

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II

DANIELLE JACON AYRES PINTO

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

AIRES JOSE ROVER

FERNANDO GALINDO AYUDA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito, governança e novas tecnologias II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Aires Jose Rover; Danielle Jacon Ayres Pinto; Fernando Galindo Ayuda; José Renato Gaziero Cella; – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-407-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Governança. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II

Apresentação

No IV Encontro Virtual do CONPEDI, realizado de 09 a 13 de novembro de 2021, o grupo de trabalho “Direito, Governança e Novas Tecnologias I”, que teve lugar na manhã de 09 de novembro de 2021, destacou-se no evento não apenas pela qualidade dos trabalhos apresentados, mas pelos autores dos artigos, que são professores pesquisadores acompanhados de seus alunos pós-graduandos e um graduando. Foram apresentados 21 artigos objeto de um intenso debate presidido pelos coordenadores e acompanhado pela participação instigante do público presente na sala virtual.

Esse fato demonstra a inquietude que os temas debatidos despertam na seara jurídica. Cientes desse fato, os programas de pós-graduação em direito empreendem um diálogo que suscita a interdisciplinaridade na pesquisa e se propõe a enfrentar os desafios que as novas tecnologias impõem ao direito. Para apresentar e discutir os trabalhos produzidos sob essa perspectiva, os coordenadores do grupo de trabalho dividiram os artigos em cinco blocos, quais sejam a) inteligência artificial; b) proteção de dados; c) mídias sociais; d) governança, sociedade e poder judiciário; e e) novas tecnologias e direitos humanos.

A inteligência artificial foi objeto do primeiro bloco de trabalhos, com as exposições e debates sobre os seguintes artigos: 1. Soft law e standard global: caminhos para regulação dos sistemas de inteligência artificial de Pollyanna Maria Da Silva, Matheus De Andrade Branco; 2. A utilização da inteligência artificial e dos algoritmos e seu potencial para a melhoria da sustentabilidade e licenciamento ambiental de Deilton Ribeiro Brasil; 3. A regulação da inteligência artificial e novos contornos para caracterização da responsabilidade civil de Hérica Cristina Paes Nascimento, Maique Barbosa De Souza e Patrícia Da Silveira Oliveira; 4. Organização da informação e do conhecimento jurídico com vieses digitais e eletrônicos de José Carlos Francisco dos Santos; 5. Legal technology: os desafios para aplicação de decisões automatizadas de Anabela Cristina Hirata e Zulmar Antonio Fachin.

A proteção de dados foi o pano de fundo do segundo bloco de artigos apresentados, em que os problemas decorrentes de suas dinâmicas foram apresentados e debatidos a partir dos seguintes trabalhos: 1. Nossos dados, as big techs e o direito de Marcos Alexandre Biondi e José Carlos Francisco dos Santos; 3. Justiça eleitoral e proteção de dados. Reflexões

preliminares sobre suas competências e a lgpd de Eduardo Botão Pelella; 4. Blockchain, proteção de dados e autodeterminação informativa: um estudo na perspectiva da lgpd de Anderson Souza da Silva Lanzillo, Luana Andrade de Lemos e Lukas Darien Dias Feitosa.

As discussões acerca da utilização das mídias sociais congregaram as apresentações dos seguintes trabalhos: 1. O efeito manada decorrente das redes sociais como transformador do estado democrático de direito de Isadora Kauana Lazaretti e Alan Felipe Provin; 2. Pós-verdade; fake news; redes sociais e desinformação: o mau uso das tics e a ofensa aos direitos da personalidade de Dirceu Pereira Siqueira e Mayume Caires Moreira; 3. Internet: entre emancipação e alienação na esfera pública democrática de Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya e Marcella da Costa Moreira de Paiva; 4. A proteção normativa da infância e adolescência no Brasil: da promessa constitucional à exposição de corpos adolescentes no instagram de Rosane Leal Da Silva e Ana Carolina Sassi; 5. A inserção digital de qualidade como direito fundamental na era de hiperconectividade? O direito a acessar direitos de Paulo de Tarso Brandão e Gabrielle Amado Boumann.

