento explícito ou especial, a depender da categoria, do titular dos dados. Essa a pedra angular do sistema, pois o processamento de dados pessoais é “muito

39V. https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_pt. Todas as referências aos artigos citados podem ser conferidas no link.

problemático, especialmente quando aqueles que podem ser objeto de análise para prever preferências de voto são coletados em plataformas de mídia social ostensivamente com o consentimento do titular” (McDONAGH, 2020). Isto obviamente é válido também para outros dados potencialmente relevantes à atividade político-eleitoral.

Na ausência do consentimento, o art. 6º do GDPR permite, com temperamentos, o processamento de tais dados com base no interesse público (art. 6º, 1, *e*) ou nos interesses legítimos do *controlador* de dados (art. 6º, 1 *f*), enquanto o seu art. 9º contém exceções que podem permitir o tratamento de categorias especiais de dados para fins eleitorais, em particular nos termos do art. 9º, 2, *d*, para o tratamento no curso de atividades legítimas por um órgão com um objetivo político e sob o art. 9º, 2, *g*, o processamento necessário por razões de interesse público substancial. Neste caso, a margem para o processamento de dados pessoais para fins eleitorais é claramente muito maior no caso de partidos políticos e candidatos do que no caso de plataformas de mídia social, corretores de dados e empresas de análise de dados, mas isso não significa que estas últimas não possam se envolver no processamento legal de dados pessoais para tais fins (McDONAGH, 2020).

A aplicação dos direitos conferidos aos titulares dos dados pelo Capítulo 2 do GDPR está sujeita a um conjunto de limitações que podem ter impacto no tratamento de dados pessoais para fins eleitorais. Os requisitos de transparência, que são impostos pelo art. 14 quando os dados pessoais são obtidos de uma fonte diferente do titular dos dados, estão sujeitos a uma série de exceções. Em particular, a chamada exceção de *esforço desproporcional* (*disproportionate effort exception*)⁴⁰ pode ser aplicada ao tratamento de dados pessoais para fins eleitorais (McDONAGH, 2020).

Além disso, os Estados-Membros podem criar exceções ao art. 14. De forma mais geral, as consequências práticas das obrigações de transparência previstas no art. 14 são problemáticas no contexto da utilização de dados pessoais para efeitos de definição de perfis dos eleitores, uma vez que opera “através da criação de dados derivados ou inferidos sobre indivíduos - novos dados pessoais que não foram fornecidos diretamente pelos próprios titulares” (McDONAGH, 2020).

O direito geral de oposição previsto na letra *o* n.º 1 do artigo 21 deve ser aplicável ao tratamento de dados pessoais no âmbito de atividades eleitorais, “podendo ser anulado pelos interesses legítimos imperiosos do processador” (McDONAGH, 2020). Incluem-se neste

⁴⁰Para uma leitura crítica a respeito da exceção, conferir: <https://www.grcworldforums.com/gdpr/rethinking-disproportionate-effort-exemption-under-gdpr-for-web-scraping/344.article#:~:text=In%20disproportionate%20effort%2C%20informing%20each.degree%20of%20impact%20on%20individual.>

contexto o interesse na liberdade de expressão política, “permitindo, assim, a anulação do direito de objeção do titular dos dados”.

Já quanto ao direito de oposição ao marketing direto contido no art. 21 (2) no contexto do tratamento de dados pessoais para fins eleitorais, sua utilidade é *questionável, dada a falta de uma definição de marketing direto no GDPR* (McDONAGH, 2020). Assim, “não está claro se a definição de marketing direto no projeto de regulamento inclui técnicas de campanha política on-line comumente utilizadas, como publicidade na web, por meio de plataformas de mídia social ou em websites, ou publicidade comportamental”.

Nos termos do art. 22, "o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar". Há incerteza, contudo, quanto à possibilidade de definição de perfis para fins eleitorais, mas os Estados-Membros podem introduzir uma exceção legislativa a respeito (McDONAGH, 2020).

2.3 Modelos teóricos de regulação

Em maior ou menor medida, portanto, a literatura internacional e os sistemas jurídicos anotam a necessidade de alguma regulação estatal da atuação das redes sociais no âmbito eleitoral. O problema seguinte desloca-se para outro ponto. É preciso que se estabeleça um modelo teórico que informe a medida e a natureza desta regulação.

Em termos gerais, esta é uma resposta que também não pode ser fornecida em termos abstratos ou com o mero transplante de formas do direito comparado mas deve ser pensada na prática e a partir dos condicionantes sociais e normativos de um dado sistema.

Nas linhas seguintes será analisado o modelo proposto por Balkin em diversos artigos e as principais objeções a ele opostas, especialmente por Khan e Pozen (2019). esta opção metodológica se deve ao fato de que a concepção de Balkin, além de seu prestígio no meio acadêmico, parece ser uma via do meio entre aqueles que tendem para um modelo de regulação mais *privatístico* e, portanto, relegam às plataformas e ao mercado o grosso da tarefa, e os que entendem ser o caso de uma mais sólida regulação de natureza pública.

2.3.1 O modelo *fiduciário* (BALKIN)

De um modo geral, a concepção teórica acerca do perfil regulatório a ser destinado às plataformas mais influente, ao menos no direito estadunidense, se encontra na obra de Balkin⁴¹⁴² e conta com a adesão de diversos autores de expressão, como Zittrain. Balkin, adotando o termo de Laundon⁴³ (KHAN, POZEN, 2019) entende que as plataformas devem ser reguladas de acordo com um modelo *fiduciário*.

Ele inicialmente observa que as pessoas comuns são altamente *dependentes* e *vulneráveis* à operação das empresas do mundo digital, especialmente quanto à acumulação, análise e venda de seus dados. Para neutralizar esta debilidade do destinatário dos *serviços* das empresas, ele propõe a utilização de regras gerais do chamado *direito fiduciário*. Às empresas devem ser impostas obrigações de tutela e cautela em relação aos dados obtidos mais ou menos como ocorre nas relações profissionais entre cidadãos e profissionais liberais de modo a *garantir que essas empresas não traíam a confiança que as pessoas depositam nelas*,

41Consoante o resumo de Khan e Pozen, *Balkin first promoted the idea in a 2014 blog post. Jack M. Balkin, Information Fiduciaries in the Digital Age, Balkinization* (Mar. 5, 2014, 4:50 PM), <https://balkin.blogspot.com/2014/03/information-fiduciaries-in-digital-age.html> [<https://perma.cc/L277-CZLG>] [hereinafter Balkin, Digital Age]. He most fully elaborated his views in Jack M. Balkin, *Lecture, Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 U.C. DAVIS L. REV. 1183 (2016) [hereinafter Balkin, Information Fiduciaries]. Additional discussions include Jack M. Balkin, *Essay, Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, 51 U.C. DAVIS L. REV. 1149, 1160–63 (2018) [hereinafter Balkin, Algorithmic Society]; Jack M. Balkin, *Essay, Free Speech Is a Triangle*, 118 COLUM. L. REV. 2011, 2047–54 (2018) [hereinafter Balkin, Triangle]; Jack M. Balkin & Jonathan Zittrain, *A Grand Bargain to Make Tech Companies Trustworthy*, THE ATLANTIC (Oct. 3, 2016), <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/10/informationfiduciary/502346> [<https://perma.cc/3PL4-3SQT>]; and Jack M. Balkin, *Fixing Social Media's Grand Bargain 11–15* (Hoover Working Grp. on Nat'l Sec., Tech. & Law, Aegis Series Paper No. 1814, 2018), https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/balkin_webreadypdf.pdf [<https://perma.cc/774R-AD7D>] [hereinafter Balkin, Fixing Social Media]. Professor Jonathan Zittrain has also been an important theorist and advocate of the information-fiduciary concept. See, e.g., Balkin & Zittrain, *supra*; Jonathan Zittrain, *Facebook Could Decide an Election Without Anyone Ever Finding Out*, NEW REPUBLIC (June 1, 2014), <https://newrepublic.com/article/117878/information-fiduciarysolution-facebook-digital-gerrymandering> [<https://perma.cc/K2EE-8YJ5>]; Jonathan Zittrain, *How to Exercise the Power You Didn't Ask For*, HARV. BUS. REV. (Sept. 19, 2018), <https://hbr.org/2018/09/how-to-exercise-the-power-you-didnt-ask-for> [<https://perma.cc/W233-C7Q6>] [hereinafter Zittrain, How to Exercise]; Jonathan Zittrain, *Opinion, Mark Zuckerberg Can Still Fix This Mess*, N.Y. TIMES (Apr. 7, 2018), <https://nyti.ms/2EsJ0La> [<https://perma.cc/LMA7-EVKE>].

42Khan e Pozen descrevem a influência contemporânea das ideias de Balkin da seguinte forma: *Dozens of legal scholars have endorsed Balkin's proposal or discussed it approvingly. Journalists have covered it with undisguised enthusiasm; a recent Bloomberg subheadline reads: "America needs data rules that won't crush the tech industry. One law professor may have figured out a solution." Lawmakers from both parties have expressed interest. Last December, a group of fifteen Democratic senators took the next step and introduced legislation that would require online service providers to act as fiduciaries for their users, drawing directly from Balkin's proposal. Facebook CEO Mark Zuckerberg has now signaled his support as well. Balkin is the legal academy's preeminent diagnostician of how theories can move over time from the margins to the mainstream, from "off-the-wall" to "on-the-wall." He is also an ingenious idea entrepreneur whose own theory of information fiduciaries is rapidly making this very transition.*

43Laundon, Kenneth C. *Markets and Privacy*, ICIS 1993 PROC. 65, 70–71 (proposing a "National Information Market," *id.* at 70, within which "information fiduciaries would naturally arise" and "would accept deposits of information from depositors and seek to maximize the return on sales of that information in national markets or elsewhere in return for a fee," *id.* at 71). (KHAN; POZEN, 2020)

embora admita que as funções seriam "mais limitadas" no contexto digital. (KHAN; POZEN, 2019).

Em seu texto mais acabado a respeito Balkin (2016) resume os principais aspectos de sua concepção. Sua preocupação central é a de propiciar uma solução teórica aceitável à regulação das plataformas escapando da amplitude das amarras da 1ª emenda nos termos em que compreendidos pela Suprema Corte e já tratados *en passant* linhas acima e residualmente os limites da intervenção e a 4ª emenda⁴⁴. Assim, ele distingue a atividade dos serviços online em (1) coleta, (2) análise, (3) uso, (4) divulgação e (5) venda de informações (BALKIN, 2016). “A Primeira Emenda protege algumas dessas atividades diferentemente de outras. Em particular, as regras sobre privacidade podem enfrentar menos problemas em relação à Primeira Emenda quando o foco está na coleta e uso de dados, em vez de na análise, divulgação e venda dos dados que, de outra forma, estão legalmente já na posse de alguém” (BALKIN, 2016).

Pretende oferecer também soluções para a questão da relação assimétrica e de dependência entre usuários e plataformas. Segundo ele, os serviços online exigem dos usuários a prestação de informações pessoais muitas vezes de caráter confidencial e que podem ser utilizados contra os interesses dos próprios usuários. As empresas detêm capacidade de “vigilância e controle” mas o inverso não é verdadeiro. As obrigações fiduciárias equivalentes àquelas que informam as profissões liberais mais variadas serviriam, nesse contexto, para balancear a relação impedindo que as empresas traíam os interesses de seus clientes. Desta forma, a regulamentação induziria as empresas a corrigir falhas de mercado, e a atuar sempre nos melhores interesses de seus usuários.

A questão não se resume à assimetria informacional mas reside na própria arquitetura das plataformas, desenhadas para monopolizar a nossa atenção, coletar o máximo de dados possíveis e, desta forma, possibilitar o uso de interfaces que vulneram a nossa privacidade. “Assim, além da assimetria de informações e da falta de transparência, existe a assimetria de poder que ocorre porque uma parte controla o design dos aplicativos e a outra deve operar dentro desse design. Sempre existe o perigo de manipulação depois que os dados são coletados” (BALKIN, 2016).

Mas, prossegue, “também há manipulação antes do fato, no design de interfaces e serviços para incentivar o compartilhamento de dados e ocultar as consequências de nossas escolhas e ações”. Apesar disso, as empresas continuam se apresentando como *confiáveis* e

⁴⁴*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*

asseveram que os dados com elas compartilhados estão seguros e asseveram que a privacidade do usuário será respeitada. Por outro lado, a dependência destas empresas nas mais diversas áreas da existência humana (“mecanismos de pesquisa, empresas de plataforma como Uber, Airbnb e Instacart, aplicativos de saúde e fitness como Fitbit, jogos como Pokémon GO e Fortnite, aplicativos de videoconferência como Zoom, serviços de streaming como Hulu, Disney + e Netflix”) força os usuários a uma convivência cada vez mais corriqueira com os riscos inerentes de “modo a nem perceberem o quanto são dependentes delas”. E conclui:

A pandemia COVID-19 acelerou as tendências existentes nas quais vivemos grande parte de nossas vidas online, com muitas experiências e relacionamentos mediados por empresas digitais que coletam informações sobre nós como consequência do uso de seus serviços. Essas dependências só aumentarão com o tempo. Assistentes pessoais digitais como Alexa e Siri (em breve serão seguidos por robôs pessoais) estão em nossas casas e escritórios esperando nossos comandos, em troca de cada vez mais dados sobre nossos desejos e hábitos, até mesmo a inflexão emocional de nossas vozes. A rapidez com a crescente internet das coisas promete fazer com que quase todos os aparelhos com os quais interagimos seja um dispositivo de coleta de dados melhor para nos servir - e nos monitorar.

E, em resumo, o proposto modelo *fiduciário* tem como eixo central a imposição da obrigação às companhias de colocar “os interesses de seus clientes acima dos seus próprios”⁴⁵. Esta solução seria adequada pois “protege os consumidores e corrige uma falha evidente do mercado sem a necessidade de intervenção governamental severa” (ZITTRAIN, *apud* KHAN; POZEN, 2019).

2.3.2 Objeções ao modelo de BALKIN

A oposição ao modelo proposto por Balkin se faz sentir especialmente entre os que defendem uma intervenção/regulação mais firme por parte das instâncias do Estado em relação às companhias. Khan e Pozen (2019) argumentam que as ideias de Balkin, apesar de sua importância quanto à discussão do tema revelam certa “ingenuidade” e entendem incabível qualquer aproximação conceitual entre as atividades de profissionais liberais e plataformas online para descaracterizar qualquer relação de natureza *fiduciária*.

Tomando como exemplo o *Facebook*, observam que se trata antes de tudo de um “empreendimento de publicidade digital”. Nada cobra pelo acesso dos usuários e arrecada o grosso de sua receita através da “venda de canais de publicidade direcionados a terceiros”. O

⁴⁵Para uma explicação simplificada sobre esse ponto v. Balkin e Zittrain (2016) disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/10/information-fiduciary/502346/>.

modelo de negócio, portanto, aponta para um incentivo à maximização da quantidade de tempo que os usuários passam no site para coletar e monetizar o máximo de dados do usuário possível. “O comportamento viciante é bom para os negócios. Conteúdos apelativos e de ódio são bons para os negócios, assim como a deterioração da privacidade e confidencialidade”. Alterações que desnaturem essas características “podem ser boas para os interesses dos usuários mas não aos da companhia e de seus acionistas”. Por outro lado:

Médicos, advogados, contadores e semelhantes não experimentam tais tensões agudas dentro de seus conjuntos de obrigações fiduciárias. Elas podem surgir, tanto porque esses fiduciários podem lucrar com a venda aos beneficiários de tantos produtos e serviços quanto possível (seja qual forem as verdadeiras necessidades dos beneficiários) e porque pode haver desalinhamentos entre os beneficiários, como no caso de um agente financeiro agindo em nome de múltiplos investidores ou um sócio de escritório de advocacia com deveres fiduciários para com seus sócios e seus clientes. (...) Os fiduciários tradicionais também estão imbuídos de relacionamentos mais densos de cuidado. Médicos, advogados e contadores têm um número limitado de pacientes ou clientes em cujo nome eles realizam tarefas especializadas e exercem julgamento, em todos os casos guiados pelas preferências e circunstâncias individuais do beneficiário, bem como por normas compartilhadas por uma comunidade. No contexto de tais relacionamentos, a lei geralmente é capaz de administrar o problema de lealdades divididas, exigindo que os fiduciários minimizem conflitos pessoais e óbvios; fornecer divulgação informada quando os conflitos forem inevitáveis; e, acima de tudo, para priorizar os interesses dos clientes e pacientes sobre os do próprio fiduciário e de qualquer outro beneficiário. (tradução do autor)

E observam com certa dose de ironia:

Para avaliar o quão estranho é pensar que uma publicidade comportamental poderia ser uma empresa fiduciária de seus usuários, imagine visitar uma médica - vamos chamá-la de Marta Zuckerberg - cuja principal fonte de receita é permitir que terceiros comercializem bens e serviços para você. Em vez de solicitar o pagamento em dinheiro pelos serviços prestados, a Dra. Zuckerberg inunda você (e seus dois bilhões de outros pacientes) com anúncios de todos os tipos de pílulas e procedimentos a partir do momento em que você põe os pés em seu escritório, e ela é paga cada vez que você tenta aprender mais sobre um desses anúncios ou até mesmo olha em sua direção. Na verdade, esta é a única maneira de ela ser paga - como seus financiadores tendem a lembrá-la. Os próprios anúncios, além disso, são perfeitamente adaptados ao seu perfil econômico, demográfico e psicológico e a quaisquer fragilidades de consumo que você exibir. Eles são continuamente atualizados à luz das informações que a Dra. Zuckerberg coleta sobre você; para ter certeza de que ela não perderá nada, ela plantou dispositivos de vigilância em toda a sua vizinhança, bem como em seu escritório. Podem esta sociologia institucional e estrutura de incentivos ser conciliadas com um compromisso de priorizar sua saúde? Em outras palavras, o modelo de negócios é importante. Determina o grau para o qual

uma empresa comercial é motivada a promover os melhores interesses de seus clientes, ou exatamente o oposto. (tradução do autor)

Khan e Pozen (2019) concluem que as intervenções regulatórias devem estar, como o foram em outros contextos de dominância no passado, focadas em disciplinar diretamente esse poder por meio de uma combinação de ferramentas legais, incluindo a “não discriminação, alteração de modelo de negócio, limites negociais, requisitos de interoperabilidade, reformas de governança corporativa dentre outras”. Salientam também que a concentração de mercados e de poder de *desenhar* os próprios negócios são desafios para as regras antitruste sublinhando a decisão do *Bundeskartellamt* sobre o *Facebook* e o *Google*⁴⁶⁴⁷.

2.3.3 O modelo de regulação pública. A metáfora da poluição

É importante lembrar que a discussão apresentada diz respeito às ideias regulatórias de parte a parte em seus aspectos gerais. Tanto Balkin quanto Khan e Pozen buscaram refletir sobre as necessidades regulatórias possíveis para o universo das redes sociais sem particularizar a questão da participação política, ainda que a tenham tratado de maneira lateral. Aliás, Khan e Pozen (2019) declaram que o ensaio citado é de natureza crítica e meramente opinativa em relação ao pensamento de Balkin e nem chegam a esboçar um modelo regulatório senão na última seção e de forma bastante resumida.

De toda forma, as exposições já são úteis para sugerir uma conclusão parcial ao presente trabalho. Nos específicos domínios da *participação política*, especialmente quanto à

⁴⁶The German competition authority recently provided an example of such an approach when it ruled that “Facebook will no longer be allowed to force its users to agree to the practically unrestricted collection and assigning of non-Facebook data [culled from third party sources] to their Facebook user accounts.” The upshot, the *Bundeskartellamt*’s president said, will be a “divestiture” of data or, in other words, less power for Facebook and less pollution for everyone. Sobre o tema, v. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

⁴⁷As críticas de Khan e Pozen motivaram uma resposta de Balkin (2020). Na parte mais contundente da resposta, Balkin afirma em que termos compreende a justificativa para a intervenção regulatória no modelo que propõe sem descuidar de outras medidas adicionais no campo do antitruste, inclusive. Seus argumentos centram-se na *Section 230 of the Telecommunications Act of 1996* que dá às empresas que fornecem serviços de informática interativos imunidade legal a muitas ações judiciais com base no conteúdo que outros usuários fornecem. Trata-se da regra básica que trata as companhias como veículos e não como *publishers*. Segundo Balkin: “Congress can require that if digital companies want the Section 230 immunity, they must agree to be regulated as information fiduciaries. (The condition could be limited to companies of a certain size or with a certain number of end users.) This immunity is important not only for social media and search-engine companies but also for all digital companies that allow end users and third parties to communicate, advertise, buy, and sell on their platforms. It is important to internet-of-things and robotics companies as well. All of these companies would have strong incentives to become information fiduciaries. And if companies refuse the deal, they still remain fully protected by the First Amendment.”

tradição brasileira (que será vista adiante), o tratamento das companhias nos termos propostos por Balkin é insuficiente.

Se é verdade que o sistema fiduciário gera um conjunto de incentivos para que as empresas *se comportem bem*, também é verdade que sua adoção, sem uma gama de medidas de intervenção direta, gera, no mínimo, o risco de defraudação do sistema eleitoral. E aqui cabe lembrar uma questão central: *o tempo*. O sistema fiduciário de Balkin parece apontar para a construção de balizas sólidas de responsabilidades das empresas. Mas tais responsabilidades, como é óbvio, são acertadas *ex post facto*. E isso é absolutamente insuficiente no campo político e especialmente no eleitoral. Um sistema de regulação eleitoral que seja minimamente consistente deve conter regras de contenção e prevenção dos danos causados pela utilização excessiva ou desviada das redes sociais impedindo *pari passu* as condutas danosas durante o desenvolvimento do processo eleitoral.

