

**ROBERTO RICOMINI PICCELLI**

**A DIMENSÃO POLÍTICA DO USO DE DADOS PRIVADOS: REGIME JURÍDICO  
DA PRIVACIDADE NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo**

**2017**



**ROBERTO RICOMINI PICCELLI**

**A DIMENSÃO POLÍTICA DO USO DE DADOS PRIVADOS: REGIME JURÍDICO  
DA PRIVACIDADE NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

**Dissertação apresentada à Banca Examinadora do  
Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo, como  
exigência parcial para obtenção do título de Mestre em  
Direito, na área de concentração de Direito do Estado,  
sob a orientação do Prof. Carlos Bastide Horbach**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo**

**2017**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Picelli, Roberto Ricomini  
A Dimensão Política do Uso de Dados Privados: Regime Jurídico da Privacidade no Contexto Constitucional Brasileiro / Roberto Ricomini Picelli ; orientador Carlos Bastide Horbach – São Paulo, 2017. 146

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

---

1. PRIVACIDADE. 2. DIREITO CONSTITUCIONAL.  
3. VOTO SECRETO. 4. MONITORAMENTO. 5. DADOS PESSOAIS. I. Horbach, Carlos Bastide, orient. II. Título.

À minha família.



## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor Carlos Bastide Horbach, querido orientador deste estudo, cuja constante palavra amiga, fornecida tanto à distância quanto nos encontros em suas frequentes vindas a São Paulo, reverbera por cada linha do trabalho, pela confiança e pelo tempo dedicado.

Aos amigos e chefes Marcos Tranchesi Ortiz e Paulo Roberto Andrade, pelo suporte constante para que participasse do curso de mestrado e pela tranquilidade que sempre proporcionaram para que me dedicasse à pesquisa, aos encontros e à elaboração do texto. À amiga e colega Marjory Alves Hirata, também pelo apoio durante esses anos.

Aos grandes professores com que tive a oportunidade de aprender e discutir ao longo de mais esses anos no Largo de São Francisco, cuja memória estará sempre em mim bem ilustrada pelas figuras dos Professores Elival da Silva Ramos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Maria Paula Dallari Bucci e Ronaldo Porto Macedo.

Aos integrantes da banca de qualificação, composta pelo meu orientador e pelos Professores Elival da Silva Ramos e Monica Herman Salem Caggiano, pela dedicação à leitura do projeto e às observações imprescindíveis para que o tema do trabalho fosse adequadamente representado em seu título e pelas contribuições para o próprio desenvolvimento do estudo.

Ao amigo Rodrigo Rodrigues Correia, pela disposição em ler o trabalho e apontar aprimoramentos fundamentais, devidamente incorporados, para a sua conclusão.

Ao amigo Marco Aurélio Purini Belem, pela prontidão para debater com profundidade os temas nucleares do trabalho a qualquer momento.

Ao amigo Ricardo Duarte, cuja contribuição na fase seminal do trabalho foi absolutamente indispensável.

Ao amigo Fernando Couto Garcia, pela ajuda no cumprimento das formalidades necessárias ao depósito do trabalho.

À minha querida Roberta, não só pelo acalento de todos os dias mas pela compreensão de toda a minha ausência, física e mental, durante esse longo tempo.

*“A tecnologia é sedutora, já que a sua incessante produção de novidades se apresenta precisamente como ‘a’ solução de qualquer problema pessoal, social, econômico, político, cultural: e não há dúvidas que as propostas tecnológicas sejam fruto da análise de necessidades e de interesses reais. Mas é necessário justamente questionar se a realidade deva ser abordada somente através das lentes da técnica, tornando substancialmente vinculantes as soluções que esta propõe, ou se a política deva ter o seu filtro. Porém, uma política seduzida pela tecnologia torna-se sua refém, renuncia às suas próprias capacidades. ”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 195.



## RESUMO

PICCELLI, Roberto Ricomini. *A Dimensão Política do Uso de Dados Privados: Regime Jurídico da Privacidade no Contexto Constitucional Brasileiro*. 13 de janeiro de 2016. 146 p. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Considerando a imersão da sociedade contemporânea no meio digital, o trabalho propõe uma reflexão sobre o alcance das disposições constitucionais voltadas à proteção de conteúdo privado na atualidade. Trata, primeiramente, das implicações da privacidade para a manutenção da normalidade democrática. A partir de um esforço para traçar a essência comum entre as disposições normativas relacionadas à privacidade, do segredo de correspondência ao sigilo do voto, e à raiz política dessas disposições, o trabalho empreende uma leitura contextualizada das salvaguardas institucionais contra o avanço do monitoramento no Brasil frente à essencialidade social progressiva dos serviços eletrônicos. Aprecia criticamente algumas iniciativas tendentes a regular a proteção à privacidade no país no âmbito infraconstitucional, com foco especial nas dificuldades no suporte no conceito de consentimento individual e propõe, enfim, alguns delineamentos para o trato dos problemas identificados.

Privacidade – Direito Constitucional – Voto Secreto – Monitoramento – Dados Pessoais



## ABSTRACT

PICCELLI, Roberto Ricomini. *A Dimensão Política do Uso de Dados Privados: Regime Jurídico da Privacidade no Contexto Constitucional Brasileiro*. January 13<sup>th</sup>, 2016. 146 p. Master. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo

Considering the immersion of contemporary society in the digital environment, the paper proposes a reflections on the current extent of constitutional provisions directed to private content protection. Aims, firstly, on the implications of privacy for democratic normality maintenance. From an effort to map the common essence among legal provisions related to privacy, from secrecy of correspondence to secret ballot, and the political root of those provisions, the paper performs a situational reading of institutional safeguards against escalating surveillance in Brazil while electronic services increase their social essentiality. Examines critically infra-constitutional initiatives directed to regulate privacy protection in the country, with special focus on difficulties related to the basis on individual consent and proposes, finally, solutions to regulate problems identified.

PRIVACY – CONSTITUTIONAL LAW – SECRET BALLOT – SURVEILLANCE –  
PERSONAL DATA



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	17
<b>I. DESENVOLVIMENTO DA TECNOLOGIA E DA PROTEÇÃO JURÍDICA DE CONTEÚDOS PRIVADOS</b> .....	21
I.1. Contextualização do fenômeno digital.....	21
I.2. Evolução jurídica do resguardo da esfera privada.....	25
I.2.1. Origens e primórdios.....	25
I.2.2. A evolução do conceito de privacidade.....	29
I.2.3. A evolução no Brasil.....	36
I.3. Democracia e privacidade.....	43
<b>II. REGIME JURÍDICO DA PRIVACIDADE NO DIREITO POSITIVO E INTERAÇÕES FUNDAMENTAIS</b> .....	49
II.1. Âmbito de proteção.....	49
II.2. Eficácia horizontal.....	64
II.3. Conflitos e sopesamento.....	72
II.4. Disponibilidade.....	79
II.5. Regime infraconstitucional.....	81
<b>III. OBSOLESCÊNCIA CRÔNICA DO TRATAMENTO JURÍDICO DA PRIVACIDADE</b> .....	87
III.1. Desequilíbrios de poder.....	90
III.2. Os novos desafios à segurança.....	95
III.3. Essencialidade progressiva dos serviços eletrônicos.....	100
III.4. Limites da ideia de consentimento.....	103

<b>IV. DELINEAMENTOS PARA UMA INTERPRETAÇÃO ATUALIZADA DA PRIVACIDADE</b> .....	112
IV.1. Destilação de princípios.....	112
IV.2. Dotação de agilidade às instituições comissionadas.....	118
IV.3 Aprovação de lei específica.....	125
IV.4. O PL nº 5.276/2016.....	128
<b>CONCLUSÃO</b> .....	133
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	136

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a apresentar o problema da privacidade com foco em sua importância *política*, isto é, por uma óptica diferente daquela com que é comumente abordado no Brasil. Pretende-se com isso, em síntese, examinar a sua relevância supraindividual, coletiva, e não apenas o seu aspecto estritamente individual, reputacional.

No momento em que a proteção de dados é discutida em todo o globo por conta da emergência de grandes escândalos relacionados ao monitoramento de informações por governos estrangeiros, e em que, sem o mesmo alarde, agentes privados aprofundam os mecanismos de recolha e processamento de dados a respeito dos indivíduos, muitas vezes a troca da disponibilização de serviços básicos na internet, essa reflexão é absolutamente indispensável.

A coleta de dados permite não apenas a interpretação isolada dos vários atributos de um ou vários indivíduos, mas a recombinação dessas informações, o que, mediante a aplicação de algoritmos, pode levar a que se potencialize o conhecimento sobre a dinâmica do inconsciente individual e das interações coletivas. De forma ainda mais direta, dá acesso a informações sensíveis, por exemplo, sobre o setor produtivo e sobre grupos políticos específicos. É o fenômeno que se convencionou chamar de “*big data*”.

Considerando-se o grau de desenvolvimento da técnica de processamento de dados, as consequências políticas do acesso a essas informações não são nada banais. Para lá do óbvio, que seria o perfilhamento dos usuários conforme características personalíssimas colhidas pouco a pouco, seria possível o monitoramento massivo e, por meio de expedientes de simulação cada vez mais sofisticados, a previsão de comportamentos e insurgências políticas. Tudo isso poderia estar a serviço não apenas do Governo ou da própria empresa responsável pelo serviço, mas, na ausência de regras, de terceiros, como determinadas empresas ou correntes políticas.

Não se trata aqui de ignorar o problema individual concernente à proteção de dados. Sabe-se que a devassa nas informações de índole pessoal pode acarretar danos à personalidade do indivíduo que tem a sua esfera privada invadida e eventualmente exposta contra a sua vontade. O foco, porém, está nas implicações para a democracia dessa deterioração do campo de resguardo dos indivíduos e do conseqüente aumento de poder dos agentes que passam a deter o acesso a essas informações e, mais especificamente, em como o direito brasileiro lida com o fenômeno da escalada dessas práticas.

O que se apresenta como novidade há que ser encarado com alguma cautela. Problemas velhos podem apresentar-se sob novas roupagens, e o analista deve enxergar “as continuidades por trás das descontinuidades” – na formulação de BAUMAN.<sup>2</sup> A História ilustra como a introdução de um novo fator de poder em um sistema ocasiona instabilidade e, em um segundo momento, permite a dominação. A pólvora, usada como critério de interpretação do momento histórico da formação dos Estados nacionais, é um exemplo muito eloquente. O poder primeiro dispersou-se, para depois se concentrar e possibilitar o controle de grandes áreas por um único soberano. Da mesma forma, o afloramento das tecnologias de vigilância e a despontada do conhecimento técnico especializado em avaliar os dados vão acabar concentrando armas nas mãos de uns poucos. E por sua incomparável complexidade e sofisticação, essas novas armas terão um universo de pessoas capacitadas a operá-las infinitamente mais restrito do que as armas de fogo.

Por se tratar, enfim, de um problema de balanceamento de poder, é natural que o parâmetro a ser levado em consideração nesse trabalho seja a própria Constituição Federal. Instituída em 1988, quando a revolução digital ainda não havia ainda se acelerado como viria a acontecer na década seguinte, seu texto não disciplina em detalhes as limitações relacionadas ao poder de monitorar.

Não quer isso dizer, em princípio, que a Constituição seja absolutamente permissiva com relação a esse ponto. Disposições destinadas a regular os meios de comunicação mais recorrentes na época podem ser destilados para que se chegue a um *telos*, uma finalidade, extensível aos dispositivos eletrônicos tão em voga depois de passados 28

---

<sup>2</sup> BAUMAN, Z.; LYON, D. *Vigilância Líquida*: 1. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 39.

anos de sua promulgação. Esse é, em linhas gerais, o desafio primeiro do presente trabalho: tentar colher na Constituição os elementos que balizam a discussão sobre a vigilância digital.

A primeira parte do trabalho será destinada inicialmente à contextualização histórica do problema. Assim, serão introduzidas algumas tecnologias e seu potencial uso, para uma singela linha histórica que tem como meta situar o momento em que promulgada a Constituição de 88 e a previsibilidade das mudanças sociais que viriam. Depois, será vista brevemente a evolução histórica da proteção de certos conteúdos da devassa do Estado e dos demais, tanto no resto do mundo quanto no Brasil. Ainda nesse capítulo inicial, será visto como a consolidação do fenômeno digital interage com a democracia e com o sistema político.

A seguir, será a vez de adentrar o direito brasileiro contemporâneo, com um exame detido das disposições constitucionais relacionadas à privacidade, à intimidade, à transparência e ao segredo, a fim de se chegar a alguma conclusão a respeito de uma eventual preocupação subjacente a essas garantias com o controle de poder de vigiar e introduzir reflexões sobre a eficácia dessa eventual orientação frente às novas possibilidades de interação digital.

O terceiro capítulo será dedicado à exploração dos problemas mais evidentes da aplicação dos instrumentos jurídicos tradicionais à nova realidade social. Em primeiro lugar, será analisada a essencialidade da manutenção de um nível de equilíbrio social, inclusive entre estado e indivíduo, mas também entre os próprios indivíduos para se manter uma vitalidade democrática mínima. Também se tratará das novas ameaças que se apresentam ao cidadão e que justificam o encilhamento dos controles, bem como o grau cada vez maior de dependência da tecnologia e, finalmente, a relativização do mito do consentimento sob a perspectiva da importância coletiva da privacidade.

No capítulo seguinte, em resposta, inclusive aos problemas identificados no anterior, serão versadas algumas soluções que se imaginam, a começar por uma leitura que permita extrair da Constituição uma regra geral de preservação da privacidade sob esse viés mais coletivo, de forma condicionante para o Estado e para os particulares. A seguir, tratar-se-á de instrumentos mais práticos para a solução desses problemas, como a constituição de

uma autoridade com competência para zelar pela proteção de dados no Brasil e a instituição de uma lei com o propósito de disciplinar esse assunto.

A propósito, ainda no derradeiro capítulo, será examinada o Projeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais enviado pelo Ministério da Justiça à Câmara dos Deputados, depois de longa fase de elaboração, à luz de tudo o que houver sido visto antes, especialmente dos desafios contemporâneos para a proteção da privacidade. O objetivo é entender se o projeto, uma vez aprovado, consagraria salvaguardas suficientes para evitar desequilíbrios de poder decorrentes do tratamento excessivo de dados.

Finalmente, ao final, será apresentada a conclusão do trabalho.

## Capítulo I

# DESENVOLVIMENTO DA TECNOLOGIA E DA PROTEÇÃO JURÍDICA DE CONTEÚDOS PRIVADOS

O primeiro passo da análise pretendida para esse trabalho é delimitar algumas premissas a respeito tanto das circunstâncias estruturais da contemporaneidade no que diz respeito ao alcance da tecnologia e, especialmente, das capacidades de monitoramento, quanto dos institutos de que o direito dispõe para lidar com as maiores ameaças relacionadas às ameaças à privacidade. Trata-se, em suma, de historiar, simultaneamente, como a sociedade chegou ao atual quadro fático e jurídico.

### 1.1. Contextualização do fenômeno digital

Ainda que se reconheça a relevante função social das formas de comunicação tradicional prevalentes até a década de 80, em que foi promulgada a Constituição vigente, as duas décadas subsequentes significaram uma mudança de paradigma dos meios de comunicação eletrônica e de sua importância para a vida das pessoas. Com a revolução da informática e a consolidação da *internet*, evoluiu-se, de meios de transmissão de mensagens, para a eclosão de um novo espaço de convivência, que emula, de certa forma, vários aspectos do meio físico<sup>3</sup>. Afinal, “*a Internet é mais próxima da cidade do que do telefone e da televisão*”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Contra essa visão, v. LEONARDI, para quem “é equivocado pensar na existência de um espaço autônomo de comunicação criado pela Internet, o ‘ciberespaço’, onde seria possível ‘navegar’ em busca de ‘locais’ para interagir com outros usuários e trocar informações; em outras palavras, ‘a comunicação instantânea de quantidades massivas de informação criou a falsa impressão de que há um lugar chamado ‘ciberespaço, ou seja, um território sem fronteiras onde todas as pessoas do mundo podem estar conectadas como se fossem moradoras de uma mesma cidade pequena” (LEONARDI, M. *Tutela da Privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 122 e ss.).

<sup>4</sup> SILVA ARAÚJO, M. S., COSTA, L., OLIVEIRA NUNES, V. Q. *Internet no Brasil e o regime jurídico de responsabilidade do Projeto de Lei n° 2.126/01*: Comentários sobre o Marco Civil da Internet. Nota técnica encaminhada ao Coordenador da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, Brasília e São Paulo, 13/09/2012. Disponível em: <<http://www.direitodainformatica.com.br/wp-content/uploads/2013/04/Comentarios-ao-Marco-Civil.pdf>> Acesso em 12 dez. 2016, p. 4. No mesmo sentido,

Nesse novo contexto, o meio virtual é usado pelos usuários atualmente tanto para satisfazer às suas necessidades mais íntimas – relacionadas ao acesso a conteúdos ideológicos, religiosos, pedagógicos, médicos, etc. - quanto para viabilizar imperativos vitais até certo ponto menos reservados – como o trabalho ou as relações sociais – ou mesmo para expor determinados aspectos de suas personalidades, por deliberação consciente, na maior escala possível – por publicações em *blogs* ou redes sociais por exemplo.

Se é verdade que as pessoas sempre tomaram parte às escâncaras em eventos cotidianos – como ir às compras ou ir à escola -, faziam-no normalmente sem que houvesse um mecanismo centralizado de armazenamento e processamento das suas informações pessoais. Na atualidade, especialmente no meio virtual, todos os atos das pessoas – rastreáveis por credenciais de identificação – podem, ao menos em tese, ser gravados e associados a uma espécie de identidade eletrônica.

As formas como o acesso a esses dados permite que se prevejam determinados eventos, imprevisíveis em outras condições, são várias, e abrangem desde a detecção prévia de insurgências políticas por meio da interpretação das relações interceptadas entre os agentes envolvidos, até a antecipação de reivindicações sociais de caráter estratégico ou, o que parece particularmente grave, a antecipação do pensamento humano<sup>5</sup>. RODOTÀ, um dos maiores estudiosos do problema, na posição de presidente do *Garante per la Tutela dei Dati Personali* italiano, já advertia há muito com incrível precisão sobre esse prognóstico:

---

Castells, para quem “a era da informação está introduzindo uma nova forma urbana, a cidade informacional” (CASTELLS, M. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 488). Em linha similar, “a internet será a imagem precisa das sociedades que quisermos ser” (THOMPSON, M. *Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012, 2012)

<sup>5</sup>É curioso notar que já existe até mesmo a expressão que define o processamento de rastros deixados pelos usuários para criar algoritmos capazes de prever os seus comportamentos: “*data mining*”, ou “mineração de dados”, em bom português. Embora a fórmula seja comumente usada para o comércio digital, nada impede que seja empregada também para fins políticos. Exatamente por isso, tem-se conjecturado que o desempenho dessa técnica estava entre os propósitos do programa de vigilância *PRISM*. Nesse sentido, v. FOLHA DE S. PAULO. *Como os EUA usam tecnologia para minar mais dados mais rapidamente*. RISEN, J; LICHTBLAU, E. Caderno TEC. Publicado em 18 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2013/06/1295398-como-os-eua-usam-tecnologia-para-minar-mais-dados-mais-rapidamente.shtml>>. Acesso em 12 dez. 2016

Assediados por computadores, espiados por olhos ocultos, vigiados por telecâmeras invisíveis. Arriscam-se a parecer homens de vidro os cidadãos da sociedade da informação: uma sociedade que a informática e a telemática estão tornando totalmente transparente.<sup>6</sup>

A mera possibilidade teórica de criação de um compêndio de dados sobre os indivíduos que tomam parte no meio virtual seria já uma primeira fonte de preocupação com a escalada dos registros eletrônicos. Ao som do noticiário mais recente, no entanto, repleto de episódios relacionados ao monitoramento de dados multitudinários<sup>7</sup>, inclusive de natureza comercial<sup>8</sup>, por iniciativa de grandes órgãos governamentais e partidos políticos estrangeiros, a realidade flerta definitivamente com a distopia.

A informação é hoje um bem negociável para as empresas de tecnologia – não é nenhum exagero afirmá-lo, na linha do que sublinha CAMPUZANO TOMÉ.<sup>9</sup> A BlueKai, pertencente à Oracle, por exemplo, realiza diariamente 75 milhões de leilões virtuais de informações pessoais. Proclama possuir 750 milhões de perfis de usuários da internet e processa 30.000 atributos de cada.<sup>10</sup> É, porém, apenas mais um dos vários agentes que operam no rico mercado de negociação de dados pessoais, que, segundo estimativa do Boston Consulting Group, poderia atingir a cifra de 1 trilhão de euros em lucros corporativos só na Europa em 2020.<sup>11</sup> Muitos inclusive são os economistas que se têm dedicado a analisar os critérios de precificação desse novo tipo de “mercadoria”

Nada disso poderia ser previsto na década em que se reuniu a Constituinte. É até folclórica a citação atribuída a Ken Olsen – fundador da Digital Equipment Corporation, uma empresa que chegou a ser bastante robusta –, o qual, em 1977, teria cravado: “[n]ão há razão para que alguém queira um computador em sua casa”. Se esse era o pensamento de

<sup>6</sup> RODOTÀ, S. *Op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>7</sup> FOLHA DE S. PAULO. *EUA acessaram dados de Google, Facebook, Microsoft e Apple no exterior*. Mundo. Publicado em 7 de junho de 2013. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/06/1291256-eua-acessaram-dados-de-empresas-de-internet-dizem-jornais.shtml> >. Acesso em 12 dez. 2016.

<sup>8</sup> O GLOBO. *Petrobras foi alvo de espionagem do governo americano*. Publicado em 09 de setembro de 2013. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/brasil/petrobras-foi-alvo-de-espionagem-do-governo-americano-9877320> >. Acesso em 13 dez. 2016.

<sup>9</sup> TOMÉ, H. C.. *Vida privada y datos personales*. Madri: Edictorial Tecnos, 2000, p. 67

<sup>10</sup> SPIEKERMANN, S. et al. *Personal data markets*. *Electronic Markets*, [s.l.], v. 25, n. 2, p.91-93, 30 abr. 2015. Springer Nature. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1007/s12525-015-0190-1>>, p. 91.

<sup>11</sup> SPIEKERMANN, S. et al. *The challenges of personal data markets and privacy*. *Electronic Markets*, [s.l.], v. 25, n. 2, p.161-167, 29 abr. 2015. Springer Nature. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1007/s12525-015-0191-0>>, p. 161.

uma das maiores empresas de computação naquele ano, não se poderia esperar razoavelmente que, apenas dez anos depois, os deputados encarregados da elaboração da nova Constituição, presumivelmente leigos, tivessem ideia do que viria na sequência.

A verdade é que em 1987, muito embora a venda de microcomputadores já chamasse a atenção nos Estados Unidos, o fator da conectividade, fundamental para que a internet viesse a ser o que é, ainda não havia sido totalmente desenvolvido. Foi apenas dois anos depois, em 1989, que Tim Berners-Lee lançou o piloto da World Wide Web (WWW), voltado para a Organização Europeia para a Pesquisa Nuclear (CERN). Só em 1991 o primeiro navegador foi disponibilizado de forma aberta.

No Brasil, reportadamente, a primeira conexão direta com uma rede internacional foi feita nos computadores da Fapesp mais de três anos depois da promulgação da Carta, em 1991. A Embratel só viria a oferecer comercialmente o acesso à internet em 1994, e, foi só então que o fenômeno de fato se disseminou pelo país, com o surgimento de grandes baluartes da rede no Brasil, como o Cadê?, o UOL e o ZipMail. A consolidação viria com a banda larga, em 1999, e com o primeiro provedor gratuito, o iG, no ano seguinte.

É difícil imaginar uma década na história que tenha até então impactado tão profundamente o cotidiano das pessoas quanto impactou a década de 90. Milhares de novos negócios foram criados, contatos foram estabelecidos pelo globo, a informação foi dispersada. O vocabulário foi alterado de uma forma sem precedentes. As pessoas passaram a gastar horas em frente a um terminal da rede.

Na década seguinte, a interação alcançaria níveis ainda mais impressionantes. O advento da Wikipedia (2001), dos blogs (Blogger, 2002), das redes sociais (Orkut, 2004; YouTube, 2005; Facebook, 2006; Instagram, 2010) e, enfim, dos smartphones contemporâneos (iPhone, 2007; iPad, 2010) contribuiu sobremaneira para a inauguração de uma nova forma de interagir com o mundo e com as pessoas ao redor.

Se é evidente que alguns sinais já indicavam mudanças trazidas pela tecnologia no final da década de 80 – a Lei que estabelece a Política Nacional de Informática, não por acaso, é do seu início –, essa reviravolta toda certamente não se antevia. A

preocupação em desdobrar o sigilo da correspondência em outras três submodalidades, como se verá mais à frente<sup>12</sup>, pode ter sido já um reflexo de algum grau de intuição de mudança, mas dificilmente se podiam imaginar alterações tão significativas no dia-a-dia dos indivíduos.<sup>13</sup>

## **I.2. Evolução jurídica do resguardo da esfera privada**

Para que se possam examinar de maneira adequada as diversas garantias consagradas na Constituição a respeito da proteção de uma esfera privativa dos indivíduos contra a devassa alheia, é preciso, preliminarmente, investigar a origem e o contexto em que surgiram no direito ocidental. Só com a compreensão do significado histórico das várias faces de proteção jurídica ao recato é que será possível, a partir das semelhanças e diferenças em relação à realidade atual, uma interpretação atualizada do tratamento constitucional da privacidade.

### **I.2.1. Origens e primórdios**

Há alguns séculos o direito ocidental reconhece ao cidadão esferas defesas contra a intromissão de outros indivíduos e do Estado. Se hoje podemos incluir os vários aspectos pontuais dessa proteção jurídica em um conceito mais ou menos coeso, a evolução dos múltiplos institutos afluentes deu-se de forma relativamente autônoma, especialmente a partir de um fio condutor comum de consolidação de liberdades que vem desde o movimento constitucionalista.

---

<sup>12</sup> Cf. *infra*, Cap. II.1.

<sup>13</sup> Constituições mais recentes, como a de Angola, de 2010, já tratam expressamente de um sigilo das comunicações telemáticas (Artigo 34, § 1º, ANGOLA. Constituição de 5 de fevereiro de 2010. *Constituição da República de Angola*). Ao regulamentar o *habeas data*, o constituinte angolano, no artigo 69, § 1º, ainda fez incluir no cabimento do remédio a busca por ficheiros, arquivos ou registros *informáticos* e, no § 3º, proibiu a “transferência de dados pessoais de um ficheiro para outro pertencente a serviço ou instituição diversa, salvo nos casos estabelecidos por lei ou por decisão judicial”. A do Egito, de 2014, também menciona a inviolabilidade da correspondência *eletrônica* (Artigo 57, § 2º, EGITO. Constituição de 18 de janeiro de 2014. *Constituição da República Árabe do Egito*. Cairo. Disponível em: <<http://www.sis.gov.eg/Newvr/Dustoren001.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2016)

O segredo de correspondência foi um dos primeiros direitos de reserva a ser afirmado como um direito público no mundo ocidental. De certa forma, a expectativa de sigilo deflui naturalmente da troca de mensagens privadas.<sup>14</sup> No âmbito privado, ao menos desde o direito romano, previa-se, de alguma forma, punição para quem interceptasse as missivas alheias. Igualmente, há quem postule que os contratos de transporte já contivessem cláusulas de proteção dos conteúdos das cartas.<sup>15</sup>

Ainda assim, como anota ITALIA, a afirmação do segredo como direito público subjetivo “e a consequente defesa da sua inviolabilidade são problemas essencialmente modernos; antigamente, na realidade, a relação de correspondência é reconhecida, e parcialmente, somente nas relações intercorrentes entre particulares.”<sup>16</sup>

O contexto é esclarecedor. O surgimento dos primeiros serviços postais na Europa dos séculos XVII e XVIII, sob concessão monárquica, levou a que o poder absoluto exercesse um controle cada vez mais ostensivo sobre a correspondência dos súditos. A intenção do monarca, muitas vezes, era exatamente o de controlar mais comodamente eventuais complôs tramados contra ele.<sup>17</sup> Na França, por exemplo, que desde meados do século XVII havia instituído o monopólio estatal dos correios,<sup>18</sup> é sempre lembrado o “*Cabinet noir*”, em que funcionários reais perscrutavam o conteúdo das cartas trocadas no reino.

Possivelmente, por conta das notícias da devassa indiscriminada na correspondência, foram, aos poucos, instituídas regras de proteção. Na Inglaterra, desde 1649, a entrada da figura do “*Postmaster General*” no Conselho da Coroa, com o seu juramento de posse, e, na França, a ordenação do rei de 1742 e o decreto do Conselho de Estado, de 18 de agosto de 1775, marcam os possíveis primeiros instrumentos formais de

---

<sup>14</sup> “As cartas cumprem um importante papel nas relações sociais, mas é bem evidente que, para render reais serviços, é necessário que a correspondência seja protegida pelo princípio do segredo; a carta que eu venho a escrever, eu a destino ao meu correspondente e a ele somente. Eu não a teria posto no correio se eu houvesse suspeitado que ela poderia ser lida por um terceiro.” (PERSON, H. *Des Lettres missives: propriété, inviolabilité, preuves*. Paris, 1910. Tese (doutorado). Universidade de Paris, p. 162)

<sup>15</sup> ITALIA, V. *Libertà e segretezza dela corrispondenza e delle comunicazioni*. Mião: Giuffrè, 1963, p. 12

<sup>16</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>17</sup> PERSON, *Op. cit.*, p. 169.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 163.

garantia do sigilo.<sup>19</sup> É incerto, porém, se essas medidas visaram a garantir realmente algum grau de sigilo ou se, ao contrário, apenas funcionavam como um embuste para que os súditos pudessem continuar a utilizar o serviço oficial de correspondência.

Depois, finalmente, já no período revolucionário francês, em resposta à tirania do regime precedente, e na esteira de algumas manifestações de alguns de seus integrantes mais destacados, em 5 de dezembro de 1789, a Assembleia Nacional edita um decreto em que proclama que “conforme os princípios estabelecidos na Declaração dos Direitos, o segredo das cartas deve ser constantemente respeitado”. O Código Penal de 17 de setembro de 1791 criminalizou a violação do sigilo com dois anos de prisão (“*gêne*”).<sup>20</sup> Mais à frente, houve já alguns retrocessos, como o decreto de 9 de maio de 1793, que flexibilizou o sigilo ao prever procedimentos destinados à abertura de certas cartas. E a devassa seguiu no plano fático, a despeito de garantias formais, inclusive durante o período napoleônico e o segundo reinado.<sup>22</sup>

De uma forma geral, o que se vê é que a proclamação do direito ao segredo de correspondência pré-datou em muito a sua efetivação. Salvo algumas possíveis síncopes pontuais, os serviços de correio mantiveram-se equipados para a vigilância das cartas desde o antigo regime e passaram a salvo nas revoluções liberais, apesar da legislação restritiva quanto à possibilidade de monitoramento. A garantia do sigilo, ainda que insincera, era importante, no limite, para que o serviço continuasse a ser utilizado e para que os indivíduos se sentissem minimamente seguros para transmitir as mensagens que se pretendiam interceptar.

Afora o direito ao segredo de correspondência, outras liberdades são de se mencionar, como a liberdade de expressão de pensamento – proclamada expressamente na Declaração dos Direitos do Homem – e a inviolabilidade de domicílio, que tinha também

---

<sup>19</sup> *Idem*, p. 174.

<sup>20</sup> A pena de “*gêne*” tinha algumas peculiaridades, no Código Penal de 1791, mas consistia, em linhas gerais, em um regime semelhante à prisão.

<sup>21</sup> FRANÇA. *Código Penal de 25 de setembro de 1791*. Disponível em: <[http://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_25\\_09\\_1791.htm](http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm)>. Acesso em 12. dez. 2016.

<sup>22</sup> PERSON, *Op. cit.*, pp. 181-186.

raízes no direito privado e cuja origem também se pode traçar, nessa perspectiva mais abrangente, no direito romano.<sup>23</sup>

Uma forma de proteção ao recato que não é comumente associada às demais é o voto<sup>i</sup> secreto, que é da maior importância para se compreender com exatidão os desdobramentos políticos da proibição da devassa. Para que os indivíduos mais vulneráveis não estejam sujeitos a pressões na hora do voto, garante-se que seja feito de forma absolutamente reservada. Assim como o sigilo é de certa forma intrínseco ao ato de se corresponder, também parece intuitiva, um imperativo de coerência, a relação entre exercer o poder de escolha democrática e não ter essa escolha revelada para potenciais ameaças. O controle social do sufrágio tornaria o ato de votar uma encenação que não reflete a real vontade do eleitor.

O voto secreto como é conhecido na contemporaneidade<sup>24</sup> tem suas origens comumente associadas à Austrália.<sup>25</sup> Tanto assim que era conhecido originalmente no mundo anglo-saxão como “voto australiano”. Sua adoção no mundo ocidental não é anterior a meados do século XIX, com a França, no âmbito europeu, assumindo a vanguarda a respeito. PINELLI comenta esse retardo na introdução de uma garantia tão importante na Europa, centrando-se, inicialmente, no próprio caso francês:

---

<sup>23</sup> A Lei das XII Tábuas já regulamentava a busca em domicílio (*quaestio lance licioque*), prevendo que só poderia ser executada com o inquisidor nu, apenas com um cinto e um prato em mãos. (PERINAN, B. *The Origin of Privacy as a Legal Value: A Reflection on Roman and English Law*. In: *American Journal of Legal History*. (2012) 52 (2): 183-201. Publicado em 1º de abril de 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1093/ajlh/52.2.183>, p. 193). O direito romano conhecia vários institutos destinados a proteger a honra e a reputação dos indivíduos. Os atos atentatórios a essas esferas eram entendidos como injúrias. Ainda assim, ainda não há o reconhecimento muito claro de uma importância republicana a esse tipo de direito (*Ibidem*).

<sup>24</sup> Houve, porém, votações secretas em outros momentos históricos, como a República Romana. Luraschi narra que o voto secreto foi introduzido pelas *Leges Tabellariae* (a partir da *Lex Gabinia*, de 139 a.C) por motivações circunstanciais, segundo Luraschi (*Sull'introduzione del voto segreto nella Roma repubblicana*. Index: *Quadernio Camerti di Studi Romanistici*. Napoli, n. 29, 2001. p. 185-198., esp. pp. 194/195). Cícero já tratava, no célebre *De Legisbus*, da questão do segredo em certos pleitos, defendendo o retorno do voto ostensivo ao menos para os *optimates* (classe de senadores do fim da República Romana que detinha o poder de fato). Em sentido contrário, na linha da tese de que houve um aprimoramento democrático, a partir de uma pressão popular, v. Yakobson, para quem as queixas de Cícero, um *optimatus*, são uma evidência da perda, ainda que relativa, de poder da classe dominante pela legislação eleitoral. (*Secret Ballot and Its Effects in the Late Roman Republic*. *Hermes* 123. Bd., H. 4 (1995), pp. 426-442, pp. 426-442, esp. pp. 428-429)

<sup>25</sup> A primeira província a adotá-lo foi a Austrália do Sul, em 1856.

O atraso na introdução das garantias do segredo do voto, ou das medidas de “moralização do sufrágio universal”, pode ser, portanto, ao menos parcialmente explicado pelo fato de que, no primeiro país onde o sufrágio universal foi afirmado, a República foi, ela mesma, perseguida como a melhor garantia contra a corrupção e as fraudes eleitorais.<sup>26</sup>

Na Itália, uma lei assegura o sufrágio secreto já em 1848. Na Inglaterra, o Ballot Act reconhece-o em 1872, ao mesmo tempo em que expande a base eleitoral. Nota-se, sobretudo, uma correlação entre a universalização gradual do sufrágio e a reserva do voto, a indicar uma proteção dirigida sobretudo aos eleitores recém-admitidos ao sistema, isto é, àqueles mais vulneráveis a pressões que poderiam decorrer da divulgação do seu voto.<sup>27</sup>

### **I.2.2. A evolução do conceito de privacidade**

O fato é que de forma ainda desvinculada a essa linha evolutiva das liberdades públicas ligadas à inviolabilidade do indivíduo e de seus consectários, como a carta que exprime o seu pensamento, emergiu no fim do século XIX, nos Estados Unidos, um instituto de que, na contemporaneidade, esses direitos históricos se tornariam, de certa forma, tributários.

A origem do debate relacionado à *privacidade*<sup>28</sup> propriamente dita remonta ao pensamento de BRANDEIS, teórico que um dia se tornaria juiz da Suprema Corte dos

<sup>26</sup> PINELLI, C. *Secret tu vote et apprentissage de la démocratie: les débats et la pratique italienne entre 1848 et 1912*. Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris, n. 46. abr/jun 2001. Pp. 288-299, p. 291.

<sup>27</sup> *Idem*, pp. 291-2.