Os temas de governança, sociedade e poder judiciário foram objeto de discussão dos seguintes artigos: 1. O impacto das tecnologias disruptivas no mercado de trabalho e o dever do estado de Sabrinna Araújo Almeida Lima e Andre Studart Leitão; 2. A preferência pela utilização de atos sob a forma eletrônica e o incentivo às inovações tecnológicas na nova lei de licitações e contratos administrativos de João Walter Cotrim Machado e Augusto Martinez Perez Filho; 3. Os registros públicos na era da tecnologia blockchain de Iuri Ferreira Bittencourt, Fabio Fernandes Neves Benfatti e Fabiano Nakamoto.

Por fim, o quinto bloco trouxe para a mesa o debate sobre as novas tecnologias e os direitos humanos, com os seguintes artigos: 1. Relações espaciais feministas, negras, queer, trans e periféricas nas cidades “inteligentes” de Stéphanie Fleck da Rosa; 2. O transumanismo e o pós-humanismo: uma visão dos direitos humanos à luz da evolução tecnológica e da sustentabilidade de Ricardo Fabel Braga e Luciana Machado Teixeira Fabel; 3. As novas tecnologias e uma necessária disrupção legislativa na lei do inquilinato de Thiago Leandro Moreno e Carlos Renato Cunha; 4. Dignidade humana dos refugiados ambientais e governança global: violação e transgressões da dignidade dos refugiados nas fronteiras do Acre de Ionara Fonseca Da Silva Andrade e Patrícia De Amorim Rêgo.

Os artigos que ora são apresentados ao público têm a finalidade de fomentar a pesquisa e fortalecer o diálogo interdisciplinar em torno do tema “Direito, Governança e Novas

Tecnologias”. Trazem consigo, ainda, a expectativa de contribuir para os avanços do estudo desse tema no âmbito da pós-graduação em direito brasileira, apresentando respostas para uma realidade que se mostra em constante transformação.

Os Coordenadores

Prof. Dr. Aires José Rover

Prof.^a Dr.^a Danielle Jacon Ayres Pinto

Prof. Dr. Fernando Galindo

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

**JUSTIÇA ELEITORAL E PROTEÇÃO DE DADOS. REFLEXÕES PRELIMINARES
SOBRE SUAS COMPETÊNCIAS E A LGPD**

**ELECTORAL JUSTICE AND DATA PROTECTION. PRELIMINARY
REFLECTIONS ON ITS COMPETENCES AND LGPD**

Eduardo Botão Pelella ¹

Resumo

O artigo aborda a aplicação do sistema de proteção de dados pessoais trazido pela LGPD no âmbito eleitoral e suas possíveis implicações práticas especialmente quanto à assimilação do novo microsistema e os possíveis conflitos entre as atividades regulatórias da ANPD e da Justiça Eleitoral.

Palavras-chave: Eleições, Dados pessoais, Lgpd, Anpd, Direito eleitoral digital

Abstract/Resumen/Résumé

The article discusses the application of the personal data protection system created by the LGPD in the electoral sphere and its possible practical implications, especially regarding the assimilation of the new microsystem and the possible conflicts between the regulatory activities of ANPD and the Electoral Justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Elections, Personal data, Lgpd, Anpd, Digital electoral law