De fato, como objetam Khan e Pozen (2019), mais útil seria tratar o tema através da metáfora da *poluição* cunhada por Ben-Shahar (2018). Eles observam que esta analogia permite ir além do paradigma da “privacidade ao abordar os danos sociais dessas práticas - não apenas as preocupações que podem levantar para qualquer indivíduo sujeito à vigilância, mas também as externalidades negativas que podem causar para terceiros/partes e para os interesses públicos em geral”. Uma abordagem dessa natureza ajuda a obviar o fato de que as “soluções de direito privado são inadequadas para a natureza da ameaça”. Assim:

[a] analogia com a poluição aponta para além de estruturas individualistas e centradas no consumidor e em direção a um conjunto diferente de técnicas para reduzir os danos relacionados à vigilância a saber: proibições *ex ante* sobre quais tipos de dados podem ser coletados e em que extensão; impostos pigouvianos sobre a coleta e retenção de dados que forçam as empresas a internalizar seus custos sociais; e regras de responsabilidade *ex post* para “derramamentos” de dados e outros desastres de dados que facilitam a dissuasão e compensação. Não tomamos nenhuma posição aqui quanto ao desenho ideal ou equilíbrio entre essas técnicas. No entanto, endossamos o insight implícito de que os danos da vigilância digital devem ser enfrentados com proibições claras e desincentivos econômicos, em vez de padrões moralmente carregados. (tradução do autor)

2.4 A distribuição das responsabilidades regulatórias: regulação pelo Estado e autorregulação das plataformas.

Contudo, afirmar-se que é necessária uma intervenção estatal mais vertical não significa que o desenho regulatório deva recorrer a regras somente estatais (legislativas ou de

caráter regulamentar) pois, ao menos nos sistemas de matriz democrática, também não será possível confinar toda a atividade regulatória a uma única estrutura estatal ou de mercado; antes será a *interação* destas estruturas que oferecerá a *resultante regulatória possível* a uma dada realidade.

Assim, além dos expedientes de regulação estatal direta ou de pura autorregulação, devem-se alinhar mecanismos híbridos e não excludentes de metarregulação e correção, com o estabelecimento legal e participativo de diretrizes gerais e objetivos a serem alcançados pelas políticas da plataforma desenhadas para as especificidades locais e em consonância com os direitos fundamentais, sob a fiscalização de um órgão independente

Nesse sentido, para além de determinar a *anatomia* da regulação - suas linhas mestras e sua orientação - é preciso esboçar sua *fisiologia* definindo algum critério minimamente aceitável para a *divisão* das responsabilidades regulatórias. Esta interação é normalmente deixada a cargo das intempéries políticas e do jogo de predominância de interesses. Mas há alternativas racionais que podem guiar a construção de um sistema regulatório em matéria eleitoral que extraia tanto quanto possível as virtudes da pluralidade de instâncias.

Uma abordagem interessante é proposta por Brescia (2020) no texto já citado. Com base em Komesar⁴⁸, ele se utiliza da técnica chamada de *análise institucional comparativa*⁴⁹ cuja base é a análise em concreto das instituições e de seu modo de funcionamento como forma de verificar “se elas possuem características particulares que podem torná-las mais adequadas para alcançar um determinado resultado em termos de política regulatória”.

A obra de Komesar fornece uma base conceitual “para avaliar a busca de objetivos sociais por meio de processos alternativos de tomada de decisão social que inevitavelmente distorcem a tomada de decisão de maneiras diferentes. A escolha do objetivo, portanto, implica uma escolha institucional” (SHAFFER, 2013). Assim deve-se analisar a dinâmica de participação, direta e indireta, das partes em configurações institucionais alternativas, seja o mercado, legislaturas, órgãos administrativos ou tribunais, que em última análise moldam os resultados. Dado que em todas as instâncias públicas e privadas há imperfeições sistemáticas, “suas compensações relativas em contextos diferentes devem ser comparadas”. Dessa forma, “os mercados refletem assimetrias informacionais e outras, que oferecem vantagens a certos interesses sobre outros” (SHAFFER, 2013). Os processos políticos são o resultado da

48V. https://heinonline.org/HOL/AuthorProfile?base=js&search_name=Komesar.%20Neil&I=1620412595.

49Para uma visão geral sobre a análise institucional comparativa v. Rubin, Edward L. *Institutional Analysis and the New Legal Process*. Winsconsin Law Review, 1995. p. 463-478.

contraposição entre grupos organizados, eles mesmos diversos entre si, e o interesse próprio dos representantes. “A participação em processos judiciais é cara e demorada, muitas vezes favorecendo os que têm sobre os que não têm e, em qualquer caso, os tribunais têm recursos limitados para ouvir todas as reivindicações relevantes em sociedades cada vez mais complexas e em rápida mudança” (SHAFFER, 2013)⁵⁰.

É sob essa perspectiva *multidimensional* que Brescia (2020) aplica à proteção da privacidade do eleitor a análise institucional comparativa em relação à esfera pública e privada. Segundo ele, os objetivos das políticas, a escala dos problemas e o número de envolvidos variam com o tempo, o que impacta o funcionamento das diversas instituições. Quando o número de pessoas envolvidas nas transações de mercado e disputas que surgem delas aumenta, sua complexidade também aumenta e a capacidade das instituições de alcançar o desejado as metas políticas enfraquecem. “Os custos das transações aumentam, as negociações tornam-se mais complicadas, processos políticos podem ficar paralisados por diversas necessidades concorrentes e litígios contestados podem se tornar mais complicados com mais partes e mais questões para resolver”. Quanto mais complexo o problema maior é a chance de deterioração das respostas institucionais.

O problema é agravado pois, novamente como anota Brescia (2020), as instituições não são monolíticas e possuem lógica de atuação muitas vezes intrinsecamente heterogênea. E, ainda, ao contrário do que seria normalmente adequado, nem sempre a forma de interação das diversas instâncias é *cooperativa*.

Procedendo à tentativa de sistematização das *condicionantes institucionais* específicas para o exercício da atividade regulatória eleitoral das redes sociais, Brescia (2020) aponta quatro “imunidades” que protegem “os detentores de informações digitais da responsabilidade por seus usos e abusos de informações pessoais”, a saber: “contratual, de juízo, estatutária (que engloba a legislativa) e de execução”. E anota, com razão, que as ações e omissões desses setores em cooperar potencializam os poderes de cada uma das instâncias em detrimento de uma resultante que coincida com o interesse público. “O fato de que essas imunidades sejam um produto desse intercâmbio entre setores provavelmente significa que as soluções para lidar com a privacidade digital também exigirão uma resposta interinstitucional”.

⁵⁰Shaffer procura estabelecer uma relação direta entre a obra de Komesar e o neorealismo jurídico. Para uma compreensão sobre o tema v. Shaffer; 2013, acessível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2192623. Sobre o neorealismo jurídico v. por todos MILES e Sunstein; 2007, acessível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1327&context=public_law_and_legal_theory.

2.4.1 O setor privado e a regulação

Duas dessas *imunidades* são típicas do setor privado e o colocam em posição privilegiada em relação aos destinatários de seus *serviços*.

A primeira é a *contratual* que consiste na possibilidade de construção de relação desigual para com o usuário que compreende a utilização dos dados coletados. Apesar da mitigação desta liberdade das companhias pelo que dispõe o GDPR e mesmo a legislação brasileira (notadamente o marco civil da internet), é fato que se trata de uma vulnerabilidade maiúscula em relação aos usuários e uma das principais objeções, ao menos retóricas, ao tema da regulação.

A segunda é decorrente da primeira, já que também tem origem no contrato firmado entre usuários e plataformas. Trata-se da imunidade *de juízo* que consiste na imposição, nos termos de uso e serviço, de cláusula de arbitragem ou outra equivalente. Em nossa realidade, porém, a dita imunidade revela-se na pretensa insubmissão das plataformas a atos constritivos perante o juízo nacional, obstáculo que felizmente vem sendo paulatinamente superado pela jurisprudência e também tem na nossa legislação tratamento diverso⁵¹⁵².

Sobre o prisma específico das instituições privadas, ou seja, essencialmente do mercado, Wu (2003) observa que “a teoria econômica básica sugere que os operadores têm um interesse de longo prazo coincidente com o público: ambos deveriam querer uma plataforma neutra que apoie o surgimento das melhores aplicações. No entanto, a evidência sugere que os operadores podem ter prestado menos atenção aos seus interesses de longo prazo do que o ideal”.

Brescia (2020) salienta que é fato que o mercado, isoladamente, pode fortalecer a privacidade digital. A principal providência é a contínua autorregulação com o aprimoramento de práticas internas de proteção aos usuários. “Esta é certamente a abordagem regulatória preferida do setor privado”, sob o argumento de que são as empresas que detêm a relativamente a melhor posição para entender seu produto e ter os interesses de seus clientes em mente para sua efetiva proteção. O argumento se desdobra na suposição de que a intervenção externa estrangularia a capacidade de inovação e replicação de novas tecnologias e produtos e que a melhor força motriz a disciplinar os comportamentos seria o próprio mercado, mais precisamente os *consumidores* demandando proteção digital mais eficaz.

51V. art. 8º da Lei 12965/14 (marco civil da *internet*).

52Há problemas residuais, mas não menos relevantes, quanto à matéria. V. p.ex. o caso do *Telegram* e a sua renitência quanto ao cumprimento da legislação brasileira.

Contudo, se esta seria a melhor solução a longo prazo, consoante a observação de Wu mencionada linhas acima, há que se verificar a escala de prejuízos imediatos suportados pelos valores democráticos e se é possível aguardar tal horizonte e se ele realmente existe. E, pelo visto, não há consenso sobre isso. “Na prática o que se nota é contínua concentração de poder de mercado nas mãos de poucas companhias e uma crescente agressividade na coleta e venda de dados pessoais dos usuários, pois o espaço ocupado na rede pelos provedores é o ponto crítico de seu desempenho” (BRESCHIA, 2020). Ele conclui, no ponto, que a eficácia de uma abordagem exclusiva de mercado para a privacidade digital é mínima. Embora sempre haja algum grau de validade para o argumento de que os empreendedores e aqueles que inovariam em qualquer setor precisam de espaço legal e regulatório para fazê-lo, há também o risco de que essa margem de manobra continue a criar uma espécie de risco moral, onde a fraqueza regulatória conduz à conduta predatória e à busca de renda. “A supervisão legal e regulatória pode levar à confiança necessária para manter o envolvimento do cliente e sustentar a atividade econômica, especialmente em situações onde a desconfiança é alta” (BRESCHIA, 2020).

Embora não se desconheça algum grau de preocupação com as objeções que pretendem o mercado como único árbitro da questão, é fato que aparentemente os esforços de autorregulação não têm sido suficientes para uma resposta tempestiva e adequada aos riscos representados pela atividade. Todas as grandes plataformas desenvolvem regulamentações e práticas internas neste sentido, mas sua eficácia é limitada por diversos fatores incluindo a multiplicidade cultural envolvida, os diversos sistemas jurídicos que interagem com as plataformas e, obviamente, os interesses comerciais conflitantes com a vigilância mais renhida do conteúdo. No capítulo final, o tema será retomado quando do tratamento dos riscos à *privatização da coerção*.

2.4.2 O setor público e a regulação

Já quanto ao setor público cabem, de início, duas observações. Primeiramente, o seu papel não deve monopolizar a regulação sob pena de risco de grave disfunção quanto aos contornos da liberdade de expressão e da participação democrática. E, segundo, de forma intencional utilizou-se o termo genérico *setor público* para designar um complexo heterogêneo de estruturas que devem ter seu papel regulatório escrutinado. A expressão

compreende o processo propriamente político de caráter legislativo, a atuação de caráter administrativo e a jurisdicional⁵³.

O principal problema aqui decorre do desconhecimento geral acerca do modelo de negócios das plataformas, o que pode levar à conclusão de que o setor público não está na melhor posição para regulá-lo. Brescia (2020) ironicamente anota que “um legislador recentemente demonstrou uma total falta de compreensão do modelo de negócios das mídias sociais, quando, em uma audiência no Congresso, pediu a Zuckerberg, para explicar como gerava receita se não cobrasse de seus clientes, obrigando-o a explicar que a publicidade para os clientes era a fonte de renda da plataforma”⁵⁴.

Uma segunda objeção à regulação via setor público, bastante relevante também em nosso sistema no âmbito legislativo e administrativo, é o risco de captura, que pode levar à adoção de regras que enfraqueçam a proteção quanto à privacidade digital. Este risco é tão mais sério relativamente ao específico aspecto objeto deste estudo que é o âmbito eleitoral dado que os legisladores são *diretamente interessados na definição de regras mais permissivas* relativamente ao processo eleitoral, na linha da observação de Krotoszinsky (2020) já referida linhas acima quando da análise dos problemas de regulamentação nos EUA. Brescia (2020) pontua que lá, a despeito de esforços não muito concatenados avistáveis em propostas legislativas e, atuações administrativas e judiciais, o cenário “político, sozinho, provavelmente se revelaria um ambiente institucional ineficaz para proteger a privacidade digital e, por extensão, política”.

Terceiro, é que não raro o próprio Estado, e não as plataformas, que atua de modo a minar as liberdades democráticas. Steiger (2020), por exemplo, lembra que um dos primeiros escândalos em escala mundial a respeito da proteção à privacidade em operações que envolvem *Big Data* foi aquele revelado por Edward Snowden em 2013 e dizia respeito à utilização de softwares como PRISM ou X-KEYSCORE pela Agência de Segurança Nacional (NSA) dos EUA para verificar, armazenar e avaliar “não apenas a comunicação de massa, mas também a comunicação individual na Internet”. E prossegue sublinhando que está em andamento na China o projeto “Chinese Social Credit System, engenhosamente retratado na

⁵³Aqui cabe uma observação de cunho metodológico. Shaffer (2013) observa que Komesar trabalha teoricamente com tipos ideais de instituições e avalia o processo político, o processo de mercado e o processo judicial como alternativas institucionais. Ele, portanto, *não aborda explicitamente o papel central das agências administrativas na governança contemporânea, nem a variação nas formas privadas de governança*. De todo modo é possível, na linha do que faz Brescia (2020), utilizar suas balizas centrais para estes aspectos institucionais.

⁵⁴O autor de refere ao episódio reportado por *Emily Stewart* em *Lawmakers Seem Confused about What Facebook Does—And Hot to Fix It*, VOX (Apr. 10, 2018), <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/4/10/17222062/mark-zuckerberg-testimony-graham-facebook-regulations>.

última temporada da série Black Mirror da BBC/Netflix”, cuja ideia básica é avaliar e prever “o comportamento de todos os cidadãos chineses. Isso inclui comportamento público, como pagar impostos ou obedecer às leis de trânsito, e comportamento privado, como jogar videogame ou comprar fraldas. A atividade de mídia social ainda não está sendo monitorada, mas o algoritmo é, claro, secreto, não há como saber ao certo”. A ferramenta permite que não apenas o comportamento do indivíduo seja avaliado, mas mensurados também “o comportamento e as avaliações de amigos e familiares. Essa avaliação repercute no mundo real, pois certos serviços e privilégios são oferecidos apenas a pessoas com uma determinada classificação. Só em 2018, as pessoas foram proibidas de viajar de avião ou trem na China 23 milhões de vezes”.

Em relação especificamente à função jurisdicional, as reações são pautadas pelas condicionantes já apontadas. De fato, apesar de sua independência institucional, dada sua função eminentemente reativa e moldada pela aplicação dos modelos contratuais, normativos e regulatórios previamente definidos, o espaço de atuação das Cortes é limitado. E mesmo que se considere ter havido nos últimos anos algum progresso a partir de batalhas nos tribunais (BRESCIA, 2020), é evidente a insuficiência das respostas jurisdicionais tradicionais no campo da proteção de dados em geral, e da privacidade política em especial, especialmente tendo em conta a quarta das imunidades apontadas que é precisamente a de *execução*, relativa à dificuldade de efetivação das decisões em face das grandes companhias.

“Esta suscetibilidade dos tribunais aos esforços de outros ambientes institucionais” (BRESCIA, 2020) revela o grau de interdependência das instituições no âmbito regulatório pelo menos no que diz respeito a problemas e objetivos complexos, como a necessidade de proteger a privacidade política.

Diante disso, não parece ser adequado apostar as fichas em matéria de soberania popular em soluções *ex post facto* como o são tradicionalmente as demandas judiciais. A abordagem eficaz deve necessariamente ter em mente a prevenção dos comportamentos ou, ao menos, a imposição da necessidade de correto acompanhamento do que ocorre no âmbito do discurso político/eleitoral.

O mais eficaz, portanto, é identificar na prática o ambiente institucional adequado no qual e por meio do qual alcançar determinado fim regulatório e qual a calibragem das funções das diferentes esferas públicas e privadas.

3. O MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO. A JUSTIÇA ELEITORAL COMO *ELECTORAL MANAGEMENT BODY*. FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS TÍPICAS E ATÍPICAS

3.1 A Justiça Eleitoral como *Electoral Management Body*. Funções administrativas típicas e atípicas⁵⁵

Os limites deste trabalho não recomendam uma incursão aprofundada acerca das estruturas encarregadas da organização e da realização das eleições no direito comparado. Cumpre observar, apenas que há uma variedade de modelos mais ou menos centralizados e mais ou menos próximos aos poderes políticos constituídos, sem que seja possível uma classificação meramente aproximativa. De todo modo, as estruturas às quais são conferidas as competências de gerir as etapas e os procedimentos fundamentais para o desenvolvimento das eleições são denominadas internacionalmente *Electoral Management Bodies* ou simplesmente *EMBs*" (STROPPIANA, 2008). Essas autoridades podem ter funções exclusivas ou não e permanentes ou não, mas devem ser orientadas pela manutenção de *standards* internacionais de imparcialidade política e eficácia administrativa, além de transparência em todas as fases de seu procedimento (STROPPIANA, 2008).

Em termos gerais, distinguem-se três formas básicas de *administração/regulação* eleitoral: (i) *governmental model*, no qual o próprio governo, através de um órgão próprio ou setorial administra as eleições e cuja neutralidade e imparcialidade são normalmente aceitos pelo conjunto de eleitores; (ii) *independent model*, no qual se confere os poderes correlatos a uma autoridade dotada de independência, com funções exclusivas ou não, material e estruturalmente independente de qualquer poder político; e (iii) *mixed model*, no qual de forma variada se repartem as competências entre diferentes órgãos governamentais e independentes - inclusive judiciários - normalmente cabendo aos primeiros a execução material dos atos regulados pelo órgão independente (STROPPIANA, 2008)⁵⁶.

⁵⁵Alguns trechos do presente capítulo já foram objeto de preocupações anteriores em Pelella, Eduardo. *A Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral: considerações sobre o sistema de administração, regulação, normatização e controle das eleições*. In: Ramos, André de Carvalho (organizador). *Temas do Direito Eleitoral no Século XXI*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012, p. 133-201. As menções ao artigo anterior serão objeto de citação.

⁵⁶Os modelos também variam segundo a forma adotada pelo Estado. Assim, nos Estados federais é possível haver o concurso de diversas ordenações parciais e a convivência de diferentes regras e critérios eleitorais. Exemplo eloquente é o dos EUA.

Obviamente a adoção desses modelos varia segundo a tradição jurídica e política de cada país que funcionam como termômetro da *legitimidade* procedimental dos órgãos envolvidos.

Segundo essa classificação, pode-se afirmar que o Brasil adotou uma versão extrema do modelo *independente*. A tradição constitucional brasileira confere ao Poder Judiciário o *monopólio* dos procedimentos administrativos, regulatórios e sancionatórios em matéria eleitoral, diferentemente do que usualmente ocorre nos demais sistemas, nos quais as controvérsias judiciais, ainda que referentes ao processo eleitoral, são, na verdade, externas a ele, instauradas que são normalmente entre os participantes da disputa ou precisamente para questionar os atos das autoridades de regulação e administração.

Um tal protagonismo do Judiciário em matéria eleitoral encontra poucos paralelos no mundo como, *p. ex.* o Equador e a Bolívia. Em países como Itália, Espanha e França o Judiciário tem papel importante no processo eleitoral, mas não com o grau de centralidade observado no modelo brasileiro⁵⁷.

Afirma-se que o modelo é da *tradição constitucional brasileira* porque apesar de não ser objeto de qualquer questionamento relevante a respeito, não existe regra constitucional que cometa diretamente à Justiça Eleitoral tal função (PELELLA, 2012), sendo ela *pressuposta*. Na verdade, os pontos do texto originário que aludem às atribuições não estritamente jurisdicionais da Justiça Eleitoral estão no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁵⁸ (PELELLA, 2012) e sua espessura constitucional atributiva são de natureza duvidosa.

Em resumo, a Justiça Eleitoral, além da função jurisdicional típica também detém a de administrar o processo eleitoral em todas as suas fases, inclusive na formação e gestão do

⁵⁷Stroppiana, reportando-se à classificação da *International Idea*, aponta que (p. 368/369): (...) *Ad. es., fra gli stati membri dell'Unione Europea, sono inclusi nel governmental model Austria, Belgio, Cipro, Danimarca, Finlandia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Svezia; nell'independent model, non a caso quasi tutti i paesi dell'Est, Bulgaria, Estonia, Lettonia, Malta, Polonia, Romania, Slovenia; mentre nel mixed model sono inclusi Francia, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo, Slovacchia, Ungheria. (la Francia per il ruolo che la Costituzione attribuisce al Conseil constitutionnel, in part. nelle elezioni presidenziali; la Spagna per il ruolo attribuito dalla legge elettorale organica alla Junta electoral central, organo permanente formato all'inizio di ogni legislatura, costituito da magistrati del Tribunal Supremo e da professori ordinari di diritto, scienza politica, sociologia). Fra i paesi del tipo b, va cit. l'India la cui Election Commission è considerata un modello di autorità elettorale indipendente: organismo di supervisione, direzione e controllo delle elezioni previsto dalla Costituzione Indiana (art. 324). Altri esempi di organismi costituzionali sono l'Instituto federal electoral in Messico e l'Independent Electoral Commission in Sud Africa.* Contudo, linhas adiante (p. 371), o autor observa sobre o modelo italiano que *il ruolo della magistratura potrebbe in effetti far riconsiderare la classificazione prima proposta e far includere l'Italia nel mixed model.* Por último, é importante observar que o autor traça um paralelo entre o nível de consolidação democrática e os modelos adotados. Assim, entende que, em geral, quanto mais consolidada a democracia, menos desconfiança institucional haverá para a adoção do *governmental model*.

