

Jus Scriptum

EDITORIAL

Última edição para um novo começo

Last edit for a fresh start

Cláudio Cardona

ARTIGOS

OMC: Governança Global e Legitimidade

WTO: Global Governance and Legitimacy

Pedro Carneiro Sales

A interceptação telefônica no ordenamento jurídico brasileiro:
análise da medida sob a ótica do caso Escher e outros vs. Brasi

*Telephone interception in the Brazilian legal system: analysis of the injunction from the
perspective of the Escher case and others vs. Brazil*

André Rocha Sampaio e Jéssica Alessandra Araújo Ferreira Leão

Democracia em crise na sociedade da informação

Democracy in Crisis in the Information Society

Ana Claudia Sousa de Campos

Efetividade da tutela dos direitos de personalidade no processo
informacional: da privacidade aos desafios da proteção de dados

*Effectiveness of the protection of personality rights in the informational process: from
privacy to data protection challenges*

Carolina da Rosa Roncatto

Aos 45: o direito constitucional à proteção de dados no Brasil e em
Portugal

At 45: the constitutional provision of data protection right in Brazil and Portugal

João Ricardo Bet Viegas

Revista Jurídica
NELB

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 16 • Volume 6 • Número 3
out./dez. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

Leandra Freitas, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Iago Leal, Diretor Científico do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca

Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA
Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorinho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre Silveira
Gabriel Teixeira

Revista Jurídica
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro

Fundado em 07/06/2001

Diretoria do Biênio 2021/22

DIREÇÃO GERAL

Diretoria Executiva

Dra. Camila Henriques, Presidente de Direção;
Dra. Joice Bernardo, Secretária Executiva;
Dr. Rodrigo David, Tesoureiro;

Secretarias especiais da Presidência:

Dra. Camila Henriques, Secretária Especial
de administração de Conflitos e Apoio à Diversidade
(SEACAD)

Mylla Purcinelli, Secretária Especial de Licen-
ciatura (SEL)

Dr. Caio Brilhante, Secretário Especial do Meio
Ambiente (SEMA)

Dr. Filipe Vigo, Secretário Especial de Mestrados,
Doutoramentos e Empregabilidade (SEMDE)

Assessores da Secretaria Executiva:

Dra. Mariana Harz
Dra. Ana Paula Afonso

Diretoria Científica

Iago Leal, Diretor

Dr. Paulo Rodrigues, Diretor

João Villça, Adjunto

Dr. Matheus Spegiorin, Adjunto

Theodora Simões, Adjunta

Dr. Cláudio Cardona, Diretor da Revista Jus
Scriptum

Dr. Thiago Santos Rocha, Observador Externo
do Conselho Editorial

Diretoria de Eventos

Dra. Thainara Nascimento, Diretora

Dra. Bruna Xavier, Assessora

Dra. Maria Melo, Assessora

Dra. Carolina Xavier, Assessora

Dra. Renata Péres, Assessora

Diretoria de Comunicação

Dra. Leticia Bittencourt, Diretora

Victor Gabriel, Diretor

Mylla Pucelli, Adjunta

Daniel Rosa, Adjunto

Rafaela Mascaro, Adjunto

Paula Lourenço, Assessora-secretária

Bruna Lebre, Assessora

Lara Calvo, Assessora

Diretoria de Apoio Pedagógico

Dra. Flávia Dias, Diretora

Dra. Júlia Ronconi Costa, Adjunta

Dra. Larissa Lopes Matta, Assessora

Dra. Mariana Miranda, Assessora

Eric Alejandro, Assessor

Dra. Brunna Mendes, Assessora

Colaboradores da Direção Geral

Dra. Gabriele Lima

ASSEMBLEIA GERAL

André Brito, Presidente

Dra. Joice Bernardo, Primeira-Secretária

Dra. Rebeca Rossato, Segunda-Secretária

CONSELHO DE PRESIDENTES

Dr. Claudio Cardona, Presidente

André Brito

Dra. Elizabeth Lima

CONSELHO FISCAL

Jefferson Nicolau, Presidente

Maria Eduarda Ribeiro, Vogal

Dra. Rebeca Rossato, Vogal

nelb.pt



REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 16 • Volume 6 • Número 3
out./dez. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