¹ Especialista. Mestrando em Direito pela UNINOVE

1. Introdução.

A entrada em vigor da Lei 13.709/18¹² no ano de 2020 introduziu uma série de discussões acerca do concreto perfil regulatório em matéria de proteção de dados a ser aplicado no Brasil. O escopo do presente trabalho tem em mira a potencial intersecção entre as competências deferidas à Autoridade Nacional de Proteção de Dados³ 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 havia iniciado seus trabalhos até o final de 2020 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 zonas de fricção são plúrimas. O tema contemporâneo mais relevante em matéria eleitoral tem a ver com a *customização* das campanhas através de técnicas cada vez mais sofisticadas de *mineração* de dados e *perfilações* dos eleitores utilizando-se de *data science* estruturada a partir de *algoritmos* e as dificuldades regulatórias que a nova realidade apresenta na prática, tendo em conta que o desafio é manter o exato equilíbrio entre igualdade de chances, liberdade e transparência de todo o processo de escolha dos representantes. Há ainda a questão da custódia e tratamento dos dados pessoais dos eleitores na seara administrativa (cadastro eleitoral) e as possíveis violações à privacidade praticadas pelo poder público, partidos políticos, candidatos e outros cidadãos envolvidos ou interessados no processo 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 porque *especial* em relação a eles. Assim, por exemplo, é que o art. 41 da Lei 9.504/97⁴ 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

¹ Chamada neste trabalho simplesmente de LGPD.

² Com exceção dos arts. 53 a 54, que entraram em vigor em 1º de agosto de 2021, consoante disposto pela Lei 14.010/20.

³ Chamada neste trabalho de ANPD.

⁴ Art. 41. A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40. ([Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009](#))§ 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

de *cooperação institucional*⁵ que parecem apontar para a possibilidade de compartilhamento de atribuições entre diferentes instâncias de controle na esfera administrativa.

Já o art. 55-K da LGPD 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.

O artigo está estruturado em três partes, a saber: (i) aplicabilidade da LGPD à matéria eleitoral; (ii) caracterização da Justiça Eleitoral como instância também administrativa e regulatória; e (iii) perfil e competências da ANPD. Na conclusão esboça-se uma síntese do que foi apresentado apontando vetores mínimos que devem ser observados para prevenção e solução de potenciais conflitos baseado na classificação das funções da Justiça Eleitoral

2. Aplicabilidade da LGPD em matéria eleitoral.

2.1 Não há dúvidas que a privacidade e a cibersegurança são preocupações centrais no direito contemporâneo. SCHÜNEMANN e BAUMANN (2017, p.3) afirmam que *[d]ata protection and computer security have now become the objects of daily concern, of contentious political issues and of global affairs, as we have observed in a continuous row of international controversies (see for instance the Sony hack from 2014, the incidents at the German Bundestag in 2015⁶, the safe harbour judgement of the ECJ⁷ or the incidents during the 2016 US Presidential Election campaign⁸).*

O direito brasileiro demorou a produzir uma resposta concatenada em nível legislativo. A LGPD teve longa tramitação e, como resultado, produziu um conjunto de normas de relevante valor técnico-jurídico e que respondem à necessidade urgente de regulamentação.

⁵ Exemplo das interações institucionais entre TCU e TSE, *p. ex.*

⁶ <https://www.dw.com/en/data-stolen-during-hack-attack-on-german-parliament-berlin-says/a-18486900> (nota do autor).

⁷ <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf> (nota do autor)

⁸ Caso *Cambridge Analytica*. Um 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>.

A importância do tema já foi reconhecida 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 6390⁹ a Ministra Rosa Weber reconheceu a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo. A decisão posteriormente foi ratificada pelo plenário do STF por larga maioria¹⁰ e acabou por dar relevo à garantia da proteção de dados mesmo no caso em questão, que tratava da possibilidade compartilhamento de dados 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 (Covid19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, versada na MP 954/2020¹¹.

⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em 29.12.2020

¹⁰ *Decisão: 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>. Acesso em 29,12,2020.

¹¹ Esta a ementa do acórdão: *MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL PROVOCADA PELO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. PRESENÇA DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, foram positivados, o respeito à privacidade e o respeito à autodeterminação informativa, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais não observam os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança quanto a esses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas*

Observa-se, contudo, que a análise, no caso, se deu tendo em conta o tradicional *teste de 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*.¹² Além do mais, não havia 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*¹³.