⁵⁸Art. 2º, § 2º; arts. 5º, §§ 1º, 2º e 4º; arts. 6º, *caput*, §§ 1º e 2º e art. 13, §3º.

cadastro do colégio eleitoral, disponibilização de meios materiais para a votação, apuração, proclamação dos resultados, verificação da aptidão de candidaturas, regulação das atividades de campanha, diplomação dos eleitos, dentre outras. Decorre das funções administrativas a competência regulamentar especialmente cometida ao TSE e da mesma forma a tarefa consultiva, além do exercício do poder de polícia eleitoral.

Nosso ordenamento optou pela saída *sui generis* muito provavelmente em razão da necessidade de garantia da imparcialidade e neutralidade do serviço incumbido da matéria eleitoral. Na arquitetura institucional disponível à época, aparentemente apenas o Judiciário atendia aos reclamos de *terciariedade e capilaridade* (PELELLA, 2012) necessários à legitimação e concretização do processo eleitoral. Pode-se hoje, apenas especular que se houvesse uma redefinição institucional relativamente ao processo eleitoral as funções administrativas poderiam legitimamente ser cometidas a uma agência autônoma, nos moldes dos países de tradição anglossaxônica fora da Europa, dados os inconvenientes sistemáticos relativos aos limites da atuação de ofício das autoridades administrativas, essencial ao bom exercício do poder de polícia, *p. ex.*, em contraste com a tendência natural à inércia que informa os atos do Poder Judiciário. De todo modo, a adoção de qualquer modelo gera inconvenientes e aqui não se pretende esboçar um ensaio crítico sobre o tema.

O ponto central deste tópico é o seguinte. A Justiça Eleitoral tem duas funções *típicas*: (i) a de caráter jurisdicional; e (ii) a de caráter *regulatório* em sentido amplo composta pelas atividades de natureza administrativa tendentes a possibilitar a execução material do processo eleitoral, e a regulamentar, decorrente da primeira. Ao lado destas funções *típicas* alinham-se as funções atípicas que compreendem os atos de administração dos meios necessários à consecução dos seus fins primordiais (gestão administrativa de seus serviços, gestão de pessoal, etc). Assim, em termos didáticos, quando a Justiça Eleitoral aprecia uma *representação* eleitoral por captação ilícita de sufrágio, desempenha uma de suas funções *típicas*, esta de caráter jurisdicional. Quando pratica atos relativos ao *alistamento eleitoral*, exerce também função *típica*, esta de caráter *não-jurisdicional*. Quando providencia o pagamento de diárias a servidores de seus quadros, desempenha funções de mera gestão administrativa e *atípica* em relação à sua função, dado o seu caráter meramente acidental e instrumental em relação a seus fins. Em resumo: há funções *típicas jurisdicionais e não-jurisdicionais* e há funções *atípicas* meramente acidentais de caráter administrativo.

Esta concentração de funções pode levar à tentação de fazer-se encerrar na figura do TSE a totalidade das funções regulatórias em matéria eleitoral e, pior, tendencialmente transformá-lo em agência encarregada da fiscalização do *discurso político*. Como se verá a

seguir, entretanto, a alteração paradigmática causada pela atuação política baseada nos *Big Data* exigirá a conformação dos limites entre a atuação regulatória *eleitoral* e de proteção de dados no âmbito do debate *político* e da atuação dos seus participantes em concurso com a esfera privada.

E, mais importante, o modelo regulatório brasileiro não prescinde do papel preponderante da atuação legislativa na definição dos contornos do exercício dos direitos individuais ligados à cidadania. Nesse ponto, relembre-se que na já citada decisão na MC na ADI 6991 que suspendeu os efeitos da MP 1068/21, a Ministra Rosa Weber alinhou como um dos seus principais fundamentos a impossibilidade de regulação/restrição de direitos individuais ligados à cidadania por meio de instrumento normativo diverso da lei estrita ressaltando que a medida provisória, dado que editada por ato unipessoal do Presidente da República, atalhou as discussões e deliberações parlamentares indispensáveis ao balanceamento dos valores em disputa.

3.2 A regulação eleitoral em matéria de proteção de dados. Interações e potenciais conflitos entre a Justiça Eleitoral e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados

Especificamente quanto à proteção de dados e questões decorrentes (incluindo aqui os problemas relativos às redes sociais), a questão ganhou novos contornos com a entrada em vigor em 2020 da Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD). Esta introduziu uma série de discussões acerca do concreto perfil regulatório em matéria de proteção de dados a ser aplicado no Brasil, especialmente em relação à potencial intersecção entre as competências deferidas à Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD e à Justiça Eleitoral contra as possíveis violações à vida privada e à proteção dos dados em matéria especificamente eleitoral.

O problema ainda não foi experimentado na prática uma vez que a ANPD não iniciou efetivamente seus trabalhos e os dispositivos mais problemáticos, os arts. 52 a 54 da LGPD, entraram em vigor apenas em agosto de 2021. Mas é fato que as potenciais zonas de fricção são plúrimas.

O perfil básico da ANPD está previsto no capítulo IX da LGPD. Trata-se de órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República⁵⁹. Sua natureza jurídica é de caráter *transitório* e deverá ser alterada para a forma autárquica de natureza especial,

⁵⁹Art. 55-A.

semelhança de outras agências já existentes, e a alteração modelar deverá ser avaliada no prazo de dois anos após a entrada em vigor de sua estrutura regimental⁶⁰. Compõe-se de cinco diretores⁶¹ que integram seu órgão máximo (o *Conselho Diretor*⁶²) escolhidos pelo presidente da República e por ele nomeados após aprovação do Senado Federal⁶³, dentre cidadãos brasileiros de reputação ilibada nível superior de educação e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados⁶⁴, com mandato de quatro anos⁶⁵. Os integrantes do Conselho Diretor gozam de estabilidade e somente perderão seus cargos em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou pena de demissão decorrente de processo administrativo disciplinar⁶⁶, mas estão submetidos a afastamento preventivo por ato do presidente da República em caso de conduta de especial gravidade após recomendação da comissão encarregada do processo administrativo disciplinar⁶⁷.

À ANPD é garantida a autonomia técnica e decisória⁶⁸ e suas competências específicas, especialmente a de natureza sancionatória, prevalecem em relação à de outras entidades correlatas⁶⁹. Além disso, é o órgão central de interpretação da LGPD e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação⁷⁰.

As competências da ANPD estão listadas no art. 55-J. Para os fins deste trabalho destacam-se os incisos III, IV, XIII, e XX.

Primeiramente, segundo o inciso III, é tarefa da ANPD a elaboração de forma democrática e plural da política nacional de proteção de dados pessoais e da privacidade, veículo essencial para a definição de estratégias, metas e prioridades a serem alcançadas pela autoridade regulatória. Na esteira da elaboração destas diretrizes, devem ser previstas regras relativas ao direito à informação dos indivíduos em relação a seus dados pessoais e o correlato direito de petição, compartilhamento de dados entre controladores e entre entidades de natureza pública e privada, portabilidade de dados, dentre outros aspectos.

60§§ 1º e 2º do art. 55.

61Art. 55-D.

62Art. 55-C, I.

63§ 1º do art. 55-D.

64§ 2º do art. 55-D.

65§ 3º do art. 55-D.

66Art. 55-E.

67§ 2º do art. 55-E.

68Art. 55-B.

69Art. 55-K.

70§ 1º do art. 55-K.

O inciso IV estabelece a competência sancionatória da ANPD que deve ser exercida, por óbvio, mediante regular processo administrativo com contraditório, ampla defesa e possibilidade de recurso. A ANPD deverá prioritariamente regulamentar o referido procedimento⁷¹ e, especialmente, as formas de acesso dos cidadãos em geral para a obtenção de pronunciamento da autoridade. Como já dito, esta competência sancionatória prevalece sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública nos termos do art. 55-K. As infrações de natureza administrativa estão previstas no capítulo VIII da LGPD, arts 52 a 54.

O inciso XIII estabelece a competência regulamentar da ANPD sobre todo o sistema protetivo estabelecido pela LGPD. Aqui a importância da autoridade é ressaltada em razão da incompletude do sistema ainda em formação e a necessidade de esclarecimento de diversos conceitos e o alcance da LGPD em vários campos, inclusive em relação à sua operacionalização a outras entidades do poder público.

Por fim, o inciso XX comete à ANPD a função de deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação da Lei, as suas competências e os casos omissos. A competência aqui estabelecida articula-se com o disposto no parágrafo único do art. 55-K e seu complexo cria uma autêntica norma de competência de *segundo grau*, pois além de estreitar a competência da autoridade, elimina, em tese, a possibilidade de conflito de atribuições entre entidades administrativas distintas.

Observa-se desta pequena síntese que a ANPD foi constituída com garantias institucionais ainda distantes das ideais para o bom desempenho de suas ambiciosas funções e não pode, ao menos por ora, ser equiparada a uma das já existentes agências reguladoras. Aparentemente, sua criação ainda como órgão ancilar da Presidência da República, sem natureza autônoma, deu-se em virtude da impossibilidade ou inadequação dos incrementos de gastos públicos. Contudo, sem uma arquitetura institucional adequada será desafiadora a tarefa de, a curto prazo, erguer as bases do sistema de proteção de dados especialmente dada a característica eminentemente principiológica e ainda preliminar da LGPD que demandará uma efetiva colmatação regulatória por parte da ANPD.

Neste ponto há três observações fundamentais a fazer.

Primeiramente, quanto à autonomia técnica e decisória, a previsão da ANPD alinha-se à tendência de criação de centros funcionais regulatórios especializados, na linha do que

⁷¹E já o fez através de sua primeira resolução. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-1-de-28-de-outubro-de-2021-355817513>.

preconizado por Ackerman (2008) em seu clássico ensaio sobre a redefinição da separação dos poderes e da tradição recente do direito brasileiro.

Além disso, ainda que em teoria, à ANPD deve ser garantido adequado espaço funcional regulatório em relação ao Poder Judiciário nos termos do que preconizado pela *Chevron Doctrine*, se bem que com os temperamentos necessários relativos à possibilidade de controle jurisdicional em caso de desvio da atividade regulatória e desbordamento da atividade interpretativa legítima por parte da autoridade (SOLUM; SUNSTEIN, 2020).

Por fim, apesar de se reconhecer que a intenção de centralizar as atividades relativas à proteção de dados é coerente com a criação de um padrão regulatório consistente, é sistemicamente problemática a previsão de uma competência prevalente da ANPD em matéria de proteção de dados de caráter interpretativo e sancionatório em relação a todas as demais esferas regulatórias do Estado. Especificamente em relação ao objeto de estudo, a regulação em matéria eleitoral tem como eixos centrais a garantia do direito de sufrágio ativo e passivo e a manutenção da igualdade de chances e da liberdade nas disputas eleitorais. Para a efetiva proteção desse núcleo essencial da cidadania, deve ser evitada a todo custo a incerteza quanto aos padrões de aplicação das regras de garantia, seja por inconsistências advindas da interação de microssistemas distintos, seja, especialmente, pela diversidade de critérios decisórios de autoridades diferentes.

Pois bem. O art. 2º, inciso VII da LGPD institui entre seus fundamentos *os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais*. Já em seu art. 4º exclui do âmbito de sua incidência o tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao nela previsto⁷². Exclui ainda o tratamento de dados, para fins *exclusivamente particulares e não econômicos*, jornalísticos, artísticos, acadêmicos, de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Por outro lado, em inúmeros pontos a LGPD deixa evidente a responsabilidade *também* do poder público por seus servidores, órgãos e pessoas jurídicas em relação às operações de coleta e tratamento de dados, já desde as definições do art. 5º, passando pelos princípios estabelecidos no art. 6º e assim pelos demais capítulos.

⁷²Art. 4º, VI.

Em nenhum ponto da lei, salvo no mencionado art. 2º, VII e de forma meramente acidental é tratada a questão eleitoral e suas decorrências⁷³ o que leva a crer que a aplicabilidade da lei é ampla também ali, inclusive quanto à competência *exclusiva e central* quanto à interpretação da Lei na esfera regulamentar com autonomia técnica e decisória⁷⁴ da ANPD.

Já o art. 55-K é peremptório ao afirmar que a competência sancionatória da ANPD em matéria de proteção de dados prefere *às competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública*

O que deve ser verificado é se há algum critério distintivo entre as hipóteses de exclusão e de complementaridade aplicável ao regramento da proteção de dados a fim de que se possa daí extrair corretamente o nível de interação institucional necessário ao equacionamento da matéria.

Não parece à primeira vista haver outra interpretação plausível. Mas a aproximação ao tema deve ser feita com cuidado. Conforme visto, o direito brasileiro deferiu tradicionalmente à Justiça Eleitoral e em especial ao TSE amplo espaço regulamentar e administrativo/sancionatório em matéria eleitoral. E o fez não sem boas razões históricas e estruturais, apesar de o nosso sistema provavelmente não encontrar paralelo no mundo.

Mas as reflexões recentes acerca da relevância da proteção de dados demandam um *reforço sistemática protetivo* dada a sua autonomia e essencialidade. Tal arcabouço, ainda que não perfeitamente arquitetado, foi estabelecido pela LGPD. Neste sistema há previsão de autoridade específica pela gestão regulamentar e aplicação de sanções. Afirmando-se simplesmente que a LGPD não se aplica à matéria eleitoral por suposto conflito de atribuições entre a ANPD e a Justiça Eleitoral significa conferir *debilidade* sistemática à proteção de dados justamente em um dos seus pontos nevrálgicos, o exercício da cidadania ativa e a forma pela qual o Estado gerencia tais procedimentos.

Desse raciocínio decorre que *as disposições da LGPD constituem cláusulas de minimis em matéria de proteção de dados e, ainda que haja disputa acerca das competências administrativas/regulamentares e sancionatórias, suas disposições devem encontrar ampla aplicabilidade em matéria eleitoral.*

No Brasil o tema tem contornos peculiares tendo em vista o perfil concentrado da regulação em matéria eleitoral. Tendencialmente a competência regulamentar e administrativa da Justiça Eleitoral é excludente total ou parcialmente dos demais microssistemas justamente

⁷³Especialmente quanto ao alistamento eleitoral e o sigilo do voto e dos resultados eleitorais.

⁷⁴Art. 55-B.

porque *especial* em relação a eles. Assim, por exemplo, é que o art. 41 da Lei 9.504/97 estabelece que o poder de polícia do juiz eleitoral se sobrepõe ao das posturas municipais quando em causa matéria relativa à campanha eleitoral. Por outro lado, há diversos exemplos de *cooperação institucional* que parecem apontar para a possibilidade de compartilhamento de atribuições entre diferentes instâncias de controle na esfera administrativa.

Resumindo: (i) dada a autonomia e essencialidade da proteção de dados pessoais, *as disposições da LGPD constituem cláusulas de minimis em matéria de proteção de dados e, ainda que haja disputa acerca das competências administrativas/regulamentares e sancionatórias, suas disposições devem encontrar ampla aplicabilidade em matéria eleitoral;* (ii) nosso sistema de regulação eleitoral adotou o modelo *independente* e cometeu à Justiça Eleitoral duas funções *típicas* uma de caráter jurisdicional e outra de caráter *regulatório* em sentido amplo, além de funções *atípicas* nos termos anteriormente expostos; e (iii) *a regulação em matéria eleitoral tem como eixos centrais a garantia do direito de sufrágio ativo e passivo e a manutenção da igualdade de chances e da liberdade nas disputas eleitorais e para a efetiva proteção desse núcleo essencial da cidadania, deve ser evitada a todo custo a incerteza quanto aos padrões de aplicação das regras de garantia, seja por inconsistências advindas da interação de microssistemas distintos, seja, especialmente, pela diversidade de critérios decisórios de autoridades diferentes, o que torna problemática a previsão de uma competência prevalente da ANPD em matéria de proteção de dados de caráter interpretativo e sancionatório em relação a todas as demais esferas regulatórias do Estado.*

O que se tem desenhado concretamente, portanto, é um potencial conflito tópico entre dois microssistemas que se pretendem exaurientes em suas especificidades e âmbitos de proteção e a solução menos traumática, como sempre, passará inicialmente pelo diálogo interinstitucional, como sugere o § 3º do art. 55-J da LGPD. Contudo, mesmo o diálogo interinstitucional deverá partir de premissas que separem de forma racional as atribuições para o correto equacionamento da questão.

Assim sendo, dado que as atribuições da ANPD, ainda que amplas, são de natureza essencialmente regulatória, são as atribuições da Justiça Eleitoral, porque múltiplas, ou melhor, sua projeção em relação às da ANPD que merecem ser escrutinadas para verificar os níveis de interação e suas consequências.

Em relação às funções *atípicas* da Justiça Eleitoral, não há dúvidas. A aplicação das disposições da LGPD se dá de forma direta da mesma forma que ocorre com os demais órgãos do Poder Judiciário. Assim, *p. ex.*, o tratamento e a custódia de dados pessoais de

membros e servidores da Justiça Eleitoral deverá obedecer todos os padrões da LGPD e os de natureza regulamentar que vierem a ser editados pela ANPD no âmbito da sua competência, sob pena de sancionamento nos termos dos arts. 52 a 54 da LGPD.

Quanto às funções *típicas de caráter não-jurisdicional*, tendencialmente as regras da LGPD devem aderir ao sistema já existente, criando uma camada adicional de proteção. São pontos sensíveis e permeáveis a tais alterações especialmente as regras de alistamento eleitoral e relativas ao sigilo do voto e da apuração dos resultados, cabendo principalmente ao TSE a adaptação dos regramentos já existentes.

Já quanto às funções *típicas de caráter jurisdicional*, em regra, não há de se falar em conflito propriamente dito, uma vez que as instâncias judicial e regulamentar operam em níveis distintos e, no caso, dificilmente se poderá conceber um controle direto da jurisdição eleitoral sobre a ANPD uma vez que a competência do contencioso eleitoral restringe-se às disputas relativas às eleições e, residualmente, ao direito partidário.

O que deverá ocorrer é uma *assimilação* por parte das categorias das infrações eleitorais - ilícitos eleitorais previstos na Lei 9.504/97 e abusos em geral, tal como previsto no *caput* do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 - das questões relativas à proteção de dados e um alargamento da resposta sancionatória. Em termos mais simples, as infrações à LGPD poderão ser tratadas *também* como ilícitos e abusos com repercussão sancionatória perante a Justiça Eleitoral.

O ponto mais problemático, porém, está na aplicação das sanções previstas nos arts. 52 a 54 da LGPD cuja competência é expressamente atribuída à ANPD. As medidas ali elencadas, têm enorme potencial de influenciar o resultado eleitoral especialmente se aplicadas no curso das campanhas. Isso não significa, entretanto, que se deva negar a sua aplicação.

Como visto, é desejável que a proteção de dados em matéria eleitoral tenha similar ou ainda maior grau de proteção em relação ao ordenamento geral. Mas deve-se ponderar que a aplicação de uma sanção de tal magnitude por órgão destituído da legitimidade constitucional de árbitro neutro e imparcial das disputas aponta para o risco concreto de desequilíbrio sistemático.

Até que sobrevenha regramento legal específico em relação à matéria eleitoral, a solução menos traumática parece ser a assimilação das regras previstas pelo art. 52 a 54 da LGPD pelo sistema sancionatório eleitoral de caráter jurisdicional, nos moldes do que ocorre com as representações da Lei 9.504/97. Preserva-se o âmbito de proteção da norma e o sistema eleitoral em detrimento da regra de competência.

A solução é obviamente imperfeita e não previne contra potenciais conflitos práticos de caráter positivo ou negativo. Nestes casos, apesar de não caracterizado conflito de competência nos moldes tradicionais, por não envolverem controvérsia entre dois órgãos jurisdicionais, parece ser adequado que as controvérsias resultantes sejam dirimidas pelo STF tendo em vista a decisão sobre o alcance da jurisdição de um Tribunal Superior, no caso, o TSE.

Finalmente, duas considerações de ordem pragmática.

As questões expostas não parecem ter sido simplesmente ignoradas pelo legislador. Na verdade, a ausência de qualquer menção à questão eleitoral no sistema da LGPD parece ter sido intencional justamente para atalhar possíveis controvérsias que adiassem a implantação do sistema de proteção de dados. Tais contingências são comuns à atividade legislativa e cabe ao intérprete a tarefa de unificar o sistema jurídico de modo a torná-lo coerente.

E, no estágio atual, dada a musculatura institucional do TSE como titular precípua da atividade regulatória em matéria eleitoral e a incipiência da ANPD, a tendência é que as questões de caráter eleitoral não sejam deslocadas do âmbito de sua competência⁷⁵. Neste sentido, aliás caminhou o *Guia Orientativo do TSE para Aplicação da Lei de Proteção de Dados Por Agentes de Tratamento no Contexto Eleitoral*, especialmente nos itens 130 a 138.

De todo modo, é de se prever que o sistema da LGPD demandará uma adaptação significativa de todos os participantes do sistema eleitoral e dos destinatários de suas normas em geral. Especialmente porque a nossa *authority* regulatória específica, o TSE, tem suas competências de caráter regulamentar voltadas essencialmente às disputas eleitorais. Não se configura, pelo menos na compreensão até aqui vigente, como agência voltada à regulação do discurso político, e nem poderia.

Entretanto, o fenômeno da utilização dos *big data* em matéria eleitoral e, especialmente, a criação da ANPD impõem a redefinição mais rigorosa da distinção clássica entre *discurso político* e *discurso eleitoral* até agora utilizada essencialmente para arbitrar o que escapa ou não da competência do TSE especialmente no âmbito das decisões acerca da configuração do que seja propaganda eleitoral antecipada⁷⁶.