<sup>28</sup> Costa Junior critica a tradução usual da palavra “*privacy*”: “a expressão exata, em bom vernáculo, é privatividade, que vem de privativo. E não privacidade, que é péssimo português e bom anglicanismo.” (*O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25). Celso Lafer, na sua tradução de “*The Human Condition*”, de Hannah Arendt, adota a mesma orientação, embora os escritos de Hannah Arendt digam respeito não exatamente à privacidade no sentido aqui tratado, mas à qualidade daquilo que é privado (ARENDETT, H. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Tradução de Celso Lafer). De fato, a palavra “*privacidade*” vem do inglês, no qual o termo “*privacy*”, como se verá, começa a adquirir o sentido contemporâneo especialmente a partir do fim do século XIX. A palavra não foi, por exemplo, italianizada. Adota-se, em regra, na Itália, o termo em inglês, embora registre-se também o vocábulo “*privatezza*”. Em francês, prefere-se o afrancesamento “*privacité*”. O termo alternativo proposto por Costa Junior não parece o melhor. “Privatividade” tem, sobretudo, um significado de “exclusividade”. “Privativo” é aquilo que é “exclusivo”. A palavra originária, do inglês, não parece guardar exatamente essa conotação, referente ao que é exclusivo, mas exatamente ao que é privado. A crítica, enfim, parece puramente estética, já que o aportuguesamento de uma expressão que adquire significado jurídico próprio originalmente

Estados Unidos. Ele, em conjunto com WARREN,<sup>29</sup> escreveu o célebre artigo “*The Right to Privacy*” em 1890, justamente na época em que começavam a ser distribuídas as primeiras máquinas fotográficas e se discutiam os limites da utilização desse novo expediente pela imprensa norte-americana.<sup>30</sup>

A partir de uma compreensão evolutiva dos direitos, que teriam passado de simples garantias contra a interferência física na vida e na propriedade dos indivíduos para o reconhecimento “da natureza espiritual do homem, dos seus sentimentos e do seu intelecto”, WARREN e BRANDEIS propõem que o direito à vida se aperfeiçoou de acordo com o avanço da civilização para, enfim, compreender o “direito de desfrutar a vida”, ou na formulação sempre lembrada, o “direito a ser deixado só”. Tudo por meio do “*common law*”, sem a necessidade de intervenção legislativa. Diante das recentes novidades relacionadas às intromissões dos jornalistas, inquiriam se o direito vigente “reconhecia e protegia o direito à privacidade nesse e em outros aspectos”.

WARREN e BRANDEIS baseiam-se, de forma bastante original, na analogia do direito do autor de impedir a divulgação da sua obra simplesmente em função “da paz mental e do alívio proporcionados pelo poder de prevenir a publicação”<sup>31</sup>. Ao contrário dos direitos patrimoniais do autor (“*copyrights*”), a proteção nesse caso seria relacionada ao direito do sujeito de simplesmente ser deixado só, sem nenhuma correlação com os dividendos obteníveis com o trabalho. Ao abstraírem, em seguida, a relevância do registro escrito e do trabalho empregado, em prol dos sentimentos e emoções do autor, destilam um princípio do “*common law*” que protegeria sobretudo a esfera privada do cidadão, a assim chamada “privacidade”.

---

na língua inglesa nada tem de errado. Ademais, o lexema já foi incorporado totalmente ao português. Os dicionários contemporâneos registram as duas variações. Antes mesmo da incorporação pelos dicionários, Milton Fernandes advogava já o uso do termo (*Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55).

<sup>29</sup> RODOTÀ, a propósito do texto escrito pelos dois, assevera as diferenças entre o que movia WARREN e BRANDEIS: “O primeiro, um conservador de cunho tradicional, mostrava-se interessado somente nos privilégios da alta burguesia, encarando com ressentimento a ação da imprensa à caça de escândalos políticos e mundanos; o outro, liberal-progressista, ainda que preocupado com a privacidade das pessoas de maior projeção, enfatizava que o dano que poderia derivar das indiscrições jornalísticas às minorias intelectuais e artísticas, podendo provocar o aumento da impopularidade destas”. (*Op. cit.*, p. 28).

<sup>30</sup> WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D.. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, [s.l.], v. 4, n. 5, p.193-220, 15 de dezembro de 1890. JSTOR. <http://dx.doi.org/10.2307/1321160>.

<sup>31</sup> À diferença dos copyrights, esse tipo específico de direito, reconhecido por lá pelo *common law*, não tem repercussão patrimonial em princípio. Diz respeito mais à potestade do autor em ver a sua obra publicada.

Eles ainda, em uma passagem importante, questionam o valor, àquela altura, da orientação que vetava a publicação de conteúdos privados em termos contratuais, isto é, na quebra de confiança entre o interessado e o responsável pela divulgação. Fazem-no sobretudo diante do advento de máquinas fotográficas, que podiam ser usadas para capturar imagens independentemente de uma conduta consensual do retratado. A tecnologia de captar registros visuais rompia certamente paradigmas da época em que o direito privado havia se estabilizado no mundo anglo-saxão. Tiveram então de encontrar uma fórmula para adaptar o direito à novidade:

Enquanto, por exemplo, o estado da arte fotográfica era tal que o retrato de alguém mal poderia ser tirado sem que o sujeito se sentasse conscientemente para esse propósito, o direito contratual ou do “*trust*”<sup>32</sup> podia prover a um homem prudente garantia suficientes contra a circulação indevida da sua imagem, mas desde que os últimos avanços na arte fotográfica tornaram possível tirar fotos sub-repticiamente, as doutrinas do contrato e do “*trust*” são inadequadas para assegurar a proteção demandada, e deve-se recorrer à responsabilidade civil.<sup>33</sup>

Ao final, entre outras asserções sobre o regime do direito à privacidade, afirmam que “o direito à privacidade cessa com a publicação dos fatos pelo indivíduo, ou com o seu consentimento”.<sup>34</sup> Ao longo do texto, fica clara uma preocupação focada contra os excessos da curiosidade. Pouco ou nada se diz, porém, ainda, sobre as consequências do acesso à informação no que diz respeito à concentração de poder. Todo o foco está nos dissabores experimentados pelas vítimas da divulgação indevida.

Os autores, portanto, ainda não estavam preocupados com o acesso indevido à esfera privada do indivíduo ou com as questões políticas que poderiam emergir desse acesso, mas com a publicação indevida das informações de caráter estritamente pessoal, informações estas que estariam acobertadas por uma espécie de imunidade inspirada nos direitos do autor.

---

<sup>32</sup> Não há uma tradução muito precisa para o “*trust*”, que é um instituto próprio do direito anglo-americano. A respeito, ler FERRAZ JUNIOR, T. S. *O trust no direito brasileiro : o acolhimento de institutos pertencentes a sistemas jurídicos diferentes com base no art. 4º, III, da Constituição Federal*, In: Alceu José Cicco Filho, Ana Flávia Penna Velloso, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (org), *Direito internacional na Constituição : estudos em homenagem a Francisco Rezek*. São Paulo : Saraiva, 2014, pp. 679-693.

<sup>33</sup> Idem, p. 211.

<sup>34</sup> Idem, p. 218.

Do lado da doutrina, assim como a emergência dos aparelhos fotográficos portáteis deflagrou em WARREN e BRANDEIS uma preocupação com a proteção da imagem do indivíduo, a criação de mecanismos de vigilância levou alguns autores depois a valer-se do conceito de privacidade cada vez mais no sentido político. Em 1967, WESTIN publica o livro “*Privacy and Freedom*”, no qual alerta para os riscos envolvidos pelo desenvolvimento das tecnologias de vigilância.<sup>35</sup>

A jurisprudência também acompanhou a precipitação dessa nova frente de proteção. Um dos mais pioneiros registros da relação entre o voto secreto e a garantia da privacidade foi o voto concorrente do Juiz FRANKFURTER, no caso “*Sweezy vs. New Hampshire*”, em que o magistrado se referiu a uma “*political privacy*”, isto é, a uma privacidade política, da qual o voto secreto seria um corolário relativamente tardio<sup>36</sup>. O documento é singular, porque, emitido no contexto do macarthismo, sob o prisma do segredo na urna, tira suas conclusões sobre a legitimidade de investigações nos registros de partidos minoritários americanos.

Aos poucos, portanto, o Judiciário norte-americano foi tendo de lidar com questões que envolviam a privacidade sob um prisma menos relacionado com a intimidade do indivíduo afetado e mais com as repercussões políticas. A Suprema Corte dos Estados Unidos passou a ter de lidar o direito à privacidade nesse sentido específico, ao menos desde

---

<sup>35</sup> WESTIN, aliás, já enxergava o voto secreto como um corolário da privacidade. *Privacy and Freedom*. Londres: The Bodley Head Ltd, 1967, p. 25

<sup>36</sup> “Na esfera política, assim como na acadêmica, pensamento e ação são presumivelmente imunes de investigação pela autoridade política. Não se discute que uma investigação seria impedida de verificar se um cidadão votou por um ou outro dos dois maiores partidos principais tanto em uma eleição estadual quanto em uma eleição nacional. Até recentemente, nenhuma diferença haveria com relação a investigações sobre a afiliação de um eleitor a um dos partidos menores que tiveram seus períodos na nossa história política. Assim é apesar de a proteção adequada ao segredo por obra do voto australiano (= voto secreto) só tenha passado a ser a regra a partir de 1888. As implicações da Constituição dos Estados Unidos para as eleições nacionais e o “conceito de liberdade ordenada”, implícito na cláusula do devido processo legal da décima-quarta emenda, com relação aos Estados (...) não foram congeladas em 1789 e 1868, respectivamente. Apesar de a linguagem da Constituição não mudar, as circunstâncias cambiantes de uma sociedade em progresso para a qual ela foi designada asseguram afluxos novos e mais completos ao seu significado. (...) Na verdade, essa é uma conclusão baseada na apreciação judicial do sopesamento de dois princípios antagônicos – o direito do cidadão à privacidade política, nos termos da décima-quarta emenda, e o direito do Estado de se autoprotoger.”(ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Appeal from the Supreme Court of New Hampshire. *Sweezy vs. New Hampshire*, 17 de junho de 1957, 354 U.S. 234 (1957).. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/234/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.

o caso “Katz v. United States”<sup>37</sup>, em que o tribunal superou a linha vigente desde “Olmstead v. United States”<sup>38</sup>. Afirmou a Corte: <sup>39</sup>.

O que uma pessoa conscientemente expõe ao público, mesmo no seu lar ou no seu escritório, não está sujeito à proteção da Quarta Emenda. (...) O que, porém, ele tenta preservar como privado, mesmo em uma área acessível ao público, pode ser protegido constitucionalmente.

Mais à frente, no caso “Whalen vs. Roe”<sup>40</sup>, a Suprema Corte teve de estabelecer uma primeira distinção entre a divulgação de informações privadas dos cidadãos para o público e para os oficiais do governo. Acabou, enfim, tolerando essa segunda modalidade de flexibilização da privacidade, considerando as salvaguardas previstas pela lei para que os dados não vazassem, não sem mostrar-se ciente do problema que poderia resultar

---

<sup>37</sup> No caso Katz, o recorrente havia sido condenado na origem por ter transmitido informações sobre apostas por um telefone público, que fora interceptado por agentes do FBI. O recorrente alegava então que essa escuta violava a Quarta Emenda. O recorrido, em contradição, afirmava que como o aparelho fora ligado fisicamente fora do telefone, a Quarta Emenda não seria suficiente para proteger o recorrente. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Katz vs. United States*, 18 de dezembro de 1967, 389 U.S. 347 (1967). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.)

<sup>38</sup> Em Olmstead, os réus haviam sido condenados por violar a lei da proibição da venda de álcool. As provas haviam sido produzidas a partir de escutas telefônicas. A Suprema Corte, sob a batuta do Juiz Taft, chancelou a investigação. O critério para a negativa de proteção ao indivíduo fora exatamente a inexistência de penetração física no seu domínio, a ausência de apreensão de algo tangível. É interessante notar que em Olmstead, Louis Brandeis, então já alçado a condição de juiz da Corte, proferiu um emblemático voto divergente – assim como o célebre juiz Holmes. (Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Olmstead vs. United States*, 4 de junho de 1928, 277 U.S. 438 (1928). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.)

<sup>39</sup> Em um caso emblemático, “Menard v. Mitchell”, a Corte Distrital de Columbia, em 1971, o juiz distrital Gerhard Gesell célebre porque presidiria depois o julgamento do escândalo de Watergate, afirmou: “A crescente complexidade da nossa sociedade e os avanços tecnológicos que facilitam a acumulação massiva e a pronta regurgitação de dados dispersos trouxe mais problemas nessa área, certamente problemas não contemplados pelos elaboradores da Constituição. Esses desenvolvimentos enfatizam uma necessidade premente de preservar e redefinir aspectos do direito à privacidade para assegurar as liberdades básicas garantidas por essa democracia. (...) Se a informação disponível para o governo tem seu uso deturpado para dar publicidade a incidentes passados das vidas dos seus cidadãos, as pressões para a conformidade serão irresistíveis. A iniciativa e a individualidade podem ser sufocadas e uma conseqüente impotência da mente e da conduta virarão a norma. Nós estamos longe de ter chegado a essa condição hoje, mas certamente a história ensina que incursões tendem a ocorrer durante tempos instáveis como esses em que o medo ou as paixões do momento podem levar a excessos.” (Corte Distrital de Columbia. Dale B. Menard vs. John Mitchell et. al., 15 de junho de 1971, 328 F. Supp 718 (1971). Disponível em: <<https://www.ravellaw.com/opinions/d3f29650a7a8d7f42d8558b00cf96ecb>>. Acesso em 12 dez. 2016., pp. 725/726).

<sup>40</sup> Nesse caso, a Suprema Corte analisava a constitucionalidade de uma lei nova-iorquina que determinava a manutenção de registros confidenciais de receituários médicos de remédios potencialmente abusivos. (Appeal from the United States District Court for the Southern District of New York. *Whalen vs. Roe*, 22 de fevereiro de 1977, 429 U.S. 589 (1977).. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/589/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.)

da acumulação de dados dos cidadãos pelo governo. No caso “Nixon vs. General Services Administrator”<sup>41</sup>, por outro lado, a Suprema Corte realizou um sopesamento dos interesses para concluir que o interesse público em documentos do presidente Nixon era mais relevante do que a sua privacidade.

No caso “NASA vs. Nelson”, mais recente, a Corte permitiu que uma agência governamental realizasse sondagens sobre as vidas dos colaboradores de empresas contratadas, sob o argumento central de que o governo, nesse caso, estaria agindo como um empregador e não como o poder soberano. Finalmente, em “Riley vs California”, estabeleceu-se uma distinção fundamental entre o acesso a documentos ordinários e o acesso a telefones celulares, já que “interesses mais substanciais da privacidade estão em jogo quando dados digitais estão envolvidos”.<sup>42</sup>

É verdade, por outro lado, que ao mesmo tempo em que esse significado particular da privacidade foi se desenvolvendo, o termo foi adquirindo um sentido cada vez mais abrangente. Tem sido frequente, por exemplo, a sua invocação pela Suprema Corte para assuntos relacionados aos direitos reprodutivos, ao menos desde “Griswold v.

---

<sup>41</sup> Após assumir a presidência, o Presidente Ford promulgou uma lei que submetia anotações e gravações dos ex-presidentes a um órgão encarregado de avaliar, como o assentimento do Congresso, se havia interesse na sua divulgação ao público. O Presidente Nixon entrou em juízo contra a lei alegando violação ao seu direito à privacidade. Appeal from the United States District Court for the District of Columbia. *Nixon vs. Administrator of General Services*, 28 de junho de 1977, 433 U.S. 425 (1977). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/425/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016

<sup>42</sup> O caso envolvia Riley, que fora preso por porte ilegal de arma em meio a uma abordagem policial deflagrada por uma infração de trânsito. O seu celular foi então apreendido e, por meio do seu conteúdo, concluiu-se que Riley participara de um tiroteio e integrava uma gangue local. A Suprema Corte entendeu que, sem um mandado, a polícia não pode acessar o conteúdo de celulares apreendidos de indivíduos que tenham sido presos. Vale transcrever o que constou da decisão: “Notavelmente, os celulares modernos têm uma imensa capacidade de armazenamento. Antes dos celulares, a inspeção pessoal era limitada pelas realidades físicas e geralmente constituíam apenas uma singela intrusão na privacidade. Hoje, porém, os celulares podem armazenar milhões de páginas de texto, milhares de fotos ou centenas de vídeos. Isso tem várias consequências relacionadas em matéria de privacidade. Primeiro, um celular congrega em um único lugar muitos tipos distintos de informação que revela muito mais em combinação do que qualquer registro isolado. Segundo, a capacidade de um telefone permite que mesmo apenas um tipo de um tipo de informação exprima muito mais do que anteriormente seria possível. Terceiro, dados em um celular podem dizer respeito a muitos anos antes. Em adição, um elemento de onipresença caracteriza os celulares mas não os registros físicos. Uma década atrás, agentes podiam ocasionalmente deparar com um item altamente pessoal, como um diário, mas hoje muitos dos mais de 90% dos americanos que possuem celulares mantêm um registro de quase todo aspecto de suas vidas.” (Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *National Aeronautics and Space Administration et al. vs. Nelson et al.*, 19 de janeiro de 2011, 562 U.S. (2011). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/09-530/>>. Acesso em 12 dez. 2016)

Connecticut”<sup>43</sup>, em que se entendeu que a proibição estadual ao uso de contraceptivos violava a “privacidade conjugal” (“*marital privacy*”). Trata-se, nesse caso, de uma acepção bastante específica, uma espécie de privacidade decisional.<sup>44</sup>

O fato é que, com a sua importância inflada pela revolução digital, há cada vez mais opiniões dissonantes sobre o que se deve entender exatamente por privacidade. SOLOVE alerta que a multivocidade do conceito, de tão significativa, acaba por fazê-lo rarefeito:

A privacidade, porém, é um conceito confuso. Ninguém consegue articular o que ele significa. Atualmente, a privacidade é um largo conceito, que abrange (entre outras coisas) a liberdade de pensamento, o controle sobre o próprio corpo, a solidão na própria casa, o controle sobre a informação pessoal, a liberdade de não ser vigiado, a proteção da própria reputação e a proteção contra buscas e interrogatórios. (...) A privacidade parece abranger tudo e, conseqüentemente, soa como se não fosse nada em si mesma.<sup>45</sup>

Como solução, SOLOVE chega a propor que se recorra às chamadas semelhanças de família wittgensteinianas para se chegar a uma compreensão mais completa.<sup>46</sup> Segundo ele, “a tarefa de conceituar a privacidade não deveria começar pela busca pela evidência de uma conceituação abstrata da privacidade, mas deveria, antes, focar no entendimento da privacidade em situações conceituais específicas”.<sup>47</sup> SOLOVE, a partir de ilustrações sobre como as noções de privacidade alteram-se conforme as mudanças na natureza das entidades familiares, na arquitetura das casas, com as novas atitudes com relação ao corpo, com o aumento da riqueza etc., propõe que se atente para a realidade social de cada momento.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Appeal from the Supreme Court of Errors of Connecticut. *Griswold vs. Connecticut*, 7 de junho de 1965, 381 U.S. 479 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.

<sup>44</sup> LEVER, A. *Privacy and Democracy: What the Secret Ballot Reveals*. Law, Culture and Humanities, 2015, Vol. II (2), 164-183, p. 166

<sup>45</sup> *Understanding Privacy*. Kindle Edition. Boston: Harvard University Press, 2008, pos. 35.

<sup>46</sup> Sobre a solução de Solove, v. LEONARDI, M. *Op. cit.*, pp. 84-90

<sup>47</sup> Idem, pos. 595

<sup>48</sup> Idem, pos. 230.

Seja como for, o conceito de privacidade normalmente pode englobar muito mais do que a simples proteção de informações ou dados, para abranger também a inviolabilidade do corpo e do domicílio e carregar em si o afluxo histórico do segredo de correspondência e, mais recentemente, das telecomunicações. É nesse sentido que se empregará o termo nesse trabalho, de modo que, por meio dele, se possa significar toda uma amálgama de direitos correlatos ligados ao resguardo de uma esfera pessoal.

### **I.2.3. A evolução no Brasil.**

No Brasil, muito embora a proteção à vida privada só fosse mesmo constar expressamente do texto da Constituição de 1988, outras disposições constitucionais e infraconstitucionais sempre estiveram a garantir a proteção de uma esfera pessoal dos indivíduos da devassa indevida do Estado ou de outros particulares.

A Constituição do Império mesmo já previa, em seu artigo 179, VII, a inviolabilidade de domicílio<sup>49</sup>, regra que foi reproduzida em todas as subsequentes, inclusive na atual. Mais do que isso, proclamava desde então o segredo de correspondência no mesmo artigo, no inciso XXVII, que ainda, na segunda parte, esmiuçava as consequências de uma hipotética violação ao preceito, possivelmente por inspiração da disciplina da matéria na França pós-revolucionária:

XXVII. O segredo das cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo.

PIMENTA BUENO, ao comentar o dispositivo, trata esse sigilo das cartas como um desdobramento natural do direito de propriedade do remetente e do destinatário sobre elas, ao mesmo tempo em que vê como inócua qualquer tentativa de violar a correspondência em prol da segurança pública. Sua interpretação reconhece, portanto, pouca

---

<sup>49</sup> “Todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. ”

importância política para a garantia do inciso XXVII, que é vista mais como um corolário da propriedade e da sensatez:

As cartas são propriedades que pertencem ao domínio daquele que as envia, e do que as recebe, e que não deve abusar delas. O segredo delas, mui principalmente quando confiadas à administração do correio, repousa demais sobre a fé pública. Elas contêm muitas vezes o segredo das famílias, as queixas, ou confidências da amizade, são veículos de confiança.

De outro lado, e salva a indiscrição, que por si mesma se desarma, a violação delas nunca prestaria serviços importantes; não falam cifras, e outros meios seguros para as conspirações ou crimes; obter-se-ia, quando muito, ver algumas emoções de ódios ou paixões políticas.

A segurança pública tem triunfado, e triunfará sem essa aberração da confiança nacional; só o estado de guerra e relações de inimigo a inimigo, pode por ventura em circunstâncias dadas modificar o rigor destes princípios.<sup>50</sup>

Na Constituição de 1891, o sigilo seguiu assegurado no artigo 72, § 18.<sup>51</sup> Embora se tenha discutido, durante a elaboração do documento, a qualificação da correspondência protegida como “postal” e “telegráfica”, medrou ao final redação mais genérica, similar à que constava da Carta de 1824, justamente com o objetivo de não se limitar excessivamente o alcance da norma protetiva<sup>52</sup>.

Já há quem vislumbre uma importância pública nessa garantia, especialmente por ser o correio um monopólio público. Passa-se a apontar o risco de conversão do sistema

<sup>50</sup> *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio De Janeiro: Imprensa Nacional, 1958, p. 422

<sup>51</sup> “É inviolável o sigilo da correspondência.”

<sup>52</sup> O histórico é descrito por PONTES DE MIRANDA: “O Projeto da Comissão do Governo provisório, art. 34, (‘segredo’), os Decretos n. 510, de 22 de junho e 814A, de 23 de outubro de 1890, e a Constituição de 1891, art. 72, § 18, já usavam as mesmas expressões. Emenda do deputado Meira de Vasconcelos e outros, inspirada, na Constituição suíça, art. 36, pretendia que se acrescentasse à palavra ‘correspondência’ os adjetivos ‘postal’ e ‘telegráfica’, o que em primeira discussão se aprovou. Mas foi, afinal, posta de lado, em virtude de supressão proposta por ARISTIDES MILTON: entendia esse deputado que assim se evitaria ficarem impunes os violados de correspondência conduzida por particulares (Anais, t. I, p. 236, 326, t. II, p. 109). Portanto, a correspondência que se protege é a postal, a telegráfica, e qualquer outra, epistolar, posto que não postal”. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Tomo II, Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1937, p. 147, p. 147. No mesmo sentido, JOÃO BARBALHO UCHÔA CAVALCANTI (*Constituição Federal Brasileira: ed. Fac. Similar. Comentários*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial. 2002, pp. 325 e 326) e o próprio Aristides Milton (*Constituição do Brasil: Notícia histórica, texto e comentário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898., p. 405).

de correspondências em um meio de espionagem dos cidadãos, como adverte JOÃO BARBALHO UCHÔA CAVALCANTI:

São as cartas comunicação de ideias a pessoas ausentes, conversação por escrito, que nas relações da vida, o afeto, o dever, o interesse entretém. Elas constituem uma necessidade e uma obrigação no trato social. Contêm intimidades, expansões, ditadas pela confiança e não destinadas à publicidade. Torná-las invioláveis, em respeito ao direito de quem as envia e de quem as recebe, é um dever do estado e ao mesmo tempo seu interesse pelo seguro cultivo e desenvolvimento das relações que elas mantem e fomentam. E tanto maior é essa obrigação, quanto o veículo delas, o correio, é monopólio do estado, que por isso se constitui depositário, até a efetiva entrega aos destinatários, da correspondência que lhe é confiada e em cuja guarda ele deve ser leal. *Sem a inviolabilidade, o correio poder-se-ia converter num meio cômodo de espionagem e perderia a confiança pública.*<sup>53</sup>

ARISTIDES MILTON também vislumbrou a relevância peculiar do sigilo de correspondência sem fundamentá-lo no direito de propriedade, mas já na liberdade de pensamento. Asseverava que a carta veiculava exatamente as ideias do indivíduo e por isso mesmo nem mesmo a instrução criminal poderia violá-la:

O correio e o telegrama, portanto, jamais podem ser violados; nesta proibição, formal e positiva, a liberdade de pensamento encontra mais uma garantia eficaz. E tão extensa ela é, que a própria autoridade não pode interceptar a correspondência dirigida à pessoa acusada de qualquer crime, embora tenha por pretexto descobrir provas contra esta, ou conhecer os seus cúmplices. (...) Por mais graves fatos que a correspondência denuncie, por mais importantes revelações que contenha, ela é sempre produto do nosso pensamento, que é íntimo, só se expande escudado por um direito originário da natureza mesma; e, conseguinte, só pode ser coarctado quando se tornar - por meio da publicidade - nocivo ou perigoso. O mais seria francamente inquisitorial.<sup>54</sup>

Exortações normativas à parte, RUY BARBOSA, nos seus comentários à Constituição, queixava-se com indignação de que, apesar da relevância do sigilo, na prática, a garantia tinha pouca efetividade, já que a regra era justamente a devassa da

---

<sup>53</sup> *Op. cit.*, p. 325, grifamos.

<sup>54</sup> *Op. cit.*, p. 406.

correspondência por altos e baixos funcionários do governo, a exemplo do que, conforme se viu acima, ocorria também em outros países<sup>55</sup>:

Violar a correspondência alheia! É uma baixeza, uma improbidade, uma vilania. A nossa Constituição lhe declara inviolável o sigilo. O nosso Código Penal, num capítulo distinto, em sete artigos sucessivos, fulmina esse crime, priva dos cargos públicos os delinquentes contra esse direito, comina-lhes a pena de prisão celular, e nem sequer aos tribunais permite admitir em juízo as comunicações particulares assim obtidas.

Pois bem, senhores; esses crimes constituem hoje o uso, a lei, a prática geral da nossa administração. O telegrama e o correio, (*sic*) são, atualmente, francos à curiosidade oficial. Os funcionários, os Ministros, os chefes de partido ordenam e praticam, às escâncaras, a exploração das cartas e telegramas alheios. Não pode haver invasão mais odiosa, mais irritante, mais canalha do nosso direito. Mas, entre nós, os superiores não se envergonham de a prescrever aos subalternos, de com eles a perpetrar, de a pôr em costume nos serviços que presidem.

O funcionalismo depravado, nessa escola de alcovitice, acaba por se descartar inteiramente de pudor. É um contágio de insensibilidade moral, em que todos vão se contaminando. Já não se esconde a torpeza. Os seus documentos passam de mão em mão com a sem-cerimônia dos atos mais decentes.<sup>56</sup>

Em 1934, também foi mantida disposição com idêntica fórmula textual, dessa vez no artigo 113, inciso 8). Àquela altura, com a profusão dos aparelhos telefônicos, Pontes de Miranda já perquiria sobre o alcance da garantia no tocante às novas tecnologias de comunicação. Seu parecer enxergava na palavra “correspondência” não um substantivo concreto, mas um substantivo abstrato, compreensivo também do ato de se corresponder por voz ou qualquer outro meio<sup>57</sup>:

---

<sup>55</sup> Cf. *supra*

<sup>56</sup> *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932, Pp. 483-484. A estupefação de Ruy Barbosa tinha também razões particulares. Suspeitava de que a sua própria correspondência houvesse sido violada: “Não haverá, talvez, mais de um ano que os repórteres de um dos jornais da capital viam sobre a própria mesa do Senado cópias oficiais de telegramas meus, entregues ao seu Vice-Presidente, cuja inspeção política se exerce hoje sobre todo o movimento dos telégrafos brasileiros. Mas a desenvoltura vai ainda mais longe. Não se contentam com devassar: interceptam, mutilam, ocultam, subtraem, como ultimamente em telegramas meus se me tem oferecido ensejo de experimentar.” (Idem, p. 484)

<sup>57</sup> Aristides Milton (*op. cit.*, p. 405) reporta que a Constituição Argentina da época protegia a correspondência epistolar e os papéis privados, o que sugere um alcance para lá da comunicação.

O art. 113, 8), também ampara a correspondência telefônica? A Constituição alemã foi explícita (art. 117, 1ª parte): “O segredo das cartas, assim como o postal, telegráfico e telefônico, são invioláveis”. Desde 1891, aliás desde o Império, o que se garante é o sigilo de correspondência, qualquer que seja. Ainda quando (p. 147/148) se trate de correspondência radiotelegráfica, por sua natureza de conteúdo facilmente captável, o art. 113, 8) a protege da divulgação. Aquele que apanha a mensagem em condições que não justificariam a apanhasse, ou, em quaisquer circunstâncias, que a divulga, comete infração do art. 113, 8), e da legislação penal concernente ao sigilo de correspondência.<sup>58</sup>

O sigilo de correspondência, na Constituição de 1937, foi posto lado a lado com a inviolabilidade de domicílio, no inciso 6º do artigo 122. Pela primeira vez, previa-se também que a lei podia excetuar a garantia em certos casos. Por conta da decretação do estado de guerra, esse e outros direitos fundamentais foram suspensos pouco tempo depois, já em 1942.

A Constituição de 1946 seguiu com a previsão, mantendo-a entre os primeiros da carta de direitos fundamentais arrolada no artigo 141, no §6º, a exemplo de sua antecessora. Retomou a fórmula original, que não previa ressalvas expressas. Durante o estado de sítio que antecedeu a posse de Juscelino Kubitschek, em 1955, o segredo de correspondência, assim como a inviolabilidade de domicílio foi levantado pela Lei nº 2.654, apenas para, dias depois, ser restaurado pela Lei nº 2.682.

Já no contexto da ditadura militar, a Carta de 1967 previu a inviolabilidade da correspondência (art. 150, § 9º, primeira parte) e da casa (§ 10º), e inovou ao proteger de forma expressa “o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas”, em uma disposição que influenciaria na redação da Constituição de 1988. Pela primeira vez, estavam textualmente contemplados o telégrafo e o telefone. A Emenda nº 1/69 não alterou o conteúdo dessas disposições; apenas deslocou-as para o artigo 153 do novo texto, mantida a numeração dos parágrafos.

Paralelamente à evolução da inviolabilidade da correspondência e do domicílio, outro aspecto importante da evolução histórica da privacidade, máxime se se

---

<sup>58</sup> *Op. cit.*, p. 108.

pretende compreender a sua faceta política, tem relação com a cronologia da implantação do regime de sufrágio, isto é, das condições para que o eleitor pudesse exercer o seu direito de voto livre de invasões externas.

No Brasil, o voto secreto<sup>59</sup> surgiu de uma campanha no início do século, inspirada por nomes como ASSIS BRASIL, cuja obra sobre o sufrágio, chamada de “*Democracia representativa do voto e do modo de votar*”, foi muito influente na elaboração do que seria o Código Eleitoral. Nesse livro clássico, o autor fazia graves censuras à demora do país em garantir o voto secreto:

Entretanto, o que se conhecia por voto secreto, no Brasil e em outros países retardatários, era o voto simplesmente fechado. Meter a cédula numa sobrecarta antes de a depositar na urna - era tudo. (...) Que tal regime haja sido sequer tomado a sério, e por tanto tempo, só se explica pela teoria da evolução da moral, pela oportunidade de que dependem as verdades mais irrecusáveis para serem aceitas e terem efetividade.<sup>60</sup>

A indignação de ASSIS BRASIL se justificava pela demora para que a sociedade percebesse a essencialidade do recato na votação para que a democracia funcionasse adequadamente. Como ele bem explicava, não ser constrangido a revelar a escolha política tinha um papel fundamental não só para o eleitor mas para a sociedade:

O de que se trata, a coisa essencial que interessa no caso da deposição do voto - é garantir o votante contra toda e qualquer influência que lhe suprima ou diminua a integridade de opção, e precaver a sociedade contra todo gênero de alienação, por parte do eleitor, do seu direito de escolha ou eleição, seja por compra e venda, seja por usurpação causada por intimidação, ameaça, perseguição, ou qualquer gênero de solidariedade forçada que importe eliminação virtual da liberdade do eleitor.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> O *voto* não deve ser confundido com o *sufrágio*. Como explica FAYT, o voto é o modo pelo qual se exerce o direito ao sufrágio. “[A] atividade que desempenha o eleitor quando vota, a ação de emitir o voto, configura um ato político, e não um direito” (*Sufragio y Representacion Politica*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1963, p. 10).

<sup>60</sup> Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931, pp. 75/76.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 81

Como fruto da campanha promovida na época, o Código Eleitoral de 1932, em seu artigo 52, instituiu no país finalmente o voto secreto para as eleições gerais,<sup>62</sup> além de ter dado as condições básicas para o exercício desse direito no artigo 57.<sup>63</sup> Dois anos depois, a primeira aparição do instituto no âmbito constitucional, na Constituição de 1934, mais especificamente no § 1º do seu artigo 52,<sup>64</sup> que disciplinava o sufrágio nas eleições presidenciais, e no seu artigo 181,<sup>65</sup> que, regulava as eleições para a Câmara dos Deputados.

A autoritária Constituição de 1937, embora mantivesse o sufrágio *direto*, aboliu a previsão explícita, no seu corpo, do voto secreto, estabelecido e regulamentado, porém pelo artigo 83 do Código Eleitoral adotado em 1935. O escrutínio sigiloso, portanto, permanecia obrigatório, embora o texto constitucional fosse silente a respeito.

Com a redemocratização, em 1946, a privacidade do voto voltou a alcançar dignidade constitucional. A Constituição daquele ano, no artigo 134,<sup>66</sup> passou a demandar que o sufrágio fosse secreto nas eleições. O Código Eleitoral de 1950 praticamente repetiu o previsto no anterior a esse respeito, dessa vez no seu artigo 54.

A Constituição de 1967 tampouco deixou de prever em várias disposições também que os votos - nas eleições que admitia - fossem cobertos pelo segredo. A disposição do artigo 143 é textualmente idêntica à do artigo 134 da anterior. O Código Eleitoral de

---

<sup>62</sup> “Art. 56. O sistema de eleição é o do sufrágio universal direto, voto secreto e representação proporcional. ”

<sup>63</sup> “Art. 57. Resguarda o sigilo do voto um dos processos mencionados abaixo.

I - Consta o primeiro das seguintes providencias:

- 1) uso de sobrecartas oficiais, uniformes, opacas, numeradas de 1 a 9 em séries, pelo presidente, à medida que são entregues aos eleitores;
- 2) isolamento do eleitor em gabinete indevassável, para o só efeito de introduzir a cédula de sua escolha na sobrecarta e, em seguida, fecha-la;
- 3) verificação da identidade da sobrecarta, a vista do número e rubricas;
- 4) emprego de uma suficientemente ampla para que se não acumulem as sobrecartas na ordem em que são recebidas.

II - Consta o segundo das seguintes providencias:

- 1) registro obrigatório dos candidatos, até 5 dias antes da eleição;
- 2) uso das máquinas de votar, regulado oportunamente pelo Tribunal Superior, de acordo com o regime deste Código. ”

<sup>64</sup> § 1º - A eleição presidencial far-se-á em todo o território da República, por sufrágio universal, direto, secreto e maioria de votos, cento e vinte dias antes do término do quadriênio, ou sessenta dias depois de aberta a vaga, se esta ocorrer dentro dos dois primeiros anos.

<sup>65</sup> “Art 181 - As eleições para a composição da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas estaduais e das Câmaras Municipais obedecerão ao sistema da representação proporcional e voto secreto, absolutamente indevassável, mantendo-se, nos termos da lei, a instituição de suplentes. ”

<sup>66</sup> “Art. 134 - O sufrágio é universal e, direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer. ”

1965, ainda vigente, também trouxe o artigo 103, dedicado a manter a estrutura normativa básica do sufrágio secreto, ainda muito similar à disciplina original estabelecida no Código Eleitoral de 1932.

A Constituição de 1988, finalmente, trouxe o voto secreto a um novo patamar de importância ao tratá-lo como uma das únicas cláusulas pétreas expressas no texto, como se verá mais à frente.

### I.3. Democracia e privacidade

Tratar das implicações da falta de privacidade para *a democracia* pressupõe que se tenha clara a ideia precisa de democracia de que se está a tratar. Afinal, esse termo já foi empregado para os sentidos mais diversos e é, até hoje, *multívoco*, para não se dizer que é *ambíguo*.<sup>67</sup> BURDEAU está entre os que percebem como o conceito de democracia responde a certas idiosincrasias da época, até por conta do seu caráter inerentemente aspiracional:

Efetivamente, a democracia não é uma noção cujo conteúdo seja imutável. O seu rosto é aquele que deve ao sonho dos homens. Certos traços são, por certo, permanentes, mas a sua própria transcendência os condena a tirar o seu sentido das contingências. O que é a boca num rosto se não se tiver em conta o sorriso, o desprezo, a cólera que ela exprime? O que são, do mesmo modo, as instituições democráticas se as isolarmos do meio que elas regem ou dos propósitos que as animam?<sup>68</sup>

Ou seja, é difícil buscar correspondência entre a ideia de democracia e a realidade dos Estados ditos democráticos. É também nessa linha, de vazio de sentido concreto, que FERREIRA FILHO expressa ceticismo quanto ao emprego da própria palavra *democracia* na contemporaneidade:

<sup>67</sup> SARTORETTI, C. *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale: Riflessioni sul modello francese*. Turim: C. Giappichelli Editore, 2008, p. 63.