De todo modo, ainda que se considere a emergência sanitária como motivo suficiente para a tomada de medidas de caráter temporário que impliquem em restrições de direitos fundamentais, a hipótese legalmente concebida não atende aos reclamos necessários de proporcionalidade na medida em que não previu mecanismos eficientes que garantam o efetivo balanceamento dos direitos em questão. Reconheceu-se a essencialidade constitucional da proteção de dados e seu caráter autônomo.

e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. 6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP n° 954/2020 descumpra as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros. 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n° 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP n° 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. Fumus boni juris e periculum in mora demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória n° 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada

¹² Trecho do voto da Relatora.

¹³ Ibid.

2.2. 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, p. 4) 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 sobrepõe o aspecto *informativo*, mais especificamente o direito à *autodeterminação informativa*. E prosseguem afirmando que:

According to the principle of informational self-determination, the level of privacy is determined by the ability of individuals to decide themselves which data they share with whom and for which purposes. As such, we can treat data protection as the instrument for privacy protection, recognising of course that privacy has other dimensions beyond the transmission, storage and processing of personal data. We suggest thinking of the relationship of the two concepts in terms of a hierarchy, where the right to privacy is a fundamental right, based on ethical considerations and internationally recognised, from which data protection norms are derived and that is guaranteed by data protection regimes.

O segundo aspecto também apontado por SCHÜNEMANN e BAUMANN (2007, p.5) diz respeito à cibersegurança que, por sua vez, está relacionada a dois outros conceitos. 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:

While data security can thus be seen as a precondition for data protection, cybersecurity is a much broader concept. It includes many concerns, such as infrastructure and economic security, which are not related to personal data at all. The societal and political understandings of cybersecurity even include many connotations that do not have much to do with IT and computer systems neither—a problem that is discussed at length in other works (Nissenbaum 2005). Differentiated by its core objectives—confidentiality, integrity and availability (the so-called CIA triad of cybersecurity, Singer and Friedman 2014)—data protection is closely related only to two of the three goals, namely the integrity of computer systems and the confidentiality of the data stored therein. Therefore, data protection and cybersecurity do not always go hand in hand; they can conflict with each other. The discussion about anonymity in IT usage or online communication, with the desire to communicate anonymously pitted against the interest of criminal investigators in potentially authenticating all internet users, serves as a good illustration in this regard. Generally speaking, for the security administrator of a computer system/network, the distinct authentication of all users/parties on the system/within the network is an important desideratum. However, the user of a particular service or internet communication in general might be interested in anonymity. More fundamentally,

anonymous communication is an existential condition for the freedom of speech or democratic activism.

2.3 Portanto, para além da tradicional visão que reduz a proteção de dados à dimensão fortemente ligada à proteção individual contra o que ZUBOFF (2019) chama de *surveillance capitalism*¹⁴, opõe-se a sua visão mais global, que se refere à dimensão da *cidadania* do indivíduo. FRAZÃO (2019) observa com propriedade que:

O poder de controle da informação, insito aos gatekeepers, pode ser analisado a partir de diversas perspectivas que não apenas a econômica tradicional, tais como (i) no sentido weberiano mais positivista, referente à habilidade de fazer com que os outros façam o que você quer que eles façam mesmo contra a sua vontade; (ii) no sentido de Bachrach e Baratz, que destaca a capacidade de determinado agente de devotar suas energias para criar ou reforçar valores sociais e políticos ou práticas institucionais que restringem o debate político, levando ao público apenas o que lhe interessa; e (iii) também no sentido de Lukes, Foucault e Gramsci, cujo foco é a capacidade de mobilizar, recriar e reforçar vieses do sistema, de forma que não sejam conscientemente escolhidos nem o resultado intencional da decisão das pessoas. Daí a importância das plataformas digitais, que, exatamente por muito conhecerem sobre nós, muito podem fazer em relação a nós e até contra nós. Todo esse conhecimento, associado ao poder da comunicação, hoje também embasado nos estudos da biologia, neurociência e psicologia, pode ser facilmente utilizado para manipular as pessoas, bem como tentar modificar suas crenças e opiniões. Daí a afirmação de Tim Wu de que o verdadeiro negócio de muitas plataformas é, por meio da disputa pela atenção e o tempo das pessoas, influenciar consciências. Têm-se aí todas as condições para exercer aquela que, segundo Castells, é a forma mais fundamental de poder: a habilidade de moldar a mente humana, a partir da capacidade relacional que um ator social tem de influenciar, de forma assimétrica, as decisões de outros atores sociais em favor dos seus próprios interesses e valores.