EDITORIAL

Última edição para um novo começo
Last edit for a fresh start
Cláudio Cardona

ARTIGOS

OMC: Governança Global e Legitimidade
WTO: Global Governance and Legitimacy
Pedro Carneiro Sales

A interceptação telefônica no ordenamento jurídico brasileiro:
análise da medida sob a ótica do caso Escher e outros vs. Brasil
*Telephone interception in the Brazilian legal system: analysis of the injunction from the
perspective of the Escher case and others vs. Brazil*
André Rocha Sampaio e Jéssica Alessandra Araújo Ferreira Leão

Democracia em crise na sociedade da informação
Democracy in Crisis in the Information Society
Gustavo da Silva Melo

Efetividade da tutela dos direitos de personalidade no
processo informacional: da privacidade aos desafios da
proteção de dados
*Effectiveness of the protection of personality rights in the informational process: from
privacy to data protection challenges*
Carolina da Rosa Roncatto

Aos 45: o direito constitucional à proteção de dados no
Brasil e em Portugal
At 45: the constitutional provision of data protection right in Brazil and Portugal
João Ricardo Bet Viegas



EDITORIAL: ÚLTIMA EDIÇÃO PARA UM NOVO COMEÇO*LEADER: LAST EDIT FOR A FRESH START*

A produção científica é um compromisso do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro. Estando em seus pilares o apoio à investigação e o estímulo à comunicação científica, o NELB lança o último número do volume 16 da Revista. Esse número também é o último com a atual estrutura que nos acompanhou pelo ano de 2021.

Em 2022, a revista ainda lançará, sob a atual estrutura, dois dossiês: um relativo ao Grupo de Pesquisa Gênero e Justiça: perspectivas interdisciplinares e o outro relativo aos grupos de trabalho do I Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público.

Então, esse curto editorial vem comemorar este ano exitoso e reiterar os dois editoriais que o antecederam.

Em julho de 2022, a *Jus Scriptum* reassumirá efetivamente a sua condição original de órgão de comunicação científica do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro, estando a seu cargo, não apenas a revista científica e os dossiês, mas um selo de NELB para produções editoriais.

A revista científica, em um movimento de internacionalização que ultimamente vem sendo perseguido pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, passará a ter um nome internacional e terá uma nova organização interna. Além dos artigos científicos, passará a recepcionar comentários à legislação e comentários jurisprudenciais. Contará com

uma seção para os relatórios produzidos no âmbito da pós-graduação da Faculdade de Direito e inovará com uma seção de debates acadêmicos.

Cláudio Cardona¹

Diretor da Jus Scriptum

Scientific production is a commitment of the Brazilian Center for Studies and Research (NELB). With the support of research and the stimulation of scientific communication as its pillars, NELB launched the last issue of volume 16 of the Journal. This last number is also the last with a current structure that accompanied us through 2021.

In 2022, the Journal will also launch dossiers under the current structure: one on the Gender and Justice Research Group: interdisciplinary perspectives and the other on the working groups of the I Luso-Brazilian Congress on Public International Law.

So, this short editorial comes to commemorate this success and reiterate the owe editorials that preceded it.

The Brazilian Center for Studies and Research (NELB) scientific communication is a scientific journal of charge, not only and the dossiers, but an editorial seal for scientific productions.

In line with the internationalization movement of the academic work of the Faculty of Law of the University of Lisbon, the scientific Journal will become an international name and have a new internal organization. In addition to scientific articles, it will receive comments on legislation and jurisprudential comments. It will have a section for reports not under the faculty of postgraduate scientific faculty innovate with the section on Law and studies debates.

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Especialista pós-graduado em Processo Civil Contemporâneo e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Conselheiro Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Presidente da Assembleia do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente do Núcleo Acadêmico de Lisboa do IBDFAM. Sócio do escritório Cardona&Wanderley Advogados Associados. Advogado e consultor jurídico. Foi Conselheiro Pedagógico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa entre 2019 e 2021, Diretor e Presidente do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa entre 2018 e 2020, Vice-Presidente do Núcleo de História do Direito também da FDUL entre 2020 e 2021.