⁷⁵Observe-se, contudo, que o projeto de novo Código Eleitoral atualmente em tramitação tem como uma das suas diretrizes inspiradoras o redesenho da função regulamentar do TSE com a explicitação do denominado princípio da *autocontenção*. O projeto atualmente em tramitação no Senado sob a relatoria do Senador Antônio Anastasia pode ser acessado aqui: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2292163>.

⁷⁶“[...] *Propaganda eleitoral antecipada*. [...]. *Entidade sindical. Categoria profissional. Ensino. Greve. Discurso. Natureza política*. [...]. 1. Na linha da jurisprudência desta Corte, para a caracterização da propaganda eleitoral extemporânea é necessário que se leve a conhecimento geral a ação política que se pretende desenvolver, as razões pelas quais o beneficiário seria o mais apto ao exercício da função pública ou o

De fato as operações de caráter político/eleitoral baseadas em *big data* são concebidas e postas em funcionamento em momentos que não coincidem necessariamente com os marcos temporais que definem o desenrolar das disputas eleitorais. É dizer, a coleta e o tratamento de dados para fins eleitorais, permitidos ou não, é tarefa de caráter contínuo, ainda que sua *utilização* em matéria eleitoral se dê essencialmente no âmbito da disputa propriamente dita.

A (re)definição do âmbito de atuação do TSE e dos demais tribunais eleitorais em face dessa nova realidade é essencial para o efetivo combate às práticas ilícitas e essencial também para estreitar as atividades da ANPD, que deverá ser responsável pela averiguação das possíveis infrações na área dos desvios da coleta, análise e utilização de dados para fins políticos (e não eleitorais). Logo se vê que tal problema será um dos principais nichos de preocupação nos próximos anos assim que a ANPD iniciar efetivamente suas incursões em tal seara. Aliás, causa espécie que, infelizmente, esta redefinição esteja sendo realizada de forma pouco refletida, dadas as contingências recentes de ameaças democráticas e críticas ao sistema eleitoral brasileiro por parte do presidente da República e outras autoridades.

Com efeito, a instauração do Inquérito Administrativo 0600371-71 revela que o TSE viu-se compelido a atuar em matéria de natureza não claramente eleitoral. E aqui não se esboça nenhuma crítica a esta atuação. Apenas se constata que os limites de atuação em matéria eleitoral ou não precisam de rígido escrutínio.

Por fim, é de se salientar que a regulação especificamente em relação à matéria objeto de estudo não prescinde de atuação de outras instâncias, especialmente aquelas afetas ao direito da concorrência. Em outros sistemas esta tem sido a principal abordagem utilizada e que tem dado bons frutos na matéria especialmente quanto ao combate aos abusos decorrentes da concentração, como na já citada decisão do *Bundeskartellamt* sobre o *Facebook* e o *Google*.

4. OBJETO DA REGULAÇÃO. DESAFIOS À REGULAÇÃO EM MATÉRIA ELEITORAL. PROTEÇÃO À SOBERANIA. TRANSPARÊNCIA E FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS. DEVER DE SINCERIDADE NA ARENA POLÍTICA

pedido de votos. 2. A manifestação realizada por trabalhadores do sistema oficial de ensino do Estado de São Paulo, reunidos no exercício do direito de greve, ainda que resulte em críticas de natureza política, está respaldada pela liberdade de manifestação garantida pelo art. 5º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil e não atrai a incidência da penalidade prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97. [...]” (Ac. de 15.5.2014 no R-Rp nº 69936, rel. Min. Nancy Andrighi, red. designado Min. Dias Toffoli.)

Os capítulos anteriores tiveram como objetivo estabelecer ainda que precariamente as bases teóricas de um modelo regulatório e seu espelhamento nas estruturas já existentes em nosso sistema. Mas estas reflexões sem o confronto com o seu potencial objeto tornam-se vazias. Exatamente por isso neste capítulo tratar-se-á dos principais aspectos que deve estar no centro das preocupações regulatórias, qualquer que seja o sistema adotado e, especialmente no caso brasileiro, que, como visto, por sua própria anatomia tradicionalmente reserva a uma agência/tribunal o papel regulatório e, portanto, tende a uma intervenção pública mais acentuada em relação a outros sistemas.

Em termos gerais pode-se afirmar que os principais eixos regulatórios já estão bastante bem delineados na literatura internacional. Tome-se como excelente resumo o relatório do *Forum on Information & Democracy*⁷⁷ que estabeleceu 12 recomendações principais voltadas à fixação de *guidelines* da regulação das redes sociais e sua interação com as eleições a partir de 4 eixos principais. São as seguintes as recomendações:

A REGULAÇÃO PÚBLICA É NECESSÁRIA PARA IMPOR REQUISITOS DE TRANSPARÊNCIA AOS PRESTADORES DE SERVIÇOS ONLINE. 1. Os requisitos de transparência devem estar relacionados com as funções centrais de todas as plataformas no ecossistema de informação pública: moderação de conteúdo, classificação de conteúdo, segmentação de conteúdo e construção de influência social. 2. Os reguladores encarregados de fazer cumprir os requisitos de transparência devem ter uma supervisão democrática forte e processos de auditoria. 3. As sanções por não conformidade podem incluir multas pesadas, publicidade obrigatória na forma de banners, responsabilidade do CEO e sanções administrativas, como o fechamento do acesso ao mercado de um país. É NECESSÁRIO UM NOVO MODELO DE METARREGULAÇÃO COM RELAÇÃO À MODERAÇÃO DE CONTEÚDO. 4. As plataformas devem seguir um conjunto de Princípios de Direitos Humanos para Moderação de Conteúdo com base no direito internacional dos direitos humanos: legalidade, necessidade e proporcionalidade, legitimidade, igualdade e não discriminação. 5. As plataformas devem assumir o mesmo tipo de obrigação em termos de pluralismo que as emissoras têm nas diferentes jurisdições onde operam. Um exemplo seria a doutrina da justiça voluntária. 6. As plataformas devem expandir o número de moderadores e gastar uma porcentagem mínima de sua receita para melhorar a qualidade da revisão de conteúdo e, particularmente, em países de risco. NOVAS ABORDAGENS PARA O PROJETO DE PLATAFORMAS DEVEM SER INICIADAS. 7. Os padrões de segurança e qualidade de arquitetura digital e engenharia de software devem ser aplicados por uma

77A íntegra pode ser acessada em https://informationdemocracy.org/wp-content/uploads/2020/11/ForumID_Report-on-infodemics_101120.pdf. *The report was published by the Forum for Information and Democracy, which was established to make non-binding recommendations to 38 countries. They include Australia, Canada, France, Germany, India, South Korea and the UK. Among those contributing to the report were Cambridge Analytica whistleblower Christopher Wylie, and former Facebook investor Roger McNamee - a long-time critic of the social network* (<https://www.bbc.com/news/technology-54901083>). Informações sobre a organização podem ser obtidas em <https://informationdemocracy.org/>.

Agência de Aplicação de Padrões Digitais. O Fórum sobre Informação e Democracia poderia lançar um estudo de viabilidade sobre como tal agência funcionaria. 8. Os conflitos de interesses das plataformas devem ser proibidos, a fim de evitar que o espaço de informação e comunicação seja regido ou influenciado por interesses comerciais, políticos ou quaisquer outros. 9. Deve ser definido um quadro corregulador para a promoção de conteúdos jornalísticos de interesse público, com base em normas autorreguladoras, como a Journalism Trust Initiative; deve ser adicionado atrito para retardar a propagação de conteúdo viral potencialmente prejudicial. DEVEM SER ESTABELECIDAS SALVAGUARDAS EM SERVIÇOS DE MENSAGEM FECHADA QUANDO ENTREM EM UMA LÓGICA DO ESPAÇO PÚBLICO. 10. Medidas que limitam a viralidade de conteúdo enganoso devem ser implementadas por meio de limitações de algumas funcionalidades; recursos opt-in para receber mensagens de grupo e medidas para combater mensagens em massa e comportamento automatizado. 11. Os prestadores de serviços online devem ser solicitados a informar melhor os usuários sobre a origem das mensagens que recebem, especialmente rotulando as que foram encaminhadas. 12. Devem ser reforçados os mecanismos de notificação de conteúdos ilegais por parte dos utilizadores e os mecanismos de recurso aos utilizadores que foram banidos dos serviços. (tradução do autor)

Como se percebe há diretrizes que são direcionadas aos Estados, às redes sociais *propriamente ditas*, particularmente quanto ao dever de transparência e à própria construção de seus *feeds* e aos serviços de mensagens instantâneas, especialmente quando passam ao campo de atuação *na lógica de um espaço de atuação pública* com ênfase à prevenção de viralização de conteúdo falso.

O relatório também sugere que as redes sociais devem exibir uma correção para cada pessoa que foi exposta a informações incorretas se verificadores de fatos independentes identificarem uma história como falsa. Outras sugestões incluem: (i) implementar "*circuit breakers*" para que o conteúdo viral novo seja temporariamente impedido de se espalhar enquanto é verificado; (ii) forçar as redes sociais a divulgar no *feed* de notícias por que o conteúdo foi recomendado a um usuário; (iii) limitar o uso de mensagens publicitárias baseadas em microdirecionamento de conteúdo, tornando ilegal a exclusão de pessoas do conteúdo com base em raça ou religião; (iv) banir o uso dos chamados *dark patterns* - interfaces de usuário projetadas para confundir ou frustrar o usuário, como dificultar a exclusão de sua conta⁷⁸.

Contudo estas recomendações são decerto voltadas mais ao *varejo* da regulação. Não que não sejam importantes ou fundamentais, mas o que se pretende é verificar problemas estruturais que desafiam o próprio núcleo democrático e que deve estar perenemente no centro do debate. Neste sentido alinham-se três pontos que parecem ser os que de forma mais radical

78Resumo extraído de: <https://www.bbc.com/news/technology-54901083>.

demandam uma reformulação dos padrões até agora aplicáveis. São eles: (i) a proteção à soberania, que se desdobra em dois aspectos, um relativo à prevenção e combate às interferências externas e o outro aos riscos do que se pode chamar de *privatização da coerção*; (ii) os problemas quanto à transparência e financiamento do que é feito na campanha eleitoral e (iii) o dever de sinceridade na arena política.

4.1 Proteção à soberania. Prevenção e combate às interferências externas. Riscos da *privatização da coerção*

Sob a epígrafe mais ampla da *proteção à soberania* optou-se por alinhar duas questões aparentemente distintas. A primeira tem a ver com um dos temas mais debatidos desde as eleições americanas de 2016 que é a tentativa de interferência externa em eleições nacionais e internas. A segunda toma emprestada a expressão de Koulu (2019) que trata especificamente do tema do crescimento da tendência de *private enforcement* e suas consequências e desafios às tradicionais funções regulatórias e sancionatórias do Estado. De fato, as plataformas desenvolveram critérios e estruturas mais ou menos sofisticadas de solução de conflitos a partir de seus ecossistemas, notadamente no âmbito da moderação de conteúdo⁷⁹. Na seara específica aqui tratada, já foi visto que a abordagem preferida pelas plataformas no tema da regulação eleitoral é a da autorregulação que, por vezes se mostra sedutora às próprias autoridades, uma vez que terceiriza ou privatiza o problema, mantendo o Estado na aparentemente cômoda posição de expectador do que efetivamente se dá no plano eleitoral no âmbito das redes sociais.

Mas, bem vistas as coisas, os dois temas imbricam-se precisamente no ponto relativo à noção de soberania, só que sob ângulos distintos. No primeiro caso, a proteção às influências externas no âmbito eleitoral reflete a questão da soberania em sua face exterior, ou seja, em relação a outros Estados. No segundo, o problema é o da soberania interna e no modo como atuam as regras e padrões regulatórios e o nível de *enforcement* que os Estados detêm em relação ao tema tratado.

A conjugação desses pontos e os problemas percebidos nas linhas seguintes estão de acordo com a redefinição teórica da noção de soberania no mundo globalizado. Koulu (2019) citando Castells, assevera que:

⁷⁹Mas não só. Pense-se nos problemas emergentes do *e-commerce* e a utilização do *blockchain*. Para mais exemplos, v. Koulu (2020), cap. 3.

Vários estudiosos discutiram o futuro da soberania em um mundo globalizado, onde a integração europeia e a globalização dos mercados e da comunicação criaram autoridades concorrentes ao lado da supremacia tradicional do Estado-nação. Castells analisou as mudanças dos Estados-nação provocadas pela globalização em geral e o surgimento de novas tecnologias em particular. À medida que o crime, os mercados financeiros e a tecnologia estão cada vez mais se distanciando do estado-nação, a soberania é compartilhada por várias partes interessadas, além do estado. De acordo com Castells, estamos testemunhando "a erosão sistêmica do poder de seus [estados-nação] em troca de sua durabilidade". Em vez do desaparecimento do estado-nação, Castells sugere o surgimento de um estado-rede, onde os estados se tornarão nós em uma rede de poder. Em vez de defender o conceito absolutista de soberania de Bodin, Castells afirma que partes da soberania estão escapando para além do estado e os estados tornam-se cada vez mais dependentes uns dos outros e de outros atores da rede de poder. (tradução do autor)

Esta crescente interconexão imporá sem dúvida uma redefinição da convivência entre os Estados, inclusive no plano da proteção internacional às eleições e à criação de critérios mais ou menos homogêneos em relação à atuação das redes sociais. Mas, no presente momento, se ainda se engatinha quanto ao problema regulatório mais comezinho e doméstico, questões dessa natureza demandarão ainda um bom tempo de reflexão e amadurecimento no plano supranacional.

4.1.1 Prevenção e combate às interferências externas

A interferência russa nas eleições americanas de 2016 trouxe de volta ao centro do debate internacional a questão da atuação de estados estrangeiros no âmbito das decisões democráticas de outros Estados soberanos.

O tema não é novo. De fato, especialmente durante a guerra fria, há uma extensa e bem documentada história de constantes desafios às deliberações locais opostas pelas potências dominantes. Mas os episódios recentes da “eleição americana de 2016, eleição presidencial francesa de 2017, eleição parlamentar europeia de 2019, *Brexit* e referendo sobre a anexação da Crimeia, demonstram que o problema voltou à baila com força no cenário internacional e promete nos próximos anos piorar” (HOLLIS; OHLIN, 2021).

A utilização das redes sociais e de seus instrumentos de interação social e comercial não conhecem fronteiras e os acontecimentos que se deram nas eleições nesses diversos países nos últimos anos apontam para duas questões fundamentais que devem estar no centro das preocupações: (i) a participação de outros Estados na formulação de estratégias de campanha

ou na adesão a estas e; (ii) a utilização de companhias de carácter supranacional como agregadoras de estratégias que envolvam a utilização de dados coletados em redes sociais.

Steiger (2020) fornece um quadro bastante vivo a respeito com base nas eleições americanas de 2016 a partir de três exemplos: as atividades do sistema de vigilância em massa da NSA (já mencionada em linhas anteriores), as fábricas de *trolls* russos - ambas operações autorizadas e dirigidas por Estados, e o caso *Cambridge Analytica* que era um ator não estatal que manipulava eleitores, o “que é mais complexo que as ações estatais pois se deu somente em ambientes privados como as redes sociais”.

Especificamente quanto ao hackeamento russo que atingiu os servidores do Comitê Nacional Democrata dos Estados Unidos em 2016 e o subsequente disparo massivo de e-mails que influenciaram as eleições nos Estados Unidos, Steiger (2020) observa que se trata do equivalente virtual ao *uso da força*, equiparável a um arrombamento. Van de Velde (2021), analisando o sistema americano, observa que uma operação cibernética que visa influenciar uma eleição interna provavelmente não atinge o nível de um ataque armado e não se qualifica como um ato de guerra. Mas o limite é ténue e a percepção acerca disso pode ser alterada.

Já o chamado “*Projeto Lakhta*, que foi liderado por *Yevgeniy Viktorovich Prigozhin*, um aliado de Putin”, segundo o relatório de investigação produzido pelos EUA, consistia na utilização indevida de personalidades online de cidadãos de vários países, americanos principalmente, para que fosse difundido conteúdo potencialmente divisivo e eleitoralmente relevante relativamente à campanha de Hillary Clinton e em favor de Donald Trump (STEIGER, 2020). Estas condutas foram amplificadas pelo uso de *bots* que, além de disseminar conteúdos potencialmente deletérios ao processo eleitoral, infiltraram-se em diversos grupos temáticos online semeando dúvidas acerca de seus propósitos. “Uma conta do Instagram que aparentemente pertencia ao movimento Black Lives Matter postou: [Um] exagero e ódio em particular por Trump está enganando as pessoas e forçando os negros a votarem em ‘Killary’. Não podemos recorrer ao menor de dois demônios. Então, certamente estaríamos melhor sem votar em NENHUM”.

Tais exemplos demonstram que, por um lado, a democracia e autodeterminação cívica de um determinado Estado estão ameaçadas e, por outro, que o *locus* de regulação ideal no caso seria a legislação de carácter internacional que estabelecesse a possibilidade de combate ubíquo em relação a violações democráticas de tal monta. Mas não é o que ocorre. Cabe precipuamente às instâncias regulatórias e de persecução penal nacionais a prevenção a tais práticas.

Para o correto endereçamento do problema há que se estabelecer algumas balizas. Primeiramente, é preciso assumir que o problema é real e os efeitos de qualquer intervenção estrangeira são sempre negativos ao sistema democrático nacional⁸⁰. Apesar de não ser exatamente uma novidade, a interferência externa agora é *anabolizada* por uma *cibermetodologia* que torna seus expedientes mais factíveis, efetivos, obscuros e de difícil revelação, derruindo a confiança institucional e a integridade do processo com potencial indutor de instabilidade democrática (HOLLIS; OHLIN, 2021).

Segundo, é fundamental a troca de experiências com autoridades regulatórias estrangeiras que são expostas em maior medida, até por questões geopolíticas, a pressões sistemáticas relativamente às suas eleições. Sukumar e Deo (2021) em instigante texto apontam as dificuldades percebidas pelo sistema indiano relativamente à interferência chinesa em suas eleições, especialmente no que tange a campanhas de desinformação dada a relativamente recente expansão da internet naquele país e ao *apetite voraz* pelas redes sociais sem qualquer regulamentação eleitoral equivalente. Já Fjällhed, Pamment e Bay (2021) reportam o caso sueco, onde o governo identificou a atuação de atores estrangeiros para “deliberadamente interferir em seus assuntos internos com o objetivo de criar um clima de desconfiança entre o Estado e seus cidadãos especialmente centrado na crise migratória europeia”. No mesmo sentido, Da Empoli (2019) relata como expediente equivalente foi utilizado na Hungria sem que houvesse, de fato, efeitos reais de migração em massa. No caso sueco, a reação se deu de forma a “promover a ‘resiliência’ do público a potenciais operações de influência de informações por meio de comunicações da agência projetada para alertar o público sobre o perigo da desinformação nas plataformas de mídia social” (FJÄLLHED; PAMMENT; BAY, 2021).

E, terceiro, é necessário mapear como os instrumentos internacionais de proteção à soberania e aos direitos humanos tratam da questão. Hollis e Ohlin (2021) reconhecem que “em teoria, um ataque cibernético pode, sob certas circunstâncias, constituir um uso ilegal da força em violação do **jus ad bellum** (por exemplo, artigos 2 e 51 da Carta da ONU) ou **jus in bello** (direito internacional humanitário)”. No entanto, a abordagem mais correta parece ser tratar as interferências externas pelo concurso das noções de “(1) não intervenção, (2) soberania (seja como uma regra concreta ou um princípio de fundo), (3) direitos humanos, incluindo, mas não limitado, ao direito à privacidade e à liberdade de expressão, e (4) autodeterminação, ou seja, o direito de um povo de escolher seu próprio destino através da instituição democrática de uma eleição livre)”. A partir disso definir no âmbito regulatório

⁸⁰Em sentido contrário, McIntosh (2021).

interno em que consiste tal intervenção, quais os parâmetros para sua identificação, impacto na validade das eleições e responsabilização dos beneficiários. Aliás, aqui a legislação deveria desempenhar um papel essencial e definir desde já o desenho normativo de tais infrações e as punições correspondentes.

4.1.2 Riscos da privatização da coerção

Quanto ao que se denomina *riscos da privatização da coerção*, já foi dito que a abordagem exclusivamente *autorregulatória*, preferida pelas plataformas e sedutora às autoridades, é insuficiente e, a seu turno, ameaça a soberania no âmbito interno, pois desloca-se a arbitragem do discurso político para o âmbito privado. Praticamente todas as plataformas possuem regramentos internos que tratam da questão de seu funcionamento e especialmente da moderação de conteúdo

O exemplo mais eloquente destas iniciativas é a do *Facebook* com a criação do seu *Oversight Board* ou *Comitê Independente de Supervisão*⁸¹. A história de sua concepção, criação e primeiros passos foi detalhadamente documentada por Klonick (2020). A autora foi admitida a acompanhar todas as etapas de estruturação e produziu um excelente retrato do que pretende ser o Comitê. Sua análise se inicia pela resposta à seguinte questão: o que motiva e incentiva o *Facebook* a criar tal órgão de supervisão?

As respostas potenciais a essa pergunta refletem uma mistura de idealismo, ceticismo e cinismo. Da perspectiva mais perspicaz, a decisão do Facebook de criar o Comitê é um momento nobre de boa vontade. Com ceticismo, a criação do Comitê é uma grande jogada de relações públicas: um esforço para dar a aparência de preocupação com os usuários e sua opinião sobre as políticas de discurso do Facebook, a fim de aumentar a confiança na empresa. Mais cinicamente, uma vez que o Comitê esteja instalado e funcionando, ele também pode ser um bode expiatório conveniente para decisões controversas de moderação de conteúdo (...) que o Facebook atualmente é forçado a absorver sozinho. (tradução do autor)

Mas certamente, pontua, o problema central é econômico. O incremento da regulação em nível internacional a partir da entrada em vigor do GDPR, a aplicação de multas milionárias à Companhia e a ofensiva regulatória no âmbito da política antitruste com o empoderamento da *Federal Communication Commission* (FCC) criaram o estímulo decisivo para a construção da ambiciosa estrutura que já era demandada desde as origens das controvérsias acerca da moderação de conteúdo no âmbito das plataformas.