¹⁴ “Surveillance capitalism unilaterally claims human experience as free raw material for translation into behavioral data. Although some of these data are applied to product or service improvement, the rest are declared as a proprietary behavioral surplus, fed into advanced manufacturing processes known as “machine intelligence,” and fabricated into prediction products that anticipate what you will do now, soon, and later. Finally, these prediction products are traded in a new kind of marketplace for behavioral predictions that I call behavioral futures markets. Surveillance capitalists have grown immensely wealthy from these trading operations, for many companies are eager to lay bets on our future behavior. As we shall see in the coming chapters, the competitive dynamics of these new markets drive surveillance capitalists to acquire ever-more-predictive sources of behavioral surplus: our voices, personalities, and emotions. Eventually, surveillance capitalists discovered that the most-predictive behavioral data come from intervening in the state of play in order to nudge, coax, tune, and herd behavior toward profitable outcomes. Competitive pressures produced this shift, in which automated machine processes not only know our behavior but also shape our behavior at scale. With this reorientation from knowledge to power, it is no longer enough to automate information flows about us; the goal now is to automate us. In this phase of surveillance capitalism’s evolution, the means of production are subordinated to an increasingly complex and comprehensive “means of behavioral modification.” In this way, surveillance capitalism births a new species of power that I call instrumentarianism. Instrumentarian power knows and shapes human behavior toward others’ ends. Instead of armaments and armies, it works its will through the automated medium of an increasingly ubiquitous computational architecture of “smart” networked devices, things, and spaces.”

E conclui (FRAZÃO, 2019):

É importante ressaltar que muito do poder desses agentes decorreu da ausência de uma regulação de dados, cujo vácuo foi preenchido por uma autorregulação abusiva e sem limites¹⁵, estabelecida apenas em favor dos interesses das próprias plataformas. Daí por que não há dúvidas de que um dos meios de conter o poder desses agentes, assim como de todos os demais que atuam na indústria de dados, é o reconhecimento e o reforço dos direitos dos titulares de dados, inclusive no que impõem padrões de segurança, transparência e accountability para todas as formas de tratamento de dados. Verdade seja dita que, em se tratando de agentes detentores de posições dominantes ou quase