OMC: GOVERNANÇA GLOBAL E LEGITIMIDADE

WTO: GLOBAL GOVERNANCE AND LEGITIMACY

Pedro Carneiro Sales¹

SUBMISSÃO: 25 DE OUTUBRO DE 2021
APROVAÇÃO: 21 DE NOVEMBRO DE 2021

O presente trabalho versa sobre a governança global e seu sistema de validação e regulação, representado pelo DAG. A presente pesquisa também se preocupa com as entidades que exercem a governança global. O trabalho analisa as estruturas organizacionais e forma de atuação das entidades que exercem a governança global para estudo de sua legitimidade. O ponto fulcral da pesquisa, no entanto, corresponde ao estudo da OMC, que exerce governança global ao regular o comércio internacional, tema relevante no cenário de globalização. Apesar de ser uma organização intergovernamental clássica, criada por tratado, seu arranjo institucional é inovador ao prestigiar a ideia de participação, seja de seus Estados-membros na tomada de maior parte das decisões sob a lógica do consenso, seja de atores não estatais em cooperação nos acordos multilaterais e em controvérsias submetidas à OMC. Analisa-se neste trabalho, portanto, o contributo destes traços da OMC com a legitimidade da governança global. Palavras-chave: Direito Administrativo Global – governança global – OMC – legitimidade por participação.

The present work deals with global governance and its validation and regulation system, represented by GAL. This research is also concerned with the entities exercise global governance. The paper analyzes the organizational structures and the way of acting of the entities that exercise the global governance to study its legitimacy. The focus of the research, however, corresponds to the study of the WTO, which exercises global governance in regulating international trade, a relevant topic in the scenario of globalization. Despite being a classic intergovernmental organization, created by treaty, its institutional arrangement is innovative in that it favors the idea of participation, be it of its

¹ Mestrando em Direito Administrativo na Universidade de Lisboa, especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e em Direito Eleitoral pela mesma instituição. Advogado, sócio do escritório Menezes, Santos & Sales Advogados, atuando sobretudo nas áreas do Direito Eleitoral, Direito Administrativo e Direito Empresarial. Associado efetivo do Instituto dos Advogados da Bahia (IAB-BA) e ex-juiz do Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol da Bahia (2016-2020).

member states in the taking of most decisions under the logic of consensus, or of non-state actors in cooperation multilateral agreements and disputes submitted to the WTO. This paper therefore analyzes the contribution of these features of the WTO to the legitimacy of global governance. Keywords: Global Administrative Law – global governance – WTO – legitimacy by participation.

1. Introdução

O objetivo do presente estudo, conforme se verá, é sobretudo estudar a governança global e o Direito Administrativo Global (DAG), inclusive seus principais questionamentos, que giram em torno de sua legitimidade, enfocando a pesquisa em exemplos de entidades que exercem esta governação transnacional. O aprofundamento maior, no entanto, se dará com relação à Organização Mundial do Comércio (OMC), que é uma organização intergovernamental, mas com estrutura organizacional que foge do arranjo tradicional.

Assim, a pesquisa será iniciada com o esclarecimento do que seria esta governança global, demonstrando-se que se trata da atuação por organizações intergovernamentais, Estados, organizações não governamentais, entidades híbridas e empresas transnacionais, para satisfação de necessidades da comunidade global e para regulação de setores socioeconômicos caros a esta comunidade. Demonstrar-se-á, ainda, que estas atividades são regidas e conformadas pelo DAG, cujas normas não necessariamente são de Direito Internacional Público (DIP), já que há uma diversidade de fontes normativas como o Direito nacional de países que exercem influência para além de suas fronteiras.

O estudo, em seguida, analisará a Organização Mundial do Comércio (OMC), ponto central desta pesquisa, que é uma organização intergovernamental, mas é apontada como uma das principais entidades de governança global existen-

tes, até em razão de ter como âmbito de atuação o comércio internacional, tema sensível ao mundo globalizado. Assim, será abordada a criação da OMC que teve como embrião o GATT para depois se promover o aprofundamento sobre sua estrutura organizacional.

O estudo do arranjo institucional da OMC terá como objetivo analisar como é a composição da entidade e como são tomadas as decisões em seus órgãos para perceber se há o respeito aos princípios do DAG com destaque ao princípio da participação. Assim, será analisado se na maneira como se estrutura e atua a OMC no exercício da governança global há a compensação da ausência de antecedentes necessariamente democráticos, revelando novo(s) fundamento(s) de legitimidade para a regulação transnacional.