<sup>68</sup> *A Democracia: Ensaio sintético*. 3. Ed.. Tradução de. Paulo Antonio dos Anjos. Lisboa: Publicações Europa-América, 1975, p. 124.

Hoje, no meio científico, há um certo pudor em falar em democracia como forma de governo concreta e realmente existente (...) Tal pudor vem de uma verificação muito clara para todos os que estudam a tomada das decisões no Estado moderno ou no contemporâneo: *o povo não se governa*. Na verdade, nunca (nesses Estados, pelo menos) a maioria se governou, nem pode governar-se.<sup>69</sup>

Como assinala CARLOS HORBACH, a ideia de democracia tem sido assim usada como uma forma de justificativa e não tanto como um sistema real de exercício do poder;<sup>70</sup> uma espécie de chavão, dotado de uma pluralidade esvaziante de significados e empregado, paradoxalmente, para legitimar o recurso a expedientes autoritários:

(...) passa a existir toda uma mística e toda uma mítica da democracia. Ora é apontada como remédio para todas as crises institucionais, como verdadeiro *deus ex machina* das tragédias gregas, que soluciona com poderes extraordinários os problemas das personagens; ora é compreendida como um mito, que informa a existência das instituições como um todo, não admitindo contrastes ou moderações.

(...) No extremo oposto, o mito da democracia está igualmente a informar a construção jurídica de poderes excepcionais dessa mesma Administração Pública nos tempos modernos. A preservação da democracia e das liberdades a ela inerentes é a justificativa das restrições que em tempos de crise são impostas à democracia e às suas liberdades.<sup>71</sup>

Ainda, porém, que a ideia de democracia esteja hoje, de certa forma, erodida pela alusão indiscriminada ao conceito, inclusive para a injunção de ideias antidemocráticas, a palavra não perdeu totalmente o seu sentido enquanto princípio que procura atribuir o poder político último ao povo. Sartoretti, movida exatamente pela preocupação de encontrar um conceito que bem se adeque às relações que se propõe aqui estudar, desenvolve as ideias-chave do que aqui se procura:

<sup>69</sup> *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24.

<sup>70</sup> Quanto ao exercício do poder pelo povo, Burdeau apregoa: “(...) nisso é que reside a enfermidade incurável de toda a fórmula democrática, o povo é apenas um elemento em bruto, incapaz de agir diretamente.” (*Op. cit.*, p. 118).

<sup>71</sup> *O Poder Executivo na Democracia Contemporânea: Liberdade em Tempos de Crise*. In: HORBACH, C.B. et. al. *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 121-154, esp. pp. 122/123

Se um sistema político sustenta ser uma democracia (...) certos direitos específicos devem ser reconhecidos. O liame entre a organização do Estado e os direitos vê assim uma ligação direta entre liberdade e democracia que se traduz no repúdio à prioridade do Estado sobre a pessoa e na afirmação, ao contrário, do caráter servil do Estado. Para ser livre, em outras palavras, é preciso proceder partindo dos direitos do homem, e, portanto, do cidadão, para chegar depois ao Estado.<sup>72</sup>

Se é lícito pensar na democracia enquanto um ideal de respeito por certos direitos que conferem primazia à pessoa, a manutenção de algum grau de autonomia decisória por parte da coletividade depende intrinsecamente da preservação de uma esfera de resguardo. LEONARDI, em sua tese sobre a privacidade, descreve com precisão essa ideia, citando trecho de CANOTILHO:

[A] privacidade fomenta e encoraja a autonomia moral do cidadão, assegurando a liberdade de convicção política e de associação, criando espaços para o diálogo cívico e um ambiente de proteção à liberdade de manifestação de pensamento, o que possibilita ao indivíduo contemplar e discutir mudanças políticas, criar contracultura e engajar-se em protestos, bem como desenvolver opiniões sem divulgá-las prematuramente à sociedade, evitando julgamentos antecipados e críticas destrutivas. A privacidade e os demais direitos fundamentais ‘criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral).’<sup>73</sup>

A concessão de um espaço de vedação transcende, portanto, a importância individual e consiste, em última análise, em um pilar da própria ordem democrática e do Estado de Direito, entendido como aquele que é submetido a limites jurídicos. Um Estado capaz de inteirar-se livremente dos assuntos privados oferece, afinal, riscos sem precedentes à segurança individuais, já que, munido de informações pertinentes à esfera de resguardo dos particulares, empregadas por seu aparato administrativo, poderá estar sempre um passo à frente do indivíduo. Sob essa ótica política, o direito ao sigilo sobre as informações

---

<sup>72</sup> *Op. cit.*, p. 64.

<sup>73</sup> *Op. cit.*, p. 280.

personais pode ser considerado, assim, como uma regra de balanceamento de poder e não apenas como uma garantia voltada à preservação da personalidade.

A ideia de que haja necessariamente, para o bom funcionamento da democracia, uma esfera mínima de intimidade não é nova e antecede até mesmo o surgimento dos aparelhos eletrônicos mais próximos aos da modernidade. A bem da verdade, a própria exigência de que o voto seja secreto nada mais é do que uma espécie de proteção a um tipo específico de dado pessoal, que é o voto. Essa ideia será mais desenvolvida mais à frente.

A colheita de informações pessoais e o tratamento desses dados para a previsão de perfis ideológicos e, cada vez com mais precisão, a antecipação da preferência eleitoral específica de cada indivíduo, tudo isso sem que haja necessariamente um nível adequado de transparência, são circunstâncias que colocam em xeque as premissas para uma democracia vivaz.

Como o acesso a esses dados e, principalmente, o seu manejo custam relativamente caro, o risco de distorções no sistema democrático é sensível. Os detentores do poder econômico, munidos de grandes volumes de dados processados sobre o eleitorado, tendem a ter enorme vantagem sobre os grupos políticos dotados de menos recursos. Intensifica-se com isso a influência do dinheiro no sufrágio, as disputas tornam-se proibitivas e as eleições perigam tornar-se uma mera queda de braço entre os grupos financeiramente dominantes.

Esse ponto, no entanto, não resume toda a relação entre uma e outra ideia. O monitoramento de dados é um risco para a democracia também porque acarreta um risco de desbalanceamento de poder do indivíduo perante o próprio Estado ou, quem sabe, das grandes corporações atualmente engajadas nesse lucrativo mercado<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Sobre a diferença entre os particulares e o Estado em relação a esse ponto, SARTORETTI afirma que “o tratamento de dados pessoais por obra dos sujeitos públicos diferencia-se daquele exercitado pelos sujeitos coletivos privados porque vinculado a um escopo pré-fixado pela lei, enquanto no caso da empresa é ela que autonomamente se dá um fim que justifica a colheita de informações pessoais.” (Op. cit., p. 82)

Quanto ao governo, essa constatação é particularmente óbvia. Afinal, como proclama CLEVELAND:

Governo é informação. Seus funcionários são quase todos trabalhadores da informação, sua matéria-prima são afluxos de informação, seus produtos são tais afluxos transformados em políticas, que são simplesmente formas autoritárias de informação. Então, em um sentido estrito, considerar a política governamental de informação não está longe de considerar a essência do próprio governo.<sup>75</sup>

Não deixa de ser sintomático, por outro lado, que o maior grau de relativização do direito à privacidade dos indivíduos seja uma característica marcante dos regimes autoritários ou totalitários, que se baseiam no monitoramento intensivo como uma técnica de controle, como uma forma de prevenção de questionamentos políticos e de repressão de forças independentes. Em regimes assim, a elisão da privacidade atinge não só o plano jurídico como a própria psique social:

O “bom cidadão” que não tem nada a esconder não deve temer os controles: essa é a lógica do totalitarismo, lógica que termina por confinar o indivíduo na condição de suspeito em vez de súdito. Quem pretende defender uma esfera íntima, de reserva no âmbito das relações pessoais e sociais é porque tem algo a esconder e, portanto, deve ser vigiado, já que se torna suspeito. E eis então o proliferar-se de fichas policiais, a colheita de informações sobre as pessoas que permitem ao Estado apropriar-se da vida privada e de cada forma de liberdade dos indivíduos. (...) Se, portanto, a presença de direitos fundamentais constitui uma sorte de metro de juízo para se poder classificar e identificar uma forma de Estado, então o respeito à privacidade e o reconhecimento em cada indivíduo de uma esfera de intimidade a proteger-se de olhares indiscretos constitui o papel tornassol, por assim dizer, que permite medir o *quantum* de liberdade e de democracia de um país.<sup>76</sup>

Alguns agentes importantes nesse arranjo, porém, são os próprios particulares. Afinal, a ideia de democracia pressupõe a concorrência o mais paritária possível entre interesses representados nos grupos que disputam a representação no Estado. A privacidade nunca é suprimida de forma homogênea. Pelo contrário, é violada por ataques

---

<sup>75</sup>. *Government is Information: But Not Vice Versa*. 46 Pub. Admin. Rev. 605, 605, 1986, p. 605

<sup>76</sup> SARTORETTI, *Op. cit.*, pp. 66-7.

perpetrados pelos que têm acesso aos meios adequados para tanto. Uma cidade de vidro não deixa de ser uma cidade com torres. Logo, ainda que a transparência seja generalizada, alguns verão sempre mais que outros.

Então, se as informações reservadas são acessadas de forma desigual, a disputa democrática é fragilizada se os sujeitos de posse dos dados de outrem se engajam, abertamente ou não, nessa disputa. As eleições – para se referir ao instituto mais simbólico da democracia – passam a sofrer uma interferência adicional, relacionada à capacidade das partes de tratar informação e comunicar-se com o público, o que distorce o ideal de uma contenda igualitária entre ideias opostas.

É nesse sentido, desenvolvido nas linhas anteriores, isto é, diante da constatação de que a exploração das informações pessoais constitui uma ameaça significativa de concentração de poder, seja na mão de Estados, seja na mão de grandes grupos especializados em tecnologia da informação, é que se fala aqui em uma dimensão *política* da privacidade.

O adjetivo “política”, no caso, é empregado no sentido aristotélico do termo, de forma a compreender a faceta da proteção de dados que se relaciona com o exercício da cidadania, isto é, a faceta que importa para a coletividade dos indivíduos e para a forma como esse coletivo se organiza em termos de distribuição de poder.

A privacidade, entendida nesse sentido contemporâneo, especialmente se considerada a sua relação com o ideal democrático, há que ser vista como uma liberdade pública, tal qual atestado inúmeros autores, como Roux, que busca fundamento nos critérios consagrados por RIVERO<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> “Como escreveu Rivero, ‘por liberdades públicas, designam-se os direitos reconhecidos e criados pelas autoridades públicas: a noção se situa, portanto, no plano do direito positivo’. Essa característica permite distinguir as liberdades públicas dos direitos do Homem, que excedem ao direito natural e que englobam os direitos econômicos e sociais, excluídos da categoria das liberdades públicas. O direito ao respeito à vida privada, atendendo a esse primeiro critério, enquadra-se bem às liberdades públicas. Direito do Homem consagrado primeiramente pela Declaração Universal de 1948, ele faz parte do direito positivo francês depois da lei de 17 de julho de 1970. O segundo termo da expressão ‘liberdade pública’ implica a intervenção do Estado, que deve, de um lado, delimitar as liberdades, e, de outro, assegurar o seu respeito. Essa dupla função, normativa e sancionadora, do Estado aplica-se a todas as liberdades suficientemente importantes para serem protegidas. Nesse sentido, as liberdades podem ser qualificadas como públicas desde que sua efetivação

## Capítulo II

# REGIME JURÍDICO DA PRIVACIDADE NO DIREITO POSITIVO E INTERAÇÕES FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 contém uma série de disposições voltadas à proteção da privacidade e seus consectários, quase todas no artigo 5º e em seus incisos. Lá estão a inviolabilidade de domicílio e de comunicações, a proteção de dados e o *habeas data*. É lá também que se ressalvam do princípio da transparência administrativa as informações relacionadas à intimidade do cidadão. Mas o regime jurídico é completado com dispositivos localizados mais à frente na topologia da Carta, como por exemplo no Título V, que trata da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas e detalha a regra do Estado de Defesa e do Estado de Sítio. Ambos incluem restrições aos direitos ligados ao sigilo.

Antes de se proceder, no próximo capítulo, a um diagnóstico dos principais desafios que o atual estágio de desenvolvimento da tecnologia oferece à privacidade em sua dimensão política, é importante ter em vista as características desse direito e de seus consectários na ordem jurídico-constitucional brasileira, assim como a forma como se relaciona com outros direitos também assegurados pela Constituição.

### II.1. Âmbito de proteção e regime

O dispositivo que traz a disposição nuclear da Constituição no que diz respeito à privacidade é o inciso X do artigo 5º, que torna invioláveis “*a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

---

dependa da intervenção do Estado.” (*La protection de la vie privée dans les rapports entre l’Etat les particuliers et [sic]*. Paris: Economica, 1983, p. 16-17)

Como se verá em mais detalhes a seguir, a Constituição de 1988 inovou na garantia da privacidade. Não apenas ampliou o sigilo de correspondência, já tradicional no constitucionalismo brasileiro como, em outras passagens, garantiu ao cidadão uma esfera adicional de proteção e exortou o Estado e outros agentes a manterem-se distantes dessa órbita pessoal dos cidadãos. Pela primeira vez, por exemplo, encartou o direito à privacidade propriamente dito, que veio no dito inciso X:

A explicitação de uma esfera de inviolabilidade do indivíduo e de sua vida privada na Constituição não deixa, assim, de representar um evento significativo. Afinal, de alguma forma, se o constituinte originário fez questão de romper com a tradição de não o enunciar diretamente, para proclamá-lo logo na abertura de sua extensa carta de direitos, é de se depreender que tenha buscado, por alguma razão especial, enfatizar essa proteção para além dos padrões com que vinha sendo reconhecida até então.

Por trás dessa mudança de paradigma da segurança da informação, estava o momento de esperança de resgate da democracia, de retorno do Estado de Direito após anos de ditadura militar. Também não se pode deixar também de observar que, àquela época, principiavam a insinuar-se também tecnologias de comunicação que nos anos seguintes impactariam vertiginosamente nas relações sociais e na vida do ser humano

Logo se percebe, no entanto, que redação da cláusula do inciso X, ao prescrever o direito à indenização, conquanto inovadora na história jurídica brasileira, aparenta propor, ao menos no plano estritamente textual, uma solução privatista, ao modo de uma Lei Aquilia<sup>78</sup>, o que poderia causar a precipitada impressão de que, para o constituinte, uma indenização fosse suficiente para reparar ilícitos de natureza constitucional, ou seja, como se o rompimento do desejável equilíbrio na relação entre os indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado fosse de alguma forma “precificável”. Esse desconforto poderia ser evitado pelo constituinte, já que o dever de compensar financeiramente é uma consequência natural no direito privado para aquele que causa dano a outrem. Prever a indenização, portanto, seria, em última análise, dispensável.

---

<sup>78</sup> A Lei Aquilia (“*Lex Aquilia*”) criava uma tabela de reparações civis que eram devidas conforme a ofensa perpetrada. Era criticada exatamente por oferecer um infame “catálogo” de ilícitos civis. (HENRIQUE, J. *Lei Aquilia*. Porto Alegre: S.N., 1939)

De todo modo, por mais inapropriada que pareça a consequência prevista expressamente para o caso da violação, trata-se de uma evidência de que o constituinte se preocupou em oferecer um grau ainda maior de proteção às informações pessoais dos indivíduos. Evidentemente, não estão excluídos outros mecanismos de sancionamento, até mesmo de natureza criminal, contra aquele que devassar a esfera pessoal alheia.

Há na doutrina uma certa polêmica a respeito da relação entre a *vida privada* e a *intimidade*. FERRAZ JUNIOR, por exemplo, propõe uma distinção entre as esferas, segundo a qual a intimidade corresponderia ao que há de mais exclusivo em cada um, à órbita do estar-só, e a vida privada referir-se-ia às relações sociais estabelecidas em âmbito privado, a salvo do interesse de terceiros; em uma palavra, segundo o autor, essa última ideia envolveria “a proteção de formas exclusivas de *convivência*”.<sup>79</sup> José Afonso da Silva, embora enxergue a privacidade como um gênero que compreende a intimidade e a vida privada,<sup>80</sup> vê diferença entre essas duas categorias, em uma linha similar à de Ferraz Junior:

Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros da mesma família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> FERRAZ JUNIOR, T. S. *Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v.88, p.439-59, jan./dez. 1993, p. 443). Para Tércio, a privacidade tem como conteúdo “*a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão*” (*Ibidem*).

<sup>80</sup> *Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 208.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 210. Ainda no mesmo sentido, MORAES, A. de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007., pp. 159-160 e SAMPAIO, J. A. L.. *Comentários ao Art 5º, X*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (org) *Comentários à Constituição do Brasil*. Atlas, São Paulo, 2013. pp. 276-285., pp. 277.

PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR também adota um entendimento similar ao tratar dos “círculos concêntricos”, isto é, “dimensões progressivamente menores, na medida em que a intimidade for se restringindo”. À diferença dos demais, porém, propõe três círculos sucessivamente mais restritos: a esfera privada *stricto sensu*, a esfera da intimidade e, enfim, a esfera do segredo.<sup>82</sup>

Por outro lado, FERREIRA FILHO é o maior expoente da posição que se põe cética a respeito dessa diferenciação, chegando, diante do inciso X, a insinuar que se trata de um pleonasmo do constituinte:

É difícil distinguir conceitualmente entre intimidade e vida privada (na verdade, nesta Constituição, é praticamente impossível aplicar a regra segundo a qual num texto jurídico inexistem palavras inúteis). Vida privada, como é óbvio, opõe-se à vida pública. Esta é a que se desenrola perante os olhos da comunidade. Assim, é conhecida de muitos e pode ser conhecida de todos. A vida privada é a que se desenvolve fora das vistas da comunidade. É a que se desenvolve fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. Compreende, portanto, a intimidade, isto é, a vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar.<sup>83</sup>

A seu lado, CRETELLA JUNIOR, para quem, “[n]ovamente aqui o legislador constituinte distinguiu a mesma situação com dois nomes distintos, quando se sabe que ‘intimidade’ do cidadão é sua ‘vida privada’, no recesso do lar.”<sup>84</sup> No mesmo sentido ainda, HADDAD JABUR, que ressalta que “não há valia na distinção vocabular entre *intimidade*

---

<sup>82</sup> “Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*). Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público. Além da esfera privada, situam-se os processos episódios e condutas de natureza pública. (...) No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*) ou esfera confidencial (*Vertauenlichkeitsphäre*). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. (...) Por derradeiro, no âmago da esfera privada, está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (*Geheimsphäre*). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados.” (*Op. cit.*, pp. 36/37). No mesmo sentido, com algumas adaptações, a exemplo da emancipação da proteção à honra e uma compreensão ampliada da esfera privada, FERNANDES, M. *Op. cit.*, p. 66 e ss.

<sup>83</sup> *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35.

<sup>84</sup> *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997., p. 257

e *vida privada*, sequencialmente alinhados em obséquio à técnica legislativa de todo louvável à vista de variantes doutrinárias.”<sup>85</sup>

O que se observa é que a doutrina está de acordo, seja qual for o critério de classificação adotado, quanto à extensão da proteção conferida pelo inciso X. Estão a salvo juridicamente da intromissão não apenas os dados mais íntimos, que dizem respeito à pessoa, ela mesma considerada, e à sua personalidade, como também aqueles que se referem às suas relações interpessoais mais íntimas.

A disposição do inciso X integra-se especialmente com a do inciso XII, que trata especificamente das comunicações. Segundo o dispositivo, é inviolável “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Muito embora a leitura do enunciado permitisse supor que a ressalva na parte final fosse unicamente aplicável às comunicações telefônicas, de modo que o sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas e de dados fosse absoluto, a jurisprudência acabou por concluir que, para a finalidade de investigação e instrução processual criminal, seria possível flexibilizar todas as formas de segredo asseguradas constitucionalmente, desde que sob amparo de ordem judicial<sup>86</sup>. A doutrina trilha o mesmo entendimento.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> JABUR, G. H.. *A dignidade e o rompimento da privacidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. *Direito à privacidade*. Aparecida-SP: Ideias & Letras, 2005. pp. 85-106, esp. 90. No mesmo sentido, na doutrina estrangeira, FERREIRA RUBIO, que usa os termos como sinônimos “porque consideramos que, se, na pureza dos conceitos, podem-se distinguir ‘intimidade’ e ‘vida privada’, essa distinção carece de efeitos jurídicos no nosso ordenamento e na maioria dos sistemas legais vigentes ou projetados. Não se deve perder de vista que as classificações têm fundamento e razão de ser quando refletem ou trazem consigo alguns efeitos e não são um fim em si mesmas”. (*El Derecho a la Intimidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982, p. 40)

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 577. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 25 de março de 1992. Diário de Justiça. Brasília, 23 abr. 1993. Ferraz Junior concorda com essa visão: “Os outros três [meios de comunicação mencionados no inciso XII, além da telefonia] não sofreram semelhante ressalva porque, no interesse público, é possível realizar investigações e obter provas com base em vestígios que a comunicação deixa: a carta guardada, o testemunho de quem leu o nome do endereçado e do remetente, ou de quem viu a destruição do documento, o que vale também para o telegrama, para o telex, para o telefax, para a recepção da mensagem de um computador para outro, etc.” (*Op. cit.*, p. 448)

<sup>87</sup> Por todos, LÊNIO STRECK: “Ora, observa-se, assim, que o constituinte, ao utilizar a expressão ‘comunicações telefônicas deixou evidente que optava por abarcar a possibilidade de o Estado interceptar ‘informações em tráfego’. Quisesse o constituinte limitar a interceptação simplesmente aos telefonemas entre pessoas, não teria usado ‘comunicações’ *lato sensu*. Além disso, sabe-se perfeitamente que, com o avanço da

FERRAZ JUNIOR tem afirmado há algum tempo que o dispositivo se volta apenas à comunicação em si, mas não necessariamente ao conteúdo da correspondência. É que, como nota o autor, a norma divide-se em dois blocos, divisados pela conjunção “e”. Na primeira parte, fala-se da correspondência; na segunda, fala-se das comunicações, nas três modalidades possíveis: a telegráfica, a de dados e a telefônica. Em síntese, estaria apenas proibida pelo dispositivo a interceptação da troca de informações, mas não a devassa das informações em si mesmas. Afinal, ao menos o inciso XII não contempla expressamente um “sigilo de dados”. FERRAZ JUNIOR então conclui que, “[s]e alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados”.<sup>88</sup>

CELSO BASTOS e SILVA MARTINS estão também entre os que consideram que “dados” não são o objeto da comunicação, mas um qualificativo que refere a uma espécie peculiar de comunicação, um veículo novo trazido pela tecnologia: a “comunicação de dados”<sup>89</sup>

Apesar de contar com o apoio de boa parte da doutrina mais abalizada e também da jurisprudência do STF,<sup>90</sup> essa não parece ser a leitura mais fiel ao que apregoa o texto. O equívoco aparente está em supor que o termo “comunicação”, empregado no texto como gênero, refira-se necessariamente, como supõem esses teóricos, ao *processo de comunicar*, ao *ato de comunicação* entre emissor e interlocutor.

*Comunicação* pode ter um significado mais simples e concreto do que o *ato abstrato de se comunicar com outrem*. Primeiro, porque todo registro gráfico é em si uma forma de comunicar algo a alguém, ainda que a si mesmo, inclusive por meio de um arquivo

---

informática, permite-se a prática de comunicações via computador, como ocorre, por exemplo, com a internet (STRECK, L. L.. *Comentários ao Art. 5º, XII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (org) *Comentários à Constituição do Brasil*. Atlas, São Paulo, 2013, p. 293)

<sup>88</sup> *Op. cit.*, p. 447.

<sup>89</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 73. Também parece ser da mesma opinião Lênio Luiz Streck, *Op. cit.*, p. 292.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 21.279*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 05 de outubro de 1995. Diário de Justiça. Brasília, 19 out. 2001. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 418.416*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 10 de maio de 2006. Diário de Justiça. Brasília, 19 dez. 2006.

computacional. Ou seja, se um arquivo estático, armazenado em um disco rígido, não se enquadra bem na noção de correspondência, já que não necessariamente há a figura de um terceiro receptor da mensagem, não deixa de encerrar uma forma de envio de sinais eletromagnéticos capaz de afeiçoar-se perfeitamente a uma das definições mais discerníveis do verbo *comunicar*, que é a de transmitir dados, não necessariamente a um terceiro.<sup>91</sup>

Além disso, a palavra “comunicação” pode significar, por metonímia, exatamente o conteúdo comunicado. A figura de linguagem estaria plenamente justificada no caso porque seria o único verbete capaz de dar suporte a todas as modalidades comunicativas especificadas no inciso. A distinção proposta por FERRAZ JUNIOR, aclamada por outros teóricos, portanto, deve ser vista com certo grau de ressalva. Comunicação de dados não necessariamente se restringe ao encaminhamento de informações a uma terceira pessoa. Pode envolver apenas a transmissão eletromagnética de um terminal de computador para o seu usuário. Essa transmissão também está a salvo da intromissão indevida. E no que diz respeito aos dados adjetivos relacionados com o processo de interação privada entre dois ou mais sujeitos, cunhou-se para eles recentemente o termo *metadados*, derivado do inglês “*metadata*”.

Prevalecesse, em qualquer caso, a interpretação mais tradicional do dispositivo, se a correspondência entre duas pessoas estivesse protegida pelo inciso XII e anotações pessoais mantidas na residência do indivíduo, de sua vez, estivessem acobertadas pela inviolabilidade de domicílio, lembretes do emissor para si mesmo estariam desguarnecidas do grau de proteção adicional oferecido pelo inciso XII quando portadas pela via pública. O mesmo, aliás, se aplicaria a discos pessoais ou mesmo a microcomputadores, ainda que conectados à internet, e, portanto, suscetíveis a invasões externas pela rede. Parece claro que não é esse o caso. O princípio que condiciona o acesso a esses dados a existência de um mandado se estende aos dados armazenados.

Note-se ainda que não há nenhuma razão lógica para que seja conferida uma proteção adicional aos dados intercambiados entre dois sujeitos. A toda evidência, o segredo

---

<sup>91</sup> Veja-se, por ilustração, que o Dicionário Houaiss registra os sentidos aqui destacados logo entre as primeiras definições possíveis do verbo comunicar: “2 ( t.d.bit. ) [prep.: a] tel enviar (sinais) por um canal de transmissão; 3 ( t.d.bit. ) [prep.: a] tel enviar (mensagem, informação, diretiva) por meios eletromagnéticos”.

eventualmente compartilhado tende a ser ainda menos relevante para o sujeito do que o segredo íntimo e exclusivo. A insistência do nosso constituinte em destacar o aspecto *comunicacional* parece decorrer muito mais, nesse sentido, de um maneirismo fossilizado da época em que a garantia do sigilo constituía um atributo do serviço público prestado pelo correio oficial do que em um apreço especial aos dados trocados com outrem.

ALEXANDRE DE MORAES, ainda que de forma sutil, parece ser partidário dessa visão mais compreensiva da “comunicação de dados”, já que vê no inciso XII também uma proteção aos *dados armazenados* em dispositivos eletrônicos:

O preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso de informações decorrentes da informática. Essa nova garantia, necessária em virtude da existência de uma nova forma de *armazenamento* e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma a impedir as interceptações ou divulgações por meios ilícitos.<sup>92</sup>

Em suma, parece que não apenas o ato de corresponder-se por meio de dados está acobertado pela cláusula do inciso XII do artigo 5º da Constituição. Antes, qualquer informação registrada em qualquer meio deve ser entendida como um ato de comunicação, sob pena de, por meio da eleição de apenas um dos vários significados possíveis do vocábulo, restringir-se arbitrariamente o conteúdo da proteção garantido na Lei Maior.

Seja como for, a Constituição de 1988 parece preocupar-se com a proteção dos *dados*. À primeira vista, faz-se sentir a falta de um adjetivo que restrinja esse substantivo um tanto genérico. Uma interpretação sistemática de todo o inciso, porém, fornece uma ideia um pouco mais precisa a respeito de que dados se trata. Não haveria nenhum sentido, por exemplo, em se proclamar o sigilo de dados que, por natureza, jamais pudessem ser reservados. O nome das pessoas, por exemplo, é um dado. Um dado invariavelmente público, porém, que não se enquadra no abrigo criado pela norma<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> *Op. cit.*, P. 178. No mesmo sentido, CRETELLA JUNIOR, *Op. cit.*, p. 269.

<sup>93</sup> Em contrário, Ferraz Junior: “Também o direito ao nome, à imagem, à reputação compõem o campo da privacidade. A imagem, a reputação, o nome, à diferença da intimidade, são exclusivos (próprios), mas perante os outros. Como direito à privacidade, demarcam a individualidade em face dos outros. Ninguém tem um nome, uma imagem, uma reputação só para si mesmo, mas como condição de comunicação. Contudo, embora sejam de conhecimento dos outros, que deles estão informados, não podem transformar-se em objeto de troca do

Os incisos X e XII do artigo 5º formam, independentemente da concepção doutrinária que se adote a respeito do alcance do direito à intimidade e à vida privada, de um lado, e do sigilo de comunicações, de outro, uma amálgama capaz de resguardar situações que, *a priori*, poderiam não se enquadrar em um ou em outro. Se os dados gravados em um microcomputador, por exemplo, não estão contemplados no inciso XII, adotada a tese restritiva de FERRAZ JUNIOR, é, no mínimo, razoável que sejam considerados informações íntimas ou privadas.

Note-se ainda que, como se verá mais à frente, registra-se atualmente uma tendência à convergência multimídia que não era levada em conta ao tempo da elaboração da Constituição. As chamadas, cada dia mais, são feitas por redes de *dados* e não pela rede telefônica tradicional. A distinção que justificava, por exemplo, que apenas o sigilo das comunicações telefônicas estivesse condicionado à autorização judicial em investigações de natureza criminal, já não tem tanto sentido. Se as diferenças se sublimam, é preciso enxergar os comandos de forma mais abrangente.

O princípio da máxima efetividade,<sup>94</sup> portanto, demanda que se interpretem as disposições constitucionais relacionadas à privacidade, em geral, como um “*cluster*”, isto é um complexo de direitos inter-relacionados que se integra ainda com outros dispositivos. A ideia segue a linha proposta por SOLOVE, de enquadrar dentro de “privacidade” um conjunto de conceitos que tenham entre si relações de família segundo a fórmula

---

mercado, salvo se houver consentimento” (*Op. cit.*, p. 443). De alguma forma, porém, o autor parece pretende incorporar ao domínio da privacidade os direitos relativos à honra e à imagem do indivíduo, como fica claro mais à frente (*Idem*, p. 444)

<sup>94</sup>“(…) também designado por *princípio da eficiência* ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.” (CANOTILHO. J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, P. 1224, grifo original). Virgílio Afonso da Silva, em ensaio célebre sobre a interpretação constitucional, questiona a autonomia desse princípio, que parece ser um desdobramento da ideia de força normativa da Constituição, além de apontar que, se se trata de uma ideia regulativa, o ideal seria nomeá-lo de “efetividade ótima”, já que o máximo não seria atingível. (*Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, V. A. (org.), *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143, esp. p. 131). Conquanto a primeira observação seja pertinente, adotamos aqui o conceito por ser mais específico do que o da força normativa. Em relação à crítica terminológica, porém, parece evidente que a máxima efetividade se refere à máxima efetividade *possível*.

wittgensteiniana.<sup>95</sup> A estrutura da privacidade na Constituição, portanto, teria a forma de um *rizoma*, ou seja, de uma grande raiz una e subterrânea que eclodiria na superfície em vários pontos. Há entre esses pontos de eclosão uma interconexão, nem sempre visível, mas dedutível. A importância dessa ideia está na concepção una da privacidade, enquanto eixo multifrontal de proteção do recato.

Entre as outras frentes em que se desdobra a preocupação do constituinte com a privacidade nesse sentido ampliado estão a inviolabilidade de domicílio, que como se viu, é da tradição constitucional brasileira e está estabelecida no inciso X – topologicamente, portanto, entre a disposição que diz respeito à intimidade e a vida privada e a que traz o sigilo das comunicações. É evidente que o fundamento da proteção aos domicílios guarda relação com a proteção à vida privada e à intimidade. A casa não é protegida senão por constituir o refúgio da personalidade do indivíduo e por ser o lugar onde desenvolve os laços mais íntimos com os seus. Trata-se, afinal, de “um dos poucos recintos em que ainda é possível assegurar a intimidade. E por isso que a inviolabilidade do domicílio mantém íntimas conexões com outros direitos que protegem a individualidade”.<sup>96</sup>

Na mesma linha, a liberdade de consciência e de crença, prevista no inciso VI do artigo 5º também expressa uma espécie de entrave a que se penetre na esfera privada do cidadão. A consciência política e a afiliação religiosa da pessoa é assunto privado, vedado à interferência externa, seja de outro particular, seja do próprio Estado. Da mesma forma, a subsidiariedade da identificação criminal, estabelecida no inciso LVIII, também é um corolário do princípio maior da privacidade.

O inciso LXXII do artigo 5º cria até mesmo um remédio constitucional específico para lidar com informações relativas ao indivíduo, que é o *habeas data*, destinado, sobretudo, a dar ao interessado acesso às informações a seu respeito que constem de registros ou bancos de dados públicos, governamentais ou não. Apesar de ter, na prática, um

---

<sup>95</sup> Em sentido muito similar, Anabelle Lever, para quem devemos pensar nas demandas por privacidade “como uma amálgama de demandas por isolamento e solidão, intimidade, associação doméstica e familiar, confidencialidade e controle das informações pessoais” (*Op. cit.*, p. 165).

<sup>96</sup> BASTOS, C.; MARTINS, I. G. *Op. cit.* p. 67.

cabimento bastante restrito, não deixa de ser mais um estandarte de proteção,<sup>97</sup> especialmente por conta do simbolismo que acabou encarnando. O *habeas data*, obra do gênio constitucional brasileiro, encerra uma reação aos bancos de dados secretos havidos no período ditatorial a respeito de pessoas de especial interesse da repressão. Criou-se, assim, um mecanismo processual de dignidade constitucional para se controlar os dados compilados pelo Estado a respeito de cada indivíduo.

Regulado pela Lei nº 9.507/97, o *habeas data* está sujeito a condições como a prova do prévio requerimento administrativo pelo interessado<sup>98</sup>. A lei também enfatizou que o remédio só tem mesmo lugar para acesso a *informações pessoais, constantes de bancos de dados públicos*, ou para a retificação ou complementação desses mesmos dados. A jurisprudência chegou a assentar, por exemplo, que o meio adequado para a obtenção de informações constantes de processo administrativo seria não o *habeas data* mas o mandado de segurança<sup>99</sup>.

Muito embora se trate de um instituto voltado para a obtenção de informações compiladas pelo Estado, e, portanto, de um instrumento para controlar o abuso do *sigilo por parte do Estado*, o *habeas data* acaba tendo uma relação evidente com a privacidade também, que, ao contrário do que sucede com o Poder Público, é a regra para os particulares, e só pode ser excepcionada por norma expressa. Afinal, é por meio do *habeas data* que os cadastros governamentais podem ser desvendados pelo cidadão cujos atributos estarão ali arrolados. A necessidade de expressa recusa do órgão que detém as informações, no entanto,

---

<sup>97</sup> “Como uma das espécies de remédios constitucional, ocupa um papel de relevo na teórica constitucional porque auspicia a garantia de direitos constitucionais, possibilitando sua concretização normativa.” (AGRA, W. M. *Comentários ao Art. 5º, LXXII*. In: CANOTILHO, J. J. G. *et. al* (coord.). *Op. cit.*, pp. 486-7)

<sup>98</sup> Nesse sentido, no RHD 22, ao mesmo tempo em que o relator consignou que a “garantia de acesso a informações de caráter pessoal, registradas em órgãos do Estado, constitui um natural consectário do dever estatal de respeitar a esfera de autonomia individual, que torna imperativa a proteção da intimidade”, fixou requisitos estritos quanto à demonstração do interesse de agir. O impetrante, interessado em obter informações suas no Sistema Nacional de Informações, não o pode pelo *habeas data* por não ter provado uma resistência do órgão à sua pretensão. A recusa foi incorporada na Lei nº 9.507/97, em seu artigo 8º, parágrafo único, incisos I, II e III. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Habeas Data nº 22*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 19 de setembro de 1991. Diário de Justiça. Brasília, 01 set. 1995)

<sup>99</sup> “O *habeas data* tem finalidade específica: assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança nº 24.617*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 17 de maio de 2005. Diário de Justiça. Brasília, 10 jun. 2005.).

torna bastante subsidiário o recurso a esse mecanismo, que não deixa de ter um valor simbólico enquanto “*ultima ratio*” do cidadão contra os registros que o Estado compila de forma abusiva. FERREIRA FILHO chega a decretar que “o *habeas data* é uma instituição desnecessária e hoje já esquecida”.<sup>100</sup>

Consoante já destacado acima, porém, não é apenas no elenco de garantias fundamentais que o constituinte se preocupou em assegurar ao indivíduo um domínio de reserva. O voto secreto<sup>101</sup>, já se disse no capítulo em que se tratou da relação entre a privacidade e a democracia, nada mais é do que um reconhecimento de que certas informações, de um tipo especial, jamais podem ser expostas ao público. Trata-se ainda de uma garantia especialmente emblemática porque revela, de forma mais cabal do que todas as outras, a relevância coletiva, política, do resguardo à privacidade.