81Vide: <https://oversightboard.com/>.

Os critérios e formas desta moderação foram durante muito tempo deliberadamente *opacos* (KLONICK, 2020) e hoje são produto da maturação de técnicas e ferramentas que envolvem procedimentos automatizados - que podem ser altamente eficazes para certos tipos de conteúdo como nudez e condutas violentas - e intervenção humana com maior ou menor grau de proatividade, sem que se esclareça de forma definitiva quais os interesses que devem ter relevo em uma não rara colisão entre os interesses da companhia e o interesse público. Assim é conduzido, pode-se dizer em um rápido resumo, o *varejo* da moderação de conteúdo numa plataforma de mais de 2,5 bilhões de usuários e seus *Community Standards*. Klonick (2020) pontua quanto à evolução dos procedimentos que:

Em abril de 2018, depois de mais de uma década escondendo as regras internas por trás dos *Community Standards* voltados ao público, o Facebook lançou uma versão inteiramente pública. A divulgação pública das regras foi significativa por causa do que este momento de transparência parecia prometer. Durante os quatorze anos em que a moderação de conteúdo do Facebook operou em segredo, mudanças - boas ou más, polêmicas ou não - ocorreram sem o conhecimento ou reação do público. A mudança para a transparência funcionou como um reconhecimento tácito de que os usuários do Facebook tinham o direito de conhecer as regras que os regem e expressar suas reações. Mas a revelação do Facebook não foi apenas insuficiente para conter a indignação; na verdade, alimentou mais críticas. A descoberta do público de que um pequeno quadro de pessoas sediadas no Vale do Silício foram os únicos criadores e decisores sobre as regras que regem esta plataforma global vital para o discurso online e que, embora existissem regras, sua operação carecia de ideias centrais de processo e procedimentos adicionou combustível para comparações permanentes entre o Facebook e um estado feudal, reino ou ditadura. (tradução do autor)

O *Comitê* foi criado para responder a esta ideia de anomia. Não para o varejo, mas para o estabelecimento de *standards* a partir de casos representativos sobre questões fundantes em relação à liberdade de expressão. O sistema teve de ser estabelecido desde o início, com a definição de procedimentos, recursos, regras de composição, recrutamento de componentes e pessoal e seleção de casos a serem analisados. Seu funcionamento atende especialmente ao 3º dos *Princípios de Santa Clara*, que trata da possibilidade de recursos quanto às decisões tomadas pelas plataformas. Sobre o tema, Klonick (2020) informa preciosos detalhes dos bastidores e sua íntima relação com o caso *Cambridge Analytica*:

Na esteira das revelações sobre o papel do Facebook na eleição presidencial dos EUA de 2016, Mark Zuckerberg ofereceu uma série de jantares para diferentes grupos de acadêmicos e advogados em sua casa para discutir o que o Facebook poderia fazer melhor. Esses eventos parecem ter sido o início da abertura do CEO para um diálogo mais amplo sobre o modelo de governança privada em moderação de conteúdo e privacidade. Os Princípios

de Santa Clara de Transparência e Responsabilidade na Moderação de Conteúdo nasceram neste novo momento de alavancagem. Elaborado por um grupo diverso de acadêmicos de moderação de conteúdo - Irina Raicu, Sarah T. Roberts, Nic Suzor e Sarah Myers West - e acompanhado pela EFF, ACLU Foundation of Northern California, CDT, and New America's Open Technology Institute, os Princípios declararam três "etapas iniciais" que as empresas devem seguir para fornecer "o devido processo substantivo" nas plataformas. A primeira etapa aborda questões de transparência relacionadas às estatísticas de moderação de conteúdo e aviso aos usuários cujo conteúdo foi removido, mas o cerne da iniciativa estava no princípio final. O Terceiro Princípio de Santa Clara instou as plataformas a criarem "oportunidades recursais efetivas e tempestivas" para seus usuários e, a longo prazo, considerarem "processos de revisão externa independente". O foco na ideia de um procedimento recursal externo independente ou de um órgão multissetorial independente, a fim de criar responsabilidade para plataformas de fala on-line, era importante, mas não era novo. Em janeiro de 2018, Noah Feldman, professor de direito constitucional, escreveu um breve memorando explicando os detalhes de uma "Suprema Corte do Facebook", as virtudes que tal tribunal teria que incorporar e como ele poderia resolver os problemas dos usuários do Facebook e dos usuários do Facebook. Ao conseguir a adesão de sua ideia, Feldman tinha algo que muitos outros não tinham: uma amizade próxima com o diretor de operações do Facebook, Sheryl Sandberg. Feldman passou o memorando para Sandberg, que o passou para Zuckerberg. (tradução do autor)

O Comitê iniciou seus trabalhos no início de 2020. Até o fechamento deste trabalho haviam sido divulgadas 23 decisões⁸², 3 delas sobre o Brasil⁸³. A decisão mais relevante se deu no caso 2021-01-FB-FBR que tratou da restrição do acesso do ex-presidente Donald Trump às suas contas no *Facebook* e *Instagram* em sequência aos acontecimentos do dia 06.01.2021⁸⁵.

Não se pode negar que, a despeito das dúvidas quanto à sinceridade da iniciativa da plataforma nos termos postos por Klonick (2020) e referidos linhas acima - o que pode ser aplicado obviamente às demais - a decisão do caso Trump e especialmente as recomendações finais, possuem o grande mérito de sintetizar questões fundamentais acerca da problemática e conferem importantes vetores acerca da necessidade de resposta proporcional aos danos causados por manifestações de pessoas influentes. De um modo geral, aliás, as decisões do Comitê são informadas por denso conteúdo técnico e correção de abordagem.

⁸²Vide: <https://oversightboard.com/decision/>.

⁸³Em apenas 5 casos a decisão das plataformas vinculadas ao que hoje é o grupo *Meta* foram mantidas.

⁸⁴Casos: (i) 2020-004-IG-UA violação dos padrões acerca de nudez adulta em post que tratava de campanha de conscientização sobre o câncer de mama. Íntegra em <https://www.oversightboard.com/sr/decision/004/Portuguese>; (ii) 2021-008-FB-FBR possível veiculação de informação falsa a respeito da eficácia de medidas preventivas contra a COVID-19. Íntegra em <https://oversightboard.com/decision/FB-B6NGYREK/>; e; (iii) 2021-013-IG-UA, sobre os usos medicinais e religiosos do *ayahuasca*. Íntegra em <https://oversightboard.com/decision/IG-0U6FLA5B/>.

⁸⁵Íntegra em: <https://oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>.

Porém, retornando ao ponto original na esteira de Brescia (2020), a regulamentação unicamente pelos mercados apresenta aspectos muito problemáticos que inviabilizam sua adesão única.

Primeiramente, há um *déficit* democrático crônico inafastável mesmo com a criação de uma estrutura independente como o Comitê de Supervisão do *Facebook*. Os encarregados do estabelecimento de regras e tomadas de decisões não são eleitos ou mesmo democraticamente apontados e há dúvidas quanto à sua efetiva independência legitimadas justamente pelo processo de escolha.

Segundo, ainda que o sistema de moderação de conteúdo seja construído de forma precisa e funcione como um relógio suíço, os mecanismos de microdirecionamento de conteúdo e propagação de notícias falsas que realmente importam do ponto de vista da prevenção dos danos democráticos não são os observáveis pela moderação de conteúdo feita no *varejo*, mas traduzem-se normalmente em grandes esquemas de disseminação de informações através de estruturas especializadas em arrecadação de recursos, disseminação de conteúdo e fragmentação de responsabilidades. As plataformas pouco podem fazer senão ajudar a desnudar esses esquemas e às estruturas estatais, a quem é reservado o poder de polícia, é que devem dispor de mecanismos eficientes, inclusive de intervenção em conteúdos disseminados nas plataformas.

Terceiro, iniciativas como a do Comitê de Supervisão do *Facebook* se pretendem globais. Para além de discussões mais profundas acerca do acerto *filosófico* de uma tal pretensão universalizante de valores, evidentemente, se há critérios que podem ser utilizados para a organização transnacional da ponderação do uso das redes, a análise efetiva sobre os abusos quanto ao discurso com impacto político ou eleitoral apenas será efetivo através da análise acurada das peculiaridades daquela dada comunidade naquela específica quadra histórica. Assim, mesmo se admitindo que as iniciativas de autorregulação podem ser eficazes para conter razoavelmente os abusos em relação a eleições que atraíam muita atenção em bases territoriais grandes, será sempre muito difícil a contenção em bases territoriais e populacionais menores nas quais os danos relativos podem ser ainda maiores.

E, quarto, a ênfase na autorregulação causa em perspectiva um problema quanto à concentração de mercados. Se a autorregulação for a única solução, tendencialmente a acomodação quanto às regras de moderação será tanto mais eficiente quanto menos companhias atuarem no setor. Haverá menos ordenações parciais e o sistema será mais previsível. Mas automaticamente tenderá à concentração o que obviamente, segundo as regras antitruste, não será algo desejável. Além disso, na prática o que se verifica é que o

recrudescimento das regras de moderação pode causar a migração entre plataformas para uma cujas regras sejam mais permissivas⁸⁶ ou até mesmo a criação de novas estruturas com foco em determinado público e de controle ainda mais difícil⁸⁷ com a pulverização de perfis institucionais e de seus próprios termos de uso. Ou seja, cria-se um dilema e nenhuma das soluções atende ao interesse público⁸⁸.

E mesmo do ponto de vista funcional há dificuldades. Schaake e Reich (2020) observam que:

Uma questão importante é como as empresas de mídia social são capazes de detectar "comportamento inautêntico coordenado" em suas plataformas. O problema é que não há definição do que constitui este tipo de conteúdo - definir o que é coordenação e o que é inautêntico está longe de ser um julgamento sem juízo de valor. A falta de clareza, transparência e definições são importantes principalmente durante ciclos eleitorais. Embora os princípios básicos dos padrões de moderação de conteúdo sejam tornados públicos, o equilíbrio entre moderação humana e automatizada não é, e o núcleo algorítmico da curadoria de conteúdo é opaco⁸⁹, e toda a operação é significativamente impulsionada por incentivos comerciais. Questões de transparência e responsabilidade surgem inevitavelmente. Um ponto de partida é que não há coordenação ou global padrões em empresas como Twitter, Facebook, Instagram, Google, YouTube e TikTok. Nós estamos no estágio inicial de elaboração das normas para comunicação política online. Um debate aberto e público é necessário e urgente sobre questões como o que constitui uma "rede" inautêntica ou conteúdo "falso"? (tradução do autor)

Em resumo, e especificamente no que concerne ao âmbito eleitoral, a *privatização da coerção* deve ser vista e utilizada com moderação sempre a partir de critérios previamente estabelecidos de forma democrática e sob a estrita supervisão da autoridade regulatória, pois se trata de proteger o coração do regime democrático.

4.2 Transparência e financiamento das campanhas eleitorais

⁸⁶Por exemplo, no caso de uso de serviços de mensageria, a migração de usuários e canais do *Whatsapp* para o *Telegram*.

⁸⁷Como a pretensão de Donald Trump de criar uma nova plataforma. V. p. ex. <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-58990330>.

⁸⁸Sobre este aspecto v. Balkin (2020). Ele trata do tema respondendo a objeções de Khan e Pozen (2019) especificamente no item II do texto, p. 10 e ss.

⁸⁹Balkin (2020) afirma que *digital businesses must allow government regulators to inspect their algorithms for purposes of enforcing competition law, privacy, and consumer protection obligations*.

É também essencial que as instâncias regulatórias sejam capazes de garantir cada vez mais que as atividades realizadas a título de campanha eleitoral sejam transparentes, ou seja, que os eleitores saibam que estão sendo expostos a material de campanha e tenham, portanto, capacidade de se determinar de acordo com esta informação.

No ambiente digital trata-se de desafio considerável.

O modelo de negócio das *redes sociais* é pensado para maximizar os ganhos provenientes da monopolização da atenção de seus usuários. Para tanto, as técnicas de perfilação e microdirecionamento dos anúncios são cada vez mais refinadas e capazes de atingir uma gama mais específica de usuários de forma cada vez mais eficiente. Em termos simples, um dos *truques* que possibilitam tal eficiência é fazer com que o conteúdo versado nas redes sociais ou em outros aplicativos seja *mimetizado* no conteúdo acessado pelas preferências. Mas o alcance eleitoral dessas técnicas na era dos *Big Data* deve ser esclarecido.

Da Empoli (2019) observa que o microdirecionamento sempre foi utilizado com maior ou menor habilidade por candidatos no curso das campanhas eleitorais. Ele aponta, por exemplo, que *Arthur Finkelstein*, hoje um dos principais conselheiros políticos e estrategistas do 1º ministro húngaro *Viktor Orbán*, utilizava-se de escrupulosas sondagens demográficas já nos anos 80 para dirigir candidaturas nos EUA, sendo a mais notória a de Ronald Reagan à presidência da República. Através de tais sondagens, *Finkelstein*, sempre segundo Da Empoli (2019), era capaz de calibrar o discurso eleitoral de seu candidato a determinado conjunto de indivíduos ou comunidades. Isto possibilita que as mensagens sejam baseadas no receptor e não no tema da campanha e permitem a calibragem do discurso nesse critério. Este tipo de estratégia não é novidade. Porém, continua Da Empoli (2019), “em termos políticos, a chegada do *Big Data* poderia ser comparada à invenção do microscópio. No passado, a partir de sondagens sempre aleatórias, os comunicadores políticos podiam atingir grandes aglomerados demográficos ou profissionais (...)”. Hoje, com o advento dos *Big Data* é “possível enviar mensagens personalizadas a cada eleitor com base nas características individuais” a partir de dados coletados de formas ostensivas ou não, como ocorreu no caso *Cambridge Analytica*. Da Empoli (2019) soma os fatores e apresenta como resultado o fato de que a tônica das campanhas é agora a emissão de mensagens políticas com conteúdo automatizado, distinto e muitas vezes entre si contraditório, se visto no seu conjunto, a depender de quem recebe a mensagem.

Também a forma de disseminação desse conteúdo, antes tendente à centralização estratégica, agora é disseminado de forma automática e aparentemente *horizontal*, escapando dos controles das autoridades com a utilização de *bots* ou mesmo de *soldados virtuais*,

“avatares de carne e osso (...) pessoas reais dispostas a disseminar certos conteúdos em certos contextos” (DA EMPOLI, 2019).

Esta linha de raciocínio não leva necessariamente à conclusão de que os conteúdos microdirecionados devam ser simplesmente proibidos. Ao contrário, como aponta Rauch (2022) uma proibição de disseminação de conteúdo de caráter eleitoral apenas por ser microdirecionado, seria uma reação provavelmente baseada em temor irracional de utilização da tecnologia. Contudo, as balizas quanto à sua produção (coleta de dados dos usuários, especialmente) e disseminação devem ser objeto central da preocupação regulatória.

Especificamente quanto ao conteúdo *automatizado*, Lessig (2022) chama os mecanismos de criação e disseminação de mensagens de *replicants* em referência ao filme *Blade Runner* e afirma categoricamente que nenhuma interpretação possível do conceito de liberdade de expressão para fins do discurso político pode legitimar sua utilização. Não que esses mecanismos sejam exatamente ilegais. Podem ser tolerados para outras finalidades, mas nos estritos termos da participação política, a Suprema Corte decidiu em *Citizens United* que as corporações são formadas de pessoas e que a proteção é dirigida ao discurso e não exclui nenhuma categoria de *speaker*. Entretanto, Lessig (2022) anota que a mesma Corte, em *Bluman v. F.E.C* (2011) interditou o acesso ao debate político por parte de estrangeiros com base precisamente no recorte entre discurso em geral e discurso político. Assim, mesmo nos EUA, onde o tema da liberdade de expressão interdita uma aproximação regulatória mais expressiva, este é um ponto importante para discussão.

Por outro lado, novamente é a própria arquitetura das plataformas que tende a amplificar o problema. Veja-se por exemplo o que Steiger (2020) sobre a atuação da *Cambridge Analytica* e a geração de formas de propaganda microdirecionada através de *dark posts*:

Não é uma nova percepção o fato de o setor privado coletar dados. Normalmente, o principal objetivo é prever melhor o comportamento dos clientes em ordem para obter lucros com mais eficiência. Mas os dados também podem ser usados para manipular os eleitores. Como isso funciona? Em primeiro lugar, reunindo o máximo de dados pessoais possível - no caso em questão de quase todos os americanos elegíveis para votar: 220 milhões de pessoas. Esses dados foram coletados de várias fontes acessíveis ao público, incluindo o Facebook. Em segundo lugar, um chamado Ocean Score foi extraído desses dados que divide as pessoas em cinco tipos básicos. Diz-se que o algoritmo já conhece você melhor do que um amigo levando em consideração apenas 70 curtidas no Facebook. Com 150 curtidas, ele conhece você melhor do que seus pais e com 300 curtidas ele conhece você melhor do que seu parceiro. Em terceiro lugar, os resultados foram usados para fins de marketing direto. Por exemplo, se o Ocean Score identificou

alguém como uma pessoa bastante amedrontada e, além disso, essa pessoa gostou da página do Facebook da National Rifle Association (NRA), um anúncio do Trump com uma imagem de homens invadindo uma casa foi exibido no feed de notícias do Facebook dessa pessoa. Se o Ocean Score mostrou que alguém é uma pessoa extrovertida, um pai e também gostou da página do Facebook da NRA, um anúncio do Trump com a imagem de uma família feliz caçando patos era exibido. Esses anúncios são chamados de **dark posts** do Facebook - dark post porque podem ser vistos apenas pela pessoa-alvo e muitas vezes nem mesmo serão divulgados como um anúncio. Quatro mil diferentes dark posts, alcançando entre 1,4 e 1,5 bilhão de espectadores, foram aparentemente usados na Campanha eleitoral de 2016 do senador Ted Cruz. No dia do terceiro debate na televisão entre Trump e Clinton, 175.000 variações diferentes de dark posts foram testadas. Uma comparação com dark posts comerciais comuns mostra a eficácia desta ferramenta: as taxas de clique aumentam em 60% em comparação com a publicidade não personalizada. A taxa de conversão, que indica a porcentagem daqueles que clicam e daqueles que realmente se tornam compradores, aumenta extraordinários 1.400%. (tradução do autor)

Sem falar que o universo da campanha eleitoral não se resume à promoção de candidatos e partidos mas também e cada vez mais frequentemente à detração de opositores (campanha eleitoral negativa⁹⁰).

A Autoridade regulatória britânica (*The Electoral Commission*), por exemplo, dispõe de material informativo que merece destaque⁹¹ e atenção por parte de nossas autoridades:

Transparência da publicidade política digital

Os candidatos podem usar ferramentas de mídia digital e social para direcionar suas mensagens às pessoas que mais desejam alcançar. Os candidatos usam os dados pessoais que eles e as plataformas de mídia social têm para atingir os eleitores. Eles têm como alvo os eleitores com base em fatores demográficos como idade e sexo, em seus interesses e em sua localização física. Isso é frequentemente chamado de "micro-segmentação" porque os candidatos são capazes de enviar mensagens personalizadas para grupos específicos de eleitores com base nessas informações. Eles também podem ajustar as mensagens que enviam muito rapidamente, para levar em conta o que parece funcionar melhor com grupos ou indivíduos específicos. Apenas o eleitor, o candidato e a plataforma sabem quem foi alvo de quais mensagens. Apenas a empresa e o candidato sabem por que um eleitor foi visado e quanto foi gasto em uma campanha específica. É por isso que o termo "dark posts" tem sido usado para descrever a micro-segmentação,

90V. p. ex: “[...] *Propaganda eleitoral negativa. Impulsioneamento. Internet. Vedação legal. Art. 57–C, § 3º, da Lei nº 9.504/97. Acórdão em conformidade com a jurisprudência desta Corte. [...] 2. In casu, consta no acórdão regional que os ora agravantes se valeram da ferramenta impulsioneamento em seu sentido negativo, com claro objetivo de prejudicar candidato adversário, atraindo a sanção prevista no § 2º do art. 57–C da Lei nº 9.504/97. 3. A conclusão da Corte Regional está em sintonia como o entendimento desta Corte Superior de que é de rigor a multa prevista no § 2º do art. 57–C da Lei nº 9.504/97 se a propaganda eleitoral por meio de impulsioneamento de conteúdo na internet tiver o objetivo de criticar candidatos a cargo eletivo. [...]*” ([Ac. de 7.5.2019 no AgR-AI nº 060888240, rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.](#))

91Disponível em: <https://www.electoralcommission.org.uk/who-we-are-and-what-we-do/changing-electoral-law/transparent-digital-campaigning/report-digital-campaigning-increasing-transparency-voters>.

embora seja perfeitamente legal. Em nossa pesquisa recente, eleitores disseram que mensagens direcionadas de ativistas poderiam ser úteis se significassem que eles obtivessem informações mais relevantes e interessantes para eles. Mas eles estavam preocupados com a forma como seus dados pessoais foram coletados e usados. Eles também disseram que ficariam preocupados com mensagens direcionadas que espalham informações falsas ou enganosas. Outras preocupações foram levantadas sobre a transparência dos gastos e direcionamento da publicidade política digital também. As regras eleitorais do Reino Unido estabelecem limites de gastos para impedir que os ativistas gastem muito mais dinheiro do que seus oponentes a ponto de obterem uma vantagem injusta. Como parte disso, os partidos e candidatos devem relatar quanto gastaram para produzir e enviar mensagens direcionadas aos eleitores usando os canais digitais. Isso inclui mensagens direcionadas a grupos específicos de pessoas em um grupo constituinte específico. Os partidos políticos devem relatar os custos de muitos tipos de mensagens nas eleições. Mas se as mensagens promoverem um determinado candidato, as regras podem exigir que o candidato relate o custo dessas mensagens. Essas regras não funcionam corretamente se os candidatos e partidos políticos não reportarem o dinheiro que gastam em mensagens direcionadas em relação ao limite certo. Queremos verificar se os candidatos relataram corretamente o dinheiro que gastaram em relação ao limite certo. Seria útil se a lei dissesse que os candidatos devem incluir uma impressão em todo o seu material digital de campanha. (tradução do autor)

Irmão gêmeo do problema da transparência é a questão do financiamento das campanhas. De fato parece inegável, e sobre isso já se fez referência acima, que o baricentro das campanhas eleitorais deslocou-se abruptamente das manifestações de rua e das mídias tradicionais para as redes sociais. E isso se deu sem que houvesse amadurecimento, ou mesmo mínimo conhecimento, das autoridades regulatórias acerca das potenciais consequências desta alteração de perfil.