2. Governança Global

Percebe-se na dinâmica das relações internacionais a existência de uma força que regula setores importantes da sociedade global. Como consequência, surge naturalmente a necessidade de desenvolvimento de um ramo jurídico que discipline atuação administrativa no plano transnacional². É assim que se atualmente em Direito Administrativo Global (DAG), cujos traços característicos serão analisados a seguir.

2.1. Direito Administrativo Global

O surgimento do Direito Administrativo está intrinse-

2 Cf. KINGSBURY, Benedict, e CASINI, Lorenzo. Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law. *International Organizations Law Review*, LXII, 2, 2009, p. 4, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1539564> (acedido em 27 ago. 2020). Os autores tratam da necessidade emergente de respeito a boas práticas e princípios no exercício da governança global, destacando os seguintes: “[...] transparency (a governance of information, including demands for active transparency and access to information, but also demands for confidentiality and privacy, and for legal or political controls on the gathering and use of policy-shaping information), participation, and reason-giving, along with more general pressures for review of administrative type actions, and for heightened accountability with consequences for regimes of liability and immunity”.

camente ligado à ideia de administração pública, já que tem como um dos seus objetivos a regulação da atividade administrativa, salvaguardada pelo princípio da legalidade. Por esta razão, nas palavras de Vasco Pereira da Silva, “o Direito Administrativo é, na sua origem, de caráter nacional”³.

Todavia, para o mesmo autor, o momento atual é de quebra de paradigma, já que o estudo e prática jurídica passaram a contar cada vez com uma visão comparatistas de sistemas jurídicos estrangeiros e o direito administrativo está passando por uma internacionalização como resultado da globalização econômica e consequente globalização jurídica⁴.

Estas mudanças sofridas pelo direito administrativo revelam uma redução do aspecto estatal da disciplina, de modo que já não se vê uma ligação necessária entre ela e o Estado, uma vez que funções administrativas também passaram a ser realizadas, por exemplo, por entidades privadas e organismos internacionais⁵. Daí falar-se atualmente em governação global e, como seu fundamento e mecanismo de regulação e controle, Direito Administrativo Global (DAG).

Para Benedict Kingsbury, Nico Krisch, e Richard Stewart, este, que seria um novo ramo jurídico, ainda não é estudado nem aplicado de maneira unificada, mas já existem alguns esforços de sistematização das normas nacionais, transnacionais e internacionais que fariam parte do direito administrativo da governança global, ou seja, as normas que

³ SILVA, Vasco Pereira da. Do direito administrativo nacional ao direito administrativo sem fronteiras (breve nota histórica). In: Vasco Pereira da SILVA, e Ingo Wolfgang SARLET, coords. Direito público sem fronteiras. Lisboa: ICJP, 2011, p. 211.

⁴ SILVA, Vasco Pereira da. Do direito administrativo nacional ao direito administrativo sem fronteiras (breve nota histórica). In: Vasco Pereira da SILVA, e Ingo Wolfgang SARLET, coords. Direito público sem fronteiras. Lisboa: ICJP, 2011, p. 214.

⁵ SILVA, Vasco Pereira da. Do direito administrativo nacional ao direito administrativo sem fronteiras (breve nota histórica). In: Vasco Pereira da SILVA, e Ingo Wolfgang SARLET, coords. Direito público sem fronteiras. Lisboa: ICJP, 2011, pp. 214-215.

disciplinariam a atuação administrativa em nível global⁶.

Se é uma realidade a existência tanto da administração, quanto da regulação em nível global – já que organismos internacionais e outros atores transnacionais como organizações privadas e até entidades governamentais nacionais, em cooperação, podem praticar atos de poder que restringem ou concedem direitos na execução de decisões políticas⁷ –, é verdade também que existe um conjunto de normas, princípios e padrões que devem ser respeitados no exercício dessas atividades. Daí se falar em Direito Administrativo Global a impor normas substantivas e procedimentais à atuação da administração global que, por outro lado, são observadas pela administração doméstica ao implementar em nível interno os programas regulatórios.