Em primeiro lugar, põe-se a salvo a escolha do eleitor para conseguir-se com isso sabotar a efetividade de eventuais vínculos negociações entre o eleito e o eleitor, à maneira de um recibo. Protege-se, de um lado, o eleitor, que vota sem qualquer tipo de amarra; de outro, o próprio candidato, que uma vez eleito, não fica preso a compromissos pessoais com os seus eleitores; finalmente, a própria coletividade, que se vê livre das consequências desse escambo indesejável.

Não é essa, porém, a única – e talvez nem a principal – “*ratio*” subjacente ao voto secreto<sup>102</sup>. Há uma razão ainda mais direta. Elidir qualquer registro da votação garante

---

<sup>100</sup> *Direitos Humanos Fundamentais*. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 185

<sup>101</sup> O voto secreto, no Brasil, teve sua primeira aparição nas eleições para o Centro Acadêmico XI de Agosto e só viria a ser adotado como regra nas eleições nacionais com o Código Eleitoral de 1932, como um dos seus princípios preambulares.

<sup>102</sup> Lever alerta com acuidade: “Se a justificativa-padrão para o voto secreto estivesse correta, teríamos que conceder, com [John Stuart] Mill, [Geoffrey] Brennan e [Philip] Petit, que não deveria haver nenhuma objeção a obliterá-lo se não estivéssemos preocupados com a segurança dos eleitores e a lisura das eleições. (...) O voto secreto para os cidadãos, então, reflete uma importante ideia democrática: a de que os direitos de voto do cidadão não depende da aprovação dos demais e tampouco da demonstração de virtudes, atributos ou posses. Enquanto os direitos democráticos à liberdade de expressão e associação significam que os cidadãos são livres para consultar quem quiserem, o voto secreto significa que eles podem tomar parte em decisões coletivas vinculantes sem ter de expor suas almas a alguém que pergunte” (*Op. cit.* p. 175). A referência a esses autores, especialmente a MILL, diz respeito à tese de que os cidadãos não deveriam temer a intimidação ou ceder à venda de votos, e, portanto, o sufrágio deveria estar aberto à discussão pública. O segredo haveria de ser a exceção; não a regra. Essa posição deriva de uma compreensão do voto como um dever, cujo exercício, portanto, não poderia estar indene da crítica pública. Para ele, o grande mau nas votações nos Estados europeus

ao eleitor imunidade a perseguições políticas posteriores ao pleito. Fica impedida, na prática, qualquer tentativa de inventariar os que votaram em um determinado grupo político e, com base nesse tipo de informação, favorecer ou prejudicar esse contingente. O interesse social é em um voto de consciência, por vezes inconfessável, em razão das inúmeras pressões sociais ideológicas com as quais, no âmago, o indivíduo pode não concordar. Quem vota não é a “*persona*” social. É o indivíduo, no seu mais íntimo<sup>103</sup>.

Não por acaso, inúmeros constitucionalistas na atualidade realçam que o voto secreto, para lá de um simples direito do eleitor, é uma obrigação que lhe é outorgada já na Carta Maior em nome de uma liberdade política irrenunciável ao cidadão:

O princípio do sufrágio secreto é uma garantia da própria liberdade de voto. Além de exigir, como se disse, a proibição de 'sinalização' do voto, pressupõe também a impossibilidade de uma reconstrução posterior do sentido da imputabilidade subjetiva do voto. (...) No entanto, como o direito de voto não é apenas um direito subjetivo, transportando também uma dimensão institucional, o cidadão eleitor não pode renunciar ao segredo de voto. A liberdade individual de voto e o voto livre no plano institucional condicionam-se reciprocamente.<sup>104</sup>

Não é diferente a opinião de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que também ressalta a relevância institucional do sufrágio secreto:

É que o segredo do voto, sendo um direito subjetivo do eleitor, é outrossim uma garantia constitucional de eleições livres e honestas, porque evita a intimidação e o suborno, suprimindo, na raiz, a possibilidade de corrupção eleitoral, ou pelo menos, reduzindo-a consideravelmente.<sup>105</sup>

---

da época já não era o risco de coerção mas o egoísmo. (*Considerations on Representative Government*. Nova York: Harper & Brothers, 1862, pp. 205-227)

<sup>103</sup> Nós estamos hoje tão acostumados com essa forma de comunicação confidencial que tendemos a negligenciar o seu significado. A regra de que ninguém pode ser compelido a revelar como votou evita formas coercivas e desarrazoadas de pressão e ajuda a assegurar uma votação cândida e honesta. Sob uma tal regra de segredo, as pessoas votam de acordo com a sua melhor avaliação, em vez de fazê-lo para evitar o ostracismo político ou a punição, ou para buscar aprovação ou favores ou para fazer contrapartida a propina política ou econômica. (BLOUSTEIN, E. J. *Individual & Group Privacy*. Herndon (EUA): Transactional Publishers, 1978, p. 152)

<sup>104</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Op. cit.*, 2010, p. 304.

<sup>105</sup> *Op. cit.*, p. 364.

O voto secreto, assim, não constitui uma mera opção do eleitor. A Constituição assegura-o não como uma faculdade, mas como um atributo imperativo do ato de votar. Essa compulsoriedade do sigilo, aliás, não é uma regra atinente ao *regime* do voto secreto, mas um traço integrante do seu *núcleo essencial*. Se fosse opção do eleitor votar abertamente, certamente muito do sentido da cláusula do sigilo se perderia, já que o eleitor estaria então sujeito a pressões justamente para que não votasse de forma reservada e, assim, pudesse ter suas escolhas eleitorais controladas.

Sendo absolutamente essencial para que a democracia não seja convertida em um mero jogo de aparências, em uma mera fantasia para encobrir-se a dominação por parte de grupos mais poderosos, capazes de influenciar a escolha do eleitor e depois lhe cobrar a respeito, ou, em suma, para que o eleitor, “possa emitir seu voto livre de pressões”,<sup>106</sup> o voto secreto compreende muito mais do que o momento da votação. É a posição de GILMAR MENDES:

O voto secreto é inseparável da ideia de voto livre. A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.<sup>107</sup>

Tão nodal para o regime democrático, essa cláusula constitucional, que, ainda segundo GILMAR MENDES, “impõe-se não só em face do Poder Público, mas também das pessoas privadas em geral”.<sup>108</sup> A cláusula determina que o Estado tome todas as providências para preservar que o eleitor desfrute de plena privacidade no ato de votar, no recato da urna, e para garantir que ninguém tenha acesso a esse recôndito da cidadania. Há uma verdadeira obrigação do Estado, que, caso inerte, incorrerá em verdadeira omissão. Afinal, “[a] preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático”.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> FAYT, C. *Op. cit.*, p. 33

<sup>107</sup> 2016, p. 742-3

<sup>108</sup> *Idem*, p.743.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

O Poder Público está constitucionalmente cometido, desde há muito, portanto, a toda uma série de providências destinadas a assegurar o sigilo do eleitor. Não apenas está proibido de procurar se assenhorar ele mesmo de informações a respeito das escolhas dos eleitores como também tem o dever de agir proativamente na defesa do resguardo na votação contra possíveis intrusões por terceiros ou mesmo contra tentativas dos próprios eleitores de burlarem a norma que os constrange ao absoluto sigilo diante da urna.

O voto secreto não se coloca como um simples direito subjetivo do eleitor. É também o seu dever prezar pelo sigilo do ato ao votar.<sup>110</sup> E a razão para tanto é mais profunda do que a simples inviolabilidade da esfera íntima do indivíduo que está votando.<sup>111</sup> Há uma finalidade sobretudo instrumental para a coletividade nesse véu compulsório, que é estratégica para a preservação de um mínimo de equilíbrio no regime democrático. A cláusula, de tão essencial para a vitalidade da democracia, é absolutamente inderrogável; é uma cláusula pétrea assim designada expressamente, como previsto no artigo 60, § 4º, inciso II.<sup>112</sup>

Poder-se-ia pensar que a indisponibilidade da reserva no momento do sufrágio é reflexo unicamente do seu objetivo de impedir que o eleitor seja *cobrado* por compromissos eleitorais negociados com candidatos interessados – e que, se não fosse esse fator, o eleitor poderia publicar livremente as imagens do seu escrutínio. Aliás, com esse fundamento, FERNANDEZ RUIZ chega a questionar a legitimidade de certas pesquisas eleitorais:

---

<sup>110</sup> Nesse sentido, PIEROTH, B.; SCHLINK, B. *Direitos Fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 92.

<sup>111</sup> Há quem discorde, como Virgílio Afonso da Silva, que elenca, inclusive, o caso do eleitor que divulga sua preferência eleitoral como um caso de valor heurístico contra a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, como se verá mais à frente. Trata-se, no entanto, de um raciocínio sem lastro lógico, porque, se de fato a ordem constitucional admitisse a abdicação do sigilo do voto, estariam lançadas as bases para o estabelecimento de um mercado eleitoral incontrolável. (*A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 62).

<sup>112</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) II - o voto direto, secreto, universal e periódico;”

Assim como não se legitima a fraude eleitoral pelo fato de ser um antigo e inveterado costume em muitos países, tampouco se legitima, *per se*, a já centenária e estendida prática das pesquisas eleitorais.

Em princípio, parece justo proibir as pesquisas eleitorais nominais, assim como as realizadas por patrões nas empresas, ou as efetuadas em escolas de adultos, organizações sindicais e agrárias, bem como as telefônicas, as domiciliares ou as praticadas em condutores de veículos, pelo risco grave de represálias potenciais que representam para os pesquisados, em razão da sua fácil identificação.<sup>113</sup>

O autor ainda arremata, em suas conclusões que, “[c]onsequentemente, os institutos de pesquisa deveriam circunscrever sua atividade à investigação de preferências em diversas matérias, mas não a respeito da intenção ou do sentido do voto, porque com isso se viola o seu segredo”.<sup>114</sup>

A verdade, o entanto, é que se esse é certamente o fundamento mais óbvio da confidencialidade compulsória do voto, não é o único. Há um objetivo mais amplo, de frustrar o arrolamento de eleitores conforme simpatias pessoais e ideológicas. A indisponibilidade não é, ao contrário do que se poderia pensar à primeira vista, uma garantia pessoal contra a coação. É também uma garantia do pluralismo político, já que impede indivíduos afiliados a interesses políticos dominantes reservem-se o favor desses interesses em detrimento daqueles que optam por não o fazer.

É possível ter em mente, portanto, que a privacidade no sentido compreensivo proposto por SOLOVE é perfeitamente adaptável ao direito constitucional brasileiro e assim se desdobra em várias frentes de proteção à esfera pessoal do indivíduo, inclusive em aspectos nitidamente políticos, como no regime do sufrágio. O âmbito de proteção, portanto, do que se pode definir genericamente por privacidade é complexo e engloba de forma conjugada toda uma dorsal de direitos que emerge topicamente em vários pontos dispersos do texto da Constituição.

---

<sup>113</sup> *Voto secreto vs. encuesta electoral*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n.50, out /dez. 2012, pp. 91-112, p. 105.

<sup>114</sup> *Idem*, p. 111

## II.2. Eficácia horizontal

Os direitos fundamentais, como regra, regulamentam não apenas as relações entre os particulares e o Estado. Por uma série de fatores, mas em especial por conta das discrepâncias permanentes entre a capacidade dos diversos agentes enquadrados na categoria genérica dos “particulares” – categoria que compreende desde o analfabeto assalariado até o mais poderoso dos provedores de busca – para influenciar no comportamento alheio, certas garantias não podem deixar de limitar a “autonomia da vontade”, que muitas vezes é a vontade de apenas uma das pontas da relação. Figurativamente, por contraste com a relação indivíduo-estado, que é dita *vertical*, denomina-se a irradiação de efeitos dos direitos fundamentais de particular para particular de *eficácia horizontal*. Como explica DANIEL SARMENTO, “existem fatores universais que exigem a extensão da proteção outorgada pelos direitos humanos à esfera das relações entre particulares, diante da desigualdade gritante, da opressão e da injustiça que permeiam estas relações”.<sup>115</sup>

Na verdade, na medida em que se trata ainda de *direitos*, a proteção não deixa de envolver de alguma forma a intervenção do próprio Estado, ainda que se esteja a examinar a sua repercussão nas relações privadas. A eficácia horizontal impele o próprio estatal a agir positivamente para moderar as relações entre os próprios particulares. Explicando a confluência entre o interesse público e o privado no âmbito de programas relacionais da contemporaneidade, MORAND diz o seguinte:

A fusão entre interesses privados e públicos encontra assim sua tradução na concepção atual de direitos fundamentais. Eles não podem mais ser concebidos apenas de maneira defensiva, como um meio de conter o poder do Estado. Eles podem demandar providências positivas, por exemplo para que o pluralismo seja assegurado nos meios audiovisuais. A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares se explica parcialmente ao menos pelo fato de que os interesses públicos e privados, estando mais e mais fundidos. A proteção da

---

<sup>115</sup> *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p 233. Em sentido contrário, DMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, sugerem que a relação entre desiguais só ocorre mesmo entre particulares e Estado, como não ocorreria entre os titulares de direitos fundamentais (*Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 111).

liberdade e da personalidade não passa mais exclusivamente por uma defesa do indivíduo contra as ações estatais.<sup>116</sup>

HESSE também desenvolve linha semelhante ao explorar a nova relação entre o direito privado e o direito constitucional:

Assim, a garantia da existência dos membros da comunidade jurídica e a defesa dos mais débeis alcança também no direito privado o mesmo nível tido pela perseguição do próprio interesse. O direito privado já não atende somente à autodeterminação individual, mas também à justiça social, e assim caberia dizer que se desenvolveu uma nova dimensão que está em tensão com a anterior. Isso conduz à necessidade de uma ordenação de ambos os princípios e transforma a qualidade do direito privado, que passa a ser mais que antes um direito tutelar, delimitador, que assegura contra o abuso e com tal tarefa se aproxima dos outros âmbitos jurídicos.<sup>117</sup>

INGO SARLET desenvolve raciocínio similar, sem deixar de anotar criticamente a relevância peculiar do enquadramento das relações bastante díspares entre certos atores da sociedade, muitas vezes mais díspares do que a que se estabelece entre indivíduo e Estado - tamanho o poder de certas entidades integrantes da sociedade civil, tanto em termos absolutos quanto no contraste com o próprio poder público:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinha por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito, não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.

---

<sup>116</sup> *Le Droit Neo Moderne des Politiques Publiques*. Paris: LGDJ, 1999, p. 147)

<sup>117</sup> *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madri: Civitas Ediciones, 2001, p. 73

(...)

É neste contexto que assume relevo a assim denominada perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais.<sup>118</sup>

A teoria dos direitos fundamentais tem discutido a estrutura da relação que se estabelece para a eficácia dita horizontal. É possível entendê-la de várias maneiras. Há quem considere que se trata de um dever do Estado para com o indivíduo, de zelar pelo respeito aos direitos fundamentais mesmo entre os particulares, assim como há quem defenda que se trata de um direito oponível contra os próprios particulares.

Para a primeira corrente, a eficácia com relação a particulares se daria de maneira indireta,<sup>119</sup> como forma de conciliar a necessária observância dos direitos fundamentais com a autonomia do direito privado. Explicam PIEROTH e SCHLINK:

Este é o exato ponto de partida para a jurisprudência permanente e para a doutrina dominante quanto ao *efeito mediato para terceiros*. Os direitos fundamentais não se aplicam diretamente no direito privado, não resolvem diretamente os litígios de direito civil. (...)

A *importância* do efeito mediato para terceiros deve ser sobretudo vista no fato de esse efeito ajudar a preservar a liberdade e a igualdade, mesmo nas condições da moderna sociedade industrial altamente complexa. É que a liberdade e a igualdade pressupõem, de acordo com o seu entendimento histórico (cf. n.m. 26 e s.), uma situação de simetria real, em que cada cidadão tem as mesmas oportunidades de prossecução e de realização dos seus interesses. Nos nossos dias, esta simetria real está, muitas vezes, eliminada ou ameaçada não só pelo poder do Estado, mas também pelo poder econômico e social privado, pelos consórcios e associações, pelas organizações de classe e de interesses.<sup>120</sup>

Como esclarece VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “a solução proposta é a *influência* dos direitos fundamentais nas relações privadas *por intermédio* do material

<sup>118</sup> *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 402-403

<sup>119</sup> No Brasil, essa corrente está representada, por exemplo por DIMOULIS e MARTINS (*Op. cit.*, pp. 113-115)

<sup>120</sup> *Op. cit.*, p. 107-8

normativo próprio do direito privado.”<sup>121</sup> Ainda conforme o autor explica, a teoria dos efeitos indiretos parte da concepção dos direitos fundamentais como “sistema de valores” e da visão de que as cláusulas gerais são as responsáveis pela sua infusão no direito privado.<sup>122</sup>

Uma outra forma de compreender o alcance das normas sobre direitos fundamentais nas relações entre particulares é a teoria da *aplicabilidade direta*, segundo a qual esses preceitos prescindem de mediação legal para poderem ser invocados, mesmo em um conflito que envolva apenas particulares:<sup>123</sup>

Quando se fala em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, quer-se dizer que, da mesma forma como são aplicados nas relações entre o Estado e os cidadãos, não é necessária nenhuma ação intermediária para que sejam também aplicáveis nas relações interprivadas.<sup>124</sup>

Tem-se consolidado também a tese dos três planos de eficácia horizontal, advogada por ALEXY, segundo a qual há acertos e erros nas três formas de encarar a estrutura subjacente à incidência de um direito fundamental na relação entre particulares:

Até agora a polêmica sobre os efeitos perante terceiros foi em geral travada como se uma das três construções tivesse que ser a correta. Essa hipótese é falsa. É possível afirmar que cada uma das três construções destaca alguns aspectos das complexas relações jurídicas que são características dos casos de efeitos perante terceiros, e que se torna inadequada apenas quando se pretende que o aspecto destacado seja tomado como a solução completa. Somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa e, nesse sentido, adequada. (...) O modelo é composto por três níveis: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados. Entre esses níveis não há uma relação de grau, mas de mútua implicação.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> *Op. cit.*, 2007, p. 76, grifo original.

<sup>122</sup> Quando remete à concepção dos direitos fundamentais como “sistema de valores”, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA refere-se à visão de que os direitos fundamentais garantem que possam demandar do Estado não apenas uma abstenção mas também uma prestação para concretizá-los na maior medida possível. As cláusulas gerais seriam os dispositivos do direito privado permeados por valores constitucionais, como a boa-fé. Ambos os conceitos se complementam: para garantir o respeito aos valores integrantes do sistema é que o Estado incute as cláusulas gerais no direito privado. (*Idem*, pp. 76-9)

<sup>123</sup> Dispensam-se assim as cláusulas gerais como ponto de infusão dos direitos fundamentais.

<sup>124</sup> *Idem*, p. 86

<sup>125</sup> *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA segue uma linha similar ao afirmar que a solução “só pode ser uma *solução diferenciada*, que consiga, em um modelo flexível, envolver as distintas configurações do problema.”<sup>126</sup> Não deixa de criticar, acertadamente, porém, o modelo em três níveis de Alexy, por desconsiderar o problema da eventual necessidade de mediação legislativa, que surge a depender da abordagem. Postula então que, caracterizados como princípios, isto é, como mandados de otimização, os direitos fundamentais exoneram-se do fardo de condicionar o direito infraconstitucional. Os direitos fundamentais, assim, poderiam ser mediados legislativamente, mas teriam aplicação indireta se essa mediação estivesse ausente ou se fosse insuficiente.<sup>127</sup>

No caso da privacidade, em particular, sua abordagem tradicional enquanto um direito proprietário<sup>128</sup> aos atributos pessoais evidentemente caracteriza-se por uma grande margem intuitiva de oponibilidade aos demais particulares. À maneira da propriedade, a esfera privada de cada um não pode ser violada por terceiros tanto quanto não pode ser suprimida ou estorvada pelo Poder Público. Normalmente, aliás, a maior parte das disputas reais sobre o alcance do resguardo constitucionalmente privado dá-se sob essa conformação: um embate pontual entre particulares a respeito da divulgação indevida de dados pessoais ou do acesso indevido a essas informações.

Seria simplista supor, por um raciocínio *a contrario sensu*, porém, que o direito à privacidade e os seus desdobramentos, *em sua dimensão aqui dita política*, só poderiam ser invocados na defesa contra intromissões indevidas do Estado. A relação entre resguardo e democracia não se exaure em ameaças de uma capacidade governamental de monitoramento em níveis distópicos.

---

<sup>126</sup> *Op. cit.*, 2005, p. 134, grifo original.

<sup>127</sup> *Idem*, p. 148.

<sup>128</sup> A tendência a tratar o direito à privacidade de forma proprietária chega ao ponto de torná-lo um elemento de oposição à eficácia de direitos políticos no seio de entidades privadas. Sarmento, em sua tese sobre os direitos fundamentais e as relações privadas, ao traçar um panorama sobre os direitos políticos, a democracia e as relações privadas, menciona o direito à privacidade dessa forma: “É certo que o direito à privacidade envolve, como destacou José Adércio Leite Sampaio, ‘(...) o poder conferido à entidade familiar de organizar-se e desenvolver-se como lhe aprouver’. Entretanto, esse direito não é absoluto e encontra limites na própria Constituição. E a Constituição de 88 indisputavelmente consagra amplas possibilidades de intervenção estatal na esfera familiar, para tutela dos valores existenciais que ela consagra, como se infere dos arts. 226, § 8º, e 227 do texto maior”. (*Op. cit.*, p. 316)

A bem da verdade, um mínimo de vitalidade democrática depende não só do equilíbrio de forças entre cidadãos e Estado como também entre os próprios cidadãos. O ideal de democracia pressupõe, afinal, um certo nível de concorrência entre os indivíduos, as ideias e os partidos pelos cargos eletivos e, mais ainda, pelo acesso aos canais de comunicação com os eleitos e pela capacidade de exercer pressão sobre o poder político.

A eficácia do direito à privacidade política, portanto, irradia-se pela sociedade também da forma que se convencionou dizer *horizontal*, de forma a proteger o sujeito contra o acesso indevido aos seus dados pessoais e contra o seu uso para fins políticos também em relação a outros sujeitos. A consequência mais evidente é exatamente, como se verá mais à frente, a interposição de certos limites contra a devassa generalizada que grandes empresas do mercado de dados pessoais promovem ativamente, em especial as empresas dos setores ligados à tecnologia e à conectividade. Nesse caso a relação mediada pela privacidade não é vertical, ou seja, não é que se resguarde o particular da opressão levada a cabo pelo poder político *stricto sensu*. Ao contrário, trata-se da invocação de um direito fundamental para defender um particular (ou a coletividade, indiretamente, por meio dele), da ingerência de outro particular.

É interessante notar que a teoria da incidência indireta, comentada acima, no que se refere à temática da proteção à privacidade traz implicações bastante complexas, especialmente na contemporaneidade. Se o particular, nada obstante a sua estatura e a sua capacidade de impor comportamentos, não está diretamente vinculado ao dever de respeitar o resguardo alheio, mas se trata, antes, de uma relação entre indivíduo e Estado na realização do direito fundamental, então o problema, de ordem técnica e financeira, é a incapacidade estatal para colocar-se em linha com o progresso tecnológico das empresas, de forma similar ao que já sucede com a segurança pública e com os direitos sociais.

É digno de nota, ainda no contexto dessa ação horizontal, porém, que não é apenas o monitoramento massivo perpetrado por particulares que encontra limites na Constituição. Também relações privadas mais atomizadas devem ser pautadas pelo respeito à esfera privada de cada um. O empregador, por exemplo, que monitora sub-repticiamente os dados de navegação de seus empregados, dota-se, a partir da colheita de informações sobre as preferências ideológicas do quadro, do poder de exercer pressão de forma favorável

ou contrária a uma determinada corrente política. Viola, assim, o direito constitucional à privacidade desde uma perspectiva política. Da mesma forma age uma universidade que trace perfis de seus alunos. Trata-se, enfim, de uma garantia que pauta as relações entre as pessoas nas suas mais variadas esferas de convivência, de modo a assegurar a liberdade de pensamento e o livre exercício do direito de fazer escolhas políticas, como é pressuposto da ideia de democracia.

O direito de reserva exercido contra outros entes da própria coletividade tem também, portanto, uma importância *coletiva* tão importante enquanto liberdade pública tanto quanto tem o direito exercido contra o Estado. As relações privadas hoje em dia, afinal, raramente se caracterizam pela singularidade e pelos efeitos localizados. No mais das vezes, as relações são tomadas em escala, e o indivíduo decresce ao grau de um mero número no portfólio relacional de grandes empresas, atingindo uma espécie de interação só vivenciada, um século antes, pelos Estados, pelas religiões e pelos grandes senhores feudais. Contratos de adesão são a regra: as empresas, após reduzirem o cidadão a um consumidor ou a um empregado – ambos devidamente identificados pelo respectivo número - tomam suas ações de forma global, à maneira de verdadeiras políticas, tamanho é o impacto de seus atos.

Por esse ângulo, em que o indivíduo está defronte a entidades ocupadas com o relacionamento com uma gama de outros indivíduos com ele equiparados para as definições da relação contratual, não bem estabelece com elas relações *horizontais*, mas relações mais próximas daquela que se estabelece com o Estado, dita vertical. São, a rigor, relações que até se poderiam dizer com mais propriedade “*diagonais*” ou, por vezes, *verticais* também elas. É também a opinião de INGO SARLET:

(...) a expressão eficácia horizontal não dá conta das situações de manifesta desigualdade de poder e imposição da vontade em detrimento da outra parte da relação jurídico-privada, assumem feições manifestamente verticalizadas, no sentido de similares às relações entre particulares e o poder público.<sup>129</sup>

É sobretudo com essa consciência de que as relações entre particulares assemelham-se muitas vezes mais às relações entre indivíduo e Estado que à relação entre

---

<sup>129</sup> *Op. cit.*, p. 400

duas pessoas da mesma condição social que se há de perceber o direito à privacidade em sua vertente política. Muito da sua importância está justamente em impedir abusos de entidades poderosas, dotadas de mecanismos de monitoramento e tratamento industrial de dados, contra os indivíduos.

### II.3. Conflitos e sopesamento

Como qualquer outro direito fundamental, o direito à privacidade encontra limitações, devidas especialmente à interação com outros direitos, ou mesmo à impossibilidade fática de se assegurá-lo por completo, tendo em vista os recursos limitados de que o Estado dispõe. A identificação dos principais conflitos da privacidade com outros direitos e a eleição de uma fórmula para arbitrá-los sem reduzir um dos dois à inefetividade demandam um certo esforço de sensibilidade.

A conformação constitucional vigente do direito à privacidade até sugere que, no que diz respeito ao indivíduo e à sua vida privada, deva prevalecer, como regra, a reserva. Aparecem sempre como exceções – introduzidas no texto dos incisos do artigo 5º sempre por meio de metedidas preposições – a devassa nas comunicações (inciso XII), o ingresso em domicílio alheio (XI), e, de resto, a violação da intimidade em geral (inciso X).

Essas exceções são decorrentes dos conflitos intrínsecos à própria natureza das Constituições democráticas, que não admitem direitos absolutos; estruturam-se, antes, em direitos que convivem harmonicamente uns com os outros, na medida da sua máxima realização possível. Exatamente por isso, aliás, há que se reconhecer outras situações, além daquelas expressamente previstas no texto magno, em que os direitos ligados à preservação da privacidade devam ceder lugar a outros de igualmente caros à preservação do ambiente de respeito aos valores da democracia <sup>130</sup>

---

<sup>130</sup> “Sabe-se, porém, que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer mesmo sem autorização expressa do constituinte, sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais.” BRANCO, P. G. *Direitos Fundamentais em Espécie*. In MENDES, G. F. BRANCO, P. G. Curso de Direito Constitucional. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 255-320, esp. p. 293.

Entre todos, a privacidade do cidadão está em contínua tensão, sobretudo, com o direito à segurança pública. Na ocorrência de determinadas situações excepcionais, caracterizadoras dos estados de emergência, o próprio constituinte estabelece *a priori* a possibilidade de flexibilização de uma série de garantias, a exemplo do segredo das comunicações e a inviolabilidade de domicílio. Justifica-se que, presentes circunstâncias particularmente ameaçadoras à preservação da sociedade, o Estado não se possa comprometer com a manutenção de um nível de respeito ao indivíduo. Embora seja difícil visualizar, quanto a eventos como desastres naturais, a pertinência da supressão de garantias, Há mesmo um nexo inegável entre a necessidade de monitorar-se certos cidadãos e uma situação de guerra declarada, por exemplo.

Embora seja cada vez mais fluida, contemporaneidade, a distinção entre os estados de emergência e de normalidade, como será visto em detalhes mais à frente, interessam a essa análise, particularmente, os limites que a segurança pública impõe à privacidade fora da excepcionalidade constitucional e a maneira como o direito brasileiro, em regra, medeia esse embate constante.

No âmbito da Comunidade Europeia, a tensão se resolveu, na Diretiva 95/46 pelo afastamento da disciplina básica da privacidade se estiver em questão a segurança pública. A diretiva não se aplica, segundo o seu próprio artigo 2º, ao tratamento de dados pessoais

(...) efetuado no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito comunitário, tais como (...) e em qualquer caso, ao tratamento de dados que tenha como objeto a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado (incluindo o bem-estar econômico do Estado quando esse tratamento disser respeito a questões de segurança do Estado, e as atividades do Estado no domínio do direito penal).

É duvidoso que o recorte temático seja o caminho mais sensato. Essa solução apenas posterga a precipitação do conflito para o aplicador ou para um segundo diploma normativo. Em um outro caso, perde-se harmonia

Como forma de mediar essa relação conflituosa, FERRAZ JUNIOR defende que se proceda a um sopesamento entre os interesses em conflito, a reclamar ora o direito ao sigilo e ora o dever de sigilo.<sup>131</sup> É bem verdade, contudo, que esse teste de pesos tenderia em condições normais, a pender sempre em favor do ideal de segurança, quando em aparente oposição com a privacidade.<sup>132</sup>

Essa fragilidade tem uma razão especial. A invocação genérica da segurança da coletividade contra quaisquer direitos individuais é sempre problemática, porque as ameaças a estes últimos não costumam ser das mais fáceis de palpar, como são os riscos à primeira. Trata-se, aliás, de um problema geral dos testes de balanceamento: o interesse público mais visível pode ter mais chances de prevalecer.<sup>133</sup> É no mínimo relativa, portanto, a adequação desse tipo de expediente para lidar com direitos como a privacidade quando em confronto com direitos de grande apelo junto à opinião pública. É também o que nota LEONARDI, ao pontuar que “[a] proteção da privacidade individual, quando sopesada com esses interesses sociais, parece algo extravagante, mera excentricidade, um simples capricho, um ‘direito dos egoísmos privados’, na metáfora de José de Oliveira Ascensão.”<sup>134</sup>

Para lá do simplismo, no mais, há que se ver que o acesso indiscriminado a dados pessoais é em si muito perigoso para o próprio direito à segurança, se considerado na sua dimensão individual. Há, portanto, não necessariamente um embate entre o direito à segurança e o direito à privacidade, mas, sob muitos ângulos válidos, uma convergência entre um ou outro. O cidadão que não tem reserva não está seguro. Da mesma forma, a privacidade tem também uma grande importância coletiva e se poderia dizer em complemento que a sociedade despida da sua privacidade tampouco tem segurança.

Talvez por conta dessa conjunção de fatores é que a contraposição binária entre segurança pública, de um lado, e privacidade, de outro, como forma de justificativa para a supressão dessa última seja vista de forma crítica por grande parte dos teóricos. RODOTÀ, por exemplo, chega a proclamar que a ideia de que, com menos privacidade, tem-

---

<sup>131</sup> *Op. cit.*, p. 445.

<sup>132</sup> MINIODIS, C. *Moving from Nixon to NASA: Privacy's Second Strand. A Right to Informational Privacy*. 15 *Yale J. L. & Tech.* 139 (2012), p. 154.

<sup>133</sup> SARMENTO, D. *Op. cit.*, p. 303.

<sup>134</sup> LEONARDI, *Op. cit.*, p. 120

se mais segurança, é uma ideia falsa: “A privacidade não é inimiga da segurança. Antes, pode ser um instrumento de apoio para tornar menos fácil o trabalho de quem queira organizar ações terroristas”.<sup>135</sup>

SARTORETTI desenvolve mais a ideia:

[A] segurança não constitui um bem absoluto, mas é um instrumento a serviço de cada cidadão para assegurar-lhe o exercício da liberdade. Portanto, construir a relação segurança/liberdade como uma alternativa seca entre valores contrapostos, além de errado, pode ser perigoso e enganoso, vez que conduziria a uma reconfiguração de sentido e de significado da política constitucional dos direitos. O direito à segurança deve traduzir-se, assim, também em “segurança dos direitos”, para que a segurança assuma o significado de “consciência da liberdade garantida” e não se reduza, ao revés, à “afirmação de uma atividade estatal com ares de princípio ilimitada para tutelar o cidadão de riscos e perigos sociais causados pela técnica, pelo ambiente ou mesmo pelo crime.

A segurança, de outro lado, constitui um objetivo político bastante vago e com potencial quase infinito, que em um clima de medo como o atual arrisca traduzir-se em uma verdadeira e própria “procuração em branco” outorgada ao Estado para toda intervenção possível na liberdade.<sup>136</sup>

Daí a necessidade de se partir para um exame contextual profundo dos interesses em jogo, isto é, de desapegar-se de um modelo abstrato, de análise dualista, que crie a falsa impressão de que tudo se resolve por meio da mensuração de dois interesses supostamente contrapostos, sendo um individual e outro coletivo. Se é verdade, afinal, que a segurança pode demandar que a privacidade ceda espaço, não é menos verdade que a manutenção da segurança do indivíduo depende também da manutenção de uma esfera de privacidade. A relação, portanto, não é de contraposição; é principalmente de complementaridade.

Além disso, o que se há de ver é que a privacidade nunca reflete unicamente interesses egoístas ou particulares do seu titular direto. Não é suficiente, portanto, que o

---

<sup>135</sup> Autorità Garante della Privacy. *Sicurezza e tutela della privacy*: Newsletter 17-23 de setembro. Roma, 2001.

<sup>136</sup> *Op. cit.*, pp 125-126

sopesamento seja feito a partir de um exame do grau de autonomia real do indivíduo.<sup>137</sup> A privacidade caracteriza-se, antes, como um lastro estrutural, já se viu, da democracia como um todo. Está protegida, portanto, por um interesse social coletivo e não apenas pelos desígnios de seu titular, à semelhança de um capricho seu.

Pode-se comparar esse direito à reserva a certas normas do direito ambiental. A decisão de podar árvores em um bosque não pode ser o resultado de um confronto reducionista entre o interesse estético dos moradores das adjacências e o interesse público na construção de uma rodovia de grandes proporções. O conflito há de ser analisado sob outra abordagem, de tal forma que se considere o interesse geral na preservação da fauna e da flora. Só assim o meio ambiente não estará à mercê de interesses casuístas e sub-informados de cada particular.

Analogamente, é certo que a privacidade não poderá medir forças com a segurança pública se for vista como uma excentricidade de um particular ou de um grupo específico, porque, nesse caso, tenderá sempre a ser posta de lado em prol da supremacia do interesse público. Tudo está em ver que *há um interesse público na preservação permanente de um grau de opacidade nas relações humanas*, independentemente da relação que esteja pontualmente sob escrutínio.

Não é apenas com a segurança pública, no entanto, que a privacidade tem relação turbulenta. Os atritos são constantes também com a livre iniciativa, especialmente no caso das relações entre particulares, visto no tópico anterior. Desenvolve-se atualmente um mercado de informações privadas de grandes proporções e as aspirações empresariais naturalmente esbarram na proteção jurídica da privacidade, máxime na sua dimensão coletiva ou política. A busca pelo lucro, legitimada pela Constituição, não pode chegar ao ponto de descortinar completamente os atributos pessoais e o pensamento das pessoas e apresentar esse poder informativo como um produto a ser comercializado. Daí a necessidade de se chegar a um critério que possibilite traçar de forma mais precisa e previsível os limites jurídicos para esse tipo de expediente.

---

<sup>137</sup> É a solução adotada por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA em “*A Constitucionalização dos Direitos*” (Op. cit., pp. 158 e ss.)

O princípio da eficiência administrativa também em algumas circunstâncias entra em choque com a privacidade das pessoas. O conhecimento das preferências econômicas dos cidadãos e das necessidades e pretensões relacionadas aos serviços públicos pode render, sem dúvidas, subsídios de grande valia para a formulação de políticas públicas mais eficientes. Esse incremento de eficiência pode refletir não só em um aprimoramento da própria segurança pública, conforme já visto, mas também na promoção de uma série de outros objetivos de Estado, como o desenvolvimento econômico e a redução de desigualdades. Um governo bem informado é um governo que tende a gastar melhor e obter mais retorno.

Além das frentes de tensão do direito à privacidade, em sua feição política, encontra-se nesse plexo de direitos também relacionados de alguma forma a interesses coletivos ou difusos quando não ao interesse público secundário, isto é, ao do Estado em si mesmo.

Há inúmeras outras interações das facetas do direito à reserva que se podem identificar. Uma das que mais se tem discutido é aquela que se estabelece com a liberdade de imprensa, já explorada naquela primeira formulação teórica do conceito, por WARREN e BRANDEIS<sup>138</sup> e retomada recentemente no Supremo Tribunal Federal na ADI 4815, o célebre caso das biografias não autorizadas. Nesse caso, porém, a dinâmica da conflituosidade é distinta por algumas razões.<sup>139</sup>

Se analisado com profundidade o conflito entre a *segurança pública* e a *privacidade*, ficará evidente que boa parte da tensão é devida ao fato de que o destinatário das informações privadas consiste em um grupo extremamente restrito que, com esse acesso, se empodera. Cria-se um inevitável desequilíbrio de poder com essa detenção de dados privilegiados, especialmente se o detentor possui capacidade de processamento dessas informações. Além disso, a escala de coleta de dados é sem dúvida um agravante sensível. Sistemas automatizados entram em cena, capturando e tratando elementos pessoais multitudinários.