¹⁵ Sobre o tema das alternativas de regulação da proteção de dados a partir da LGPD, FRAZÃO, em outro texto na mesma obra (intitulado *Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados*) estabelece interessantes considerações sobre: autorregulação e correção, regulação residual ou pelos mercados, regulação pela tecnologia. Conclui que a LGPD deve ser o fio condutor da heterorregulação, pois *[c]omo se pode observar, a heterorregulação do mercado de dados pessoais precisa levar em consideração as outras fontes de regulação, tais como a autorregulação, a tecnologia e as soluções de mercado. Para isso, embora deva existir uma influência recíproca entre todos esses fatores, a relação entre eles deve ser intermediada e conformada pela heterorregulação, a quem cabe preservar os direitos básicos dos titulares de dados, inclusive por meio da delimitação do alcance dos demais meios de regulação. Se assim não for, é grande o risco de que as soluções de mercado sejam aquelas impostas unilateralmente pelos agentes econômicos mais poderosos e que acabem dominando todos os outros meios de integração social, inclusive, o direito. Essa colonização tanto pode ocorrer direta como indiretamente, por meio da tecnologia e da própria manipulação da opinião pública, (...) Logo, o advento da LGPD envolve a superação de abordagens simplistas ou excessivamente ingênuas, no sentido de que a lei resolveria todos os problemas. Diante dos riscos envolvidos, é necessária reflexão profunda sobre como a lei deve dialogar com as demais formas de integração social e que cuidados devem ser tomados para que suas previsões não sejam descumpridas ou neutralizadas. Nos termos da advertência de Habermas, se a política e a economia possuem abordagens específicas e diferenciadas, cabe ao direito, aqui entendido como heterorregulação, atuar como mediador entre estas, possibilitando que a racionalidade específica de ambos os sistemas não se transforme em obstáculo para o cumprimento das liberdades fundamentais nem para a integração social efetuada a partir das relações jurídicas.* Para um olhar sobre a temática da autorregulação e governança das plataformas das redes sociais, interessante a leitura do recente texto de KLONICK (2020) que trata da autorregulação independente e de caráter transnacional do Facebook relativamente à moderação da liberdade de expressão no uso da rede. Este o abstract I do artigo: *For a decade and a half, Facebook has dominated the landscape of digital social networks, becoming one of the most powerful arbiters of online speech. Twenty-four hours a day, seven days a week, over two billion users leverage the platform to post, share, discuss, react to, and access content from all over the globe. Through a system of semipublic rules called "Community Standards," Facebook has created a body of "laws" and a system of governance that dictate what users may say on the platform. In recent years, as this intricately built system to dispatch the company's immense private power over the public right of speech has become more visible, Facebook has experienced intense pressure to become more accountable, transparent, and democratic, not only in how it creates its fundamental policies for speech but also in how it enforces them. In November 2018, after years of entreaty from the press, advocacy groups, and users, CEO and founder Mark Zuckerberg announced that Facebook would construct an independent oversight body to be researched, created, and launched within the year. The express purpose of this body was to serve as an appellate review system for user content and to make content-moderation policy recommendations to Facebook. This Feature empirically documents the creation of this institution, now called the Facebook Oversight Board. The Board is a historic endeavor both in scope and scale. The Feature traces the events and influences that led to Facebook's decision to create the Oversight Board. It details the year-long process of creating the Board, relying on hundreds of hours of interviews and embedded research with the Governance Team charged with researching, planning, and building this new institution. The creation of the Oversight Board and its aims are a novel articulation of internet governance. This Feature illuminates the future implications of the new institution for global freedom of expression. Using the lens of adjudication, it analyzes what the Board is, what the Board means to users, and what the Board means for industry and governments. Ultimately, the Feature concludes that the Facebook Oversight Board has great potential to set new precedent for user participation in private platforms' governance and a user right to procedure in content moderation.*

monopolistas nos mercados em que atuam, tal como é o caso das grandes plataformas digitais, a LGPD certamente não será suficiente para, sozinha, endereçar todos os problemas decorrentes da atuação desses entes. Certamente que se espera do Direito da Concorrência e das respectivas autoridades esforços no endereçamento do problema, na parte em que ele estiver relacionado ao abuso de poder econômico. Entretanto, não há dúvidas de que uma lei geral de proteção de dados, como é o caso da LGPD, tem papel crucial e estratégico, até por oferecer uma base comum de regras e princípios que poderá ser utilizada por outras áreas, sempre que tiverem que lidar com a problemática dos dados.

A LGPD em seu art. 2º, inciso VII 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 previsto na LGPD¹⁶. 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.

Em nenhum ponto da lei, salvo no mencionado art. 2º, VII e de forma meramente acidental é tratada a questão eleitoral e suas decorrências¹⁷ 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 decisória¹⁸ da ANPD.

Não parece à primeira vista haver outra interpretação plausível. Mas a aproximação ao tema deve ser feita com cuidado. Conforme se verá no capítulo seguinte, o direito brasileiro deferiu tradicionalmente à Justiça Eleitoral e em especial ao TSE amplo espaço regulamentar

¹⁶ Art. 4º, VI.