O conceito de administração pública no âmbito nacional é, na lição de Diogo Freitas do Amaral, a atuação do Estado no exercício de tarefas para satisfação das necessidades coletivas através de serviços que são por ele mantidos e organizados. Por outro lado, ainda nos ensinamentos deste autor, também corresponderia à administração pública a regulamentação, fiscalização, autorização, apoio ou subsídio das principais atividades econômicas privadas⁸. Em síntese, portanto, duas das principais dimensões da administração pública nacional seriam o atendimento de necessidades coletivas e a regulação da economia.

É possível dizer que também em nível global

6 KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, e STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, LXVIII, 3, 2005, p. 15, disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2> (acedido em 15 jan. 2020).

7 Cf. GONÇALVES, Alcindo, e COSTA, José Augusto Fontoura. Governança global e regimes internacionais. São Paulo: Almedina, 2011, p. 47. Tratando sobre a integração de diversos sujeitos para que se configure a governança, o autor afirma que “constatada a interdependência entre atores, coordenação e cooperação são elementos-chave para o estabelecimento da governança”.

8 AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. I. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 25-26.

existem atores que exercem tarefas para satisfação de necessidades decorrentes da globalização e da consequente interdependência entre Estados e demais entidades do cenário internacional. Assim, é exercida a governação em âmbito global como uma inegável manifestação de poder⁹, o que, evidentemente, culmina na necessidade de imposição de limites através do reconhecimento de normas que disciplinem tal atuação. Na tentativa de se traçar os contornos da governança global, é que ganha importância o estudo do DAG, que pode ser definido da seguinte forma:

*[...] global administrative law effectively covers all the rules and procedures that help ensure the accountability of global administration, and it focuses in particular on administrative structures, on transparency, on participatory elements in the administrative procedure, on principles of reasoned decisionmaking, and on mechanisms of review*¹⁰.

Há, portanto, dois níveis de governação, um nacional e outro global, o que leva à possibilidade de se afirmar a existência de um espaço administrativo global, que é autônomo com relação à admiração interna exercida pelos Estados, mas que têm relação de complementariedade. Assim, supera-se a visão dos internacionalistas, segundo os quais a governação global tem legitimidade democrática na medida em que responde aos Estados que, por sua vez, respondem aos seus cidadãos e suas cortes, na linha do Direito Internacional. Do mesmo modo, ultrapassa-se a ideia dos administrativistas de que o problema da *accountability* nos sistemas regulatórios globais se resolve com a aplicação do Direito Administrativo doméstico às decisões regulatórias nacionais tomadas na in-

9 Cf. CASSESE, Sabino. Global administrative law: the state of the art. *International Journal of Constitutional Law*, XIII, 2, 2015 p. 465, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mov022> (acedido em 23 fev. 2020). O autor esclarece que a governação global é também definida como o exercício da autoridade pública internacional, o que corrobora com a ideia de administração transnacional enquanto genuína expressão de poder.

10 KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, e STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, LXVIII, 3, 2005, p. 28, disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2> (acedido em 15 jan. 2020).

ternalização dos programas transnacionais¹¹.

É em razão disso que se afirma a existência do DAG a disciplinar este espaço administrativo global, que é mais abrangente que o espaço das relações interestatais, disciplinado pelo Direito Internacional, e que espaço regulatório doméstico, disciplinado pelo Direito Administrativo nacional, em que pese se valha o DAG de elementos destes. Nota-se, ademais, que o espaço administrativo global conta com a participação de diversos atores da administração global, bem como indivíduos, Estados, pessoas coletivas e outros grupos que representam interesses sociais e econômicos a nível doméstico e global e que são afetados pela regulação, interagindo de maneira complexa.

Assim, este espaço possui dinâmica e características próprias, emergindo a necessidade de desenvolvimento de um ramo jurídico que discipline atuação administrativa no plano transnacional¹². Em razão disso, Sabino Cassese infirma a existência de princípios jurídicos, previstos em diversas fontes normativas, que se aplicam aos sistemas de regulação global em si, mas também repercutem na atuação dos Estados quando da implementação dos programas regulatórios transnacionais, consolidando uma espécie de *rule of law* do DAG¹³.

11 KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, e STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, LXVIII, 3, 2005, p. 26, disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2> (acedido em 15 jan. 2020).