Pildes (2019), por exemplo, relaciona o crescimento proporcional da participação de pequenos doadores no resultado final das arrecadações de campanha ao crescimento da polarização política nos EUA. Segundo ele, pequenos doadores tendem a ser mais engajados politicamente e exigem em contrapartida à sua participação uma correlata atitude do seu candidato em direção à maior radicalização do discurso. E isso não só nas eleições presidenciais. Este fenômeno, segundo ele, é possibilitado e potencializado pelas formas difusas de arrecadação de valores mediante as formas disseminadas nas redes sociais. Há uma alteração dos centros decisórios partidários em direção aos extremos.

A conclusão aparentemente vai de encontro ao que seria o esperado pelo aumento da base de doadores de campanha e a retirada de cena da figura dos *big donors*, que tem como marco entre nós a decisão do STF na ADI 4650 que proibiu a doação de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais⁹². Isso demonstra que qualquer opção regulatória envolverá *tradeoffs*.

92Íntegra disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

Nesse específico aspecto deve-se sopesar se o risco de captura pelo financiamento por pessoa jurídica é mais ou menos significativo do que o do incentivo à polarização no caso das campanhas baseadas em pequenos doadores em tempos de arrecadação difusa e massificada pelas redes sociais.

De todo modo, sem a preparação e o conhecimento adequados das autoridades regulatórias a respeito e dadas as formas de *remuneração* das redes sociais que escapam aos modelos tradicionais (v. *supra* a polêmica Balkin v. Khan e Pozen sobre o modelo de negócios do *Facebook*), torna-se cada vez mais difícil compreender a engenharia do financiamento das campanhas eleitorais ou mesmo determinar o que feito *na campanha* ou a *título de campanha* o que abre margem para o fluxo de dinheiro com origem desconhecida ou proibida e que passa ao largo das autoridades regulatórias. O TSE tem se preocupado sobremaneira com a questão⁹³ mas trata-se de problema até agora sem o devido equacionamento.

4.3 O dever de sinceridade na arena política

Por fim, deve-se discutir seriamente os contornos da *sinceridade* no debate político.

Não são necessárias maiores digressões acerca dos efeitos deletérios no âmbito eleitoral (mas não somente) da propagação em massa de forma orquestrada e no mais das vezes dissimuladas de informações incompletas, distorcidas, retiradas do contexto adequado e muitas vezes com o único objetivo de incutir dúvidas, ainda que surpreendentemente estéreis e nem um pouco ancoradas aos fatos reais da vida.

As *fake news* podem ser definidas como “informação falsa, muitas vezes sensacionalista, disseminada sob o disfarce de reportagem” (COLLINS-DICTIONARY, 2017 *apud* GREIFENEDER et al, 2021). Frequentemente de sua utilização partem os ataques mais viscerais contra as instituições democráticas, o estado de direito e fomentam o radicalismo e o extremismo político, mas não só.

A discussão sobre este aspecto não é nova (isto é, não nasceu com as redes sociais) e obviamente se deduz da amplitude devida à liberdade de expressão, seus contornos e limites (ou ausência destes). O que parece ser importante no presente momento é retornar a uma pergunta que esteve sempre presente nas obras seminais sobre teoria política e

93V. <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Agosto/corregedor-do-tse-determina-que-plataformas-digitais-suspendam-repasses-financeiros-a-paginas-que-propagam-desinformacao>.

democrática que diz respeito à existência, ao que se chamará aqui de forma sintética, de um dever de *sinceridade*⁹⁴ no âmbito do debate público.

Sobre o tema, Sunstein (2021), obviamente condicionado pela notável amplitude dada ao *free speech* pela Suprema Corte⁹⁵ observa:

Existe o direito de mentir? Sobre uma pandemia? Sobre saúde e segurança? Sobre um funcionário público? Sobre um ator ou músico? Sobre um vizinho? Sobre ciência? Se estamos comprometidos com a liberdade de expressão, devemos tolerar mentiras? E as falsidades em geral? Quão importante é a verdade? E o que os governos devem fazer para protegê-la? (...) Em uma famosa **opinion**, o juiz da Suprema Corte Oliver Wendell Holmes Jr. escreveu: “A proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem de gritar falsamente fogo em um teatro e causar pânico. Agora, muitas pessoas estão gritando falsamente em um teatro lotado. Eles estão causando pânico. No mínimo, o que eles estão fazendo é bem próximo disso. Certamente estão gritando, e o que estão gritando é falso. Em alguns casos, suas mentiras estão no cerne do autogoverno democrático. Algumas dessas mentiras vêm de governos estrangeiros, como a Rússia. Alguns deles são cultivados em casa. Eles vêm de funcionários públicos e de políticos ou daqueles que os apoiam. É importante ressaltar que muitas declarações falsas não são mentiras; as pessoas que os fazem ou divulgam acreditam sinceramente que são verdadeiros. As falsidades são uma categoria ampla da qual as mentiras são apenas uma parte. Algumas pessoas dizem o que sabem ser falso. Outros são imprudentes; deveria ser óbvio que eles estão espalhando falsidades, mas eles não sabem o que estão fazendo. Ainda outras pessoas estão simplesmente enganadas; eles tinham motivos para dizer que sim, mas descobriram que estavam errados. Essas diferenças são importantes. Quando estamos decidindo se uma falsidade pode ou deve ser punida ou regulamentada, pode ser crucial saber se o falante foi um mentiroso, um descontrolado, ou se foi apenas um engano. Mas mesmo os erros mais inocentes podem ser prejudiciais e perigosos. (...) As pessoas erram sobre saúde e segurança e seus erros custam vidas. (tradução do autor)

O problema central está na *intencionalidade da conduta* e, ao final, no dilema da *verdade*. De fato, o que diferencia as *fake news* dos meros erros de informação é a intenção de enganar. Greifeneder et al, (2021) salientam que se trata de expediente de “desinformação com o objetivo de disseminar notícias falsas criadas para prejudicar uma pessoa, grupo social, organização ou país”. O mesmo efeito, prosseguem, pode ser causado pela “divulgação de informações factualmente corretas com implicações prejudiciais – por exemplo, vazando informações privadas factualmente verdadeiras que não deveriam ter qualquer relação com questões públicas”, o que caracterizam a *mal-information (informações maliciosas)*. Sua lesividade está precisamente em serem capazes de mimetizar a realidade e produzir

94Para uma reflexão aprofundada sobre o tema v. Baias e Loriaux (2017).

95Sobre o entendimento da Suprema Corte e tribunais inferiores americanos acerca do conteúdo da 1ª emenda em relação aos meios digitais, v. Blackman (2020).

compartilhamentos de boa-fé que propagam seu alcance e potencializam sua credibilidade. “Uma vez aceitas, as informações falsas são muito difíceis de corrigir e podem continuar a influenciar as crenças relacionadas, mesmo quando as pessoas não endossam mais as informações falsas que deram origem a essas crenças” (GREIFENEDER et al, 2021).

O Min. Luís Roberto Barroso tratou da questão forma reflexa do tema no âmbito da RCL 22328/RJ⁹⁶, especificamente sobre a atividade jornalística. Segundo ele:

A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade. (...) De fato, no mundo atual, no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, seria impossível pretender que apenas verdades incontestáveis fossem divulgadas pela mídia. Em muitos casos, isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo de informação jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade. Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos.

A sinceridade especificamente no debate público e propriamente em relação aos políticos é tema sempre em voga desde a *Retórica* de Aristóteles. Anderson (BAIASU; LORIAUX, 2017) relacionando-o a Kant anota que:

Aristóteles desenvolve a arte da retórica numa elevada ciência ética da fala e da escrita. Como ciência, a retórica, por sua vez, seria regida pela ciência mais autorizada de todas: a política. A retórica aristotélica baseava-se na capacidade do filósofo de ver o que é persuasivo em todas as situações pelas quais ele (sic) publicamente expôs argumentos sobre algo; mas isso não significava que o retórico sempre seria capaz de convencer o público em todas as situações. Além disso, Aristóteles aceita prontamente que a retórica pode ser mal utilizada. No entanto, ele afirma que "seu abuso não é argumento contra seu uso adequado do lado da verdade e da justiça". O uso adequado da retórica, ao envolver ouvintes ou leitores, também apóia, o que chamarei de, “sinceridade kantiana” ao escrever ou ao falar verdadeiramente. Veracidade significa sinceridade na política. Assim, aqueles oradores que tentam estabelecer - no sentido de ética como política de Aristóteles - o que é verdadeiro e justo necessitarão de retórica, para persuadir uma audiência pública, especialmente uma audiência incapaz de seguir ou ser convencida por uma argumentação estritamente lógica formal. Os três "modos" de Aristóteles para persuasão são: (i) o caráter pessoal do falante; (ii) um certo estado de espírito do público; e (iii) as palavras do próprio discurso. Os “meios de persuasão” de Aristóteles também são três: (i) raciocinar

96Íntegra disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314302526&ext=.pdf>.

logicamente; (ii) compreender as formas de bondade humana; e (iii) compreender as emoções, suas causas e formas. Embora Kant nunca discuta explicitamente os modos e meios de persuasão filosófica, procuro demonstrar que ele emprega a retórica, mesmo que involuntariamente, como política; e os meios da retórica kantiana incluem - semelhante à retórica aristotélica - lógica, ética e emoções. A definição de política de Aristóteles é a mais confiável “ciência do bem para o homem”; a ciência da retórica é um de seus desdobramentos. A *Ética a Nicômaco* de Aristóteles estuda o bem para os seres humanos como o fim (telos) da ciência política. Embora a política seja a ciência do bem para o “homem” e o bem para um único indivíduo valha a pena, Aristóteles afirma, “é melhor e mais divino alcançar [o bem] para uma nação ou cidade-estado”. Veremos que Kant assume um sentido semelhante para a ética - como o bem para os humanos individual e universalmente - que Aristóteles reivindica para a política. (tradução do autor)

O ponto central é que uma *correta* ciência da política não puramente descritiva deve servir a um propósito, que só pode ser o bem comum. E a consecução de tal objetivo parece também estar em desacordo com expedientes comunicativos no âmbito do discurso político que tendam a incluir o *falso* como expediente válido de retórica sob o ângulo jurídico. É lógico que a questão seguinte desloca-se para o patamar de um possível ou não *arbitramento da verdade* e sua impossibilidade, pretensão (ou tentação) que nos estreitos limites da atividade judicial é algo que, no mínimo, envolve notáveis riscos⁹⁷. No âmbito da filosofia, contudo, trata-se de clássico problema que envolve *semântica, lógica, contextualização* e uma infinidade de predicados e variáveis⁹⁸⁹⁹. Mas a tarefa do direito pode ser simplificada neste campo por uma digressão *a contrario sensu*. Basta ter em mente a intuitiva noção, constante do voto do Min. Barroso antes mencionado, que o direito não pode proteger a falsidade. Se

97A respeito v. Costa, 2021. Disponível em <https://www.infomoney.com.br/columnistas/convidados/fake-news-liberdade-de-expressao-posicoes-anticientificas-a-justica-consegue-arbitrar-a-verdade/>.

98Um aprofundamento da discussão demandaria incursão no âmbito da gnoseologia e da epistemologia, além do tratamento da distinção entre os conceitos de, ao menos: i. *verdade da proposição e verdade ontológica*, presente já na metafísica de Aristóteles no início *Da Interpretação* e objeto de preocupação de São Tomás, Hobbes, Spinoza, Locke (esses três negando o conceito ontológico) e Hegel (na lógica hegeliana ideia é identificada com verdade, mas não a verdade meramente proposicional, ou exatidão, mas a verdade em si mesma); ii. *verdade como correspondência* que trata do conteúdo da verdade em correspondência aos fatos e tem como defensores em nosso século Russell (*Significado e Verdade, 1940*) e Tarski. *O conceito de verdade em linguagens formalizadas, 1933* e, especialmente, *A concepção semântica da verdade, 1944*); iii. a verdade para o existencialismo (HEIDEGGER, *Da essência da verdade, 1943*; JASPERS, *Sobre a verdade, 1947*). Para um resumo, v. Glanzberg; 2021 e Landucci (*In: Enciclopedia Garzanti di Filosofia, 1981*. Uma abordagem de suma importância em relação ao problema contemporâneo é o da *lógica doxástica*. Sobre o tema, v. Nicolai e Stern (2021). Desataca-se: *The notion of truth, modal notions, and doxastic notions such as belief and knowledge play a crucial role in contemporary philosophy. From its very beginnings philosophy has sought to fully understand these notions. Following the linguistic turn and the rise of analytic philosophy, the study of the uses of the aforementioned notions in (natural) language has become an important part of the data against which a theory has to be tested and sharpened. Indeed research on truth within this tradition has focused on the role and uses of the truth predicate in language—be it in natural language or some more regimented theoretical language. Research on belief has been importantly influenced by how belief reports are to be best understood and similar remarks apply to modal notions and knowledge.*

99Interessante abordagem sob a perspectiva de Arendt está em Merenda, 2021.

sempre será difícil determinar o que é verdadeiro ou não no debate político, é também correto afirmar que há um campo de atuação, que se pode chamar das *falsidades evidentes* e intencionalmente difundidas, que não pode estar albergadas pelas regras vigentes, mais ou menos como no exemplo citado por Sunstein (*supra*) em relação ao homem que grita “fogo” em um teatro lotado.

Esta noção desloca o problema da ética informacional do seu *conteúdo* para o âmbito *procedimental* e da *legitimação* da comunicação. Na correta síntese de Boda (2017) sumariando as discussões seminais a respeito em Apel e Habermas:

A ética comunicativa, de Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas (Apel 1990; Habermas 1990), é uma teoria influente que desenvolveu as normas procedimentais para uma comunicação justa. Embora tenha sido inicialmente elaborada para definir as circunstâncias que podem levar ao desenvolvimento e aceitação de normas éticas legítimas, pode ser aplicada a situações mais práticas, pois fornece os critérios de discurso válido. Ou seja, fornece critérios éticos para julgar a validade, aceitabilidade e legitimidade de uma comunicação. A situação comunicativa deve ser livre de coerção e não distorcida por relações de poder e a comunicação deve usar argumentos racionais para convencer as outras partes. A validade do discurso reside em sua inteligibilidade (significado válido), veracidade (autenticidade subjetiva), verdade factual e correção (justificabilidade normativa). A sinceridade pode ser interpretada em termos de dizer a verdade e veracidade (autenticidade subjetiva). Mentir abertamente é certamente contra a norma da sinceridade e, portanto, é representar algo em que não se acredita. Na verdade, as fronteiras entre a falta em dizer a verdade e a mentira nem sempre são fáceis de delinear, mas representam por qualquer dos padrões violações ao princípio da sinceridade. Em termos gerais, Leventhal (1980) identificou seis critérios de justiça processual: representatividade (participação), supressão de parcialidade (imparcialidade), consistência (tratamento igual e consistência ao longo do tempo), precisão (tomada de decisão informada e de alta qualidade), corretibilidade (de decisões injustas ou equivocadas) e ética (conformidade com os padrões morais gerais). Este último critério não deve ser interpretado no sentido de que, em última análise, a justiça processual engloba todos os tipos de valores éticos - indica apenas que outras normas além das listadas nos cinco primeiros critérios também podem influenciar a percepção da justiça processual. É claro que a justiça processual é um fenômeno complexo. Usando resultados de pesquisa psicológica, Machura (1998) argumenta que ao longo do processo de socialização todos nós internalizamos algum tipo de "heurística de justiça procedimental", que é difícil de definir em termos muito precisos, mas que é usada na avaliação de ambientes sociais. Podemos acrescentar que a justiça processual certamente tem significados diferentes para diferentes instituições políticas, ou, mais precisamente, diferentes critérios de justiça processual são usados na avaliação da justiça de diferentes instituições. (tradução do autor)

Prosseguindo, no debate público, *sinceridade*, ao menos no conceito aqui proposto, não se confunde com *transparência*. A transparência opera em campo diverso e tem a ver com a disponibilização de informações e a capacidade de a partir dela se poder aferir a

accountability da gestão do espaço público. Diz respeito ainda à assimilação de instrumentos de participação nas escolhas governamentais.

A sinceridade também não se confunde com *puritanismo*. Como bem adverte Han (2017) refletindo de modo crítico precisamente sobre a sociedade da transparência:

A política é um agir estratégico. Já por causa disso lhe é própria uma esfera oculta. Uma total transparência iria paralisá-la. Assim, o “postulado da publicidade [segundo Carl Schmitt] tem seu opositor específico na ideia de que pertencem àquela política arcana mistérios técnico-políticos que são de fato tão necessários ao absolutismo como os mistérios dos negócios e das empresas para uma propriedade privada e para a vida econômica, que se baseia na concorrência”. Somente na teatocracia é que a política aparece sem mistérios. Aqui a ação política dá espaço à mera encenação. Segundo Schmitt, a “plateia de Papageno” faz desaparecer o arcano: “O século XVIII ousava apresentar excesso de autossegurança e o conceito aristocrático do mistério. Em uma sociedade com essas características não há ‘arcãos’, hierarquia, diplomacia oculta e sequer qualquer política, pois os ‘arcãos’ fazem parte daquela grande política. Tudo deve desenrolar-se frente ao cenário (frente a um palco de Papageno)”. Nesse sentido, o fim do mistério seria o fim da política, e Schmitt chega a afirmar que a política precisa de mais “coragem para o oculto”. O partido dos piratas, como partido da transparência, faz avançar a pós-política, que se equipara à despolitização. É um antipartido, o primeiro partido sem cor. A transparência não tem cor. Nela, as cores não são admitidas como ideologias, mas apenas como opiniões desprovidas de ideologia. E opiniões não têm consequências, não são mordentes e penetrantes como as ideologias, faltando-lhes a negatividade repercutiva. Assim, a atual sociedade da opinião deixa intocado aquilo que já existe. A flexibilidade da liquid democracy consiste em trocar cores, dependendo da situação, e o partido dos piratas é um partido de opinião sem cores.

Aqui se propõe o *dever de sinceridade* como parte da própria conformação democrática, de conteúdo essencialmente jurídico: aos que se apresentam ao debate público são obrigatórios e, portanto, juridicamente exigíveis, comportamentos que não sejam *insinceros*, ainda que transparentes ou moralmente questionáveis¹⁰⁰. Afinal de contas,

¹⁰⁰Não se ignoram os problemas desta afirmação. Para uma leitura crítica a respeito veja-se *The case against sincerity in politics. It is a great quality in our friends. But to insist on it in our leaders is asking for trouble* de R. Jay Magill Jr em: <https://www.bostonglobe.com/ideas/2012/03/31/case-against-sincerity-politics/a26YwpAM3HxJJtoJ5ID4jJ/story.html>. Destaca-se: *Sincerity, at its heart, is a demand to place on private individuals in the private sphere. To ask that the intimately personal be trotted out in public is to mix categories that need to remain separate to function. The personal may be political, but the political need not be personal. “I don’t think you want too much sincerity in society,” the writer W. Somerset Maugham once remarked. “It would be like an iron girder in a house of cards.” We need not fear that truth will be lost in keeping the distinction: Sincerity, after all, is not the same thing as honesty, which means saying what you know to be true about objective things or events, regardless of how you feel about them. Sincerity is also not the same as frankness, which means revealing one’s judgment even though that judgment might offend. Being sincere is a rather more tricky state of affairs: It means conveying truthfully (truthily?) one’s innermost thoughts or emotions, no matter how relevant, factually wrong, or counterproductive. Sincerity, in other words, is a necessary quality to have between friends and intimates. Each can comfort or correct the other when their worries, hopes, and beliefs seem out of touch, or need consolation. But people on the hunt for the truly sincere*

“transparência e verdade não são idênticos. A verdade é uma negatividade na medida em que se põe e impõe, declarando tudo o mais como falso. Mais informação ou um acúmulo de informações, por si sós, não produzem qualquer verdade; faltam-lhes direção, saber e o sentido. É precisamente em virtude da falta de negatividade do verdadeiro que se dá a proliferação e massificação do positivo. A hiperinformação e hipercomunicação gera precisamente a falta de verdade, sim, a falta de ser. Mais informação e mais comunicação não afastam a fundamental falta de precisão do todo. Pelo contrário, intensifica-a ainda mais” (HAN, 2017).

Em resumo, o dilema contemporâneo da regulação da propaganda política desloca-se da tradicional dicotomia entre a *liberdade* de expressão e de engajamento políticos e a *igualdade* no acesso aos meios de persuasão dos eleitores para um campo mais específico, ainda que não totalmente diverso.

O desafio principal agora se dá no âmbito da tutela da *privacidade* do eleitor para que seja garantida sua autonomia decisória no processo político com o acesso correto, seguro e eficaz a meios de informação. Por outro lado, é dever de todos os envolvidos no processo político, e de forma qualificada aos que se habilitam a disputa, que o debate político seja transparente e *sincero* operando sob esse ponto de vista o referido dever como *uma regra procedimental de lealdade e condição para a construção de confiança institucional* (BODA, 2017).