---

<sup>138</sup> Cf. *supra*.

<sup>139</sup> BRASIL Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, Distrito Federal, 10 de junho de 2015. Diário de Justiça. Brasília, 01 fev. 2016.

De outro lado, porém, no caso da divulgação indevida, ou seja, do conflito entre privacidade e liberdade de imprensa, as informações de certos personagens peculiares são compartilhadas com a coletividade mesma. O real motivo para a tensão entre os interesses já não é, portanto, a criação de uma diferença potencial de poder, mas o direito individual do sujeito que tem detalhes da vida divulgados ao grande público de preservá-los da bisbilhotice alheia e de manter a sua reputação. Nesse caso, o *consentimento* do sujeito é um aspecto crucial da discussão, de tal maneira que, na ADI 4815, o litígio envolvia basicamente a possibilidade de edição de narrativas sem que o sujeito retratado o autorizasse previamente. A solução pelo consentimento, no entanto, encontra sérias limitações nos casos em que está em questão a dimensão *política* da privacidade<sup>140</sup>. Há que se diferenciar, portanto, a *divulgação*, ou seja, a publicação, de conteúdos íntimos ou privados, que tende a atingir um sujeito ou outro, da apropriação de dados, que tende a ocorrer em escala ampla e a fragilizar a coletividade como um todo.<sup>141</sup>

De uma forma geral, o que se tem proposto é realmente um exame da proporcionalidade em qualquer situação em que interesses constitucionalmente prestigiados estejam em antagonismo. Essa solução, porém, demanda um esforço, nem sempre levado a sério, de circunstanciar-se o duelo de valores. Não se trata nunca, afinal, de uma disputa redutível a um esquema teórico simplista de ponderação abstrata entre axiomas frios encartados na Constituição. O que se tem, no mais das vezes, são situações concretas em que se medem múltiplos valores, de titularidades as mais diversas e com razões de ser nem sempre muito nítidas, mas que não por isso podem ser simplesmente desprezadas pelo aplicador.

A casuística favorecerá a erosão paulatina da privacidade se não for suficientemente enfatizado o seu fundamento político, por estar mais evidenciado o interesse coletivo em outros direitos que se apresentam normalmente como objeto mais direto do interesse público.

---

<sup>140</sup> Cf. *infra*, Cap. III.4.

<sup>141</sup> GONET BRANCO, por exemplo, analisam uma série de casos de interesse puramente privado, relacionados a pessoas fotografadas e expostas, o que pouco agrega para elucidar-se o caso de quando há um interesse público a demandar a preservação de uma esfera de resguardo. (*Op. cit.*, pp. 284-7).

## II. 4. Disponibilidade

Um dos debates mais animados dos últimos tempos no constitucionalismo brasileiro diz respeito à *renunciabilidade* dos direitos fundamentais. Diz a tradição da nossa doutrina que os direitos fundamentais são irrenunciáveis ou que, quando menos, tudo o que se permite é a renúncia ao exercício de um direito fundamental. O mesmo vale também para a doutrina internacional, como a de PIEROTH e SCHLINK:

Não é uma questão de renúncia aos direitos fundamentais se uma pessoa que tem direito a eles não fizer de fato uso de um direito fundamental, por exemplo, se não participa em nenhuma reunião (...), se não adere a nenhuma associação (...) ou não recorre a nenhuma via jurisdicional (...). Diferente é o caso se essa pessoa renuncia de forma juridicamente vinculativa à participação em reuniões, à adesão a uma associação e à via jurisdicional: estes são casos de renúncia aos direitos fundamentais.<sup>142</sup>

A discussão, no entanto, foi posta em xeque recentemente por alguns autores, especialmente, no Brasil, por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, que questiona o sentido de distinguir entre a renúncia ao direito e a renúncia ao seu exercício:

Quando se fala em renúncia, para muitos isso parece significar a abdicação a um direito de forma definitiva e irreversível. Os publicistas costumam partir do pressuposto de que somente nos casos de direitos patrimoniais, especialmente aqueles de direito privado, a renúncia é possível, porque somente nesses casos a abdicação se revestiria desses efeitos (definitividade e irreversibilidade). No caso dos direitos fundamentais, como isso não ocorre, não haveria renúncia. (...)

Alguns autores chegam a fazer uma distinção entre a renúncia a um direito e a renúncia ao exercício desse direito. Segundo esses autores, somente a segunda seria possível. Essa distinção carece, contudo, de qualquer finalidade. Ela serve, na verdade, somente para que aqueles que se apegam a características jusnaturalistas dos direitos fundamentais - imprescritibilidade, irrenunciabilidade etc. - possam acomodar o fato de que, em diversos casos, a renúncia e até mesmo a negociação desses direitos é possível. (...)

---

<sup>142</sup> *Op. cit.*, p. 90

O raciocínio é, sem dúvida, correto, mas isso não significa que seja necessário. Quando aqui se faz menção a renúncia a direitos fundamentais ou qualquer tipo de transação que os envolva, não se quer sustentar, obviamente, que seja possível, via declaração de vontade, abdicar ao direito em si e a toda possibilidade futura de exercitá-lo, mas tão-somente à possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação. Os efeitos dessa renúncia são válidos para essa situação determinada. E só pode ser assim, quer se trate de direitos fundamentalíssimos, quer se trate de direitos patrimoniais, como foi visto no tópico anterior.<sup>143</sup>

De fato, apesar da assertividade do argumento, ainda que não se cogite da renúncia total e abstrata a um direito fundamental, e, portanto, a distinção seja, em última análise, estéril na prática, se a precisão técnica há de ser preservada, existe uma diferença ainda entre a renúncia e o não exercício que, de resto, o autor não deixa de assinalar.

Seja como for, aparentemente, o objetivo do autor não é afirmar a renunciabilidade de todo e qualquer direito fundamental, mas, a partir de ilustrações como a do litigante que renuncia ao duplo grau de jurisdição, “ilustrar a falta de força explicativa de classificações como a mencionada acima, especialmente quando tais classificações pretendem ter aplicação absoluta a todos os direitos fundamentais”.<sup>144</sup> Como lembra, “subsumível ao conceito de renúncia, muitas vezes estão atos de natureza bastante diversas e de efeitos também muito longos”.<sup>145</sup>

É evidente, no entanto, que o indivíduo não pode escapar, por vontade própria, da incidência de certos comandos constitucionais. É o que sucede nos casos em que garantia é titularizada não só pelo cidadão individualmente considerado, mas, simultaneamente, pela coletividade. Os direitos trabalhistas previstos na constituição fazem ilustração intuitiva. O salário-mínimo, por exemplo, não pode ser simplesmente posto de lado pelo empregado na negociação com o empregador. Se fosse possível o simples consentimento com uma remuneração inferior ao estabelecido nacionalmente como piso, a garantia seria letra-morta. O direito, nessas hipóteses, só protege o indivíduo por meio da

---

<sup>143</sup> Op. cit., 2005, pp. 63-4.

<sup>144</sup> *Idem*, p. 63

<sup>145</sup> *Ibidem*.

proteção da coletividade. Por isso é que se diz que a norma em questão é, numa palavra, cogente, e o direito é indisponível.

Se é verdade, afinal, que a Constituição não proclama categoricamente a irrenunciabilidade de direitos fundamentais, não pode passar despercebido que ela reconhece de forma expressa, por exemplo, a existência de interesses indisponíveis.

No caso específico da privacidade, é duvidoso que a discussão sobre a ideia do consentimento à devassa possa ser iluminada pelas discussões tradicionais acerca da renúncia ou do não-exercício de um direito fundamental. No caso aqui analisado, o fundamento para a tese de restrição ao acesso consentido não é exatamente uma preocupação paternalista com o indivíduo que considera ser uma boa opção ter a sua intimidade violada a troco de uma facilidade oferecida por uma aplicação qualquer. É, antes, o problema da gestão individualizada das decisões sobre o domínio informacional a que podem aceder os interessados, muitas vezes mais poderosos e engajados do que o próprio Estado.<sup>146</sup>

Sob essa perspectiva, a permissão do acesso tem uma implicação coletiva peculiar que o distingue do que acontece, em geral, com a renúncia a um direito fundamental. Existe um risco de despontarem gradualmente controles irreversíveis que cerquem a existência de outras liberdades. Trata-se de uma possibilidade tanto mais grave quanto são as capacidades de monitoramento desenvolvidas pelos atores sociais mais poderosos. A emergência dessas capacidades, com a maior probabilidade, não será alardeada pelos maiores interessados no seu advento.

## **II.5. Regime infraconstitucional**

Naturalmente, o regime da privacidade no direito positivo não se encerra no texto da Constituição. Algumas outras normas integrativas completam a disciplina do tema. Algumas delas até se poderiam dizer materialmente constitucionais.

---

<sup>146</sup> Cf. infra, Cap. III.1

A Lei nº 9.296/96, que regula o artigo 5º, XII, é um dos instrumentos mais importantes nessa matéria. Trata das possibilidades de quebra do sigilo das comunicações telefônicas e do sigilo de dados, incluindo os “fluxos de comunicações em sistemas de informática e telemática”, *em caso de interesse criminal*. A lei também criminaliza as condutas atentatórias às proibições expressas no texto e prevê condicionamentos para a interceptação, como a necessidade de determinação judicial prévia, a exigência de justificativa pormenorizada e a proibição nos casos em que:

- I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Ou seja, considerando-se que a única exceção já admitida expressamente na Constituição, ao menos para o caso das comunicações telefônicas, é justamente o da investigação criminal e sob a dependência de ordem judicial, os grandes avanços da Lei são justamente o alcance expresso da informática e da telemática e a atribuição de um caráter subsidiário para a devassa nas comunicações, além de um filtro de proporcionalidade, que leva em conta os indícios de participação do investigado em infração penal e a gravidade da pena.

A Lei Complementar nº 105/2001 também trata do tema, com foco na devassa motivada pela conveniência fiscal. De forma bastante controversa, oferece às autoridades fazendárias o acesso às informações bancárias do contribuinte sem a prévia necessidade de autorização judicial, em um franco desafio à disciplina constitucional da privacidade. O artigo 5º da lei chega ao ponto de instituir um procedimento de remessa automática de informações bancárias pelas instituições financeiras à administração tributária da União, sob a premissa de que a exigência de autorização judicial só se aplicaria mesmo à interceptação das comunicações telefônicas.

O STF, recentemente, considerou que a lei estava de acordo com a Constituição, no julgamento conjunto de uma série de ADIs sobre o tema. O voto do Ministro relator da ADI 2859/DF, Min. Dias Toffoli, salientou que “para se falar em ‘quebra’ de sigilo bancário pelos dispositivos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos,

autorização para a exposição das informações bancárias. ”<sup>147</sup> Ou seja, segundo o ministro, o acesso, pelo Estado, à esfera privada do cidadão, em si, não seria um problema. O que não se tolera é a publicização dessas informações. O sigilo bancário foi simplesmente tratado como se não fosse oponível ao Poder Público, autorizado assim a conhecer cada filigrana da vida pessoal do indivíduo.

A Lei Complementar nº 105/2001 não bem dá concretude à privacidade, como faz a Lei nº 9.296/96. Antes, o diploma mitiga a proteção constitucional à vida privada, ao dar a conhecer às autoridades públicas, por exemplo, informações reveladoras sobre perfis de gastos e relacionamentos comerciais do contribuinte. Nada permite ao intérprete considerar que esses dados estão franqueados ao Estado no nosso regime constitucional, protetivo que é à esfera de reserva de cada um.

Finalmente, o Marco Civil da Internet, destinado a servir como uma espécie de quadro normativo básico a respeito dos direitos e deveres recíprocos dos usuários e dos provedores de acesso à internet trata da privacidade e da proteção de dados de forma bastante contida. É, porém, um primeiro documento normativo a ser considerado. Depois de, no seu artigo 3º, inciso II, a submeter o uso da internet no Brasil ao princípio da “proteção da privacidade”, vai mais longe no artigo 7º, que outorga aos usuários vários direitos, entre os quais:

- I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
- III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;
- (...)

---

<sup>147</sup> p. 24. O relator mencionou ainda trecho do voto da Ministra Elie Gracie no julgamento da AC nº 33: “o que ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a ‘transferência de sigilo’ dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, Distrito Federal, 24 de fevereiro de 2016. Diário de Justiça. Brasília, 20 out. 2016, p. 26) O Min. Barroso ainda pontuou, na ocasião, que, a seu ver, o sigilo bancário não teria relação direta com o direito à intimidade e à proteção da vida privada. (Idem, p. 54)

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

O artigo 8º solidifica essas garantias:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

Esse comedimento explica-se porque já à época da sua elaboração estivesse sendo gestado, de forma paralela, o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais pelo Ministério da Justiça. Esse esboço, que até hoje não foi concluído tinha o objetivo de estabelecer um quadro normativo básico para regulamentar a proteção de conteúdos pessoais e contou com a construção colaborativa como técnica de redação, seguindo o exemplo do Marco Civil da Internet, que contou com prolífica colaboração dos usuários da internet. Seu

texto será objeto de um exame mais detido à frente. Tudo será visto em detalhes no capítulo final.

No campo do segredo de voto, *stricto sensu*, o Código Eleitoral a cominou a pena de detenção de até dois anos para a sua violação – ou para a tentativa de violá-lo<sup>148</sup> O código enumerou também as medidas que o Poder Público deve tomar para assegurar o sigilo.

- I - uso de cédulas oficiais em todas as eleições, de acordo com modelo aprovado pelo Tribunal Superior;
- II - isolamento do eleitor em cabine indevassável para o só efeito de assinalar na cédula o candidato de sua escolha e, em seguida, fechá-la;
- III - verificação da autenticidade da cédula oficial à vista das rubricas;
- IV - emprego de urna que assegure a inviolabilidade do sufrágio e seja suficientemente ampla para que não se acumulem as cédulas na ordem que forem introduzidas.

Conquanto se revele uma preocupação em dar concretude à garantia do voto secreto, essas orientações são até anacrônicas se considerado o atual contexto, em que as eleições são realizadas em regra por meio eletrônico. Não há por que, por exemplo, verificar-se a autenticidade da cédula oficial se *não são mais usadas as cédulas*. Por isso, a Lei nº 9.504/97 é uma fonte mais precisa do direito que regulamenta as eleições na atualidade. O seu artigo 59, § 4º, estabelece o anonimato de cada eleitor nos registros das urnas, e o 61 reafirma o sigilo e a inviolabilidade do voto.

O artigo 91-A, parágrafo único, da Lei nº 9.504/97<sup>149</sup> proíbe que, na cabina de votação, o eleitor porte “aparelho de telefonia celular, máquinas fotográficas e filmadoras”. Nas eleições de 2014, quando a moda da “*selfie*” na urna causou grande polêmica na imprensa, já havia a disposição legal, introduzida em 2009.<sup>150</sup> A Resolução nº

---

<sup>148</sup>Art. 312. Violar ou tentar violar o sigilo do voto:

Pena - detenção até dois anos.

<sup>149</sup> “Parágrafo único. Fica vedado portar aparelho de telefonia celular, máquinas fotográficas e filmadoras, dentro da cabina de votação.”

<sup>150</sup> V. FOLHA DE S. PAULO. *Eleitor é preso por fazer selfie em urna em SP*: Estado tem oito detenções. FERREIRA, F. Caderno Eleições 2014. Publicado em 26 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1538688-eleitor-e-preso-por-fazer-selfie-em-urna-em-sp>

23.450, assim como a Resolução nº 23.390, então em vigor, proíbe também a entrada de equipamento de radiocomunicação ou qualquer instrumento que possa comprometer o sigilo do voto, e determina que tais instrumentos fiquem retidos na Mesa Receptora enquanto o eleitor estiver votando

Há ainda outros dispositivos introduzidos por meio das resoluções do TSE e que integram o regime jurídico do voto secreto. A Resolução nº 23.458, por exemplo, descreve os procedimentos de testes para os sistemas das urnas eletrônicas sem deixar de pontuar que o sistema de registro digital do voto na urna deve gravar aleatoriamente cada voto, consoante reza o artigo 41, *caput*. Por fim, os próprios julgados do TSE em casos concretos também criam diretrizes importantes para a compreensão do alcance da cláusula do voto secreto.<sup>151</sup>

---

estado-tem-oito-detencoes.shtml>. Acesso em 12 dez. 2016. No mesmo sentido: IDNOW. Eleições: *Selfie na urna causa polêmica na web e pode render punição*. MAZETTO, L. Publicado em 06 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://idgnow.com.br/mobilidade/2014/10/06/eleicoes-selfie-na-urna-causa-polemica-na-web-e-pode-render-punicao/>>. Acesso em 12 dez. 2016.

<sup>151</sup> No Respe nº 34426, a Corte estabeleceu que a gravação ambiental não podia ser usada como prova em processo de natureza eleitoral, entre outras razões, por conta das limitações que o voto secreto impunha nesses casos: “Entendo que se deve privilegiar os direitos fundamentais à privacidade, liberdade e intimidade, insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, especialmente considerando a circunstância de ser o voto secreto, ou seja, a opção feita pelo eleitor não pode ser exposta a partir de uma gravação clandestina!” (*Recurso Especial Eleitoral nº 227-23.2012.6.20.0060*. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 18 de fevereiro de 2015. DJE, 23 fev. 2015)

### **Capítulo III.**

## **OBSOLESCÊNCIA CRÔNICA DO TRATAMENTO JURÍDICO DA PRIVACIDADE**

A realidade contemporânea traz para a disciplina da privacidade, na sua dimensão política, uma série de demandas. Das suas origens para cá, um sem-número de mudanças sociais impactou no ajuste fino entre a necessidade de colheita de informações e os níveis minimamente aceitáveis de reserva do indivíduo. Cada vez menos as capacidades de monitoramento e de processamento de dados distam do que antes era visto apenas como uma ficção de Zamyatin ou Orwell. Ao mesmo tempo, a democracia sofre crises internas e externas a serem consideradas no estudo da privacidade. O Estado ele mesmo é cada vez menos o núcleo concentrador de poder da sociedade, que passa a gravitar em torno dos interesses privados de grandes corporações, especialmente as internacionais.

Por mais dinâmica que possa ser a legislação, estará sempre a um passo das contingências infinitas da realidade. Invariavelmente, o comando normativo terá como base uma simplificação presente destinada a regular eventos e possibilidades futuras, sujeitas à imprevisibilidade característica do porvir. Se é limitada porém a versatilidade de textos legais para disciplinar a multiplicidade de situações da vida a que devem se aplicar, no caso da Constituição esse eterno atraso é ainda mais marcado. A rigidez do procedimento de reforma, a cavalo da desejada estabilidade das normas constitucionais, tem como efeito colateral mais evidente um tempo mais lento de resposta às mudanças sociais. Naturalmente, quanto mais difícil é o processo de emenda, mais tempo leva para que ressoem na Constituição os ecos da novidade.

A teoria dos princípios tão em voga nos últimos tempos parece responder justamente a esse inevitável desquite entre o texto normativo e a realidade social. Embora essa vertigem caracterize uma tendência universal, ubíqua na história da humanidade, no último século, a alteração das relações entre as pessoas e a evolução do seu comportamento foram especialmente rápidas. Ainda que tenham surgido no entretempo também facilidades capazes de agilizar o processo de feitura de leis, a exemplo da própria informática aplicada às instâncias legiferantes, o fato é que nunca foram tão extemporâneas as intervenções

legislativas, máxime as mais minuciosas, no contraste com a necessidade regulatória da sociedade.

Colabora para esse quadro a frequente postura de muitos teóricos propensos a enxergar nas novidades tecnológicas uma nova dimensão de relações avessa à ordem jurídica tradicional. Por essa linha de pensamento, muitas vezes invocada de forma oportunista, uma conduta juridicamente reprovável, desde que ressurja sob a nova roupagem do meio eletrônico, pode passar irrepreendida, como se o espaço da internet passasse ao largo do direito<sup>152</sup>.

MOROSOV, grande crítico dos termos do tom laudatório com que alguns teóricos tratam “a Internet”<sup>153</sup> nos dias de hoje, enquadra essa visão falaciosa, que sacraliza as inovações tecnológicas, de forma bastante ácida:

Talvez, porém, nós não possamos imaginar a vida depois da “Internet” porque nós não pensamos que a Internet evolui. Se o debate público vale como um indicador, a finalidade da “Internet” – a crença em que se trata da tecnologia definitiva e a rede definitiva – tem sido largamente aceita. (...). Ela, por essa lógica, é uma dádiva preciosa dos deuses que a humanidade jamais deveria abandonar e na qual jamais deveria interferir. Logo, enquanto a Internet pode afetar tudo, ela em si não deve nunca ser afetada. Está aqui para ser aceita – e é melhor que trabalhemos em volta dela, descubramos sua natureza real, aceitemos suas características como dadas, aprendamos suas lições e revisitemos o nosso mundo de acordo com ela. Se soar como uma religião, é porque assim o é.

Essa noção da “Internet” é visível quando Eric Schmidt, do Google, por exemplo, diz que “os formuladores de políticas deveriam trabalhar com a essência da Internet e não contra ela”, ou quando Rebecca MacKinnon, uma comentarista proeminente em política digital, assevera que “sem um grande ‘*upgrade*’, [nosso] sistema político manter-se-á a produzir leis que são incompatíveis com a Internet”. É a mesma noção da “Internet” que o popular blogueiro e autor Jeff Jarvis invoca

---

<sup>152</sup> É emblemático o caso do aplicativo *Uber*. Embora não houvesse nenhuma diferença sensível entre a atividade desenvolvida pela empresa e a de um sujeito que agenciasse viagens clandestinas por um telefone ou mesmo em um terminal rodoviário, muitos defensores da ferramenta recorriam a argumentos relacionados à irreversibilidade do progresso. O mesmo se deu também, antes, com a pirataria e a venda de produtos ilícitos pela “*Deep Web*”.

<sup>153</sup> A palavra vem muitas vezes entre aspas e em maiúscula no seu texto como uma espécie de ironia com esses *topoi* argumentativos que se estabeleceram em torno desse fenômeno de difícil assimilação teórica, que é a internet e a sua essência (“*grain of the Internet*”).

quando, discutindo os complexos sentimentos alemães sobre a privacidade, escreve sobre um “medo perturbador que os alemães alimentam de que sua cultura venha a entrar em um conflito fundamental com a cultura da internet – com o futuro. (...)”

Crê-se, assim que “a Internet” possua uma natureza inerente, uma lógica, uma teleologia, e que essa sua natureza esteja se descortinando diante de nós. (...). Se a sua privacidade desaparecer no processo, é simplesmente porque os deuses da internet assim pretenderam.<sup>154</sup>

A crítica vale para os devotos da tecnologia como um todo. Enfatizam-se as diferenças superficiais entre as formas tradicionais de se relacionar e as novas formas de comunicação em vez de se buscar o essencial, muitas vezes incólume às mudanças de forma. Uma carta é diferente de uma mensagem instantânea em muitos aspectos, mas naquilo que é substancial, trata-se sempre de uma comunicação privada entre remetente e destinatários, como é desde a invenção da escrita.

É fruto desse tipo de posição a permanente obsolescência dos instrumentos legais, descartáveis a cada inflexão acessória nos hábitos de uma sociedade. Como se o essencial de uma chamada telefônica não estivesse presente em uma “videochamada” por meio de um aplicativo qualquer, precipita uma cobrança por assíduas reformas legislativas ou constitucionais para que seja regulada essa “nova” forma de interação social.

Ainda, no entanto, que os desdobramentos substanciais da revolução digital sejam não raro superestimados, em particular pelos desejosos de abrandamentos na disciplina de certas atividades econômicas que se consideram demasiadamente reguladas, a transformação das formas de se relacionar e mesmo de agir poucas vezes foi tão célere. Se, de um lado, o legislador (em sentido amplo) tem aprimorada a sua capacidade de reação em caso de necessidade de regulamentação, de outro, a realidade é sempre fugaz. Dispor sobre as situações em câmbio equivale a um trabalho sisifístico.

---

<sup>154</sup> *To Save Everything, Click Here*. Londres: Pearson, 2013. Pp. 23-24

### III.1. Desequilíbrios de poder

Na medida que o equilíbrio mínimo entre os particulares decai por alguma razão, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais aumenta de importância. É cada vez menos suficiente que o Estado se porte passivamente diante da perspectiva de recrudescimento dos abusos no trato entre particulares e da erosão de um pilar da dignidade humana e da própria democracia como é o direito à privacidade. DANIEL SARMENTO adverte:

(...) convém destacar que um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos. Em outras palavras, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada.<sup>155</sup>

No âmbito da política, naturalmente, a perda de potência do poder político para o poder econômico implica já a subversão de importantes pressupostos da democracia. Influenciadas direta ou indiretamente por vetores pecuniários, as eleições impregnam-se cada vez mais pela lógica da economia de mercado em detrimento do paradigma do concurso paritário entre ideias reais. O mesmo sucede - e também pelas mesmas razões - com os agentes políticos no exercício de suas funções, enfraquecidos em relação a poderosos agentes externos que lhe pautam as decisões.

Se a questão a ser discutida, portanto, é a privacidade como um baluarte da restrição de poderes, a análise há de passar, nesse novo contexto social, pelo controle da ação de entidades privadas na agregação e no tratamento de informações pessoais. São, afinal, as grandes corporações as mantenedoras de boa parte dos dados dos usuários da internet. A elas é que é primariamente confiada a guarda desse repositório e delas é que se espera uma contenção no acesso a esses dados. No entanto, essa demanda intuitiva pela autorrestricção tende a não passar de uma expectativa fantasiosa dos indivíduos se não são estabelecidas regras palpáveis e condições de efetiva fiscalização - o que é particularmente difícil

---

<sup>155</sup> *Op. cit.*, p. 261

atualmente se considerado o despoite de sofisticação técnica dos grandes grupos ligados à tecnologia.

A realidade das democracias contemporânea dista do ideal democrático exatamente por conta do grande acúmulo de poder no seio de grupos quantitativamente minoritários. DANIEL SARMENTO nota que

Na verdade, ao confinar o ideário democrático ao espaço das relações públicas entre governantes e governados, o pensamento hegemônico esterilizou, em boa parte, as virtualidades emancipatórias da democracia, legitimando, com seu silêncio, o autoritarismo exercido em outras esferas sociais, que podem ser tão ou mais opressivas do que a estatal. E esta restrição torna-se ainda mais perniciosa e injustificável num cenário em que se assiste ao fortalecimento de instâncias não estatais, a montante e a jusante do Estado, num fenômeno que alguns já compararam ao feudalismo.<sup>156</sup>

Diante de todo o sistema econômico desenvolvido às sombras do escrutínio público, como visto no tópico anterior deste trabalho, a constatação de como as informações pessoais são usadas para finalidades comerciais já causa um certo espanto no usuário médio, que não tem ideia de tudo o que é feito a partir dos pequenos rastros que vai deixando em sua vida digital. O mais relevante, contudo, para se entenderem os riscos políticos inerentes à exploração dessas ferramentas no jogo eleitoral, é entender as possibilidades que a tecnologia já oferece para os interessados em usá-la nesse contexto.

No âmbito eleitoral, já há algumas eleições, o recurso a dados sobre os indivíduos tem sido uma prática comum nos Estados Unidos da América. Uma ilustração eloquente é a narrativa da quase-vitória de Mitt Romney nas prévias de Iowa de 2012 e de como a mineração de dados dos eleitores foi essencial para o seu êxito parcial naquele pleito.<sup>157</sup>

Segundo reportagem do The New York Times, ainda em 2012, durante a campanha em que duelaram Obama e Romney, realizada com base em dados de uma

---

<sup>156</sup> *Op. cit.*, p. 310

<sup>157</sup> KREISS, D. *Yes We Can (Profile You): A Brief Primer on Campaigns and Political Data*, 64 *Stan. L. Rev. Online* 70, Fevereiro 2, 2012.

companhia especializada em identificar *softwares* de rastreamento, foram flagrados, em setembro, nada menos que: “76 diferentes programas de rastreamento em <barrackobama.com> - dois a mais do que no site da Best Buy – comparados com 53 em maio. Ela encontrou 40 rastreadores diferentes no <mittromney.com> no mesmo mês, comparados com 25 em maio.”<sup>158</sup>

Esse tipo de expediente leva, evidentemente, a questionamentos sobre a sua compatibilidade com a democracia. KREISS, ao comentar as preocupações subjacentes ao recurso a esse tipo de dados, afirma que:

(...) há enormes assimetrias informacionais no uso contemporâneo de data repercute na competitividade política, no discurso e na representação. Dados políticos e os serviços de consultoria disponíveis para torná-los acionáveis não são baratos. Candidatos ricos e aqueles com aliados abastados têm uma vantagem competitiva na sua capacidade para adquirir dados compreensivos sobre os eleitores e serviços de simulação e direcionamento. Candidatos de partidos menores ou insurgentes nos partidos têm comparativamente menos recursos para despende com esses serviços. Mesmo os preços cobrados pelos partidos de seus próprios candidatos para acessar os arquivos dos eleitores pode ser proibitivamente caros. Por exemplo, o Partido Democrático de Iowa cobrou US\$ 100.000,00 dos seus presidenciáveis para que acessassem seus dados em 2008.<sup>159</sup>

A apropriação e o manejo dos dados pessoais para grandes campanhas eleitorais escancaram as implicações mais críticas da relação entre a proteção de dados pessoais e a democracia. Afinal, a possibilidade de recurso a esse expediente extremamente técnico e custoso que é a mineração de dados, acaba por favorecer aqueles que dispõem de

---

<sup>158</sup> Os repórteres Natasha Singer e Charles DuHigg ainda apontaram: “A campanha diretamente contrata algumas companhias, como agências de anúncios ou empresas de gestão de dados, que casam as informações coletadas sobre os eleitores em um site da campanha com dados sobre eles de outras fontes. Mas essas entidades, em contrapartida, podem trazer os seus próprios softwares parceiros para os sites para desempenhar atividades de mineração de dados, como o redirecionamento dos eleitores ou o rastreamento dos *links* políticos que eles compartilham nas redes sociais. Alguns defensores dos consumidores dizem que a proliferação desses rastreadores aumenta o risco de que a informação sobre as crenças políticas de milhões de pessoas poderiam espalhar-se por dúzias de empresas de “*business-to-business*” de cujos nomes os eleitores nunca ouviram falar. Há uma crescente preocupação com que as campanhas ou os rastreadores “terceiras-partes” podem usar depois os dados dos eleitores para propósitos nunca antes imaginados, como excluir alguém de uma oferta de emprego com base na sua afiliação política passada”. (THE NEW YORK TIMES. *Tracking Voters’ Clicks Online to Try to Sway Them*, SINGER, N., DUHIGG, C. Publicado em 27 de outubro de 2012. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2012/10/28/us/politics/tracking-clicks-online-to-try-to-sway-voters.html?\\_r=2](http://www.nytimes.com/2012/10/28/us/politics/tracking-clicks-online-to-try-to-sway-voters.html?_r=2)>. Acesso em 12 dez. 2016.)

<sup>159</sup> *Op. cit.*, p. 73.

melhores condições financeiras ou políticas, como o alerta de Kreiss faz notar com grande clareza.

Esse retrato aproximado do mercado de informações pessoais, aliado à baixíssima capacidade do Estado de manter-se no passo das inovações tecnológicas desenvolvidas pelo mercado, dá uma ideia da potencial vulnerabilidade da democracia contemporânea aos desígnios dos grupos mais influentes. Dotados de informações extremamente sofisticadas, disponíveis em balcões virtuais de negociação, podem influir ainda mais decisivamente nos rumos políticos de qualquer democracia, por exemplo, por meio da manipulação de dados de comportamento das massas por entes privados detentores desses conteúdos, como as grandes empresas de informática e seus clientes.

Como se verá mais à frente, cada vez mais poderosas, essas instituições têm que ser examinadas com todo o cuidado. Se é verdade que há limites para a capacidade de processamento de dados e que os resultados podem ser muitas vezes enganosos – daí a expressão, proposta por Lazer et. al, “húbris do *Big Data*”<sup>160</sup> –, não se pode perder de vista o poder que podem angariar. Está-se diante de companhias inteiramente novas, cujos tentáculos ninguém sabe ao certo até onde podem alcançar, mas que já causaram profundas mudanças políticas mundo, contribuindo inclusive para a mudança do mapa geopolítico de algumas regiões.<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> “‘Húbris da big data’ é a presunção usualmente implícita de que o ‘big data’ é um substituto, em vez de um suplemento, para a compilação e a análise tradicional de dados. Afirmamos alhures que há enormes possibilidades científicas no ‘big data’. No entanto, a quantidade de dados não significa que possamos ignorar questões fundamentais de mensuração e construir validade e confiabilidade e dependências entre os dados. O desafio central é que a maior parte do ‘big data’ que recebeu atenção popular não são resultado de instrumentos concebidos para produzir dados válidos e confiáveis para a análise científica. (LAZER, D., et. al. *The Parable of Google Flu: Traps in Big Data Analysis*, Science 14 March 2014: Vol. 343 no. 6176 pp. 1203-1205 DOI: 10.1126/science.1248506, Disponível em: <<http://gking.harvard.edu/files/gking/files/0314policyforumff.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2016)

<sup>161</sup> SILVA, R. M. As redes sociais e a revolução em tempo real: o caso do Egito. Monografia de conclusão de curso. UFRGS, 2011. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/37496/000820279.pdf?sequence=1>> Acesso em 20/05/2015. V. também: OPERA MUNDI. Redes sociais foram o combustível para as revoluções no mundo árabe. BORGES, T. Publicado em 04 de janeiro de 2012. Disponível em <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/18943/redes+sociais+foram+o+combustivel+para+as+revolucoes+no+mundo+arabe.shtml>>. Acesso em 12 dez. 2016. TAVARES, V. B. A. O Papel das Redes Sociais na Primavera Árabe de 2011: Implicações para a ordem internacional. Mundorama. Brasília, 06 nov. 2012. Política Internacional. Disponível em: <<http://www.mundorama.net/2012/11/06/o-papel-das-redes-sociais-na-primavera-arabe-de-2011-implicacoes-para-a-ordem-internacional-por-viviane-brunelly-araujo-tavares/>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

Some-se a isso que o risco potencial que a coleta de dados por organizações privadas significa para a sociedade não provém apenas do abuso dessas informações pelas próprias companhias. O próprio Estado pode apossar-se desse repositório seja pela imposição seja pela composição de interesses. O Google revela que no Brasil atendeu, no primeiro semestre, a 59% dos 874 pedidos de dados feitos por autoridades sobre os seus usuários. Nos Estados Unidos, nesse mesmo período, de 14.168 pedidos, 79% dos dados foram produzidos. No mundo, foram 44.943 solicitações, com 64% de retorno.<sup>162</sup>

Pode-se dizer, portanto, que os agentes mais poderosos tendem a acumular grande quantidade de informação e a dar a esse compêndio destinos os mais variados, que refogem completamente ao conhecimento do sujeito afetado do qual os dados são originalmente extraídos.

A vigilância massiva, em suma, tende a fragilizar o indivíduo monitorado, que não sabe o uso a que são destinadas as suas informações e tampouco está em condições de calcular com precisão o volume de dados coletados por tantos interessados dotados de acesso a esse amplo repertório. Ao de lá de um falso espelho, o desequilíbrio da relação do indivíduo com os vigilantes é agravado pelo fato de que não tem um ângulo contraposto de visão do outro lado. A coletividade, enquanto conjunto de sujeitos monitorados individualmente e, portanto, debilitados politicamente, tende a também perder força política em favor do círculo restrito dos que têm à mão certas informações.

A guinada tecnológica ameaça criar uma divergência de poder sem precedentes, em um cenário totalmente inesperado à época da elaboração da Constituição Federal. Um primeiro desafio, portanto, da análise do prognóstico da privacidade no Brasil está justamente em examinar de que forma o texto é capaz de proteger, direta ou indiretamente, a sociedade contra essa vertigem social entre os que têm acesso aos meios técnicos, e estão assim de frente para a face translúcida do espelho, e os que, incôscios da

---

<sup>162</sup> GOOGLE. *Google Transparency Report*. Documento eletrônico. Disponível em <<https://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/countries/?p=2015-12>> . Acesso em 13 dez. 2016.

situação, e sem acesso, submetem-se voluntariamente àqueles, sem perceber que se encontram de frente para a face reflexiva do mesmo espelho falso.

### **III.2. Os novos desafios à segurança**

Se, de um lado, parece crescente a conscientização quanto a um nível mínimo de resguardo contra a vigilância, de outro, paradoxalmente, a espetacularização de episódios de violência, não raro esporeada pelo próprio Estado, leva a sociedade, a exigir maiores níveis de monitoramento preventivo contra ameaças que subtraem a sua ansiada tranquilidade.