12 Cf. KINGSBURY, Benedict, e CASINI, Lorenzo. Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law. *International Organizations Law Review*, LXII, 2, 2009, p. 4, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1539564> (acedido em 27 ago. 2020). Na obra, é abordada a necessidade emergente de respeito a boas práticas e princípios no exercício da governança global, destacando os seguintes: “[...] transparency (a governance of information, including demands for active transparency and access to information, but also demands for confidentiality and privacy, and for legal or political controls on the gathering and use of policy-shaping information),¹⁸ participation, and reason-giving, along with more general pressures for review of administrative type actions, and for heightened accountability with consequences for regimes of liability and immunity”.

13 CASSESE, Sabino. *Global administrative law: cases and materials*. Rome: Public Law Institute, 2006, p. 9.

Tais princípios podem ser divididos em substantivos e procedimentais, cujo tratamento individualizado se dará nas linhas a seguir. Segundo Kingsbury, Krisch e Stewart, os princípios ou padrões substantivos do DAG são centrados basicamente nas ideias de *proporcionalidade*, em sua visão tripartida (adequação ou relação racional entre meios e fins, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), bem como de *expectativa legítima*¹⁴.

Dentre os princípios procedimentais do DAG, cabe um destaque especial ao *direito de participação*, consistente não só na possibilidade de manifestação das pessoas naturais ou coletivas, bem como de grupos representativos de setores econômicos e sociais, passíveis de ser afetados pela decisão administrativa na esfera global¹⁵. Os demais princípios procedimentais são o da *transparência*, o da *motivação das decisões*, e o do *direito ao recurso*, que, de certa forma, são relacionados ao princípio da participação, porque são instrumentais ao exercício de influência dos interessados nas decisões de regulação global.

2.2. Governança Global e sua Legitimidade

Reconhecidas as principais características do Direito Administrativo Global, também se faz necessária a compreensão da problemática envolvida no tema, principalmente no que se refere à legitimidade da governança global.

Tendo surgido o DAG como proposta de trazer à esfera internacional maior respeito à legalidade, para que se resolvam conflitos com base em regras e princípios jurídi-

¹⁴ KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, e STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, LXVIII, 3, 2005, p. 40, disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2> (acedido em 15 jan. 2020).

¹⁵ FROTA, Hidemberg Alves da. Direito Administrativo Global: padrões substantivos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, II, 1, 2015, p. 4, disponível em <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2i1pl-36> (acedido em 12 jan. 2020).

cos e não somente na política, é natural que surjam questionamentos sobretudo no que tange à sua legitimidade¹⁶. O déficit de legitimidade é apontado, por exemplo, por não se basear o DAG em uma Constituição e em razão de suas normas não serem produzidas em um procedimento necessariamente democrático¹⁷.

Apesar de o problema de legitimidade ser amplamente reconhecido no estudo do DAG, a forma como vem sendo analisada, na lição de Christoph Möllers, é muito específica e implícita, mostrando-se inapropriada. Neste sentido, é preciso maior atenção às instituições que exercem a governação global, sua estrutura organizacional e a maneira como realizam suas atividades. A preocupação do DAG para solução do problema de legitimidade, portanto, deve estar também da maneira como se organizam estas instituições para se garantir transparência, *accountability* e possibilidade de revisão de suas decisões¹⁸. Nesta visão, portanto, se no DAG não há um processo democrático de produção de normas com base em uma Constituição, sua legitimidade deve ser encontrada nas próprias entidades que exercem a governação global e na forma como se estruturam para fazê-lo.

Esta compreensão é mais adequada e mais realista do que aquela que centra a legitimidade do DAG no constitucio-

¹⁶ MÖLLERS, Christoph. Ten years of global administrative law. *International Journal of Constitutional Law*, XIII, 2, 2015, p. 470, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mov023> (acedido em 01 mar. 2020).

¹⁷ Já existem, todavia, posições contrárias a esta, como aquela constante em DUARTE, Francisco de Abreu. A descoberta do fundamento constitucional do Direito Administrativo Global. *Revista Eletrônica de Direito Público (e-Pública)*, I, 1, 2014, p. 201, disponível em <http://e-publica.pt/volumes/v1n1/pdf/Vol.1-Nº1-Art.07.pdf> (acedido em 23 ago. 2020). Na obra, é proposto como fundamento do DAG, se não o constitucionalismo global, ao menos um constitucionalismo multinível com a “[...] a profusão de ordens jurídicas constitucionais (cada uma ligada a sua entidade, exemplo da ONU, OMC Banco Mundial) [...]” variadas que seriam concretizados por diversos “Direitos Administrativos” que, em conjunto, poderiam ser chamados de Direito Administrativo Global.