¹⁷ Especialmente quanto ao alistamento eleitoral e o sigilo do voto e dos resultados eleitorais.

¹⁸ Art. 55-B.

e administrativo/sancionatório. E o fez não sem boas razões históricas e estruturais, apesar de o nosso sistema provavelmente não encontrar paralelo no mundo.

Mas, como visto linhas acima, 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. Afirmar-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 a primeira conclusão parcial: *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.*

3. A Justiça Eleitoral como *Electoral Management Body*. Funções administrativas típicas e atípicas.

3.1 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 denominada internacionalmente *Electoral Management Bodies* ou simplesmente *EMBs*¹⁹. 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 procedimento²⁰.

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

¹⁹ STROPPIANA, 2008. p. 363.

²⁰ Ibid, p. 365.

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 independente²¹²².

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

3.2 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 brasileiro²³.

²¹ Ibid, p. 366.

²² Os 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 Estados Unidos da América.

²³ STROPPIANA, 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*.*

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 função²⁴, 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 Transitórias²⁵²⁶ 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 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*²⁷ 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

²⁴ PELELLA, 2012. p. 139.

²⁵ Art. 2º, § 2º; arts. 5º, §§ 1º, 2º e 4º; arts. 6º, *caput*, §§ 1º e 2º e art. 13, §3º.

²⁶ PELELLA, 2012. p. 139.

²⁷ *Ibid*, p. 140.

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 accidental e instrumental em relação a seus fins. Em resumo: há funções *típicas jurisdicionais e não-jurisdicionais* e há funções *atípicas*. Esta é a segunda conclusão parcial deste ensaio.

4. ANPD. Sua centralidade sistemática no sistema de proteção de dados.

4.1 O perfil básico da ANPD está previsto no capítulo IX da LGPD.

Segundo seus dispositivos, a ANPD é um órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República²⁸. Sua natureza jurídica é de caráter *transitório* e deverá ser alterada para a forma autárquica de natureza especial, 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 regimental²⁹. Compõe-se de cinco diretores³⁰ que integram seu órgão máximo (o *Conselho Diretor*³¹) escolhidos pelo presidente da República e por ele nomeados após aprovação do Senado Federal³², dentre cidadãos brasileiros de reputação ilibada nível superior de educação e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados³³, com mandato de quatro anos³⁴. 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 disciplinar³⁵, mas estão submetidos a afastamento preventivo por ato do

²⁸ Art. 55-A.

²⁹ §§ 1º e 2º do art. 55.

³⁰ Art. 55-D.

³¹ Art. 55-C, I.

³² § 1º do art. 55-D

³³ § 2º do art. 55-D.

³⁴ § 3º do art. 55-D.

³⁵ Art. 55-E.

presidente da República em caso de conduta de especial gravidade após recomendação da comissão encarregada do processo administrativo disciplinar³⁶.

À ANPD é garantida a autonomia técnica e decisória³⁷ e suas competências específicas, especialmente a de natureza sancionatória, prevalecem em relação à de outras entidades correlatas³⁸. Além disso, é o órgão central de interpretação da LGPD e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação³⁹.

4.2 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.

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 procedimento 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.

³⁶ § 2º do art. 55-E.

³⁷ Art. 55-B.

³⁸ Art. 55-K.

³⁹ § 1º do art. 55-K

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 estreimar a competência da autoridade, elimina, em tese, a possibilidade de conflito de atribuições entre entidades administrativas distintas.