Em uma era de alarde global com o terrorismo e com o crime organizado em geral, o monitoramento massivo de dados dos cidadãos seduz os governos como a alternativa mais intuitiva para catalisar as buscas e o combate a grupos engajados nessas práticas. A privacidade assim periga sempre ceder em nome da integridade da comunidade. CARLOS HORBACH é um dos que nota o avanço desse estado permanente de emergência:

Atualmente, os Estados ocidentais vivem sob a égide de diferentes ameaças. Terrorismo e crime organizado, por exemplo, colocam em xeque as liberdades democráticas, demandando do poder público respostas enérgicas aos ataques por ele perpetrados. Exsurge nesse quadro de instabilidade e de insegurança um novo constitucionalismo e um novo matiz do conceito de democracia, que poderiam ser chamados de constitucionalismo de emergência e, na mesma perspectiva, de democracia emergencial.<sup>163</sup>

Quanto ao terrorismo, a emergência de um fenômeno assim popularmente chamado pode ser apontada como um fator crucial para a legitimação social de grandes investigações preventivas. Os ataques promovidos por membros da Al Qaeda em 11 de setembro de 2001, depois somados a atentados periódicos em vários países ocidentais, abalaram profundamente a sensação de paz com que conviviam sociedades antes consideradas seguras interna e externamente.

---

<sup>163</sup> *Op. cit.*, p. 123.

Mais recentemente, esses processos tornaram-se progressivamente difusos e imprevisíveis, na medida que a adesão à barbárie passou a conquistar sujeitos isolados, com histórias de vida distintas. O cidadão passou a ser guarnecido quase que semanalmente com episódios de matança protagonizados por indivíduos dantes insuspeitos e, sentindo ameaçados a si e a sua família, não só começou a aceitar que o Estado passasse a colher informações pessoais em prol da paz social possível como também a alimentar a expectativa de que o fizesse na maior escala que pudesse.

Com o próprio nome já indica, a ideia do terrorismo consiste exatamente no fomento do medo nas pessoas, normalmente como forma de exercitar pressão a favor de uma determinada causa. Terrorista não é, afinal, senão aquele que trabalha com o terror. Apesar da clareza aparente do termo, porém, a classificação de episódios como atentados terroristas responde a critérios obscuros, guiados possivelmente pelo interesse midiático em salpicar exotismo no noticiário e, simultaneamente, pelo interesse governamental em legitimar o aumento da repressão.

O superdimensionamento do caráter ameaçador de certos episódios pela imprensa e pelo poder político segundo interesses obtusos não será um expediente novo na história da humanidade - e nem na do Brasil. Aliás, é um recurso político recorrente que tipicamente anuncia a sobrevivência de poderes de exceção. O constante perigo representado pelo inimigo - ainda que seja em parte uma ficção conscientemente induzida - justifica o desenvolvimento de um aparelho de controle social<sup>164</sup>.

BAUMAN aponta ainda uma espécie de cumplicidade do indivíduo para a guinada do aparelho repressivo, em mais uma das manifestações da ideia do “faça você mesmo” que caracteriza o seu pensamento:

(...) agora parece que todos nós, ou pelo menos a grande maioria, nos transformamos em viciados em segurança. Tendo ingerido e assimilado o Weltanschauung (= visão de mundo) da ubiquidade do perigo, da abrangência das bases para a desconfiança e a suspeita, da noção de convivência segura como algo

---

<sup>164</sup> No Brasil, o caso da Intentona Comunista, nos acontecimentos que levaram ao endurecimento do regime Vargas, são um bom exemplo dessa dinâmica

concebível unicamente como produto da vigilância permanente, nós nos tornamos dependentes da vigilância permanente, nós nos tornamos dependentes da vigilância que é feita e que é percebida como algo feito.<sup>165</sup>

A consciência de que muitas vezes se deturpa o sentido de certos episódios, criando-se uma narrativa dotada de uma linearidade artificial, não pode redundar, porém, na renúncia à prevenção a que se cumpra a sanha assassina de certos indivíduos. Se o terrorismo é explorado exaustivamente por alguns grupos interessados, não é, afinal, menos verdade que essa mesma exploração retroalimenta o medo social e, conseqüentemente, esse traço aterrorizante desperte o fascínio de sujeitos propensos à violência. O Estado, portanto, deve agir pela garantia da segurança pública. O desafio é preparar-se para essa tarefa sem deixar de lançar as bases para a autocontenção.

O terrorismo não constitui o único desafio do Estado contemporâneo em sua missão de assegurar a segurança pública. O crime organizado<sup>166</sup>, também se articula para manter-se em linha com o avanço tecnológico. No Brasil, aliás, salvo eventos específicos capazes de atrair as atenções globais, como as Olimpíadas, essa tem sido uma questão muito mais pertinaz nos últimos anos. Aliás, é até possível traçar um paralelo entre alguns episódios de ataques do crime organizado no país com os métodos empregados por terroristas. Algumas facções criminosas trabalham com a infusão do medo na sociedade e acabam por ocupar na cabeça das pessoas o mesmo *locus* dedicado nos EUA e na Europa ocidental pelo terrorismo mais típico.

Seja como for, o fato é que, com o advento e a profusão da internet, a atuação das organizações criminosas passa a ser mais difusa e, conseqüentemente, o Estado passa a estar sempre na dependência de uma incursão mais profunda e mais generalizada nos dados dos indivíduos para repelir a sua ação. Também essas mudanças impactam na delicada interação entre a frente política da privacidade e a necessidade de se garantir a segurança da população contra esses perigos tão visíveis.

---

<sup>165</sup> *Op. cit.*, p. 99

<sup>166</sup> Não é muito útil para essa abordagem o conceito jurídico-positivo de “organização criminosa”, tal como previsto na Lei nº 12.850/2013. Prefere-se trabalhar aqui com “crime organizado” enquanto *topos*, ainda que se corra o risco de incorrer em algum nível de vagueza. O que importa, nessa análise, não é tanto uma ideia precisa do que é crime organizado, mas a sua representação no imaginário social, ou seja, a ideia de uma criminalidade mais sofisticada e planejada, capaz de oferecer um perigo particularmente grave.

Os crimes comuns ainda têm o papel potencializado. Homicídios, estupros, chacinas, tudo que sempre houve agora rende um novo nível de alarmismo. Não só se trata da velha abordagem sensacionalista da mídia tradicional. Os dispositivos de captação disseminados nas mãos das pessoas, que detém ainda a nova capacidade de dispersão, torna a experiência da insegurança especialmente aflitiva. A imprensa, em suas novas expressões, como sítios de notícias, ainda compete pelos cliques com a introjeção, nos conteúdos, de elementos pensados para maravilhar e viralizar. O Estado se vê na posição de ter de dar uma resposta enérgica a esses perigos. LYON identifica essa transformação do sentimento social de segurança:

Os principais meios de obter segurança, ao que parece, são as novas técnicas e tecnologias de vigilância, que supostamente nos protegem, não de perigos distintos, mas de riscos nebulosos e informes. As coisas mudaram tanto para os vigilantes quanto para os vigiados. Se antes você podia dormir tranquilo sabendo que o vigia noturno estava no portão da cidade, o mesmo não pode ser dito da segurança atual. Ironicamente, parece que a segurança de hoje gera como subproduto – ou talvez, em alguns casos, como política deliberada? – certas formas de *insegurança*, uma insegurança fortemente sentida pelas pessoas muito pobres que as medidas de segurança deveriam proteger.<sup>167</sup>

CARLOS HORBACH também nota como o encilhamento da vigilância aproveita-se da sensação de perigo constante:

Em comum entre todas essas ameaças - e pseudoameaças - tão frequentes na contemporaneidade está o potencial para suscitar alarde social constante, como já comentado particularmente como um traço do fenômeno do terrorismo. A sensação de medo, como se verá mais à frente, catalisa a deterioração dos mecanismos de arbitramento do conflito entre a privacidade e a segurança. “Tais situações [ameaças atuais aos estados democráticos ocidentais, em especial, o terrorismo e o crime organizado internacional] não podem ser incluídas no tradicional conceito de guerra nem, por outro lado, no conceito de crime fornecido pelo Direito Penal. Em primeiro lugar, porque a guerra entre Estados soberanos chega a um fim, sempre há um fato ou ato jurídico que põe termo ao período excepcional. Entretanto, na chamada ‘guerra ao terror’, esse marco final da

---

<sup>167</sup> *Op. cit.*, p. 96.

excepcionalidade provavelmente nunca ocorrerá. (...) Assim, os modelos tradicionais [=de emergência, i.e. estado de sítio, lei marcial, etc] são categoricamente inapropriados para lidar com as ameaças modernas

O conflito, como destaca Giuseppe de Vergottini, assume um caráter de continuidade, tornando-se endêmico e transformando a relação entre regra e exceção. Os regimes jurídicos excepcionais devem ser cotidianamente utilizados. Assim, se o conflito é endêmico e contínuo, endêmicos e contínuos deverão ser os poderes excepcionais, os poderes de emergência.<sup>168</sup>

Os perigos externos também não podem ser desconsiderados quando se examina a questão desde uma perspectiva global. Os escândalos recentes de monitoramento - que envolveu de líderes internacionais a dados e metadados de estrangeiros comuns - pela agência americana NSA podem levar a uma reação de contraespionagem em cadeia entre vários Estados, inclusive o Brasil, que foi um dos alvos principais do trabalho controverso da agência. Há relatos aliás de que alguns países, a exemplo da França, mesmo antes dos vazamentos sobre o estágio das atividades da NSA, em 2013, engajavam-se já na vigilância de outras nações de forma comparável ao que faziam os próprios norte-americanos.<sup>169</sup>

O apoio social é essencial para que esses perigos sejam combatidos com medidas excepcionais. Amedrontados, os cidadãos concordam em ceder sua privacidade sem se dar conta dos riscos inerentes a essa renúncia. O medo afinal, sempre foi - e segue sendo - um fator de desvio de percepção para a humanidade. A ilusão da ameaça muitas vezes é suficiente para que as pessoas façam cálculos desacertados sobre a melhor opção para maximizar a utilidade em seu favor, como já vêm demonstrando há décadas as proposições da teoria dos jogos<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> *Op. cit.*, pp 143-4

<sup>169</sup> LE MONDE. *La France, précieux partenaire de l'espionnage de la NSA*. FOLLOROU, J. Technologies. Publicado em 29 de novembro de 2013. Disponível em: <[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/11/29/la-france-precieux-partenaire-de-l-espionnage-de-la-nsa\\_3522653\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/11/29/la-france-precieux-partenaire-de-l-espionnage-de-la-nsa_3522653_651865.html)>. Acesso em 12 dez. 2016.

<sup>170</sup> Sobre teoria dos jogos, V. RASMUSEN, E. *Games and information: an introduction to game theory*. 4. Ed. Nova Jersey: Wiley-Blackwell, 2006.

### III.3. Essencialidade progressiva dos serviços eletrônicos

Na medida em que se sofisticam as hodiernas tecnologias de conexão, torna-se também mais impositiva, na prática, a adesão do indivíduo aos novos recursos. A imersão da sociedade é tamanha que o sujeito que eventualmente decide subtrair-se ao contato com um determinado aplicativo recém-chegado corre o risco de cair em um grau avançado de ostracismo social. Trata-se de tecnologias que medeiam a interação entre as pessoas nas suas mais distintas esferas de convivência e que chegam ao ponto de pautar as dinâmicas de linguagem e contextualização. Estar alheio a uma frente qualquer desse grande fluxo de informações pode custar caro socialmente.

Não é fácil imaginar uma forma de viver sem acesso a esses mecanismos de conexão tão difundidos. Algumas tecnologias tornam-se pressupostos básicos do próprio processo comunicacional contemporâneo. Ainda que a pessoa possa teoricamente não aderir a elas, se realmente não o fizer, toda uma torrente de interações fundamentais deverá passar ao seu largo.

É verdade, de outro lado, que a oferta de ferramentas de comunicação nunca foi tão farta. Além dos meios tradicionais, que permanecem em voga, como o telefone, a televisão e o rádio, a internet disponibiliza uma série de canais alternativos. Se o comunicador instantâneo não é a melhor opção, haverá ainda as redes sociais, com as quais se poderá trabalhar. Entre os próprios comunicadores ou entre as redes sociais, há, em tese, a possibilidade de escolher entre mais de um similar.

Ainda assim, a importância de certos provedores de serviços de comunicação nunca foi tão marcada. O caso do Whatsapp é emblemático. No mundo, teria chegado a um bilhão de usuários em 2016 segundo suas estimativas.<sup>171</sup> No Brasil, a presença do aplicativo é ainda mais sentida em termos percentuais. Em 2014, a empresa afirmava ter 38 milhões de

---

<sup>171</sup> No mundo, o serviço conta com 1 bilhão de usuários segundo suas próprias estimativas. O número teria sido atingido em janeiro de 2016. WIRED. *One Billion People Now Use Whatsapp*. METZ, C. Business. 2 de janeiro de 2016. Disponível em <<https://www.wired.com/2016/02/one-billion-people-now-use-whatsapp/>>. Acesso em 12 dez. 2016.

usuários no país.<sup>172</sup> Em nota mais recente, divulgada em dezembro de 2015, noticiou contar mais de 100 milhões de usuários.<sup>173</sup> Pesquisas de mercado apontam que cerca de 89,1% das pessoas com acesso à rede móvel utilizam o serviço para se comunicar.<sup>174</sup> Pode-se dizer, portanto, que o Whatsapp está em uma posição singular de supremacia no mercado de comunicações instantâneas no país.

Uma razão, em especial, pode explicar essa concentração. Ao contrário do que sucede com a telefonia, em que é possível a comunicação entre usuários de diferentes operadoras, na chamada comunicação instantânea, o pressuposto é que remetente e destinatário estejam a fazer uso do mesmo serviço. Como consequência, o serviço que consegue congrega, de início, o maior número de usuários tende sempre a açambarcar o mercado. O usuário tende a privilegiar a interface que lhe permite o contato com o maior número de interlocutores ao mesmo tempo. Além disso, a rede com mais usuários também deve sempre captar cada vez mais usuários, já que o leque de potenciais usuários será proporcional ao círculo dos já cadastrados. Como uma bola de neve, o serviço dominante vai dominando cada vez mais, ao menos se não suceder nenhum fato extraordinário.

Ainda sobre o Whatsapp, a sua interrupção momentânea por conta de sucessivas decisões judiciais causou grande comoção nacional<sup>175</sup>. Afetou, com efeito, não só a comunicação pessoal já totalmente dependente do serviço como várias outras atividades, a exemplo do comércio. Chegou, paradoxalmente, a atrapalhar o procedimento de intimação

---

<sup>172</sup>FOLHA DE SÃO PAULO. *WhatsApp diz ter 38 milhões de usuários no Brasil*. DIAS, R. Caderno TEC. Publicado em 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/02/1418158-whatsapp-diz-ter-38-milhoes-de-usuarios-no-brasil.shtml>>. Acesso em 12 dez. 2016.

<sup>173</sup> VALOR ECONOMICO. *Zuckemberg critica bloqueio do Whatsapp no Brasil*. Empresas. 17 de dezembro de 2015. Disponível em <<http://www.valor.com.br/empresas/4361686/zuckerberg-critica-bloqueio-do-whatsapp-no-brasil>> . Acesso em 12 dez. 2016.

<sup>174</sup> A pesquisa ouviu 1.895 brasileiros que acessam a internet e possuem telefone celular em janeiro de 2016. PAIVA, F. *Panorama Mobile Time/Opinion Box – Mensageria no Brasil*. Relatório eletrônico. Fevereiro de 2016. Disponível em <[http://pesquisamensageria.instapage.com/?\\_ga=1.3595568.1810463505.1482950497](http://pesquisamensageria.instapage.com/?_ga=1.3595568.1810463505.1482950497)>. Acesso em 13 dez. 2016.

<sup>175</sup> CONSULTOR JURÍDICO. *CNJ investiga se juiz que bloqueou WhatsApp cometeu abuso de autoridade*. Consultor Jurídico, São Paulo, 03 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-03/cnj-abre-investigacao-conduta-juiz-bloqueou-whatsapp>>. Acesso em: 12 dez. 2016. <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/07/1793221-whatsapp-comeca-a-ser-bloqueado-no-brasil-apos-decisao-judicial.shtml>>. V. também FOLHA DE S. PAULO. *WhatsApp é bloqueado no Brasil após decisão judicial*. Mercado. Publicado em 19 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/07/1793221-whatsapp-comeca-a-ser-bloqueado-no-brasil-apos-decisao-judicial.shtml>>. Acesso em 12 dez. 2016.

em alguns cartórios judiciais pioneiros que vinham adotando o serviço para informar as partes sobre as decisões nos processos em que figuravam como interessadas.<sup>176</sup> Ao mesmo tempo, foi só com esses episódios de síncope do funcionamento do aplicativo que se vislumbrou a possibilidade de adesão a outros concorrentes.

Em circunstâncias normais, portanto, o que se nota é uma força centrípeta muito forte. Muito embora, como se disse, a instalação do aplicativo seja obviamente facultativa na teoria, a realidade praticamente impõe que boa parte das pessoas adira ao serviço, independentemente de eventuais preocupações com as salvaguardas oferecidas contra a exploração dessas informações, que, pela própria natureza do serviço, podem ser muito pessoais; podem ainda relevar preferências extremamente sensíveis, como as convicções religiosas ou as afiliações políticas dos indivíduos. O recurso ao serviço para compartilhamento de publicidade eleitoral em 2014, aliás, foi notório e chegou a contar com a aprovação do TSE.<sup>177</sup> O acesso a dados sobre como os usuários reagiram a esses vídeos poderia resultar em uma régua bastante precisa sobre os eleitores de cada candidato.

Merece registro ainda a tão investigada convergência tecnológica, também conhecida como convergência multimídia. Trata-se da tendência progressiva de que redes de comunicação alternativas sejam absorvidas por aquelas mais eficazes e versáteis. Assim, por exemplo, a tecnologia do SMS, que já reinou na comunicação instantânea e fazia uso da rede de telefonia celular, já há algum tempo perdeu espaço para os comunicadores que se valem da internet para a transmissão das mensagens e circunscreveu-se a um meio de transmissão de *spam*. A telefonia em geral passa pelo menos desafio, já que é cada vez mais fácil realizar chamadas similares às telefônicas pela rede de dados móveis, dotada também de uma tecnologia em progresso contínuo. Nos próximos anos, poderá ser possível assistir a novas reviravoltas nos recursos técnicos preferidos para a distribuição das comunicações. A única certeza é a da transitoriedade dos meios.

---

<sup>176</sup> O ESTADO DE S. PAULO. Juiz manda desbloquear WhatsApp da 7.<sup>a</sup> Vara Federal em SP. MACEDO. F. Publicado em 3 de maio de 2016. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiz-manda-desbloquear-whatsapp-da-7-a-vara-federal-em-sp/>>. Acesso em 13 dez. 2016.

<sup>177</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo de Instrumento n° 772.955*. Relatora: Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 04 de fevereiro de 2016. DJE-TSE, 11 fev. 2016. V. também Representação n° 167.419. Relator: Ministro Antônio Heman de Vasconcellos e Benjamin. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 11 de dezembro de 2014. Mural, 14 dez. 2014, 18:00.

Esse quadro leva à constatação de que os regulamentos oferecidos atualmente pelos serviços de comunicação não vêm ao caso. Como são extremamente volúveis e podem ser alterados sem maiores complicações, o que se há de perguntar não é se os termos de adesão do aplicativo ou se os comandos técnicos do site respeitam, em um dado momento, a privacidade dos usuários em um grau razoável. O relevante é verificar se existem normas cogentes de direito que impedem que eventualmente possam abusar dessa informação e se existem meios para fazer com que eventuais violações sejam evitadas ou, subsidiariamente, punidas de forma rigorosa.

#### **III.4. Limites do consentimento individual como chave de acesso**

O consentimento do usuário tem sido a grande chave para a coleta de dados realizada pelas grandes empresas do ramo<sup>178</sup>. Foi esse o parâmetro elegido pela referência normativa mais importante sobre o assunto, isto é, pela Diretiva 95/46, da Comunidade Europeia, que previu, em seu artigo 7º, que “*o tratamento de dados pessoais só poderá ser efetuado se: (a) a pessoa em causa tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento*”.

O acesso a boa parte das aplicações e das páginas da internet está condicionada, de uma forma ou de outra, à aceitação de que informações do usuário e do seu histórico de interação com o conteúdo fornecido sejam armazenadas e utilizadas. E se o usuário expressa seu acordo com esses mecanismos de captura de dados, seja de forma tácita, seja de forma ativa, tem-se por legitimada essa prática.

Algumas das tecnologias de captação consensual de dados tem um modo de operar bastante invasivo para os usuários dos serviços. Aliás, em vários casos, o propósito de um determinado dispositivo ou programa não é senão expor os mais diversos aspectos da vida pessoal a olhos estranhos. É o caso dos aplicativos analisados por Tene e Polenetsky,

---

<sup>178</sup> A Microsoft, por exemplo, recorre normalmente ao consentimento para usar tecnologia de armazenamento de rostos. (THE INTERCEPT. *Microsoft Pitches Technology That Can Read Facial Expressions at Political Rallies*. EMMONS, A. Publicado em 4 de Agosto de 2016. Disponível em <<https://theintercept.com/2016/08/04/microsoft-pitches-technology-that-can-read-facial-expressions-at-political-rallies/>>. Acesso em 12 dez. 2016).

como o Highlight<sup>179</sup> e o Color<sup>180</sup> (2013). A adesão a serviços dessa natureza sem dúvida expressa uma anuência com a limitação da própria privacidade. Essa associação entre a garantia de proteção dos dados e a manifestação de vontade do agente, aliás, parece permear muitas das normas e decisões sobre o assunto, como já se viu anteriormente, no item II.3.<sup>181</sup>

Há, no entanto, diversas razões consistentes para se questionar se o acesso ou mesmo a divulgação consentida consiste em um bom critério para aferir se determinada informação é digna de proteção jurídica. Cabe ao direito a tarefa de zelar pelo melhor interesse da sociedade de forma global, à mercê, muitas vezes de vontades individuais que não consideram a generalidade das circunstâncias envolvidas. É um pouco do que pretendeu ECO, ao expressar dúvidas sobre a capacidade do cidadão contemporâneo para consentir ele mesmo com a devassa das suas informações pessoais e, ao mesmo tempo, exortar o Estado a zelar pelos seus interesses:

As milhares de pessoas que ouvimos pela rua, no restaurante, no trem, enquanto discutem no telefone celular sobre os seus assuntos mais privados, o mesmo quando protagonizam discussões amorosas, não são movidos pela urgência de comunicar algo de importante; caso contrário, falariam em voz baixa, ciumentos do seu segredo. Estão ansiosos para fazer saber a todos que tomam decisões em uma empresa de frigoríficos, que compram e vendem na bolsa, que organizam congressos, que foram abandonados pelo parceiro. Pagaram para adquirir um celular e para manter uma conta salgadíssima que lhes permite exibir na cara de todos a própria vida privada. Não é por divertimento que me entretive com essa resenha de pequenas e grandes teratologias psicológicas e morais. É que creio que o dever das autoridades que zelam pela nossa privacidade seja não só defender aqueles que querem ser defendidos, mas proteger também aqueles que não sabem mais defender-se.<sup>182</sup>

Também da Itália, RODOTÀ adverte:

---

<sup>179</sup> O Highlight detecta outros usuários nas proximidades e exibe então os respectivos perfis com fotos e informações pessoais. Avisa também quando determinadas pessoas previamente escolhidas pelo usuário se aproximam.

<sup>180</sup> O Color tinha a capacidade de, por meio das câmeras e dos microfones dos smartphones, captar sinais de que o usuário estava em um determinado ambiente de um determinado lugar e criar redes internas entre os usuários.

<sup>181</sup> Cf. supra.

<sup>182</sup> *Quale privacy?*. Comunicação realizada na 22ª Conferência Internacional “One World, One Privacy”, em Veneza, 28 a 30/09/2000. Disponível em: <[www.privacy.it/eco20000928.html](http://www.privacy.it/eco20000928.html)>. Acesso em 12 dez. 2016.

Raramente o cidadão é capaz de perceber o sentido que a coleta de determinadas informações pode assumir em organizações complexas e dotadas de meios sofisticados de tratamento de dados, podendo escapar a ele próprio o grau de periculosidade do uso destes dados por parte de tais organizações.<sup>183</sup>

No Brasil, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR já expressou preocupação muito semelhante:

“[O] mais desconcertante não é a verificação objetiva do fenômeno, não é observar que a tecnologia acoberta, estimula e facilita o devassamento da vida privada; é tomar conhecimento de que as pessoas condicionadas pelos meios de divulgação da era tecnológica (a serviço, portanto, de seus desígnios, em termos estritamente apologéticos), sentem-se compelidas a renunciar à própria intimidade. É que a civilização da técnica, identificando o homem com a sua função social, transformando-o em insignificante peça da complexa engrenagem industrial, nele inculca sentimentos de desvalorização. Ele se sente esmagado pelo anonimato, pela diluição da sua individualidade nas grandes concentrações urbanas da era industrial-tecnológica, de sorte que a exposição de sua vida à curiosidade e controle alheios resulta, paradoxalmente, na superação de sua mediocridade: ser espionado é, de algum modo, ser importante. Este sentimento a tal ponto foi difundido e prestigiado pela filosofia tecnológica que, nos tempos vertentes, a vida privada, a solidão, é interpretada como um prazer vicioso, índice de excentricidade, sintoma de marginalização e mediocridade. Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação – todas as informações arquivadas e livremente comercializadas”.<sup>184</sup>

Esse ceticismo com a aptidão das pessoas para discernir o seu próprio interesse em relação à manutenção da reserva de seus dados não está desamparado de evidências científicas. Estudos demonstram que nem sempre as pessoas são capazes de administrar adequadamente a sua própria privacidade. Em amostra colhida por ACQUISTI e GROSSKLAGS, nada menos que 89,2% das pessoas inquiridas afirmaram preocupação moderada ou alta com a privacidade e 73,1% responderam faltar privacidade na sociedade

---

<sup>183</sup> *Op. cit.*, p. 37

<sup>184</sup> *Op. cit.*, pp. 23-4.

contemporânea.<sup>185</sup> Registrou-se ainda uma sensível proporção entre a renda e o nível de preocupação com a privacidade. No entanto, notou-se um grande descompasso entre as crenças e os comportamentos. Por exemplo, entre os que expressaram uma alta preocupação com a coleta de informações de identificação “*off-line*”, um percentual nada desprezível, de 87,5%, havia se registrado para um cartão de fidelidade de alguma rede.<sup>186</sup>

No estudo, os autores notaram que as pessoas tendiam ainda a subestimar os números relacionados à privacidade, como a quantidade de pessoas afetadas por roubo de identidade ou os riscos de se tornarem elas próprias vítimas de fraudes dessa natureza.<sup>187</sup> Desconheciam os programas de monitoramento governamental e os instrumentos profiláticos.<sup>188</sup> Tinham percepções distorcidas sobre a relação entre segurança e privacidade.<sup>189</sup> Com esses dados, os autores constroem um sério argumento contra a suposição de que as decisões relacionadas à proteção de informações pessoais são pautadas pela racionalidade. São antes influenciadas por diversas limitações cognitivas dos indivíduos e até mesmo por variáveis monetárias.

Outra pesquisa relevante, desenvolvida por John et. al., revelou como as preferências das pessoas relacionadas à privacidade dependem fundamentalmente do contexto, como a expressa menção a questões relacionadas ao tratamento dos dados informados, a forma como a pergunta é formulada e o quão diretas são as questões formuladas. Manifestam os autores, a título de conclusão, “sérias dúvidas sobre se os indivíduos podem estar aptos a navegar por essa complexidade de acordo com seu melhor interesse”.<sup>190</sup>

Outros achados científicos chegam a sugerir que o ato de compartilhar informações íntimas é fruto de impulsos bastante primitivos do ser humano, como comentam TENE e POLENETSKY:

---

<sup>185</sup> ACQUISTI, A.; GROSSKLAGS, J.. *Privacy and rationality in individual decision making*. IEEE Security And Privacy Magazine, [s.l.], v. 3, n. 1, p.26-33, jan. 2005. Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE). <http://dx.doi.org/10.1109/msp.2005.22>, p. 29.

<sup>186</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>187</sup> *Ibidem*.

<sup>188</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> JOHN, L., ACQUISTI, A., LOEWENSTEIN, G. *The Best of Strangers: Context Dependent Willingness to Divulge Personal Information*, SSRN Electronic Journal 07/2009; DOI: 10.2139/ssrn.1430482., p. 10.

A tecnologia e os negócios deveriam server aos indivíduos, mas o que os indivíduos realmente querem? Nós estamos certamente curiosos para ver as fotos dos amigos e para seguir os seus parapeiros. E muitos de nós apreciam dar publicidade ao nosso sucesso e ao de nossas crianças. Afinal, o Facebook não posta nossos dados, nós é que postamos. Usando neuroimagem e experimentos comportamentais, cientistas de Harvard descobrira que, quando as pessoas falam sobre elas mesmas em público, as mesmas regiões do cérebro associadas com recompensas de comida, dinheiro ou sexo exibem atividade avançada. O compartilhamento de informação na mídia social satisfaz necessidades e desejos primários.<sup>191</sup>

Esses resultados empíricos já evidenciam que a ideia de consentimento no contexto do acesso a dados pessoais tem certas limitações, porque repousa sobre uma suposição de racionalidade dos sujeitos que encontra pouca correspondência na prática. No mais das vezes, as pessoas têm pouca ou nenhuma ideia do que é feito com os seus dados e são impelidas a fazer concessões contrárias às suas convicções a troco de pequenas conveniências econômicas ou sociais. O resultado é que as informações vão sendo colhidas pouco a pouco para depois serem tratadas em grande escala, por agentes que, via de regra, já não têm nenhuma relação direta com o sujeito afetado.

A informação é hoje um bem negociável para as empresas de tecnologia – não é nenhum exagero afirmá-lo. A BlueKai, pertencente à Oracle, por exemplo, realiza diariamente 75 milhões de leilões virtuais de informações pessoais. Proclama possuir 750 milhões de perfis de usuários da internet e processa 30.000 atributos de cada.<sup>192</sup> É, porém, apenas mais um dos vários agentes que operam no rico mercado de negociação de dados pessoais, que, segundo estimativa do Boston Consulting Group, poderia atingir a cifra de 1 trilhão de euros em lucros corporativos só na Europa em 2020.<sup>193</sup> Muitos inclusive são os economistas que têm se dedicado a analisar os critérios de precificação desse novo tipo de “mercadoria”.

---

<sup>191</sup> TENE, O., POLENETSKY, J. *A Theory of Creepy: Technology, Privacy and Shifting Social Norms*, 16 Yale J. L. & Tech 59, 2013, pp. 78-9.

<sup>192</sup> SPIEKERMAN, S. et. al., *Op. cit.*, 2015-I, p. 91.

<sup>193</sup> SPIEKERMAN, S. et. al., *Op. cit.*, 2015-II, p. 161.

Na maioria das vezes, o usuário não tem percepção nem mesmo de que a sua informação é processada não apenas pelo agente com que tem interação direta mas também por terceiros (ou em inglês, “*third parties*”), que são responsáveis pela maior parte do movimento e das negociações de dados pessoais, mas não têm contato imediato com o sujeito da informação. São os terceiros os responsáveis pela coleta passiva dos dados dos usuários. SPIEKERMANN *et. al.* alertam:

O problema que vemos é que a maioria dos usuários hoje só conhece sobre aquelas “primeiras partes” que veem e com quem interagem e nelas confia. Se eles tivessem ciência do volume e dos negócios feitos com os seus dados por terceiros, eles poderiam ficar surpresos e sentir-se traídos. Não importa como nem em qual extensão as companhias “primeiras partes” tenham se engendrado em negociações de dados elas mesmas, elas poderiam ser atingidas por uma reação contrária uma vez que eles descobrissem. Um ar geral de desconfiança seria o resultado, em que indústrias intensivas de dados teriam dificuldades para inovar e precisariam investir pesadamente para reconquistar a confiança.<sup>194</sup>

Há mais. Os termos de uso de grande parte das tecnologias de informação hoje em dia, muitas delas bastante essenciais para o convívio social, como se viu no capítulo anterior, são feitos por simples adesão do interessado. Apesar de haver como regra uma fase de concordância com esses tais termos antes do uso, trata-se de um pressuposto para a fruição do serviço. A utilização sem as funcionalidades de monitoramento simplesmente não é uma opção. Trata-se, em suma, de contratos de adesão, em que as obrigações do usuário não são de nenhuma forma negociadas. Em tese, o usuário poderia abrir mão de usar a aplicação que exigisse a renúncia à privacidade sobre certos dados, mas, na prática, dado o grau de difusão de certos serviços, aliado à uniformidade dos termos de uso entre aplicações concorrentes, a possibilidade de recusa a um dado programa não é um atenuante muito significativo.

O essencial, porém, está em perceber que, para lá ainda de todas as implicações que a renúncia à privacidade pode acarretar para o próprio usuário, incapaz, no mais das vezes de percebê-lo, as consequências da captação de dados atingem a sociedade como um todo. Esse tipo de decisão coletiva não pode ser dispersado de maneira casuística para cada indivíduo; há que ser considerada sobretudo uma decisão política, a ser tomada

---

<sup>194</sup> *Idem*, p. 166.

considerando-se todas as variáveis e o nível máximo de informação, sob pena de, por meio de renúncias desavisadas de uma quantidade razoável de pessoas incôncias de todo o significado coletivo da implantação de um mecanismo de monitoramento de massa, fazer-se tábula rasa de um pressuposto importante para que se conserve um nível mínimo de democracia.

A assimetria de informação, combinada com os problemas resultantes de se atribuir ao Estado um papel excessivamente paternalista – afinal, como foi dito, os usuários têm um desejo íntimo de compartilhar -, leva a um dilema regulatório sensível por si só.<sup>195</sup> O fato, porém, é que a simples delegação de uma decisão tão importante ao consentimento de cada um dos usuários não parece o parâmetro mais razoável para se equacionar o paradoxo, porque à manutenção da vitalidade democrática não se pode abdicar de forma individual. É o que RODOTÀ observa:

Aliás, a insistência em meios de controle exclusivamente individuais pode ser o álibi de um poder público desejoso de esquivar-se dos novos problemas determinados pelas grandes coletas de informações, e que assim se refugia em uma exaltação ilusória dos poderes do indivíduo, o qual se encontrará, desta forma, encarregado da gestão de um jogo do qual somente poderá sair como perdedor. A atenção, conseqüentemente, deve deslocar-se dos meios de reação individual para instrumentos de controle social: e poderá ocorrer que, seguindo esse caminho, alguns meios que estavam tradicionalmente à disposição do indivíduo venham a ser perdidos: perda, no entanto, que pode ser compensada pela criação, em nível coletivo, de um aparato de controle globalmente mais incisivo e vigilante do que o atual.<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> “A base tecnossocial está mudando, estabelecendo uma complexa interação entre o que podemos conhecer uns sobre os outros e o que nós (ou as empresas ou o governo) devem conhecer ou ficar proibidos de conhecer. Parte do problema jaz na incongruência entre a disponibilidade de informação digital sobre os indivíduos e a opacidade dos propósitos, usos e intenções daqueles que acessam essa informação. Uma outra é a permanente indecisão entre os elaboradores das políticas a respeito da regulação na ausência de normas sociais estáveis. Deveriam as restrições nas condutas serem baseadas no direito ou em normas sociais mais sutis? Deveria a regulação conduzir as expectativas individuais, as práticas de mercado e as normas sociais, ou deveria ser por elas conduzida? Deveríamos esperar que as normas se desenvolvessem para formar expectativas da sociedade?” (TENE, O., POLENETSKY, J., *Op. cit.*, 2013)

<sup>196</sup> *Op. cit.*, p. 37.

O consentimento é a condição para o acesso aos dados em muitas legislações, como se verá à frente, e tem sido cogitado a sério no Brasil.<sup>197</sup> Se é uma solução questionável em realidades sociais como a da Europa,<sup>198</sup> por conta de todas as suposições frágeis a respeito da autonomia do indivíduo em que se funda, entre nós, haveria dilemas ainda mais profundos. Tem-se aqui uma democracia recente e instável, e o povo há pouco tempo retomou o direito de sufrágio. Entre as idiossincrasias inerentes a essa fase de consolidação democrática, pode-se supor um despreparo da população em geral para zelar por suas liberdades.

A cláusula do voto secreto, que está ligada pelos seus fundamentos à privacidade, como se viu, é um elemento central a ser examinado nessa avaliação. Se é evidente que não basta que se garanta ao indivíduo a *alternativa* de, *querendo*, votar em público, não parece igualmente razoável que esse mesmo indivíduo possa optar pela divulgação de suas preferências políticas e de suas ideias mais íntimas. A razão para que estabeleça o voto secreto como obrigatório, e não como facultativo, é a mesma. A ilusão da livre escolha serviria apenas ao propósito de tornar o indivíduo vulnerável às pressões que o segredo tem por escopo, justamente, neutralizar.<sup>199</sup> O caso da privacidade política, muito mais do que análogo, deve ser pautado pela decisão do constituinte de não admitir, em absoluto, a intrusão nos pensamentos políticos do eleitor, nem mesmo mediante a sua aceitação.

Não se trata de afirmar aqui o primado absoluto da privacidade, mas que a solução mais adequada para a preservação dos pressupostos de liberdade contemplados na Constituição é a submissão das decisões sobre o acesso a uma dupla esfera de permissão: a

---

<sup>197</sup> Cf. infra

<sup>198</sup> VIGNALI salienta a importância, no contexto italiano, da proteção adicional conferida pelo Garante: “Finalmente se poderia concluir esse breve estudo sobre o consentimento do interessado acrescentando que talvez a verdadeira proteção dos dados pessoais encontra conforto na previsão da necessidade do consentimento informado do interessado, *mas também na instituição de um órgão público de controle*, o Garante. De fato, muitas vezes o sujeito não está em grau de compreender a quais procedimentos os próprios dados podem ser submetidos, razão pela qual, mesmo se o interessado é formalmente titular de direitos, na maior parte das vezes é incapaz de fazê-los valer (...) (*Consenso dell’interessato*. In: FRANCESCHELLI, Vincenzo. La tutela della privacy informática. Milão: Giuffrè, 1998, p. 146).