CONCLUSÃO

A ideia do presente trabalho se originou de algumas reflexões acerca da alteração paradigmática observada nos últimos tempos relativamente ao campo de incidência da regulamentação dos temas afetos à tutela das liberdades em tempo de campanhas massificadas em redes sociais.

A arena da campanha eleitoral tem como eixo principal tradicionalmente o equilíbrio entre a liberdade e a igualdade: liberdade na campanha e igualdade de chances eleitorais. A intervenção regulatória, se desmedida, tende a tensionar esse equilíbrio e deve ser feita com precaução e temperança. Mas outros valores igualmente relevantes devem ser admitidos à discussão e o caso *Cambridge Analytica* desperta a atenção para ao menos quatro: (i) transparência; (ii) sinceridade; (iii) a privacidade; e (iv) a autonomia do eleitor. Num

public figure--and the public figure who wishes to be seen as such--would be wise to heed the words of an old Irish sage: “The worst vice of a fanatic,” Oscar Wilde quipped, “is his sincerity.”

ambiente em que postos em cheque tais vetores, obscurece-se a ideia central das democracias, que é a livre determinação informada da vontade da maioria e o resultado eleitoral sempre será obtido com déficit de legitimidade.

De nada adianta negar a influência das redes sociais ou censurar peremptoriamente os expedientes de caráter mercadológico/tecnológico de que se valem para angariar mercados e estender sua influência. Essa postura parece antes de tudo inútil e pouco compreensiva com a inefável realidade de sua ubiquidade e seu poder conformacional. Parafraseando Koulu (2019), é uma postura *neoludita*. Pretendeu-se, antes, contribuir para sua compreensão e a delimitação dos espaços normativos e regulatórios públicos e privados necessários à manutenção do vigor da autonomia da determinação democrática e da defesa da pluralidade de ideias.

Obviamente, a temática se insere em realidade mais ampla e provavelmente ainda mais complexa. É da pauta do direito contemporâneo sistematizar e redefinir os parâmetros normativos e regulatórios em relação às liberdades em geral e sua concreta proteção frente aos desafios que a proteção à privacidade impõe na medida em que o nível de exposição e devassamento têm o patamar alterado como nunca antes visto. Tudo isto, temperado de forma caprichosa pelo advento de uma das maiores emergências sanitárias mundiais que a história já registrou, cuja incidência e espraiamento se deu obviamente com maior facilidade em razão da notável interconexão entre as comunidades mas também cujo combate foi largamente fortalecido pelas mesmas armas e com o recurso aos mesmos expedientes de conectividade e aos avanços contemporâneos.

Não há dúvida que o exercício diário das liberdades públicas, especialmente a liberdade de expressão em sua dimensão política é vital para a democracia e condicionante básico para a própria manutenção do Estado Democrático. A lei e as autoridades regulatórias devem garantir a disseminação livre de ideias e a formação de cidadãos livres e autônomos capazes de realizarem escolhas democráticas informadas e livres de pressões indevidas.

O ato de votar é central ao processo democrático. Ele é a materialização de uma escolha construída, espera-se, democraticamente. As formas de propaganda política tradicionais sempre foram voltadas para angariar esta preferência e nem sempre das formas eticamente mais edificantes, é verdade. Mas o desafio mais recente é impedir que as técnicas de conformação do ambiente informacional determinem *ex ante* as preferências dos eleitores e provoquem o paradoxal encapsulamento da vontade política na abundância de informações disponíveis.

Da teoria à realidade, contudo, há um longo e tortuoso caminho para a realização prática desses objetivos particularmente em épocas de alterações copernicanas quanto à utilização das matrizes comunicacionais.

A centralidade dos meios de comunicação de massa como jornais, revistas e mesmo a televisão, que sempre tiveram o papel de grandes sintetizadores de correntes de opiniões, foi superada por uma comunicação pulverizada e automatizada cuja prática pode provocar um salto qualitativo quanto à vitalidade democrática mas envolve riscos quanto ao respeito à privacidade e, conseqüentemente, à autonomia dos cidadãos.

O presente trabalho teve precisamente este escopo. Menos de descrever um sistema regulatório, dado que ainda em construção e muito incipiente, mas o de pontuar os principais aspectos julgados fundamentais para o tratamento sistemático do tema e informar escolhas racionais normativas e decisórias. Mais do que isso, procurou-se evitar digressões que importassem em alteração da sistematização atual das instituições responsáveis pela regulação eleitoral para apontar os desafios estruturais e materiais que serão enfrentados em breve.

O estágio atual de relativa ausência de marcos regulatórios seguros a respeito e o fato de que os conflitos essenciais são travados em espaços *privados* - pelo menos assim as plataformas pretendem ser reconhecidas - põe à consideração a questão fundamental acerca da *concorrência* de regulações privadas e públicas incidentes sobre as mesmas condutas. Uma adequada abordagem do tema sugere ser necessária uma prudente avaliação de forma a evidenciar quais espaços regulatórios devem ser reservados à atuação legislativa, à atividade governamental (*agencies*), à atuação privada e, finalmente, à atuação jurisdicional (*courts*).

Será a tarefa central da democracia nos próximos anos conformar as tradicionais regras de contenção de caráter eleitoral às novas tecnologias, em particular ao microdirecionamento, que usa o perfil pessoal para isolar o público “votante de acordo com características relevantes às preferências e opiniões políticas, permitindo que comunicadores políticos sofisticados usem essas informações para criar e entregar mensagens 'vencedoras' construídas especificamente para, e entregues especificamente para, subconjuntos selecionados do público votante” (BURKELL; REGAN, 2020). Tudo isto sem romper com os padrões democráticos que informaram os resultados eleitorais nas últimas três décadas.

Nossas instâncias de controle devem resistir à tentação de combater a desinformação com respostas autoritárias e permanecerem sempre abertas ao diálogo plural e ao aprimoramento institucional. A resposta democrática aos riscos à democracia faz-se sempre com mais democracia.

REFERÊNCIAS

ABREU, Lenine Póvoas de Abreu. Os limites da liberdade de expressão em matéria eleitoral. *In*: FUX, Luiz et al. (coord.). **Tratado de direito eleitoral**. v. 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ABRUSIO, Juliana. Os limites da liberdade de expressão na internet. *In*: ABRUSIO, Juliana. **Educação digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**. v. 113. n. 3. jan. 2000.

AMNESTY INTERNATIONAL. **‘The Great Hack’: Cambridge Analytica is just the tip of the iceberg**. 2019. Disponível em <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/07/the-great-hack-facebook-cambridge-analytica/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ANDERSON, Pamela S.. Politics, truth and truthfulness. *In*: BAIASU, Sorin; LORIAUX, Sylvie. **Sincerity in politics and International Relations**. Abingdon: Routledge, 2017.

ANDORFER, A. Spreading like wildfire: solutions for abating the fake news problem on social media via technology controls and government regulation. **Hastings Law Journal**. v. 9. p. 1409-1432, 2018.

ANDREJEVIC, Mark; VOLCIC, Zala. From mass to automated media. Revisiting the ‘filter bubble’. *In*: WITZLEB, Norman; PETERSON, Moira; RICHARDSON, Janice (org.). **Big Data, Political Campaigning and the Law: Democracy and Privacy in the Age of Micro-Targeting**. New York: Routledge, 2020.

ARAÚJO, Juliana Sampaio de; SOUSA, Lívia Maria de. Reflexões acerca da propaganda antecipada de acordo com a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral. *In*: FUX, Luiz et al. (coord.). **Tratado de direito eleitoral**. v. 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ASWAD, Evelyn Mary. **In a world of fake News, what’s a social media platform to do?** Utah Law Review. n. 4. p. 1009-1028, 2020.

AUGEY, D.; ALCARAZ, M. **Digital information ecosystems: smart press**. Newark: John Wiley & Sons, 2019.

BAIASU, Sorin; LORIAUX, Sylvie. **Sincerity in politics and International Relations**. Abingdon: Routledge, 2017.

BALAGUER CALLEJON, Francisco. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia. **Direitos Fundamentais e Justiça**. v. 14, n. 42, p. 25-48, jan./jun. 2020.

BALKIN, Jack. Information Fiduciaries and the First Amendment. **UC Davis Law Review**. v. 49, n. 4. 2016. Acessível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/4/Lecture/49-4_Balkin.pdf. Acesso em: 29 jan. 2022.

BALKIN, Jack. **The Fiduciary Model of Privacy**. Harvard Law Review Forum. v. 134. No. 1.2020.

BALKIN, Jack; ZITTRAIN, Johnathan. **A Grand Bargain to Make Tech Companies Trustworthy**. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/10/information-fiduciary/502346/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BANHOS, Sérgio Silveira. Fake news, fair play eleitoral e democracia. *In*: MORAES, Alexandre; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (coord.). **Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARCELOS, Guilherme. O direito eleitoral em tempos de fake news: o que é isto, um fato sabidamente inverídico? *In*: FUX, Luiz et al. (coord.). **Tratado de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum. v. 4. p. 403-417. 2018.

BBC. **Social media: How might it be regulated?**. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-54901083>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BBC. **Trump to launch new social media platform TRUTH Social**. Disponível em <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-58990330>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BEN-SHAHAR, Omri. **Data Pollution**. Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics n° 854. Chicago, 2018.

BERRY, David. Against Inframatization. Towards a critical theory of algorithms. *In*: BIGO, Didier; ISIN, Engin; RUPPERT, Evely. **Data Politics. Worlds, Subjects, Rights**. Abingdon: Routledge, 2019.

BIGO, Didier; ISIN, Engin; RUPPERT, Evely. **Data Politics. Worlds, Subjects, Rights**. Abingdon: Routledge, 2019.

BLACKMAN, Josh. **The Right to Code and Share Arms**. Law and Contemporary Problems. v. 83. No. 1. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3680235>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BODA, Zsolt. Governing by trust. Sincerity as a procedural fairness norm. *In*: BAIASU, Sorin; LORIAUX, Sylvie. **Sincerity in politics and International Relations**. Abingdon: Routledge, 2017.

BORCH, Christian. **Niklas Luhmann**. New York. Routledge, 2011.

BÖRDING, Andreas. Safe Harbour: The Decision of the European Court of Justice. *In*: HOEREN, Thomas; KOLANY-RAISER, Barbara. **Big Data in Context: Legal, Social and Technological Insights**. Berlim: Springer, 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.965, 23 abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 29 jan.2022.

BRASIL. **Medida Provisória n° 1.068, de 6 de setembro de 2021**. Altera a Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei n° 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o uso de redes sociais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068impressao.htm. Acesso em: 29 jan.2022.

BRASIL. **PL 2360/2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0C00344DD6B1

[61C3A17DE9A7A2DE5254.proposicoesWebExterno2?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/propriedadesWebExterno2?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020). Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei 6812/2017**. Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências. Brasília. DF. 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. **Resolução CD/ANPD nº1 de 28.10.2021**. Aprova o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no âmbito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-1-de-28-de-outubro-de-2021-355817513>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRESCIA, Raymon H. Privacy's "Three Mile Island" and the Need to Protect Political Privacy in Private Law Contexts. **Florida State University Law Review**. v. 48. jul. 2020.

BROWN, N. I.; PETERS, J. Say this, not that: government regulation and control of social media. **Syracuse Law Review**. v. 68. p. 521-546. 2018.

BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources**. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html. Acesso em: 28 jan. 2022.

BURKELL, Jacquelyn; REGAN, Priscila E. Voting public: leveraging personal information to construct voter preference. *In*: WITZLEB, Norman; PETERSON, Moira; RICHARDSON, Janice (org.). **Big Data, Political Campaigning and the Law: Democracy and Privacy in the Age of Micro-Targeting**. New York: Routledge, 2020.

BUTLER, A. Protecting the democratic role of the press: a legal solution to fake news. **Washington University Law Review**. v. 96. p. 419-440, 2019.

CALVERT, C.; VINING, A. **Filtering fake news through a lens of Supreme Court observations and adages**. *First Amendment Law Review*. v. 16. p. 153-157, 2018.

CAMBI, Eduardo; SCHMITZ, Nicole Naiara. Pós-verdade, pós-democracia e processo. **Revista de Processo**. v. 301. p. 35-75. mar. 2020.

CAMPINHO, Bernardo Brasil. **Constitution, democracy, regulation of the Internet and electoral fake news in the brazilian elections**. Publicum. v. 5. n. 2. p. 232-256, 2019.

CANAVILHAS, J.; COLUSSI, J.; MOURA, Z.-B. **Desinformación en las elecciones presidenciales 2018 en Brasil: un análisis de los grupos familiares en WhatsApp**. El profesional de la información, v. 28. n. 5. p. 1–9. 9 out. 2019.

CARNEIRO, Gustavo Autorregulação de fake news no Facebook: incentivos e freios à proliferação de desinformação. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. v. 7. abr./jun. 2020.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de; FRAZÃO, Carlos Eduardo; NAGIME, Rafael. **Reforma política e direito eleitoral contemporâneo: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux**. v. 2. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. Dignidade da pessoa humana e sua sobreposição ao direito eleitoral. *In*: OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. **Direito eleitoral contemporâneo: uma homenagem a Walter de Almeida Guilherme**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

CHANG, Alvin. **The Facebook and Cambridge Analytica Scandal, Explained with a Simple Diagram**. Vox. 2018. Disponível em: <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/3/23/17151916/facebook-cambridge-analytica-trump-diagram>. Acesso em: 29 jan. 2022.

CHRISTAKIS, Theodore. **European Digital Sovereignty': Successfully Navigating Between the 'Brussels Effect' and Europe's Quest for Strategic Autonomy**. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3748098>. Acesso em: 29 jan. 2022.

CINELLI, M. et al. **The limited reach of fake news on Twitter during 2019 European elections**. PloS one. v. 15. n. 6. p. 1-13. 18 jun. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Proteção de dados**. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_pt. Acesso em: 29 jan. 2022.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Decisão sobre o caso 2021-001-FB-FBR**. 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

COMMITTEE ON THE JUDICIARY. **Cambridge Analytica and the Future of Data Privacy**. 2018. Disponível <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/cambridge-analytica-and-the-future-of-data-privacy>. Acesso em: 28 jan. 2022.

COMMITTEE ON THE JUDICIARY. **Caso 2020-004-IG-UA**. 2020. Disponível em: <https://www.oversightboard.com/sr/decision/004/Portuguese>. Acesso em: 28 jan. 2022.

COMMITTEE ON THE JUDICIARY. **Caso 2021-008-FB-FBR**. 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/FB-B6NGYREK>. Acesso em: 28 jan. 2022.

COSTA, Diogo. **Fake news, liberdade de expressão, posições anticientíficas: a Justiça consegue arbitrar a verdade?** Infomoney, 15 set. 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/convidados/fake-news-liberdade-de-expressao-posicoes-anticientificas-a-justica-consegue-arbitrar-a-verdade/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. **The Court of Justice declares that the Commission's US Safe Harbour Decision is invalid**. 2015. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.

CRAUFURD SMITH, R. **Fake news, French Law and democratic legitimacy: lessons for the United Kingdom?**. Journal of Media Law. v. 11. n. 1. p. 52–81. jul. 2019.

CRUZ, Francisco Brito et al. (coord.). **Internet e eleições no Brasil: diagnósticos e recomendações**. São Paulo: InternetLab, 2019. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/09/policy-infopol-26919_4.pdf. Acesso em: 29 jan. 2022.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Alternativas para a remoção de fake news das redes sociais**. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 1, out./dez. 2018.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Alternativas para a remoção de fake news das redes sociais. In: FERREIRA, Gilmar Mendes et al. (org.). **Reforma do Estado social no contexto da globalização**. Rio de Janeiro: FGV Projetos. p. 79-91. 2018.

CUSTERS, Bart *et al.* **EU Personal Data Protection in Policy and Practice**. Berlin: Springer, 2019.

D'ALIMONTE, Roberto; FUSARO, Carlo (org.) **La Legislazione Elettorale Italiana**. Bologna. Il Mulino, 2008.

DA EMPOLI, Giuliano. **Os engenheiros do caos: como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições**. São Paulo: Vestígio, 2019.

DEL-FRESNO-GARCÍA, M.; MANFREDI-SÁNCHEZ, J.-L. **Politics, hackers and partisan networking. misinformation, national utility and free election in the Catalan Independence Movement**. *Política, Hackers y redes Partisanas*. v. 27. n. 6. p. 1225–1238, 11 nov. 2018.

DENTON, A. Fake News: The legality of the russian 2016 Facebook influence campaign. **Boston University International Law Journal**. v. 37. n. 1. p. 183–210. 2019.

DEUTSCHE WELLE. **Data stolen during hack attack on German parliament, Berlin says**. 2015. Disponível em: <https://www.dw.com/en/data-stolen-during-hack-attack-on-german-parliament-berlin-says/a-18486900>. Acesso em: 29 jan. 2022.

DINGELDEY, P. A fourth transformation of democracy: liquid democracy, supra-national democracy and the fate of participation. **Law, Democracy and Development**. v. 23. p. 181-201. 2019.

DURACH, F.; BARGAOANU, A.; NASTASIU, C. **Tackling disinformation: EU regulation of the digital space**. *Romanian Journal of European Affairs*. v. 20. p. 5-20, 2020.

ECO, Umberto. **Come si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche**. Milano. Bompiani, 2008.

ESTRADA, Lisandra Ramos Duque. A cyber interferência eleitoral e o princípio da não intervenção em assuntos internos: um estudo acerca das eleições norte-americanas de 2016. *In: PINHEIRO, Célia Regina de Lima et al. (coord.). Direito exponencial: o papel das novas tecnologias no jurídico do futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

EUROPEAN PARLIAMENT. **European Parliament resolution on the use of Facebook users' data by Cambridge Analytica and the impact on data protection**

(**2018/2855(RSP)**). Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2018-0480_EN.html. Acesso em: 29 jan. 2022.

FACHIN, Edson. **A má informação se combate com boa e constante informação**. Revista Bonijuris. v. 32. n. 664. p. 24-32. jun. 2020.

FALCÃO, Joaquim (org.) et al. **O Supremo e o processo eleitoral**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Jota: Supra: FGV Direito Rio, 2019.

FAUSTO NETO, Antonio. Fake News e a circulação de sentidos nas eleições presidenciais brasileiras 2018. *In*: FIGUEIRA, João; SANTOS, Silvio (org.). **As fake News e a nova ordem (des)informativa na era da pós-verdade**. Coimbra: Universidade de Coimbra. 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/47343>. Acesso em: 29 jan. 2022.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Cambridge Analytica, LLC, In the Matter of**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/182-3107/cambridge-analytica-llc-matter>. Acesso em: 29 jan. 2022.

FEDERAL TRADE COMMISSION. In the Matter of Aleksandr Kogan and Alexander Nix. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/182-3106-182-3107/aleksandr-kogan-alexander-nix>. Acesso em: 29 jan. 2022.

FJÄLLHED, Alicia, PAMMENT, James e BAY, Sebastian. A Swedish Perspective on Foreign Election Interference. *In*: HOLLIS, Duncan; OHLIN, David. **Defending Democracies. Combating foreign election interference in a digital age**. New York: Oxford University Press, 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. **O que foi o 7 de setembro Bolsonarista?**. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/o-que-foi-o-7-de-setembro-bolsonarista-cientistas-politicos-apontam-intencoes-do-ato-e-suas-consequencias.shtml>. Acesso em: 29 jan. 2022.

FONSECA, Reinaldo Soares; RODRIGUES, Matheus Vinicius Aguiar. Para além do judiciário: o controle judicial da “fake news” na era da informação. Direito UnB. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v. 3. n. 1. p. 89-112. dez. 2019.

FORTES, Vinicius Borges; BALDISSERA, Wellington Antônio. Regulação das fake news e liberdade de expressão: uma análise a partir da Reclamação 22.328 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**. v. 7, n. 3, p. 374-401, set./dez. 2019.

FORUM FOR INFORMATION AND DEMOCRACY. **Report on infodemics**. Disponível em: https://informationdemocracy.org/wp-content/uploads/2020/11/ForumID_Report-on-infodemics_101120.pdf. Acesso em: 29 jan. 2022.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Desinformação na era digital: ampliações e panoramas das Eleições de 2018**. Rio de Janeiro: FGV/DAPP, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25742/Desinforma%C3%A7%C3%A3o%20Policy-Paper-2%20Sala.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jan. 2022.

GARZANTI. **Enciclopedia garzanti del diritto**. 1ª ed. Milão: Garzanti, 1993.

GARZANTI. **Enciclopedia garzanti di filosofia**. Milão: 1981.

GELTZER, J. Fake news & film: how alternative facts influence the national discourse. **Southwestern Law Review**. v. 47. n. 2. p. 297–334. fev. 2018.

GERARDS, Janneke; BORGESIUUS Frederik Z. Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence. **Colorado Technology Law Journal**. 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3723873>. Acesso em: 29 jan. 2022.

GIUSTI, Serena; PIRAS, Elisa. **Democracy and Fake News. Information Manipulation and Post-Truth Politics**. Abingdon: Routledge, 2021.

GRC WORLD FORUMS. **Rethinking ‘Disproportionate Effort’ exemption under GDPR for web-scraping**. Disponível em: <https://www.grcworldforums.com/gdpr/rethinking-disproportionate-effort-exemption-under-gdpr-for-web-scraping/344.article>. Acesso em: 29 jan. 2022.

GLANZBERG, Michael. Truth. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Winter 2021 Edition. 2018. Disponível em:

<https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/truth/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

GOLDBERG, D. Responding to fake news: is there an alternative to law and regulation?. **Southwestern Law Review**. v. 47. p. 417-448, 2018.