¹⁸ MÖLLERS, Christoph. Ten years of global administrative law. *International Journal of Constitutional Law*, XIII, 2, 2015, p. 471, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mov023> (acedido em 01 mar. 2020).

nalismo global¹⁹, que é um conceito muito genérico, inespecífico e que ainda sofre muitos questionamentos²⁰. O próprio estudo do DAG surgiu para fornecer uma perspectiva mais específica e prática com relação à governação global, retirando-a do manto genérico da visão “transconstitucionalista”²¹. Sobre o tema, Möllers²² assevera que não faz sentido centrar

19 Cf. PETERS, Anne. Los méritos del constitucionalismo global. In: Jorge Luis Fabra ZAMORA, e Leonardo García JARAMILLO, Coords. *Filosofía del derecho constitucional: Cuestiones Fundamentales*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2015, p. 119. Segundo a autora, “el constitucionalismo global es una agenda política y académica que identifica y defiende la aplicación de los principios constitucionalistas en la esfera internacional, en aras de mejorar la efectividad y la justicia del orden jurídico internacional. La constitucionalización global se refiere al proceso continuo, pero no lineal, de la emergencia gradual y de la creación deliberada de elementos constitucionales en el orden jurídico internacional por los actores jurídicos y políticos, respaldada por un discurso académico, en el cual se identifican y desarrollan estos elementos”.

20 Cf. WALKER, Neil. *Taking Constitutionalism Beyond the State*. *Political Studies*, LXVI, 2008, p. 520, disponível em <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/walker-2008-taking-constitutionalism-beyond-the-state.pdf> (acedido em 25 ago. 2020). Tratando sobre o “constitucionalismo além do Estado” (constitutionalism beyond the state), o autor destaca: “We can identify four kinds of objection which, sometimes cumulatively, are levelled against taking constitutionalism beyond the state, each referring to a different way in which constitutionalism is implied or invoked in contemporary social and political relations. Constitutionalism beyond the state may be rejected or challenged as inappropriate, inconceivable, improbable or illegitimate”. Tal doutrina, portanto, demonstra a dificuldade em se tratar de um constitucionalismo global ou transnacional, na medida em que este seria inapropriado (uma vez que as normas constitucionais e os valores que as inspiram são direcionadas a solucionar problemas eminentemente estatais e não a complexidade regulatória transnacional), inconcebível (já que não se poderia conceber a ordem jurídica internacional segundo uma lógica constitucional), improvável (na medida em que lhe faltam relações de autoridade que caracterizam o direito constitucional) e ilegítimo (tendo em vista que o constitucionalismo é uma questão de e para o Estado, conferir fundamento constitucional à atividade regulatória global é medida vazia e enganosa, portanto, ilegítima). Cf. ainda, PETERS, Anne. Los méritos del constitucionalismo global. In: Jorge Luis Fabra ZAMORA, e Leonardo García JARAMILLO, Coords. *Filosofía del derecho constitucional: Cuestiones Fundamentales*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 122-123; que também aponta algumas críticas à ideia de constitucionalismo global, afirmando da uma noção equivocada de legitimidade democrática, que certamente não existe no Direito Internacional, além de que os documentos constitutivos de organizações internacionais não são destinadas a um povo e nem conformam uma comunidade política, como ocorre nas Constituições nacionais.

21 Cf. CASSESE, Sabino. *Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation*. *NYU Journal of International Law and Politics*, XXXVII, 2006, pp. 687-688, disponível em <http://ijil.org/wp-content/uploads/2016/08/Cassese-Administrative-Law-Without-the-State-2005.pdf> (acedido em 08 set. 2020). O autor também é claro quanto a esta visão, ao afirmar: “[...] in contrast to the State legal system, in the global legal order, administrative law does not have a constitutional foundation”. Apesar disso, reconhece o autor o surgimento de sinais da constitucionalização do DAG com o reconhecimento de direitos humanos.