<sup>199</sup> YAKOBSON relata, inclusive, ao analisar a interpretação possível de que Cícero estivesse a propor que os votos pudessem ser revelados voluntariamente sob demanda, que o sigilo facultativo dificilmente protegeria o eleitor, já que a recusa em fornecer os dados poderia ser interpretada como uma admissão de culpa. O autor faz referência a processo similar ocorrido no Reino Unido às vésperas da aprovação do Ballot Act (*Op. cit.*, p. 430).

primeira por um órgão representativo da coletividade, de forma transparente e pública, mediante uma análise da proporcionalidade e a segunda, por meio da autorização direta do indivíduo. Ou seja, pela conjunção entre o teste de proporcionalidade e, em um segundo momento apenas, o consentimento.

## **Capítulo IV**

### **DELINEAMENTOS PARA UMA PRIVACIDADE ÚTIL AO NOVO CONTEXTO**

O diagnóstico dos aspectos mais críticos do regime da privacidade na contemporaneidade, sob a perspectiva de suas implicações políticas, apenas precede uma investigação das formas mais adequadas para superar as dificuldades. Em geral, os problemas nascidos do uso de fórmulas textuais obsoletas podem ser contornados pelo recurso a técnicas interpretativas mais adequadas aos novos tempos, aliadas a arranjos institucionais mais dinâmicos, voltados especificamente para estabelecer um contraponto à tendência ubíqua de incremento da vigilância e do tráfico de informações privadas.

#### **IV.1. Destilação de princípios**

Ao prolatar o seu voto divergente no caso *Olmstead*, já comentado acima, o Juiz Holmes asseverou que “os tribunais estão propensos a errar ao se aferrarem excessivamente às palavras de uma lei caso essas palavras importem em uma diretriz que vá além delas.”<sup>200</sup> Notava que, já no início do século XX, era necessário extrair das normas constitucionais um norte que fosse aplicável às novas situações que as mudanças sociais tinham causado desde então.

Assim como os redatores da quarta e da quinta emendas – às quais se referia Holmes -, nos Estados Unidos, não podiam prever o advento das máquinas fotográficas e toda a ameaça à reserva dos indivíduos que se seguiria à proliferação dessas novas tecnologias, o constituinte de 1988, no Brasil, tampouco tinha condições de prever a dimensão e a abrangência que caracterizariam o fenômeno digital a partir do final da década seguinte.

---

<sup>200</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Katz vs. United States*, 18 de dezembro de 1967, 389 U.S. 347 (1967). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016

Já se sabe quanto de cautela é preciso ao se buscar, na Constituição de 1988, a resposta pronta para os problemas que são típicos dessa nova realidade, advinda em um momento subsequente. Como fizeram WARREN e BRANDEIS em 1890, demanda-se do intérprete que, muito antes de ler cruamente o texto das normas, procure delas destilar o espírito para então aplicá-lo às situações presentes. Tal foi o alerta de Brandeis também em seu voto divergente no já mencionado caso *Olmstead*:

“Nós não devemos nunca esquecer”, disse o Sr. Juiz Presidente Marshall em *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 17 U. S. 407, “que é de uma constituição que estamos tratando”. Desde então, a Corte tem repetidamente dado suporte ao exercício de poder pelo Congresso, sob várias cláusulas daquele documento, sobre assuntos com os quais os Fundadores não poderiam ter sonhado

Consequentemente, um princípio, para ser vital, deve ser apto para uma aplicação mais ampla do que o problema lhe deu origem. Isso é particularmente verdadeiro para constituições. Elas não são atos efêmeros, elaborados para lidar com ocasiões passageiras. Elas são, para usar as palavras do Juiz Presidente Marshall, “elaboradas para aproximar-se da imortalidade tão perto quanto as instituições humanas podem dela aproximar-se”. Na aplicação de uma constituição, portanto, não podemos considerar apenas o que foi, mas também o que pode ser.

O progresso da ciência em fornecer ao governo meios de espionagem não tende a parar nos grampos telefônicos. Algum dia devem ser desenvolvidos caminhos pelos quais o governo, sem remover papéis de gavetas secretas, poderão reproduzi-los no tribunal, e pelos quais poderá expor ao júri as ocorrências mais íntimas de um lar. Avanços na física e nas ciências correlatas podem trazer meios de explorarem-se pensamentos não expressos, pensamentos e emoções. “Isso coloca a liberdade de cada homem nas mãos de cada reles servidor”, disse James Otis, em intrusões muito mais singelas do que essa”. Para o Lorde Camden, uma intrusão de longe mais sutil pareceu “subversiva a todos os confortos da sociedade” É possível que a Constituição não proporcione proteção contra tais invasões da segurança individual?<sup>201</sup>

Se é verdade, afinal, que já em 1988 era possível prever o desenvolvimento de uma nova forma de se corresponder pela computação, certamente não havia como se

---

<sup>201</sup> *Ibidem.*

antecipar a capacidade de agregação de dados que seria alcançada pelas grandes empresas de tecnologia nos períodos seguintes e cuja penetração foi comentada no primeiro capítulo deste trabalho. Igualmente não seria possível supor que o Estado tivesse que responder a ameaças mais urgentes como o terrorismo e que, com isso, fosse admitida a investidura de poderes excepcionais por período mais duradouro.

Como consequência, ainda que fosse razoável esperar que o constituinte tivesse noção desse novo devir, é claro que não tinha condições de prever com profundidade todas as implicações, para a democracia, do desenvolvimento de um sistema tão potencialmente intrusivo. Afinal, como ressalta RODOTÀ, “a lição proveniente de uma reflexão sobre o primeiro período de planejamento e de aplicação das leis sobre o tratamento eletrônico das informações” é a da “necessidade de individualizar princípios, de associá-los a tendências de longo prazo”.<sup>202</sup> Por isso é que provavelmente as instituições não foram dotadas – expressamente - de armas capazes de fazer frente a essa ameaça cada vez mais enraizada na vida cotidiana<sup>203</sup>.

Daí a necessidade de se extrair das palavras datadas da Constituição princípios atemporais, capazes de orientar o intérprete sobre como lidar com os problemas que vão surgindo conforme a evolução da própria sociedade. Como as intervenções de Brandeis e Holmes no caso *Olmstead* fazem questão de destacar, não faz sentido interpretar a Carta como um documento estático, incapaz de ser adaptado a novas circunstâncias, a novos momentos. Essa exegese ampliada é uma demanda especialmente importante no direito constitucional:

A Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram. Faz-se mister supor que os homens incumbidos da nobre tarefa “de distribuir os poderes emanados da soberania popular e de estabelecer preceitos para a perpétua segurança dos direitos da pessoa e da propriedade tiveram a sabedoria de adaptar a sua linguagem às emergências futuras, tanto como às presentes; de sorte que as palavras apropriadas ao estado então existente da comunidade e ao mesmo tempo capazes de ser ampliadas de modo que abranjam

---

<sup>202</sup> *Op. cit.*, p. 42.

<sup>203</sup> É digno de nota a observação de CAMPUZANO TOMÉ, no sentido de que a grande mudança diz respeito sobretudo ao contexto e às formas de lidar com ele: “Não é que os novos meios eletrônicos hajam modificado o conceito de privacidade, mas sim que alteraram as formas com que pode ser protegido ou posto em perigo.” (*Op. cit.*, p. 69)

outras relações mais extensas não devem ser afinal restringidas ao seu mais óbvio e imediato sentido, se, de acordo com o objetivo geral dos autores e os verdadeiros princípios do contexto, podem elas ser estendidas a diferentes relações e circunstâncias criadas por um estado aperfeiçoado da sociedade”. Cumpre ao legislador e ao juiz, ao invés da ânsia de revelar inconstitucionalidades, mostrar solicitude no sentido de enquadrar na letra do texto antigo o instituto moderno. (...) A Constituição é a égide da paz, a garantia da ordem, sem a qual não há progresso nem liberdade. Forçoso se lhe acompanhar a evolução, adaptar-se às circunstâncias imprevistas, vitoriosa em todas as vicissitudes, porém, quanto possível, inalterada na forma.<sup>204</sup>

No que toca especificamente à garantia constitucional da privacidade, o que se há de ver é que, se considerados em conjunto todos os seus pontos de expressão no texto magno, traz luz a uma preocupação que não se restringe à proteção da imagem dos particulares – caso se restringisse, estaria relegada ao direito privado, quiçá no âmbito infraconstitucional. Há também um viés de liberdade pública a ser invocada contra o Estado e aos outros sujeitos como ferramenta de ajuste de poder político. É esse, aliás, o próprio escopo para que uma norma seja incluída na Constituição, especialmente no artigo 5º, estandarte máximo dos direitos dos particulares contra arbitrariedades cometidas eventualmente pelo próprio Estado.

Segundo a doutrina, aliás, a própria ideia de constitucionalismo surge como uma forma de se controlar o poder desenfreado das autoridades políticas no fim da Idade Moderna. O mote do movimento é até hoje exatamente o de garantir uma esfera de liberdade para o indivíduo, de modo a limitar, assim, o poder do Estado, o que, de sua vez, é indissociável do ideal de democracia:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim,

---

<sup>204</sup> MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 311-2.

um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.<sup>205</sup>

Seria uma extravagância, portanto, acreditar que a Constituição, vocacionada a restringir abusos de poder, não inspirasse alguma forma de proteção contra esse fator de desequilíbrio político que se insinua no horizonte. A questão já não é tanto saber sob quais fundamentos se dá essa defesa, mas sobretudo identificar até que ponto ela atua em um contexto social profundamente alterado. Também não faz sentido procurar isolar certos casos, como o das comunicações telefônicas, e dedicar-lhes um maior rigor, se as mídias hoje convergem progressivamente. Trata-se, em suma, de encontrar critérios seguros para se aferir a eventual prevalência da privacidade enquanto um “*cluster*” de direitos, ou seja, um princípio geral que se depreende do ordenamento a partir de várias manifestações complementares, a partir de um padrão de máxima efetividade.

Como já se viu, um dos problemas inteiramente novos, trazidos pela tecnologia recente, é o da insuficiência do consenso do indivíduo com o “*disclosure*” de informações privadas. Em primeiro lugar, porque, em virtude da assimetria de informação, o sujeito não está em condição de saber todo o uso que será feito dos seus dados. Em segundo lugar, porque os termos de assentimento normalmente são oferecidos em termos de adesão padronizados a serviços que hoje se revestem de certo grau de essencialidade, como sistemas operacionais de telefones celulares, provedores de e-mail e até serviços de comunicação amplamente disseminados socialmente, a exemplo do Whatsapp.

Uma vez descartado o consenso enquanto critério válido, por exemplo, para que se considerem lícitas as implicações eleitorais da negociação sub-reptícia dos dados dos usuários da rede, é preciso uma análise mais compreensiva, que transcenda o regime dedicado no artigo 5º às garantias fundamentais do indivíduo. Trata-se, afinal, também de um problema inteiramente novo de calibragem política, e não apenas uma questão de salvaguarda dos interesses individuais dos sujeitos. É uma questão, portanto, a ser resolvida

---

<sup>205</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Op. cit.*, 2010, p. 51. Conforme Amaral Junior, aliás, “(...) a limitação do poder é pressuposto necessário de todas as demais tarefas da Constituição.” (*20 anos da constituição brasileira de 1988: A constituição foi capaz de limitar o poder?* In: MORAES, A. Os 20 anos da constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 125-138, esp. p. 126)

segundo os princípios subjacentes às regras talhadas para lidar com os problemas contemporâneos à época da elaboração da Constituição.

Ora, se o Constituinte de 1988 ocupou-se de exigir dos Poderes Públicos o máximo zelo pelo segredo do voto, e se, como se viu acima, esse segredo, mais do que um direito etéreo do eleitor, tem uma função institucional no regime democrático, como ele agiria, exemplificativamente, diante da possibilidade de que, *ainda que sem a captação direta de imagens de dentro da cabina de votação, sem o registro de qualquer sinal vindo diretamente do momento em que o eleitor faz efetivamente a sua escolha*, ainda assim se pudesse, por meios transversos, desvendar de forma oculta a intenção daquele mesmo eleitor?

É precisamente esse o desafio que se coloca com a emergência das novas tecnologias de processamento de dados. Há, mais do que nunca, meios pouco conhecidos do grande público de se apurarem convicções e escolhas políticas dos usuários das redes. Esses expedientes estão às mãos dos agentes que estiverem dispostos a pagar o preço do serviço, como a experiência americana já mostra.

Se o texto da Constituição, datado de quase três décadas atrás, não prevê expressamente que o Poder Público aja para controlar essa ameaça, terá sido unicamente por conta da absoluta imprevisibilidade das mudanças que viriam. Afinal, as garantias da inviolabilidade da vida privada, do sigilo de dados e do voto secreto, entre outras, bem como o imperativo de preservação da democracia, anunciado no *caput* do artigo 1º e reiterado no do artigo 17, deixam clara a preocupação do constituinte em controlar o poder político e zelar pelo equilíbrio das regras do jogo.

Não é que se sustente que a Carta vincula o legislador a disciplinar o assunto de uma determinada forma. É preciso, contudo, que alguma disciplina haja, para que esse risco de penetração na psique do cidadão seja administrado da forma mais consoante possível com os princípios régios do nosso ordenamento. Afinal, consoante também já se mencionou oportunamente, os próprios testes de balanceamento, tão recorrentemente aplicados para o desenlace de dilemas interpretativos sobre princípios conflitantes, têm sérias vulnerabilidades quando se trata de avaliar o alcance da privacidade, cuja importância para

a coletividade e para o adequado funcionamento da democracia são fáceis de não se perceber à primeira vista.

A partir da identificação desse rizoma da privacidade, ou seja, desse eixo oculto, que congloba sua dimensão política, cabe ao Estado, sobretudo, cuidar de que possa germinar em novas frentes de proteção, especialmente em novos contextos, em que antes não havia por que esse princípio se desdobrar de forma expressa. Não se deve tratar a Constituição, muito menos os seus principais eixos de proteção, dos quais a privacidade é um exemplo, como algo estanque, incapaz de adaptar-se às novas realidades. Deve-se, antes, considerá-la como viva e plenamente apta a esquadrihar-se a novas situações. Apesar de termos, afinal, uma Constituição relativamente recente, os últimos anos foram de mudanças rápidas no meio social em que as pessoas convivem. Daí a necessidade de precipitar-se, a essa altura da nossa história constitucional, uma doutrina menos compromissada com ideias originalistas, em particular em relação aos domínios da vida em que essas alterações estão mais presentes.

Não é razoável pressupor simplesmente, portanto, um vácuo constitucional nos casos em que se está diante de novas perspectivas de relações entre as pessoas. Não que se ver as semelhanças relevantes com situações pré-existentes reguladas de forma expressa pelo direito vigente. A partir desse quadro, é preciso reproduzir as diretrizes colhidas aos arranjos fáticos inesperados, ou seja, àqueles que se apresentam sem disciplina expressa na Constituição.

#### **IV.2. Dotação de agilidade às instituições comissionadas**

Não se limitam, porém, ao da hermenêutica os campos em que a privacidade pode ser recontextualizada. É também preciso oferecer mecanismos institucionais de controle da conduta dos particulares para dar sentido concreto à preocupação com o mínimo de recato a ser preservado pelo Estado e pelas empresas. A tarefa governamental não se exaure na autocontenção, portanto; deve estender-se à regulação de parâmetros mínimos de transparência quanto às políticas de coleta de dados por particulares e de revenda dessas

informações, já que a privacidade também tem eficácia nas relações entre particulares e essa eficácia também opera de forma indireta, por meio do Estado.

Se o objetivo não é apenas controlar a própria política estatal de vigilância, mas a conduta dos próprios particulares engajados nessa prática para fins privados, é preciso também que a instituição comissionada de promover esse controle esteja dotada de recursos técnicos da mais alta sofisticação. Afinal, fala-se aqui de uma fiscalização a ser exercida sobre as empresas mais vanguardistas da tecnologia, que investem maciçamente na renovação de seus recursos e procedimentos. Uma agência encarregada de fiscalizá-las não poderia prescindir de um grau mínimo de estrutura para poder estar a passo com essas entidades.

De ARISTÓTELES, de certa forma<sup>206</sup>, a LOEWENSTEIN<sup>207</sup>, se sabe que a conjugação entre a interferência direta dos indivíduos e a distribuição de funções a mais de um agente parece ser a melhor forma de se controlar o poder. Como sintetiza FERREIRA FILHO, ao tratar da “divisão necessária do exercício do Poder estatal”, “[é] esta o meio de impedir que um indivíduo ou um órgão tenha poder em demasia. A divisão gera o sistema de freios e contrapesos, que impede ou (ao menos) dificulta o abuso do Poder.”<sup>208</sup> No Brasil, porém, o *poder de vigiar* (que não é um Poder de Estado, mas é certamente um poder) não é moderado por nenhuma autoridade especialmente constituída para monitorar esse tipo de atividade e para, eventualmente, contê-lo ou, no mínimo, tornar públicos os seus abusos, de forma a possibilitar a intervenção dos cidadãos. Há exemplos, porém, no direito comparado que merecem ser mencionados como possíveis fontes de inspiração para a arquitetura institucional de uma eventual entidade a ser criada com esse propósito. .

---

<sup>206</sup> ARISTÓTELES, em “*A Política*”, já diferencia três funções de governo e sugere que a melhor forma de governo, o chamado “governo constitucional”, é uma mescla entre a oligarquia e a democracia, o que envolve, necessariamente, instâncias diversas de decisão. (*A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.pp. 137 e ss.)

<sup>207</sup> “Como será controlado o exercício do poder político pelos detentores – um ou vários – do poder? Nessa última questão (...) jaz o problema de uma adequada limitação do exercício do poder; esta limitação pode ser levada a cabo seja por meio da respectiva interação entre os diferentes detentores do poder, seja por meio da intervenção dos destinatários do poder.” (*Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Editorial Ariel, 1964, p. 28).

<sup>208</sup> *Op. cit.*, 2001, p. 112.

O principal órgão responsável por monitorar a proteção de dados em âmbito europeu é a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD), instituída pelo Regulamento nº 45/2001, da Comunidade Europeia. Segundo o artigo 41 do documento, a entidade tem por missão assegurar “*que os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares, especialmente o direito à vida privada, sejam respeitados pelas instituições e órgãos comunitários*”. Está encarregada, assim:

(...) do controlo e da execução das disposições do presente regulamento e de qualquer outro ato comunitário relativo à proteção dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais por uma instituição ou órgão comunitário, e por aconselhar as instituições e órgãos comunitários e as pessoas em causa sobre todas as questões relativas ao tratamento de dados pessoais.

A autoridade é escolhida pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho para um mandato de cinco anos, renováveis, e só pode ser demitida por decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia. A norma confere-lhe independência em termos bastante enfáticos, especialmente no artigo 44 (“a Autoridade Europeia para a proteção de dados não solicita nem aceita instruções de outrem”).

A Diretiva 95/46 ainda estabelece, no seu capítulo VI, que os países-membros obrigatoriamente constituam autoridades independentes para zelar especificamente pela privacidade. O artigo 28 determina o seguinte:

1. Cada Estado-membro estabelecerá que uma ou mais autoridades públicas serão responsáveis pela fiscalização da aplicação no seu território das disposições adoptadas pelos Estados-membros nos termos da presente diretiva.

Essas autoridades exercerão com total independência as funções que lhes forem atribuídas.

2. Cada Estado-membro estabelecerá que as autoridades de controlo serão consultadas quando da elaboração de medidas regulamentares ou administrativas relativas à proteção dos direitos e liberdades das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados

3. Cada autoridade de controlo disporá, nomeadamente:

- de poderes de inquérito, tais como o poder de aceder aos dados objeto de tratamento e de recolher todas as informações necessárias ao desempenho das suas funções de controlo,
- de poderes efetivos, de intervenção, tais como, por exemplo, o de emitir parecer previamente à execução adequada desses pareceres, o de ordenar o bloqueio, o apagamento ou a destruição dos dados, o de proibir temporária ou definitivamente o tratamento, o de dirigir uma advertência ou uma censura ao responsável pelo tratamento ou o de remeter a questão para os parlamentos nacionais ou para outras instituições políticas,
- do poder de intervir em processos judiciais no caso de violação das disposições nacionais adoptadas nos termos da presente diretiva ou de levar essas infrações ao conhecimento das autoridades judiciais.

Os Estados-membros têm se empenhado para atender à diretriz. Todos eles contam com uma autoridade independente como instancia de monitoramento e de discussão de medidas relativas à proteção dos dados pessoais. São agências reguladoras similares às que são comuns no direito brasileiro em domínios que exigem uma atuação do Estado ao mesmo tempo dirigida e especializada, como a proteção ambiental, o petróleo a aviação civil e as comunicações.

Na Itália, por exemplo, foi instituído já em 1996 o “*Garante per la protezione dei dati personali*”, por ofício da Lei nº 675 (“*Legge dela privacy*”, depois ab-rogada em 2003 pelo Decreto Legislativo nº 196/2003, conhecido como “*Codice dela privacy*”). O Garante está incumbido de injungir as normas sobre privacidade previstas no código, que é bastante amplo. Deve agir responsivamente, já que a ele são direcionadas as reclamações dos cidadãos, mas também de forma espontânea, no cumprimento de uma série de atribuições outorgadas pelo artigo 154 do Decreto Legislativo nº 196:

- a) verificar se o tratamento<sup>209</sup> é efetuado de acordo com as normas aplicáveis e em conformidade com o informado, inclusive em caso de cessação e no que se refere à conservação dos dados do tráfego;

---

<sup>209</sup> Tratamento é definido, no artigo 4º do código como “qualquer operação ou complexo de operações, efetuados inclusive sem o auxílio de instrumentos eletrônicos, concernentes à recolha, ao registro, à organização, à conservação, à consulta, à elaboração, à modificação, à seleção, à extração, à comparação, à utilização, à interconexão, ao bloqueio, à comunicação à difusão, ao cancelamento e à destruição dos dados, mesmo se não registrados em um banco de dados”. Trata-se, enfim, de qualquer ação relacionada aos dados.

- b) examinar as reclamações e as denúncias e dispor sobre os recursos interpostos pelos interessados ou pelas associações que os representem;
- c) prescrever, inclusive de ofício, as medidas necessárias ou oportunas a fim de tornar o tratamento conforme às disposições vigentes, no sentido do artigo 143;
- d) proibir, inclusive de ofício, no todo ou em parte, o tratamento ilícito ou incorreto dos dados ou impor o bloqueio na forma do artigo 143, e adotar as outras medidas aplicáveis ao tratamento dos dados pessoais;
- e) promover a subscrição dos códigos na forma do artigo 12 e do artigo 139;
- f) apontar ao Parlamento e ao Governo a oportunidade de intervenções normativas demandadas pela necessidade de tutelar os direitos previstos no artigo 2, inclusive em seguida à evolução do setor respectivo;
- g) exarar pareceres nos casos previstos;
- h) promover a consciência entre o público da disciplina relevante em matéria de tratamento de dados pessoais e das respectivas finalidades, sem prejuízo das medidas de segurança dos dados;
- i) denunciar os fatos classificáveis como crimes que podem ser investigados de ofício que venha a conhecer no exercício das suas funções ou em razão delas;
- l) manter o registro dos tratamentos formado com base nas notificações de que trata o artigo 37;
- m) elaborar anualmente um relatório sobre a atividade desenvolvida e sobre o estado de efetividade do presente código que será transmitido ao Parlamento e ao Governo em 30 de abril do ano seguinte àquele a que se referir.

De forma similar, com atribuições análogas, há, em Portugal, a Comissão Nacional de Proteção de Dados – CNPD, criada em 1994 e atualmente regida pela Lei nº 43/2004.

Além do caso europeu, é digno de nota também o exemplo da Argentina, onde a Dirección Nacional de Protección de Datos Personales – PDP, prevista genericamente pelo artigo 29 da Lei nº 25.236/2000 como órgão descentralizado no âmbito do Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Foi estabelecida e denominada, efetivamente, pelo subsequente Decreto nº 1.558/2001 e está encarregada de funções semelhantes às de suas congêneres já vistas.

No Brasil, como já se mencionou, não há até a atualidade uma entidade administrativa com atribuições e competências análogas às das agências de outros países. Nem mesmo o Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais estabelece um órgão

de controle para exercer as funções mais importantes no controle da privacidade e do tratamento dos dados pessoais. O que há são órgãos dotados de poderes específicos, sem nenhum tipo de centralização da tarefa de zelar pela proteção de dados pessoais.

No que se refere à capacidade de observação do próprio Estado, por exemplo, ao menos na sua expressão mais típica, que é a atividade de inteligência<sup>210</sup>, o pouco controle existente cabe ao Poder Legislativo, que mantém uma Comissão Mista de Controle da Atividade de Inteligência<sup>211</sup>, constituída por membros das duas casas. A Comissão, em linhas gerais, está incumbida de fiscalizar as ações da Agência Brasileira de Inteligência - Abin, que, à sua vez, está vinculada formalmente ao Gabinete de Segurança Institucional.<sup>212</sup>

A Comissão de Controle da Atividade de Inteligência tem – ou deveria ter – um papel determinante no controle democrático. Integrada, como determina a Lei, por

---

<sup>210</sup> A Lei nº 9.883/99 define a inteligência como “[...] a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.” A definição da atividade é prolixa e, ainda assim, um tanto vaga; inapta, em última análise, para divisar com nitidez a atividade atribuída à Abin de outras destinadas a fornecer subsídios à ação governamental - como aquela que é função do IBGE, por um exemplo absurdo. É evidente, porém, que existe uma forte associação entre a ideia de inteligência, mesmo tal como contemplada na lei, a coleta de informações (i.e. “conhecimentos”) e a segurança nacional. Há também uma relação intuitiva entre a ideia de inteligência e a de sigilo, como se comentou acima. Não por acaso, o termo sigilo e seus derivados são repetidos nada menos que nove vezes nos quinze artigos da Lei nº 9.883/99. A própria ideia de “segurança da sociedade e do Estado”, que integra, segundo a Lei, a definição de inteligência, dialoga com o segredo, já que remete diretamente à única ressalva prevista na Constituição ao primado da transparência, conforme o inciso XXXIII do artigo 5º. A Lei nº 9.883/99, portanto, parece ter o cuidado de determinar à Abin que trabalhe exatamente no perigoso domínio aonde a luz não chega. A definição legal da atividade de inteligência, porém, deixa de caracterizá-la pelo traço que mais claramente a distingue das atividades investigativas desempenhadas pelas diferentes esferas da polícia judiciária, que é a *previêdade* da sua atuação.

<sup>211</sup> A questão do controle a ser exercido pelo Poder Legislativo marcou o debate mais interessante durante a tramitação do projeto, de iniciativa do Poder Executivo. A proposição aprovada na Câmara dos Deputados atribuía esse controle a uma Comissão Mista Permanente. O Senado emendou o projeto para deixar para regulamentação posterior o estabelecimento de um órgão de controle externo que seria integrado pelos líderes da maioria e da minoria em cada uma das casas, e também por outras lideranças. O então deputado federal José Genoíno diagnosticou, no retorno da proposição à Câmara, que “o aspecto mais débil e falho neste projeto é exatamente a falta de mecanismos de controle e fiscalização”. Propôs, sem sucesso, a derrubada da emenda do Senado e a previsão expressa na lei de uma comissão específica de perfil mais institucionalizado. (BRASIL. Congresso Nacional. Diário da Câmara dos Deputados, 18 de novembro de 1999. Brasília, DISTRITO FEDERAL, pp. 54972-3)

<sup>212</sup> Essa vinculação institucional ao GSI significou uma heterodoxa submissão de um órgão civil a outro de índole militar (CEPIK, M. *Regime Político e Sistema de Inteligência no Brasil: Legitimidade e Efetividade como Desafios Institucionais*, DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 1, 2005, pp. 67-113., esp. p. 84), o que pode estar ligado ao fato de que o estabelecimento da Abin se deu em um momento de aguda reflexão sobre o papel dos militares no novo regime, inclusive com a criação do Ministério da Defesa, que enfim submeteu as forças armadas ao comando civil (MARTINS FILHO, J. R. e ZIRKER, D. *Brazilian Military under Cardoso: Overcoming the Identity Crisis*. Journal of Interamerican Studies and World Affairs, Vol. 42, No. 3 (Autumn, 2000), pp. vi+143-170, Center for Latin American Studies at the University of Miami. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/166441>>. Acesso em 12 dez. 2016.2000, p. 148)

integrantes da maioria e da minoria das duas casas legislativas, acaba por reconhecer à inteligência um respaldo de atividade de Estado. Seu papel seria garantir que a inteligência não fosse usada como um mero instrumento de persecução política ou, quiçá, de coleta de dados para fins político-partidários.

Trata-se, portanto, de um instrumento essencial para a permanente adequação do Sistema Brasileiro de Inteligência ao ambiente republicano. É necessário, perquirir, porém, se a comissão está equipada de poderes suficientes para denunciar abusos ao público, ou se, como chegou a acontecer no caso americano, os congressistas envolvidos acabam atados por deveres de sigilo excessivos.

Atualmente, a Comissão é regulamentada pela Resolução nº 3/2013. Um avanço importante desse diploma é a previsão de reuniões mensais, o que pode ser significativo para alterar o marasmo reinante até então no órgão, que raramente se reunia. A Resolução, ao mesmo tempo em que determina a emissão de relatórios periódicos sobre a atividade de inteligência, estabelece também uma rigorosa política de segurança da informação.

O artigo 13, porém, fala em ao menos um relatório anual ostensivo a ser elaborado com base nas informações encaminhadas pelo Sisbin. Dele não poderá constar, contudo:

- I - informações que ponham em risco os interesses e a segurança nacionais e da sociedade e do Estado ou que violem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas;
- II - nomes de pessoas engajadas nas atividades de inteligência, contrainteligência ou salvaguarda de informações;
- III - métodos de inteligência empregados ou fontes de informação em que tais relatórios estão baseados;
- IV - o montante de recursos alocados e utilizados especificamente em cada atividade de inteligência, contrainteligência ou de salvaguarda de informações

Os termos amplos empregados na resolução são preocupantes. Em última análise, qualquer dado relacionado à ação na área de inteligência poderia, com algum grau

de má-vontade em trazê-lo a público, ser considerado como capaz de pôr em risco os interesses e a segurança nacional. Levando-se em consideração que a observância do dever de sigilo, pelos parlamentares, nesses casos, é um imperativo disciplinado na própria Resolução nº 3/2013,<sup>213</sup> e não uma opção, é considerável o risco de que informações importantes sobre os procedimentos e a agenda dos órgãos do Sisbin, e da Abin em especial, simplesmente não possam ser trazidas ao conhecimento do público.

Ainda mais grave, os métodos da inteligência (inciso III) e os montantes de recursos utilizados em cada atividade (inciso IV) seriam parâmetros essenciais para que a sociedade pudesse exercer um mínimo controle, ao menos procedimental e quantitativo, da atividade de inteligência, e, no entanto, ficaram sonegados dos relatórios previstos no Regimento Interno Provisório da CCAI. Quanto aos métodos, o déficit de transparência é sensível, justamente por conta do risco de vigamento de interpretações excessivamente restritivas aos direitos fundamentais e supressivas da competição política ínsita à manutenção do ambiente democrático.

### IV.3 Aprovação de lei específica

A aprovação de uma lei voltada especificamente para a disciplina da privacidade poderia trazer critérios mais claros para o intérprete, que hoje trabalha com parâmetros muito restritos que extrai aqui e ali dos poucos instrumentos normativos a tratar do tema. O advento da lei não poderá eliminar *a priori* os conflitos concretos entre a necessidade de resguardo e o interesse no acesso à informação. Ao aplicador convém, no entanto, contar com diretrizes mais precisas sobre os fundamentos e os limites dos direitos em jogo.<sup>214</sup> A privacidade mesma, por tudo o que se tem dito, está entre os pressupostos

---

<sup>213</sup> “Art. 14. § 1º Aos parlamentares que compõem a CCAI será atribuída a credencial máxima de segurança (grau ultrassecreto), respondendo os mesmos, legal e regimentalmente, pela violação do sigilo relacionado às suas funções.”

<sup>214</sup> HESSE está entre os que valorizam o papel do legislador na mediação de conflitos entre particulares que envolvem direitos fundamentais: “a interposição do legislador aparece como o caminho adequado para a tutela dos direitos fundamentais frente a lesões e perigos procedentes do âmbito não estatal. Assim a lei cumpre a sua tarefa clássica de delimitar a liberdade de uns frente à liberdade de outros. Tal tarefa deveria ser tomada a sério, inclusive quando podem existir também razões para preferir o seu deslocamento para a jurisprudência.” (*Op. cit.*, p. 66)

democráticos da mais alta relevância. Essa associação poderia ser afirmada normativamente, para que se colocasse em pauta sempre o interesse público por trás da preservação de níveis adequados de proteção de dados.

A sobrevinda da lei traria ainda, muito provavelmente, outros desdobramentos importantes. A codificação, sobretudo, ao pretender sistematizar o regime jurídico de um determinado direito, traz consigo muito simbolismo. É um exemplo da situação definida por MORAND: “quando fazer é dizer” (*quand faire c’est dire*)<sup>215</sup>. O esforço do Estado em preparar e fazer aprovar uma carta de direitos relacionados à privacidade transmite o significado social de que esses direitos passaram a ser priorizados de alguma forma. Trata-se, quando menos, de um sinal de que não se pretende tolerar a devassa indiscriminada, que o acesso estará sujeito a regras e a avaliações, isto é, que estará mais burocratizado.

Ainda como uma externalidade positiva da codificação, haveria um estímulo a mais ao surgimento de uma doutrina especializada, que principiaria por gravitar em torno da consolidação legal do regime, a exemplo do que aconteceu com tantos outros domínios jurídicos que foram alvo de uma lei específica, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Propriedade Industrial, a Lei de Lavagem de Dinheiro, e mais recentemente, a Lei Anticorrupção, entre outras. Erigir um marco legal tem ainda a vantagem de organizar discussões que são dantes dispersas, porque dispositivos pontuais passam a exercer a função de referência para os lados nas disputas de interesse; passam a sediá-las. Mesmo os eventuais pontos de omissão são claramente identificados pelo contraste, e eventuais ajustes, ainda que aditivos, são mais fáceis de se propor e de se refutar. Um encadeamento de ideias ocupa o entorno das normas.

A existência de uma lei, com toda a organização típica que enuncia princípios, delimita conceitos, determina procedimentos e garante direitos torna o assunto mais pronto para análise e discussão. Ao mesmo tempo, dá margens à formulação de teses que podem ser exploradas profissionalmente por advogados e procuradores. Criam-se, enfim, as

---

<sup>215</sup> MORAND refere, nesse ponto, à célebre formulação inversa de John L. Austin, “*quand dire, c’est faire*”. *Op. cit.*, p. 177

condições para a emergência de um campo particular de estudo e para o florescimento de um corpo de profissionais versados nesse domínio.

O direito comparado, em especial o europeu, aqui também é útil para trazer a luz algumas das vantagens da codificação. O Regulamento n° 43/2001, além de estabelecer uma série razoável de definições importantes, proíbe expressamente certas práticas, além de traçar condições para outras. A leitura conjugada garante alto grau de previsibilidade em relação que se pode e o que não se pode fazer em relação aos dados.

O artigo 2º, “b”, por ilustração, define o “tratamento de dados pessoais” ou simplesmente, o “tratamento”, como

(...) qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, divulgação ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição.

Então, mais à frente, o artigo 10º, primeiro parágrafo, divisa uma categoria de dados que não pode, em regra, ser objeto de tratamento: os “que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual.” No parágrafo seguinte passa a elencar as exceções à proibição geral. O intérprete, assim, consegue facilmente encontrar a regra aplicável ao caso. Ainda que a disciplina não seja a ideal - não oferece, por exemplo salvaguardas suficientes para a aferição do consentimento -, a proposição de mudanças é tarefa simples. Basta identificar no texto uma disposição a ser suprimida, alterada ou complementada.

#### IV.4. O PL nº 5.276/2016

No Brasil, tramita na Câmara, por iniciativa do Poder Executivo, o PL nº 5.276/2016, fruto do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais, uma tentativa de consolidar garantias e direitos do usuário em um único documento legal. A exemplo do que já acontecera com o Marco Civil da Internet, o documento resulta de uma consulta pública em uma plataforma *ad hoc* do sítio eletrônico do Ministério da Justiça, em que os interessados puderam comentar e fazer sugestões.<sup>216</sup>

Enviado com regime prioritário pelo Poder Executivo em maio de 2016, o projeto passou por uma audiência pública e finalmente foi apensado ao PL nº 4.060/2012, de autoria do Deputado Federal Milton Monti, e dotado de estrutura semelhante ao do anteprojeto do Ministério da Justiça, apesar de contar com uma riqueza de detalhes significativamente menor.

Da forma como proposto ao Legislativo, o PL .5276/16 mantém uma conformação muito próxima à regulamentação europeia, com estrutura topológica e conteúdo similares, inclusive quanto às suas insuficiências. De forma análoga à sua matriz, o anteprojeto oferece um rol de definições no seu início, além de especificar o seu âmbito de abrangência de forma detalhada. A seguir estabelece as hipóteses de tratamento, acompanhadas da respectiva disciplina, os direitos dos usuários, estabelece sanções e cria um órgão encarregado da fiscalização e ainda um conselho. Trata-se de um documento bem articulado e que, se aprovado, terá certamente o mérito de tornar mais metódico o exame dos casos que envolvem a privacidade.