GOSSERIES, Axel; PARR, Tom. Publicity. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Winter 2021 Edition. 2021. Disponível em:

<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/publicity/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

GOV.UK. **7-year disqualification for Cambridge Analytica boss**. 2020. Disponível em

<https://www.gov.uk/government/news/7-year-disqualification-for-cambridge-analytica-boss>.

Acesso em: 28 jan. 2022.

GRAY, Christopher Berry. **The Philosophy of Law: An Encyclopedia**. New York. Routledge, 2012.

GREEN, Ben. **Algorithmic Imaginaries: The Political Limits of Legal and Computational Reasoning**. Law and Political Economy Blog. 2021. Disponível em:

<https://ssrn.com/abstract=3926676>. Acesso em: 29 jan. 2022.

GROSS, Clarissa Piterman. Fake news e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. *In*: RAIS, Diogo (coord.). **Fake news: a conexão entre a**

desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/156970600/v2/page/RB-5.1>. Acesso em: 29 jan. 2022.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017.

HOLLIS, Duncan; OHLIN, David. **Defending Democracies. Combating foreign election interference in a digital age**. New York: Oxford University Press, 2021.

HORBACH, Carlos Bastide. Liberdade de expressão nas redes sociais: o caso das fakes news nas eleições presidenciais de 2018. *In*: COSTA, Daniel Castro Gomes da et al. (coord.).

Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas: homenagem ao Ministro Luiz Roberto Barroso. Tomo 1. p. 195-210. Belo Horizonte: Forum, 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/47343>. Acesso em: 29 jan. 2022.

KALLIS, Peter A. The Boerne-Rucho Conundrum: Nonjusticiability. Section 5, and Partisan Gerrymandering. **Harvard Law & Policy Review**. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3679569>. Acesso em: 29 jan. 2022.

KHAN, Lina; POZEN David E. **A Skeptical View of Information Fiduciaries**. Harvard Law Review, v. 133, p. 497, 2019; Columbia Public Law Research Paper No. 14-622. 2019. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2451. Acesso em: 29 jan. 2022.

KLONICK, Kate. **The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to adjudicate Online Free Expression**. New Haven: The Yale Law Journal. v. 129. n. 8. 2020.

KOENIG, A. **Half the truth is often a great lie: deep fakes, open source information, and international criminal law**. AJIL Unbound. v. 113. p. 250-255. 2019.

KOULU, Riikka. **Law, Technology and Dispute Resolution. The Privatisation of Coercion**. Abingdon: Routledge UK, 2019.

KROTOSZYNSKI, Ronald J. Big Data and the electoral process in the United States. Constitutional constraint and limited data privacy regulations. *In*: WITZLEB, Norman; PETERSON, Moira; RICHARDSON, Janice (org.). **Big Data, Political Campaigning and the Law: Democracy and Privacy in the Age of Micro-Targeting**. New York: Routledge, 2020.

LAGARDE, J.; HUDGINS, D. **Fact Vs. fiction: teaching critical thinking skills in the age of fake news**. La Vergne: International Society for Technology in Education, 2018.

LAGE, Fernanda. **Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2021.

LANDUCCI, Sergio. Verità. *In*: **Enciclopedia Garzanti di Filosofia**. Milão, 1981.

LE PAGE, M. **We don't know if fake news elected Trump**. *New Scientist*. v. 241. n. 3213. p. 23–23. 19 jan. 2019. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=iih&AN=134209183&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 29 jan. 2022.

LESSIG, L. **The First Amendment Does Not Protect Replicants**. *Social Media and Democracy*. Forthcoming. Harvard Public Law Working Paper No. 21-34. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3922565>. Acesso em: 06 fev. 2022.

LEVI, L. Real Fake news and fake fake news. **First Amendment Law Review**. v. 16. p. 232-327. 2018.

LOBO, D. A. C. **Bolhas de ódio: o ódio como componente político nas dinâmicas interacionais societárias mediadas por Tecnologias de Comunicação Instantânea (TCIs)**. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – PUC-SP, São Paulo, 2018.

LÔBO, Edilene; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **New technologies and the current communications model in the 2018 brazilian elections**. n. 24, p. 1056-1087. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, 2019.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Fake news e as novas ameaças à liberdade de expressão. *In: ABOUD, Georges et. al. (coord.). Fake news e regulação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MacINTOSH, Duncan. Protecting Democracy by Commingling Politics: The case for accepting foreign influence and interference in democratic processes. *In: HOLLIS, Duncan e OHLIN, David. Defending Democracies. Combating foreign election interference in a digital age*. New York: Oxford University Press, 2021.

MAGILL JR., R JAY. **The case against sincerity in politics**. 2012. Disponível em: <https://www.bostonglobe.com/ideas/2012/03/31/case-against-sincerity-politics/a26YwpAM3HxJJtoJ5ID4jJ/story.html>. Acesso em: 29 jan. 2022.

MAGILL JR., R JAY. **The Role of Sincerity in the US Elections**. 2012. Disponível em: <https://www.spiegel.de/international/world/how-sincerity-has-become-a-vital-quality-in-politics-today-a-863695.html>. Acesso em: 29 jan. 2022.

MALDONADO, Viviane. Fake news: a manipulação da verdade. *In*: ONO, Juliana Mayumi (ed.). **Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MALI, Prashant. **GDPR Articles with commentary & EU Case Laws**. United: Cyber Infomedia, 2016.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake news e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. *In*: ABBOUD, Georges et. al. (coord.). **Fake news e regulação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARTINEZ, Vinício Carrilho; NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas. **Participação popular, redes sociais e fake news: uma abordagem constitucional antes das eleições 2018**. v. 107, n. 993, p. 179-199. Revista dos Tribunais. 2018.

McDONALD, Maeve. Freedom of processing of personal data for the purpose of electoral activities after the GDPR. *In*: WITZLEB, Norman; PETERSON, Moira; RICHARDSON, Janice (org.). **Big Data, Political Campaigning and the Law: Democracy and Privacy in the Age of Micro-Targeting**. New York: Routledge, 2020.

MERENDA, Federica. Reading Arendt to Rethink Truth, Science, and Politics in the Era of Fake News. *In*: GIUSTI, Serena e PIRAS, Elisa. **Democracy and Fake News. Information Manipulation and Post-Truth Politics**. Abingdon: Routledge, 2021.

NEISSER, Fernando; BERNARDELLI, Paula; MACHADO, Raquel. A mentira no ambiente digital: impactos eleitorais e possibilidades de controle. *In*: FUX, Luiz et al. (coord.). **Tratado de direito eleitoral**. v. 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NICOLAI, Carlo e STERN, Johannes. **Modes of Truth. The Unified Approach to Truth, Modality, and Paradox**. Abingdon: Routledge, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da democracia diante do fenômeno das fakes news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. *In*: RAIS, Diogo (coord.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NORTON, Mike; PILDES, Richard H. How Outside Money Makes Governing More Difficult. **Election Law Journal**. NYU School of Law. Public Law Research Paper n°. 20-40; 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3655691>. Acesso em: 29 jan. 2022.

ONO, Taynara T. **A regulação da desinformação na internet em período de campanha eleitoral: leis, normas sociais, arquitetura de rede e atuação da justiça eleitoral como mecanismos regulatórios adotados no contexto brasileiro**. Revista dos Tribunais. v. 1008, p. 93-109, out. 2019.

OSÓRIO, Aline. **Liberdade de expressão e direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OVOUNDAGA, Marcy Delsione. **Réseaux socionumériques et campagnes électorales au Gabon**. Sur le Journalisme. v. 9. n. 1. p. 154–165. jan. 2020.

OYAMA, Luiz Taro; SERVAT, Jillian Roberto. **Fake news, algoritmos, replicação artificial e a responsabilidade penal eleitoral**. In: FUX, Luiz et al. (coord.). **Tratado de direito eleitoral**. v. 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PARISIER, Eli. **The Filter Bubble: How the New Personalized Web is Changing What we Read and How We Think**. Londres: Penguin, 2011.

PARK, Ahan; HO YOUM, Kyo. Fake news from a legal perspective: the United States and South America compared. **Southwestern Journal of International Law**. v. 25. n. 1. p. 100-119, 2019.

PASQUALE, Frank. **Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power**. Theoretical Inquiries in Law 487, U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2016-24. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2779270>. Acesso em: 29 jan. 2022.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. **Sistemi Costituzionali Comparati**. Torino. Giappichelli, 2017.

PEPPET, Scott R. Regulating the Internet of Things: First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security & Consent. **Texas Law Review**, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2409074>. Acesso em: 06 fev. 2022.

PILDES, Richard H. Small-Donor Based Campaign-Finance Reform and Political Polarization. **Yale Law Journal F.**.v. 129. 2019-20. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3490089>. Acesso em: 06 fev. 2022.

PRIVACY INTERNATIONAL. **Cambridge Analytica, GDPR - 1 year on - a lot of words and some action**. Disponível em: <https://privacyinternational.org/news-analysis/2857/cambridge-analytica-gdpr-1-year-lot-words-and-some-action>. Acesso em: 29 jan. 2022.

RAIS, Diogo (coord.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

RAIS, Diogo; CASTRO, L. N. A comunicação política em tempos de big data e inteligência artificial: a campanha digital de Donald Trump e o futuro do marketing eleitoral brasileiro. *In*: FUX, Luiz et al. (coord.). **Tratado de direito eleitoral**. v. 4, p. 89-105. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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

RAMOS, André de Carvalho (org.). **Temas de Direito Eleitoral no Século XXI**. Brasília, ESMPU, 2012.

RAMOS, Luciana de Oliveira; RAIS, Diogo. A liberdade de expressão e o controle sobre o conteúdo da propaganda eleitoral: uma perspectiva comparada. *In*: FUX, Luiz et al. (coord.). **Tratado de direito eleitoral**. v. 4. p. 219-230. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RAUCH, Daniel. **Customized Speech and the First Amendment**. Harvard Journal of Law & Technology. v. 35. Forthcoming. 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3937435>. Acesso em: 06 fev. 2022.

RECONDO, Felipe; BOLIVAR, Iago. F. As redes tribais e as notícias falsas venceram a Justiça Eleitoral. *In*: FALCÃO, Joaquim et al. (coord.). **O Supremo e o processo eleitoral**. Rio de Janeiro: FGV - Direito Rio, 2019.

REMEDIO, José Antonio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; KIM, Richard Pae. Crimes contra a honra e a verdade nas campanhas eleitorais na internet: uma necessária revitalização em uma sociedade em rede. *In*: FUX, Luiz et al. (coord.). **Tratado de direito eleitoral**. v. 8. p. 199-221. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RUBIN, Edward L. Institutional Analysis and the New Legal Process. **Winsconsin Law Review**. p. 463-478. 1995.

RUTENBERG, I.; SUGOW, A. Regulation of the social media in electoral democracies: a case of Kenya. **SOAS Law Journal**. v. 7. p. 301-361. 2020.

SÁ, Alexandre Franco de. Pré-verdade, verdade e pós-verdade: um percurso rumo à política contemporânea. *In*: FIGUEIRA, João; SANTOS, Silvio (org.). **As fake News e a nova ordem (des)informativa na era da pós-verdade**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2019.

SARDO, A. Categories, balancing, and fake news: the jurisprudence of the European Court of Human Rights. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**. v. 33. n. 2. p. 435–460. ago. 2020.

SCHAAKE, Marietje; REICH Rob. **Election 2020: Content Moderation and Accountability**. Disponível em: https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-10/HAI_CyberPolicy_IssueBrief_3.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022.

SCHLOSSER, Markus. **Agency**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Winter 2019 Edition, Edward N. Zalta (ed.). 2019. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/agency/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

SCHÜNEMANN, Wolf J.; BAUMANN, Max O. (org.). **Privacy, Data Protection and Cybersecurity in Europe**. Cham: Springer, 2016.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAKE NEWS E ELEIÇÕES, 2019. Brasília, DF. **Anais**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2019.

SENADO FEDERAL. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - Fake News**. Brasília. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?0&codcol=2292>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SHAFFER, Gregory. **Comparative Institutional Analysis and a New Legal Realism.** [Wisconsin Law Review, no.2, 2013, p.607-628](#)

SHATTOCK, Ethan. **Fake news, free elections, and free expression: balancing fundamental rights in irish policy responses to disinformation online.** *Publicum*. v. 5. n. 2. p. 201-231. 2019.

SHATTOCK, Ethan. Rights based principles: protecting free elections and free expression in irish policy responses to fake news online. **Dublin Law and Politics Review**. v. 1. p. 1-17. 2020.

SILVA, Fernando Matheus da. A tutela específica e a concorrência eleitoral: a transmissão de conhecimento e o combate às fake news. *In*: FUX, Luiz et al. (coord.). **Tratado de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum. v. 4, p. 285-307, 2018

SILVEIRA, Marilda de P. As novas tecnologias no processo eleitoral: existe um dever estatal de combate a desinformação nas eleições? *In*: ABBOUD, Georges (coord.) *et al.* **Fake News e regulação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SIZE, R. Publishing fake news for profit should be prosecuted as wire fraud. **Santa Clara Law Review**. v. 60. p. 29-100. 2020.

SOUZA, Carlos Afonso Pereira de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Fake News e eleições: identificando e combatendo a desordem informacional. *In*: ABBOUD, Georges et al (coord.). **Fake News e regulação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SPINELLI, Egle Müller; RAMOS, Daniela Osvald. Desordem informacional no ecossistema digital das eleições brasileiras de 2018. *In*: FIGUEIRA, João; SANTOS, Silvio (org.). **As fake News e a nova ordem (des)informativa na era da pós-verdade**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2019. p. 199-222.

STEIGER, Dominik. International law and new challenges to democracy in the digital age. Biga data, privacy and interferences with the political process. *In* WITZLEB, Norman; PETERSON, Moira; RICHARDSON, Janice (org.). **Big Data, Political Campaigning and the Law: Democracy and Privacy in the Age of Micro-Targeting**. New York: Routledge, 2020.

SUKUMAR, Arun M.; DEO, Akhil. The Specter of Chinese Interference: Examining Beijing's inroads into India's digital space and political activity. *In*: HOLLIS, Duncan; OHLIN, David. **Defending Democracies. Combating foreign election interference in a digital age**. New York: Oxford University Press, 2021.

SULLIVAN, E. Thomas; HOVENKAMP, Herbert; SHELANSKI, Howard A. **Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems**. 6 ed. Estados Unidos: Lexis Nexis, 2009.

SUNSTEIN, Cass. **#republic.Divided Democracy in the Age of Social Media**. Princeton University Press: 2018.

SUNSTEIN, Cass; MILES, Thomas. **The New Legal Realism**. [Public Law and Legal Theory Working Papers](#). Chicago: 2007.

SUNSTEIN, Cass. **Liars. Falsehoods and Free Speech in an Age of Deception**. Nova York. Oxford University Press: 2021.

SUNSTEIN, Cass. **Republic 2.0**. Princeton University Press: 2009.

SUNSTEIN, Cass. **Republic.com**. Princeton University Press: 2001.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Rucho et al. V. Common Cause et al**. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-422_9o11.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Sorrell, attorney general of Vermont, et al. V. Ims Health Inc. Et al**. 2010. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-779.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4650-DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5527-DF**. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inquérito 4781 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 29 abr. 2019, Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/04/report-26.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança n. 37.082-DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 29 abr. 2020. Diário da Justiça Eleitoral, n. 109, 5 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342989569&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.387 Distrito Federal**. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Referendo da cautelar disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5896399>, Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344950595&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.991 Distrito Federal**. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347792736&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação n. 22.328-RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, 6 mar. 2018. Diário de Justiça Eletrônico, 10 maio 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314302526&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.

TAPSON, Mark. **The Soft Totalitarianism of Nudging. The Left's new social engineering tool to steer Americans toward making the “correct” choices**. Frontpage Mag Archive, 2013. Disponível em <https://archives.frontpagemag.com/fpm/soft-totalitarianism-nudging-mark-tapson/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass. **Nudge: The Gentle Power of Choice Architecture**. Yale University Press, 2008.

THE ATLANTIC. **A Grand Bargain to Make Tech Companies Trustworthy**. 2016. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/10/information-fiduciary/502346/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

THE ELECTORAL COMMISSION. **Report: Digital campaigning - increasing transparency for voters**. 2018. Disponível em: <https://www.electoralcommission.org.uk/who-we-are-and-what-we-do/changing-electoral-law/transparent-digital-campaigning/report-digital-campaigning-increasing-transparency-voters>. Acesso em: 29 jan. 2022.

THE GUARDIAN. **Cambridge Analytica files**. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files>. Acesso em: 29 jan. 2022.

THE HOLLYWOOD REPORTER. **Five Years Later, Who Really Hacked Sony?**. 2019. Disponível em: <https://www.hollywoodreporter.com/movies/movie-features/five-years-who-hacked-sony-1257591/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

THE NEW YORK TIMES. **Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far**. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Acesso em: 29 jan. 2022.

THE NEW YORK TIMES. **Teens Love TikTok. Silicon Valley Is Trying to Stage an Intervention**. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/11/03/technology/tiktok-facebook-youtube.html>. Acesso em: 28 jan. 2022.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Fake news e eleições: identificando e combatendo notícias falsas. *In*: ONO, Juliana Mayumi (ed.). **Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TREEM, Jeffrey; DAILEY, Stephanie; PIERCE, Casey; BIFFL, Diana. **What We Are Talking About When We Talk About Social Media: A Framework for Study**. Sociology Compass. v. 10, Wiley Online Library, 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **AJJE 06017857**. Relator: Min. Jorge Mussi, 21 de outubro de 2018. Diário de Justiça Eletrônico, n. 213, 24 out. 2018. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/641702801/acao-de-investigacao-judicial-eleitoral-ajje-6017825720186000000-brasilia-df/inteiro-teor-641702804?ref=serp>. Acesso em: 29 jan. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Consulta no 060101871-DF**. Relator: Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, 26/09/2018. Diário de Justiça Eletrônico, n. 200, 5 out. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Corregedor do TSE determina que plataformas digitais suspendam repasses financeiros a páginas que propagam desinformação**. 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Agosto/corregedor-do-tse-determina-que-plataformas-digitais-suspendam-repasses-financeiros-a-paginas-que-propagam-desinformacao>. Acesso em: 29 jan. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Grupo de Trabalho para Sistematização das Normas Eleitorais - SNE**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral 2019. 9 v. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/sne/sistematizacao-das-normas-eleitorais>. Acesso em: 28 jan. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Guia orientativo: aplicação da Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD) por agentes de tratamento no contexto eleitoral – Dados eletrônicos**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/guia-orientativo-aplicacao-da-lgpd.pdf>. Acesso em 29 jan. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Plenário aprova abertura de inquérito administrativo para apurar denúncias de fraude no sistema eletrônico de votação**. 2021.

Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Agosto/plenario-do-tse-aprova-abertura-de-inquerito-para-apurar-denuncias-de-fraudes-no-sistema-eletronico-de-votacao>. Acesso em: 29 jan. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Recurso em Representação n. 060054670-DF**. Relator: Min. Sergio Silveira Banhos. 7 jun. 2018. Diário de Justiça Eletrônico. n. 112, 8 jun. 2018. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/588048152/representacao-rp-6005467020186000000-brasilia-df/inteiro-teor-588048168?ref=serp>. Acesso em: 29 jan. 2022.

UK PARLIAMENT. **The issue of data targeting, based around the Facebook, GSR and Cambridge Analytica allegations**. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/363/36306.htm><https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/363/36306.htm>. Acesso em: 28 jan. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Select Committee to Investigate the January 6th attack on the United States Capitol**. Disponível em: <https://january6th.house.gov/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **US Constitution, 2nd Amendment**. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-2/#:~:text=A%20well%20regulated%20Militia%2C%20being,Arms%2C%20shall%20not%20be%20infringed>. Acesso em: 28 jan. 2022.

VAN ALSTYNE, M. W. **A response to fake news as a response to citizens united**. *Communications of the ACM*, v. 62. n. 8. p. 26–29. ago. 2019.

VAN DE VELDE, James. When does Election Interference via Cyberspace Violate Sovereignty? Violations of Sovereignty, “Armed Attack”, Acts of War, and Activities “Below the Threshold of Armed Conflict” via Cyberspace. *In*: HOLLIS, Duncan e OHLIN, David. **Defending Democracies. Combating foreign election interference in a digital age**. New York: Oxford University Press, 2021.

VOJAK, Brittany. Fake News: the commodization of internet speech. **California Western International Law Journal**. v. 48. n. 1. p. 123-158. 2017.

VOX. **Lawmakers seem confused about what Facebook does — and how to fix it.** 2018. Disponível em: <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/4/10/17222062/mark-zuckerberg-testimony-graham-facebook-regulations>. Acesso em: 29 jan. 2022.

WALTERS, R. M. How to tell a fake: fighting back against fake news on the front lines of social media. **Texas Review of Law and Politics**. v. 23. p. 111-180, 2019.

WARDLE, C.; DERAKHSHAN, H. **Information disorder: toward and interdisciplinary framework for research and policy making.** Strasbourg: Council of Europe, 2017.

WITZLEB, Norman; LINDSAY, David; PETERSON, Moira e RODRICK, Sharon (org.). **Emerging Challenges in Privacy Law. Comparative Perspectives.** Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

WITZLEB, Norman; PETERSON, Moira e RICHARDSON, Janice (org.). **Big Data, Political Campaigning and the Law: Democracy and Privacy in the Age of Micro-Targeting.** New York: Routledge, 2020.

WOOLLEY, Samuel C.; HOWARD, Philip N. **Computational propaganda: political parties, politicians, and political manipulation on social media.** New York: Oxford University Press, 2019.

WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination. **Journal of Telecommunications and High Technology Law**. v. 2. p. 141. Columbia Law School, 2003.

ZITTRAIN, Jonathan. Engineering an Election: Digital Gerrymandering Poses a Threat to Democracy. **Harvard Law Review**. F. 335. 2014. Disponível em: <http://harvardlawreview.org/2014/06/engineering-an-election/>. Acesso em: 28 jan. 2022.