4.3 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 agência reguladora. Aparentemente, sua criação ainda como órgão ancilar da Presidência da República, sem natureza autônoma, deu-se em virtude da impossibilidade ou inadequação do 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 preconizado por ACKERMAN (2008)⁴⁰ 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*⁴¹ americana, se bem que com os temperamentos necessários relativos à

⁴⁰ A tese central do texto é a necessidade de aprofundamento da divisão das funções do Estado como forma de criar mais centros decisoriais que aprofundem o sistema de freios e contrapesos. Em sua própria descrição: *This is an explanatory essay on a big subject, and it will serve its purpose if it jogs us out of ritualistic incantations of Madison and Montesquieu. The separation of powers is a good idea, but there is no reason to suppose that the classical writers have exhausted its goodness. To the contrary. As we explored each of separationism's three rationales, we found plenty of reasons to question received American wisdom.*

⁴¹ Para uma visão geral e crítica contemporânea sobre o tema SOLUM e SUNSTEIN, 2020. Este o resumo do artigo: *In 1984, the Supreme Court declared that courts should uphold agency interpretations of ambiguous statutory provisions, so long as those interpretations are reasonable. The Chevron framework, as it is called, is now under serious pressure. Current debates can be both illuminated and softened with reference to an old distinction between interpretation on the one hand and construction on the other. In cases of interpretation, judges (or agencies) must ascertain the meaning of a statutory term. In cases of construction, judges (or agencies) must develop implementing principles or specify a statutory term. Chevron as construction is supported by powerful arguments; it is consistent with the underlying sources of law, and agencies have relevant comparative advantages in developing implementing principles. Chevron as interpretation is more controversial.*

possibilidade de controle jurisdicional em caso de desvio da atividade regulatória e desbordamento da atividade interpretativa legítima por parte da autoridade (SOLUM e SUNSTEIN, 2020).

Por fim, e esta é a observação central deste tópico e terceira conclusão parcial deste ensaio, 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 decisoriais de autoridades diferentes*.

5. Conclusão.

5.1 Resumindo as assertivas que foram apresentadas como conclusões parciais do estudo em cada uma das seções anteriores, tem-se que: (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*

Those who reject Chevron in the context of interpretation should nonetheless accept it in the context of construction. The distinction between interpretation and construction explains some important cases in the 1940s and also in the post-Chevron era.

regras de garantia, seja por inconsistências advindas da interação de microssistemas distintos, seja, especialmente, pela diversidade de critérios decisoriais 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.

5.2 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.

5.3 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.

5.4 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.

5.5 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 disputas⁴² 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.

5.6 Finalmente, duas considerações de ordem pragmática.

As questões expostas neste ensaio não parecem ter sido simplesmente ignoradas pelo legislador. Na verdade, a ausência de qualquer menção à questão eleitoral no sistema da

⁴² Especialmente neste momento histórico em que a ANPD ainda carece de estrutura institucional minimamente autônoma.

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 competência.

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.

6. REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei 9.504/97. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em 29.12.2020.

BRASIL. Lei 13.709/18. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm#art65.. Acesso em 29.12.2020.

BRASIL. Lei 14.010/20. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm#art20. Acesso em 19.12.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.393 DISTRITO FEDERAL Relatora: Min. Rosa Weber., 07.05.2020. Diário da Justiça Eleitoral, n. 270, 12.12.2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344950595&ext=.pdf> Acesso em: 29.12.2020.

FRAZÃO, Ana. *Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados*. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena; Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro [livro eletrônico]. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Proteção dos dados pessoais. Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados*. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena; *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro* [livro eletrônico]. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019.

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. p 2418-2499.

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.

STROPPIANA, LUCA. *Una Authority per il fenomeno elettorale?* In: D'ALIMONTE, Roberto; FUSARO, Carlo (org.) *La Legislazione Elettorale Italiana*. Bologna. Il Mulino, 2008.

SCHÜNEMANN, Wolf e BAUMANN, Max Otto. *Introduction: Privacy, Data Protection and Cybersecurity in Europe*. In: *Privacy, Data Protection and Cybersecurity in Europe* Org. SCHÜNEMANN, Wolf e BAUMANN, Max Otto. Bonn. Springer, 2017.

SOLUM, Lawrence B e SUNSTEIN, Cass. *Chevron as Construction*. Cornell Law Review. Vol 105, 2020.

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.

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

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. London. Profile Books, 2019.