A proposta arroga-se um campo compreensivo de aplicabilidade. Segundo o artigo 1º, tem o escopo de regular o tratamento de dados pessoais *por pessoa natural* ou *por pessoa jurídica de direito público* ou *privado*. Surpreendentemente, o artigo 4º, III, do projeto excetua do seu alcance, entre outros, o tratamento “realizado para fins exclusivos de

---

<sup>216</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais” – no que parece ser uma referência direta à atividade de inteligência, vista brevemente acima, e à polícia judiciária. O § 1º ainda prevê que, nessa hipótese, o tratamento “será regido por legislação específica, observados os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei”.

Trata-se de uma distinção atentatória à Constituição, que, nos dispositivos dedicados à privacidade, jamais excepcionou a sua aplicabilidade em relação a essas hipóteses. Consoante já se lembrou acima, não há muito como sustentar que essa falta de limites expressos signifique que o direito não possa ceder lugar a outro valor de envergadura constitucional. No entanto, se nem mesmo o constituinte pretendeu prever a segurança pública, a defesa nacional ou a segurança do Estado como barreiras apriorísticas, será inconstitucional que o legislador venha a traçar de antemão esses confins.

Ainda que se enxergue uma mera remissão à Lei nº 9.296/96, que, como visto acima, regulamenta a interceptação “de comunicações telefônicas” e “do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”, haverá problemas na disposição. Em primeiro lugar, porque o espaço deixado pelo anteprojeto é maior do que aquele de que se ocupa a Lei de Interceptações, destinada apenas aos casos de investigação criminal, em consonância, aliás, com a ressalva final do artigo 5º, XII, da Constituição Federal. Em segundo lugar, porque a só separação dos assuntos compromete a organicidade da disciplina da privacidade e favorece a impotência do eventual órgão de controle, que deveria estar dotado de uma autoridade nuclear nessa matéria.

É digna de atenção ainda a curiosa expressão empregada para descrever um desses limites ao âmbito de aplicação do anteprojeto. Não se sabe ao certo a que se pretendeu aludir com “segurança do Estado”. Aparentemente, a proposta prestigia uma espécie de interesse primário *do Estado brasileiro* em preservar a sua integridade, em detrimento da proteção de dados, e, por consequência, da segurança individual do cidadão. Esse seria um propósito também eivado de inconstitucionalidade já que a Constituição não contempla em seu conjunto de valores o Estado como titular de pretensões próprias contra o indivíduo. Deve o Estado zelar pela segurança *pública*, como determina o artigo 144, e não da sua própria, ainda menos em detrimento de um direito fundamental como é a privacidade.

Para lá da inconstitucionalidade patente, aliás, a manutenção dessas ressalvas comprometeria sensivelmente a utilidade da codificação. Não há nenhuma boa razão aparente para que a coleta e o tratamento de dados para fins de garantia da segurança pública sejam regulamentados por uma outra norma, a não ser a conveniência política de se apartar a discussão. Na essência, porém, a segurança não é senão o valor mais invocado usualmente para se relativizar a privacidade. Colocá-la como um aparte é criar uma via óbvia de escape para justificar eventuais abusos do poder público, que, como se viu, têm como pretexto, via de regra, garantir a integridade dos cidadãos.

Se o projeto conta com essa duvidosa ressalva logo no seu limiar, por outro lado, a criação de um órgão encarregado de zelar, em geral pela proteção de dados, ainda sem denominação no projeto é um dos seus maiores méritos. Entre suas atribuições estariam a de realizar auditorias, informar a população, promover estudos, regulamentar a divulgação das operações de tratamento, solicitar informações ao Poder Público, e estabelecer normas relacionadas, naturalmente, à privacidade e à proteção de dados.

A redação do projeto também dá margem a uma certa dúvida a respeito das atribuições desse órgão. Em vários dispositivos ao longo do texto, outorgam-se certas incumbências ao “órgão competente”. Não está claro, porém, se essas previsões se referem genericamente ao órgão que tiver competência para lidar com aquela situação específica, isto é, ao órgão competente do dia, ou se se trata de incumbências todas centralizadas no “órgão competente” a que se refere o artigo 53 do anteprojeto. Em algumas passagens, como as que se referem à transferência internacional de dados ou às normas complementares, é de se crer que o órgão competente só possa mesmo o órgão federal previsto na lei. Em outras, como a que obriga os órgãos do Poder Público a informar as hipóteses em que realizarem tratamento de dados pessoais (art. 24), o princípio federativo poderia ser invocado como um óbice a que a União, por lei ordinária, cominasse aos Estados e aos Municípios obrigações dessa natureza. É de cogitar que os entes federados criem seus próprios órgãos, analogamente ao que sucede na União Europeia, em que há a autoridade comunitária e há também a autoridade de cada Estado-membro.

O estatuto do órgão esboçado pelo artigo 52 também é bastante lacônico. Falta especificar mais claramente a sua natureza jurídica, a sua eventual vinculação com a Administração Federal, a forma de escolha do seu chefe, e, em especial, o regime jurídico da chefia (estabilidade e duração do mandato). Não há, portanto, um mínimo de garantia de que o órgão estará investido da independência necessária para levar a cabo uma missão tão conflitante com interesses poderosos. A propósito, o silêncio da lei pode até ser interpretado como um forte indício de que o órgão deverá integrar a administração direta, já que a instituição de uma autarquia dependeria de expressa disposição em lei. A confirmar-se tal situação, é muito pouco provável que a nova entidade seja capaz de atuar ativamente, pro exemplo, contra os interesses do governo federal.

Além da responsabilidade civil, regulada a partir do artigo 42, o anteprojeto descreve as sanções administrativas aplicáveis pelo “órgão competente” no artigo 52. Seja como for, só caracterizam mesmo penalidades as medidas previstas nos dois primeiros incisos do dispositivo (multa, simples ou diária, e publicização da infração). As demais medidas são providências administrativas destinadas a fazer cessar eventual infração sem necessariamente penalizar o infrator. A respeito da multa também não há muitos parâmetros quantitativos que permitam antever o real poder dissuasivo que a ameaça de sanção poderá render.

A principal falha do anteprojeto é que, assim como acontece com a sua inspiração europeia, erige-se sobre o mito do consentimento como parâmetro para permissão da devassa nos dados de terceiros. O artigo 7º, no seu inciso I, até tenta qualificar esse consentimento com maior grau de exigência que o Regulamento CE 45/2001. Enquanto, na Comunidade Europeia há que ser apenas inequívoco, pelo anteprojeto, esse consentimento teria que ser também livre e informado. Se parece sofisticada a demanda de prévia informação ao usuário – afinal só se pode consentir ao que é perguntado –, na prática, há aí uma garantia de que toda a destinação do dado seja expressamente consentida<sup>217</sup>.

O requisito de que seja livre o consentimento igualmente parece oportuno, porque cria as condições para que se fiscalize se é solicitado ao usuário de forma

---

<sup>217</sup> O § 5º do artigo 9º corrobora essa avaliação ao estabelecer que “o consentimento deverá se referir a finalidades determinadas, sendo nulas as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais.”

predirecionada pelo interessado. A liberdade do usuário de consentir não se exaure na exigência de que se o faça em cláusula destacada das demais, consubstanciada no § 1º do artigo 9º do projeto. Há que se verificar, por exemplo, se o acesso a bens essenciais não foi condicionado ao prévio consentimento, porque, se o foi, ter-se-á então uma causa de nulidade. De qualquer forma, o projeto não ignora o problema das condições abusivas e oferece uma possível solução. Segundo o § 4º do artigo 8º:

Quando o consentimento para o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre tal fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer controle sobre o tratamento dos dados.

Além desse regime um pouco mais rígido de aferição do consentimento, o projeto pretende atribuir aos dados chamados de sensíveis<sup>218</sup> um grau a mais de proteção. São exatamente os dados que têm relevância política. Para consentir com a sua recolha, o usuário deve fazê-lo não apenas de forma livre, inequívoca e informada mas também de modo expresso e específico, mediante manifestação independente. A eficiência desse aceite segmentado, porém, é questionável, já que valem aqui os mesmos problemas que afetam a expressão do consentimento para os dados em geral.

Mesmo, porém, com as salvaguardas estabelecidas no projeto, que não são poucas, alçar a concordância individual do usuário a via de acesso a dados multitudinários não parece a melhor solução, especialmente nos dados chamados de sensíveis. Ainda que usuários, pensando nas consequências individuais dessa decisão, considerem tolerável ceder dados sobre, por exemplo, suas opiniões políticas, o efeito coletivo pode ser nefasto. É discutível, portanto, se essa decisão deve ser atomizada, conforme já se discutiu em capítulo próprio deste trabalho. A vontade do indivíduo a que o dado corresponde não é a chave mais adequada para transpor

---

<sup>218</sup> Na definição do artigo 5º, inciso III, dados sensíveis são os “dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual e dados genéticos ou biométricos.”

## CONCLUSÃO

A Constituição brasileira, em várias de suas passagens, revela uma preocupação com a proteção de uma esfera de resguardo do cidadão contra a intromissão alheia. Esse espectro de dispositivos compreende desde o direito ao sigilo de correspondência até o direito ao voto secreto. Pode-se identificar, servindo como substrato único para essa variedade de pontos de eclosão da privacidade, uma espécie de rizoma comum, que contempla, entre outros aspectos, uma evidente razão de ordem pública: a proteção contra uma vigilância capaz de descalibrar o equilíbrio mínimo de poder na sociedade. Trata-se, por consequência, de um eixo que se irradia em direitos de renúncia excepcional e em obrigações dos poderes públicos e dos agentes privados.

O reconhecimento dessa raiz comum, subentendida no conjunto do texto constitucional, leva a que se confira uma interpretação ampliativa e integrativa desses vários dispositivos à luz das novas possibilidades de interação social trazidas pela internet poucos anos depois do advento da Constituição de 1988. A atuação do Estado na preservação de níveis mínimos de privacidade, à revelia muitas vezes das vontades individuais dos indivíduos, não é uma simples questão política, mas uma injunção do constituinte, que é, antes de tudo, um limitador do poder do Estado. O legislador do dia não deve admitir temperamentos capazes de afetar o equilíbrio de poder.

Se é proibido o voto aberto, também o são as iniciativas tendentes a captar opiniões políticas em larga escala. O constituinte, em 1988, ocupou-se de proteger o interesse coletivo na preservação do sigilo do momento de votação. Instituiu por isso o voto secreto como cláusula pétrea. Naquele momento, não era possível antever que sistemas computacionais fossem capazes de emitir cadastros sensíveis, como o de pessoas que compareceram a um protesto, manifestaram suas preferências sexuais ou leram algum livro eletrônico identificado com uma determinada ideologia. O princípio, portanto, subjacente à garantia do voto secreto determina a proibição constitucional, até os nossos dias, de semelhantes cadastramentos.

Por essa razão, como visto, o consentimento do indivíduo diretamente impactado tem sérias limitações como critérios para autorizar o acesso a dados e o seu

posterior tratamento. A falta de informações sobre o uso desses dados e, mais do que isso, a própria ideia de que essas escolhas sejam feitas segundo critérios individualistas oferecem uma ameaça a que a decisão de permitir a recolha e o tratamento de dados não leve em conta as diversas implicações políticas dessa permissão para a coletividade. Segue firme, porém, a noção, inspirada no direito privado, de que cabe ao indivíduo precipuamente decidir pela abertura de seus dados pessoais, na contramão da cogência que é característica das liberdades públicas.

Essa exacerbação da importância do consenso, naturalmente, é agravada nas relações entre particulares. O Estado pode oferecer poucas contrapartidas em troca do acesso às informações pessoais do indivíduo. As vantagens que grandes empresas de tecnologia têm em oferta variam imensamente: de descontos em mercadorias à conveniência do uso de um serviço digital qualquer e até à possibilidade de se vincular a um sistema de mensagens instantâneas utilizado pela quase totalidade dos indivíduos. A gama de facilidades oferecidas a troco de informações sobre si próprio não encontra limites. Há um mercado ávido por esse tipo de dado para usos os mais diversos. Do outro lado dessa relação, sem que possam discernir adequadamente o valor social da privacidade, os indivíduos entregam seus atributos sociais e pessoais a quem lhes quiser.

Mais do que qualquer outra medida, portanto, o mais adequado é a instituição de uma autoridade independente capaz de levar adiante a política de privacidade delineada na Constituição e atualizada pelo intérprete constitucional e a promulgação de uma lei com propósito de servir como referência imediata quanto à disciplina da privacidade. O Projeto de Lei de Proteção de Dados pessoais, hoje em trâmite na Câmara dos Deputados, é um passo em ambas as direções. Está sujeito, porém, a críticas, como a de que não outorga a autonomia necessária ao órgão previsto de zelar pela proteção de dados e, no que se refere à regulação do direito, valer-se do consentimento quase sempre como uma chave de acesso a informações de índole pessoal, inclusive os dados denominados sensíveis. Além disso, excepciona o Poder Público das suas normas nos casos em que esteja atuando no resguardo à segurança.

O Projeto, apesar de qualquer possível impropriedade, seria um avanço, sobretudo, porque exerceria, no mínimo, a função de “*locus*” de discussões para o aprimoramento da proteção à privacidade. Qual um museu de arte moderna que se inaugura

com um acervo infeliz, há muitas previsões controversas no projeto, além de outras tantas muito indesejáveis, mas tem-se ao menos a ideia e a estrutura, de modo que ajustes posteriores de conteúdo devem ser bem-vindos se tiverem legitimidade democrática.

A proteção de dados hoje é a grande trincheira da luta pela limitação ao poder econômico e político. O fato de a tecnologia não ter nesse exato momento chegado a um nível que permita traçar perfis mentais dos cidadãos não chega a ser um alento. Vale aqui a ilustração de um interessante dito popular francês trazido no relatório ‘The Limits of Growth’<sup>219</sup> para alertar para o risco de uma situação sem saída quanto à degradação ambiental. Segundo o provérbio, em um lago fictício, dobra diariamente de tamanho uma pequenina flor-de-lis. Calcula-se que, nesse ritmo, ainda restam vários dias para que a planta cubra todo o lago. Assim, como a planta demora a ocupar parte significativa do lago, posterga-se ao máximo o dia da poda. O problema é que, quando a planta tiver coberto metade da água, só se terá um dia para salvar o lago e as formas de vida que o habitam.

Se, no caso do meio ambiente, o que está em jogo é a existência de condições materiais mínimas para a preservação da sociedade, no caso da proteção de dados o risco ameaça um bem não menos precioso, que é a liberdade dos indivíduos. Assim como a flor de lis cresce a cada dia diante dos nossos olhos sem que nos demos conta do risco da irreversibilidade, engatilham-se ao nosso redor instâncias de controle sempre mais numerosas e abrangentes. O sigilo bancário, por exemplo, já é assunto para a história do direito. O problema da privacidade tem sido tratado ainda com algum grau de distanciamento, como se fosse uma mera abstração sem sentido prático, apesar das assíduas evidências de que a vigilância à nossa volta se endurece.

---

<sup>219</sup> MEADOWS, D. H. *et al.*. *The Limits of Growth*. New York : Universe Books, 1972, p. 29.

## BIBLIOGRAFIA

- ACQUISTI, A.; GROSSKLAGS, J.. *Privacy and rationality in individual decision making*. IEEE Security And Privacy Magazine, [s.l.], v. 3, n. 1, p.26-33, jan. 2005. Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE). <http://dx.doi.org/10.1109/msp.2005.22>
- AGRA, W. M. *Comentários ao Art. 5º, LXXII*. In: CANOTILHO, J. J. G. *et. al* (coord.). *Op. cit.*, pp. 486-7
- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do. *20 anos da constituição brasileira de 1988: A constituição foi capaz de limitar o poder?* In: MORAES, A. *Os 20 anos da constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 125-138.
- ANGOLA. Constituição de 5 de fevereiro de 2010. *Constituição da República de Angola*.
- ARENDT, H. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Tradução de Celso Lafer..
- ARGENTINA. Ley nº 25.326, de 30 de outubro de 2000. *Ley de Proteccion de los datos personales*. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2016.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 1.558, de 29 de novembro de 2001. *Decreto de Proteccion de Los Datos Personales*. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70368/norma.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2016.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ASSIS BRASIL, J. F. de . *Democracia representativa do voto e do modo de votar*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931
- BARBOSA, R. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932.
- BASTOS, C.; MARTINS, I. G. da S. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BAUMAN, Z.; LYON, D. *Vigilância Líquida: 1*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- BIGNAMI, F. E. *Privacy and Law Enforcement in the European Union: the Data Retention Directive*. In: *Chicago Journal of International Law* 233-255, 2007. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1602](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1602)>. Acesso em: 13 junho 2016
- BLOUSTEIN, E. J. *Individual & Group Privacy*. Herndon (EUA): Transactional Publishers, 1978.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 31. Ed. São Paulo: Malheiros. Paulo, 2016.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.276, de 2016*. Projeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DISTRITO FEDERAL.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Diário da Câmara dos Deputados*, 18 de novembro de 1999. Brasília, DISTRITO FEDERAL.

\_\_\_\_\_. Congresso. Senado Federal. *Resolução do Congresso Nacional nº 02, de 22 de novembro de 2013*. Brasília, DISTRITO FEDERAL. DOU, 25 nov. 2013

\_\_\_\_\_. Constituição de 25 de março de 1824. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 22 abr. 1824.

\_\_\_\_\_. Constituição de 24 de fevereiro de 1891. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. DOU, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891.

\_\_\_\_\_. Constituição de 16 de julho de 1934. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. DOU, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934.

\_\_\_\_\_. Constituição de 10 de novembro de 1937. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. DOU, Rio de Janeiro, 10 jan. 1937.

\_\_\_\_\_. Constituição de 18 de setembro de 1946. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. DOU, 19 set. 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição de 24 de janeiro de 1967. *Constituição da República Federativa do Brasil*. DOU, Brasília, 24 jan. 1967.

\_\_\_\_\_. Constituição de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. DOU, Brasília, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932*. Código Eleitoral de 1932. Rio de Janeiro. DOU, 26 fev. 1932.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.737, de 15 de junho de 1965*. Código Eleitoral de 1965. Brasília, DISTRITO FEDERAL. DOU, 19 jul. 1965.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Brasília, DISTRITO FEDERAL. DOU, 25 jul. 1996.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Brasília, DISTRITO FEDERAL. DOU, 01 out. 1997

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999*. Brasília, DISTRITO FEDERAL. DOU, 8 dez. 1999.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Brasília, DISTRITO FEDERAL. DOU, 5 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. “Marco Civil da Internet”. Brasília, DISTRITO FEDERAL. DOU, 24 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001*. Brasília, DISTRITO FEDERAL. DOU, 11 fev. 2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 24 de fevereiro de 2016. Diário de Justiça. Brasília, 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 10 de junho de 2015. Diário de Justiça. Brasília, 01 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança nº 21.279*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 05 de outubro de 1995. Diário de Justiça. Brasília, 19 out. 2001

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Petição nº 577*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 25 de março de 1992. Diário de Justiça. Brasília, 23 abr. 1993.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 418.416*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 10 de maio de 2006. Diário de Justiça. Brasília, 19 dez. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso em Habeas Data nº 22*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 19 de setembro de 1991. Diário de Justiça. Brasília, 01 set. 1995

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso em Mandado de Segurança nº 24.617*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 17 de maio de 2005. Diário de Justiça. Brasília, 10 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial Eleitoral nº 227-23.2012.6.20.0060*. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 18 de fevereiro de 2015. DJE, 23 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo de Instrumento nº 772.955*. Relatora: Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 04 de fevereiro de 2016. DJE-TSE, 11 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Representação nº 167.419*. Relator: Ministro Antônio Heman de Vasconcellos e Benjamin. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 11 de dezembro de 2014. Mural, 14 dez. 2014, 18:00.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Resolução nº 23.458, de 15 de dezembro de 2015*. Brasília, DISTRITO FEDERAL, DJE-TSE nº 243, 24 dez. 2015. Republicado no DJE-TSE nº 157, 16 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Resolução nº 23.390, de 21 de maio de 2013*. Brasília, DISTRITO FEDERAL, DJE-TSE nº 123, 2 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Resolução nº 23.450*, de 10 de novembro de 2015. Brasília, DISTRITO FEDERAL. DJE-TSE nº 229, 3 dez. 2015.

BURDEAU, G. *A Democracia: Ensaio sintético*. 3. Ed.. Tradução de. Paulo Antonio dos Anjos. Lisboa: Publicações Europa-América, 1975.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_; *et. al.*, *Comentários à Constituição*. Editora Saraiva, 1ª Edição, 2013.

CASTELLS, M. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999

CAVALCANTI, J. B. U. *Constituição Federal Brasileira*: ed. Fac. Similar. Comentários. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial. 2002.

CEPIK, M. *Regime Político e Sistema de Inteligência no Brasil: Legitimidade e Efetividade como Desafios Institucionais*, DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 1, 2005, pp. 67-113.

CLEVELAND, H. *Government is Information: But Not Vice Versa*. 46 Pub. Admin. Rev. 605, 605, 1986.

COMUNIDADE EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Diretiva 95/46*, de 24 de outubro de 1995. Jornal Oficial das Comunidades Europeias (L), 23 nov. 1995.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Regulamento nº 45*, de 18 de dezembro de 2000. Jornal Oficial das Comunidades Europeias (L), 12 jan. 2001.

CONSULTOR JURÍDICO. *CNJ investiga se juiz que bloqueou WhatsApp cometeu abuso de autoridade*. Consultor Jurídico, São Paulo, 03 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-03/cnj-abre-investigacao-conduta-juiz-bloqueou-whatsapp>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

COSTA JUNIOR, P. J. da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

ECO, U. *Quale privacy?*. Comunicação realizada na 22ª Conferência Internacional “One World, One Privacy”, em Veneza, 28 a 30/09/2000. Disponível em: <[www.privacy.it/eco20000928.html](http://www.privacy.it/eco20000928.html)>. Acesso em 12 dez. 2016.

EGITO. Constituição de 18 de janeiro de 2014. *Constituição da República Árabe do Egito*. Cairo. Disponível em: <<http://www.sis.gov.eg/Newvr/Dustor-en001.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Katz vs. United States*, 18 de dezembro de 1967, 389 U.S. 347 (1967). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Appeal from the Supreme Court of Errors of Connecticut. *Griswold vs. Connecticut*, 7 de junho de 1965, 381 U.S. 479 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Olmstead vs. United States*, 4 de junho de 1928, 277 U.S. 438 (1928). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Appeal from the Supreme Court of New Hampshire. *Sweezy vs. New Hampshire*, 17 de junho de 1957, 354 U.S. 234 (1957).. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/234/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Appeal from the United States District Court for the Southern District of New York. *Whalen vs. Roe*, 22 de fevereiro de 1977, 429 U.S. 589 (1977).. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/589/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Appeal from the United States District Court for the District of Columbia. *Nixon vs. Administrator of General Services*, 28 de junho de 1977, 433 U.S. 425 (1977). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/425/case.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *National Aeronautics and Space Administration et al. vs. Nelson et al.*, 19 de janeiro de 2011, 562 U.S. (2011). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/09-530/>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Certiorari to the Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division One. *Riley vs. California*, 25 de junho de 2014, 573 U.S. (2014). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/13-132/>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Corte Distrital de Columbia. *Dale B. Menard vs. John Mitchell et. al.*, 15 de junho de 1971, 328 F. Supp 718 (1971). Disponível em: <<https://www.ravellaw.com/opinions/d3f29650a7a8d7f42d8558b00cf96ecb>>. Acesso em 12 dez. 2016.

FAYT, C. *Sufragio y Representacion Politica*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1963.

FERNANDES, M. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Sao Paulo, Sao Paulo, v.88, p.439-59, jan./dez. 1993

\_\_\_\_\_. *O trust no direito brasileiro: o acolhimento de institutos pertencentes a sistemas jurídicos diferentes com base no art. 4º, III, da Constituição Federal.* In: CICCIO FILHO, Alceu José; VELLOSO, Ana Flávia Penna; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (org). *Direito internacional na Constituição: estudos em homenagem a Francisco Rezek.* São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 679-693.

FERREIRA FILHO, M. G. *A democracia no limiar do século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2001

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais.* 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FOLHA DE S. PAULO. *Como os EUA usam tecnologia para minar mais dados mais rapidamente.* RISEN, J; LICHTBLAU, E. Caderno TEC. Publicado em 18 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2013/06/1295398-como-os-eua-usam-tecnologia-para-minar-mais-dados-mais-rapidamente.shtml>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Eleitor é preso por fazer selfie em urna em SP: Estado tem oito detenções.* FERREIRA, F. Caderno Eleições 2014. Publicado em 26 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1538688-eleitor-e-preso-por-fazer-selfie-em-urna-em-sp-estado-tem-oito-detencoes.shtml>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *EUA acessaram dados de Google, Facebook, Microsoft e Apple no exterior.* Mundo. Publicado em 7 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/06/1291256-eua-acessaram-dados-de-empresas-de-internet-dizem-jornais.shtml>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *WhatsApp é bloqueado no Brasil após decisão judicial.* Mercado. Publicado em 19 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/07/1793221-whatsapp-comeca-a-ser-bloqueado-no-brasil-apos-decisao-judicial.shtml>>. Acesso em 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *WhatsApp diz ter 38 milhões de usuários no Brasil.* DIAS, R. Caderno TEC. Publicado em 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/02/1418158-whatsapp-diz-ter-38-milhoes-de-usuarios-no-brasil.shtml>>. Acesso em 12 dez. 2016.

FRANÇA. *Código Penal de 25 de setembro de 1791.* Disponível em: <[http://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_25\\_09\\_1791.htm](http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm)>. Acesso em 12. dez. 2016.

G1. *Candidatos usam 'WhatsApp' para fazer propaganda eleitoral.* Eleições 2014. Publicado em 3 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/eleicoes/2014/noticia/2014/10/candidatos-usam-whatsapp-para-fazer-propaganda-eleitoral.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.

GOOGLE. *Google Transparency Report.* Documento eletrônico. Disponível em <<https://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/countries/?p=2015-12>> . Acesso em 13 dez. 2016.

HENRIQUE, J. *Lei Aquilia*. Porto Alegre: S.N., 1939.

HESSE, K. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madri: Civitas Ediciones, 2001.

HORBACH, C. B. *O Poder Executivo na Democracia Contemporânea: Liberdade em Tempos de Crise*. In: HORBACH, C.B. *et. al.* *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 121-154.

HOUAISS, A. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

IDNOW. *Eleições: Selfie na urna causa polêmica na web e pode render punição*. MAZETTO, L. Publicado em 06 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://idgnow.com.br/mobilidade/2014/10/06/eleicoes-selfie-na-urna-causa-polemica-na-web-e-pode-render-punicao/>>. Acesso em 12 dez. 2016.

ITALIA, V. *Libertà e segretezza dela corrispondenza e delle comunicazioni*. Mião: Giuffrè, 1963.

ITÁLIA. *Lei nº 675*, de 31 de dezembro de 1996. Roma.

\_\_\_\_\_. *Decreto-legislativo nº 196*, de 30 de junho de 2003. “Codice in Materia de Protezione dei Dati Personali”. Roma.

\_\_\_\_\_. Stefano Rodotà. *Autorità Garante della Privacy. Sicurezza e tutela della privacy*: Newsletter 17-23 de setembro. Roma, 2001.

JABUR, G. H.. *A dignidade e o rompimento da privacidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. *Direito à privacidade*. Aparecida-SP: Ideias & Letras, 2005. pp. 85-106

JOHN, L., ACQUISTI, A., LOEWENSTEIN, G. *The Best of Strangers: Context Dependent Willingness to Divulge Personal Information*, SSRN Electronic Journal 07/2009; DOI: 10.2139/ssrn.1430482.

KREISS, D. *Yes We Can (Profile You): A Brief Primer on Campaigns and Political Data*, 64 *Stan. L. Rev. Online* 70, Fevereiro 2, 2012.

LAZER, D., *et. al.* *The Parable of Google Flu: Traps in Big Data Analysis*, *Science* 14 March 2014: Vol. 343 no. 6176 pp. 1203-1205 DOI: 10.1126/science.1248506, Disponível em: <http://gking.harvard.edu/files/gking/files/0314policyforumff.pdf>. Acesso em 22 dez. 2016.

LE MONDE. *La France, précieux partenaire de l'espionnage de la NSA*. FOLLOROU, J. *Technologies*. Publicado em 29 de novembro de 2013. Disponível em: <[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/11/29/la-france-precieux-partenaire-de-l-espionnage-de-la-nsa\\_3522653\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/11/29/la-france-precieux-partenaire-de-l-espionnage-de-la-nsa_3522653_651865.html)>. Acesso em 12 dez. 2016.

LEONARDI, M. *Tutela da Privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVER, A. *Privacy and Democracy: What the Secret Ballot Reveals*. Law, Culture and Humanities, 2015, Vol. II (2), 164-183

LOEWENSTEIN, K. *Teoria de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Editorial Ariel, 1964.

LURASCHI, G. *Sull'introduzione del voto segreto nella Roma repubblicana*. Index: Quadernio Camerti di Studi Romanistici. Napoli, n. 29, 2001. p. 185-198.

MARTINS FILHO, J. R. e ZIRKER, D. *Brazilian Military under Cardoso: Overcoming the Identity Crisis*. Journal of Interamerican Studies and World Affairs, Vol. 42, No. 3 (Autumn, 2000), pp. vi+143-170, Center for Latin American Studies at the University of Miami. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/166441>>. Acesso em 12 dez. 2016.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEADOWS, D. H. et al.. *The Limits of Growth*. New York : Universe Books, 1972.

MENDES, G. F. BRANCO, P. G. *Curso de Direito Constitucional*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MILL, J. S. *Considerations on Representative Government*. Nova York: Harper & Brothers, 1862.

MILTON, A. *A Constituição do Brazil: Notícia histórica, texto e comentário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

MINIODIS, C. *Moving from Nixon to NASA: Privacy's Second Strand. A Right to Informational Privay*. 15 Yale J. L. & Tech. 139 (2012).

MORAES, A. de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAND, C. *Le Droit Neo Moderne des Politiques Publiques*. Paris: LGDJ, 1999.

MOROSOV, E. *To Save Everything, Click Here*. Londres: Pearson, 2013.

O GLOBO. *Petrobras foi alvo de espionagem do governo americano*. Publicado em 09 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/petrobras-foi-alvo-de-espionagem-do-governo-americano-9877320>>. Acesso em 13 dez. 2016.

O ESTADO DE S. PAULO. *Juiz manda desbloquear WhatsApp da 7.ª Vara Federal em SP*. MACEDO. F. Publicado em 3 de maio de 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiz-manda-desbloquear-whatsapp-da-7-a-vara-federal-em-sp/>>. Acesso em 13 dez. 2016.

OPERA MUNDI. *Redes sociais foram o combustível para as revoluções no mundo árabe*. BORGES, T. Publicado em 04 de janeiro de 2012. Disponível em <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/18943/redes+sociais+foram+o+combustivel+para+as+revolucoes+no+mundo+arabe.shtml>>. Acesso em 12 dez. 2016.

PAIVA, F. *Panorama Mobile Time/Opinion Box – Mensageria no Brasil*. Relatório eletrônico. Fevereiro de 2016. Disponível em <[http://pesquisamensageria.instapage.com/?\\_ga=1.3595568.1810463505.1482950497](http://pesquisamensageria.instapage.com/?_ga=1.3595568.1810463505.1482950497)>. Acesso em 13 dez. 2016.

PERINAN, B. *The Origin of Privacy as a Legal Value: A Reflection on Roman and English Law*. In: American Journal of Legal History. (2012) 52 (2): 183-201. Publicado em 1º de abril de 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1093/ajlh/52.2.183>.

PERSON, H. *Des Lettres missives: propriété, inviolabilité, preuves*. Paris, 1910. Tese (doutorado). Universidade de Paris.

PIEROTH, B.; SCHLINK, B. *Direitos Fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. Saraiva: São Paulo, 2012.

PIMENTA BUENO, J. A. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio De Janeiro: Imprensa Nacional, 1958

PINELLI, C. *Secret tu vote et apprentissage de la démocratie: les débats et la pratique italienne entre 1848 et 1912*. Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris, n. 46. abr/jun 2001. Pp. 288-299

PONTES DE MIRANDA, F. C.. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Tomo II, Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1937, p. 147

PORTUGAL. Lei nº 43, de 18 de agosto de 2004. Lei de organização e funcionamento da Comissão Nacional de Protecção de Dados. Diário da República – I Série Na ° 194, 18 ago. 2004..

RASMUSEN, E. *Games and information: an introduction to game theory*. 4. Ed. Nova Jersey: Wiley-Blackwell, 2006.

RODOTÀ, S. *A Vida na Sociedade da Vigilância: a Privacidade Hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUX, A. *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat les particuliers et [sic]*. Paris: Economica, 1983.

RUBIO, D. F. *El Derecho a la Intimidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982.

RUIZ, F. *Voto secreto vs. encuesta electoral*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n.50, out /dez. 2012, pp. 91-112.

SAMPAIO, J. A. L. *Comentários ao Art 5º, X*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. Atlas, São Paulo, 2013. pp, 276-285.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

SARTORETTI, C. *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale: Riflessioni sul modello francese*. Turim: C. Giappichelli Editore, 2008

SILVA, J. A. da. *Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, R. M. *As redes sociais e a revolução em tempo real: o caso do Egito*. Monografia de conclusão de curso. UFRGS, 2011. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/37496/000820279.pdf?sequence=1>> Acesso em 20/05/2015.

SILVA, V. A. da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, V. A. (org.), *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143

SILVA ARAÚJO, M. S., COSTA, L., OLIVEIRA NUNES, V. Q. *Internet no Brasil e o regime jurídico de responsabilidade do Projeto de Lei nº 2.126/01: Comentários sobre o Marco Civil da Internet*. Nota técnica encaminhada ao Coordenador da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, Brasília e São Paulo, 13/09/2012. Disponível em: <<http://www.direitodainformatica.com.br/wp-content/uploads/2013/04/Comentarios-ao-Marco-Civil.pdf>> Acesso em 12 dez. 2016.

SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE TUTELA DELLA RISERVATEZZA: *Congresso, Grand Hotel des Îles Borromées*, Stresa, 16-17 de maio de 1997. Milão: Giuffrè, 1998.

SOLOVE, D. J. *Understanding Privacy*. Kindle Edition. Boston: Harvard University Press, 2008.

SPIEKERMANN, S. et al. *Personal data markets*. *Electronic Markets*, [s.l.], v. 25, n. 2, p.91-93, 30 abr. 2015. Springer Nature. <http://dx.doi.org/10.1007/s12525-015-0190-1>.

\_\_\_\_\_. *The challenges of personal data markets and privacy*. *Electronic Markets*, [s.l.], v. 25, n. 2, p.161-167, 29 abr. 2015. Springer Nature. <http://dx.doi.org/10.1007/s12525-015-0191-0>.

STRECK, L. L.. *Comentários ao Art. 5º, XII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (org) *Comentários à Constituição do Brasil*. Atlas, São Paulo, 2013, pp. 290-5.

TAVARES, V. B. A. *O Papel das Redes Sociais na Primavera Árabe de 2011: Implicações para a ordem internacional*. Mundorama. Brasília, 06 nov. 2012. Política Internacional. Disponível em: <<http://www.mundorama.net/2012/11/06/o-papel-das-redes-sociais-na-primavera-arabe-de-2011-implicacoes-para-a-ordem-internacional-por-viviane-brunelly-araujo-tavares/>>. Acesso em: 10 mai. 2016

TENE, O., POLENETSKY, J. *A Theory of Creepy: Technology, Privacy and Shifting Social Norms*, 16 Yale J. L. & Tech 59, 2013.

THE INTERCEPT. *Microsoft Pitches Technology That Can Read Facial Expressions at Political Rallies*. EMMONS, A. Publicado em 4 de Agosto de 2016. Disponível em <<https://theintercept.com/2016/08/04/microsoft-pitches-technology-that-can-read-facial-expressions-at-political-rallies/>>. Acesso em 12 dez. 2016.

THE NEW YORK TIMES. *Tracking Voters' Clicks Online to Try to Sway Them*, SINGER, N., DUHIGG, C. Publicado em 27 de outubro de 2012. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2012/10/28/us/politics/tracking-clicks-online-to-try-to-sway-voters.html?\\_r=2](http://www.nytimes.com/2012/10/28/us/politics/tracking-clicks-online-to-try-to-sway-voters.html?_r=2)>. Acesso em 12 dez. 2016.

THOMPSON, M. *Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012

TOMÉ, H. C.. *Vida privada y datos personales*. Madri: Edictorial Tecnos, 2000.

VALOR ECONOMICO. *Zuckemberg critica bloqueio do Whatsapp no Brasil*. Empresas. 17 de dezembro de 2015. Disponível em <<http://www.valor.com.br/empresas/4361686/zuckerberg-critica-bloqueio-do-whatsapp-no-brasil>> . Acesso em 12 dez. 2016.

VIGNALI, C. *Consenso dell'interessato*. In: FRANCESCHELLI, Vincenzo. *La tutela dela privacy informática*. Milão: Giuffré, 1998

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D.. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, [s.l.], v. 4, n. 5, p.193-220, 15 de dezembro de 1890. JSTOR. <http://dx.doi.org/10.2307/1321160>.

WESTIN, A. *Privacy and Freedom*. Londres: The Bodley Head Ltd, 1967.

WIRED. *One Billion People Now Use Whatsapp*. METZ, C. Business. 2 de janeiro de 2016. Disponível em <<https://www.wired.com/2016/02/one-billion-people-now-use-whatsapp/>>. Acesso em 12 dez. 2016.

YAKOBSON, A. *Secret Ballot and Its Effects in the Late Roman Republic*. Hermes 123. Bd., H. 4 (1995), pp. 426-442