22 MÖLLERS, Christoph. Ten years of global administrative law. *International Journal of Constitutional Law*, XIII, 2, 2015, p. 471, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mov023> (acedido em 01 mar. 2020).

a questão da legitimidade da atividade administrativa global no constitucionalismo, tendo em vista que seus arranjos institucionais não necessariamente têm antecedentes democráticos, inerentes ao constitucionalismo contemporâneo²³.

Por outro lado, alguns autores apontam como verdadeiro fundamento de legitimidade do DAG o procedimento para tomada de decisões regulatórias a nível transnacional. Neste sentido, Heilmann ensina que, na ausência de um governo global e de uma Constituição mundial, no cenário da globalização atual, as relações internacionais se regem por um sistema de cooperação sem soberania, no bojo do qual surge uma autoridade internacional que se baseia no respeito ao *due process of law*²⁴. Ou seja, a governação global teria como principal fundamento o respeito ao procedimento compatível com os princípios gerais do Direito.

Neste trabalho, todavia, a legitimidade do DAG será enfatizada segundo o nível de participação que se garante na atividade regulatória transnacional²⁵. A noção de participação, no que tange aos processos regulatórios globais, é comumente relacionada com as ideias de contraditório e ampla defesa. Todavia, defende-se neste estudo que participação também deve ser entendida enquanto presença dos interessados na estrutura organizacional das entidades de

23 Cf. CASSESE, Sabino. Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation. NYU Journal of International Law and Politics, XXXVII, 2006, p. 688, disponível em <http://ilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Cassese-Administrative-Law-Without-the-State-2005.pdf> (acedido em 08 set. 2020); segundo o qual a ausência de democracia direta é uma crítica recorrente contra o DAG e é utilizada para questionar justamente sua legitimidade. É que, afirma-se que o afastamento do Estado implica na erosão da democracia e na instauração de uma tecnocracia global, capaz de dialogar tão somente com as burocracias nacionais.

24 HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o novo direito administrativo. Curitiba: Juruá, 2011, p. 108.

25 Cf. CASSESE, Sabino. Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation. NYU Journal of International Law and Politics, XXXVII, 2006, p. 688, disponível em <http://ilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Cassese-Administrative-Law-Without-the-State-2005.pdf> (acedido em 08 set. 2020). O autor ensina que a ausência de uma estrutura executiva, fiscalizada por um órgão representativo no DAG impõe que seja garantida nos sistemas de regulação global cada vez mais abertura, transparência e participação a fim de que a estes se confira legitimidade.

governança global e nos processos decisórios, conferindo-se legitimidade às decisões regulatórias.

Trazendo o problema da legitimidade da governança global para a esfera institucional, Hidemberg Alves da Frota²⁶, afirma que

[...] aprimorar o controle e suplantar o déficit de legitimidade, na seara do espaço administrativo global, implica ampliar, de modo significativo, a participação, no processo decisório imanente a organismos internacionais, de autoridades estatais a representarem os interesses, a visão de mundo e as demandas de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, de modo que as instituições internacionais formais e informais ínsitas ao sistema regulatório global se depurem de práticas excludentes ou elitistas e não sirvam de mera *longa manus* da política externa de países desenvolvidos.

O autor, portanto, advoga a ideia de que a legitimidade da governação global depende da participação mais ativa de representantes de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento nos processos decisórios das entidades que exercem esta atividade, freando o imperialismo de países desenvolvidos no espaço administrativo global. Ressalvada a especificidade da lição do autor, é possível extrair dos seus ensinamentos, em síntese, que a legitimidade da governação global está diretamente relacionada com a composição das entidades que a exercem e com a forma como se organizam para sua atuação.

Laurence Boisson de Chazournes, por sua vez, defende a importância da crescente atuação de atores privados, fundações e organizações não governamentais em cooperação com organismos internacionais como a Organização Mundial da Saúde, que estabeleceu parcerias com outras instituições, inclusive privadas, através da Aliança Global para Vacinas e Imunização e do Fundo Global de Luta Contra

26 FROTA, Hidemberg Alves da. Direito Administrativo Global: padrões substantivos. Revista Digital de Direito Administrativo, II, 1, 2015, p. 4, disponível em <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2i1pl-36> (acedido em 12 jan. 2020).

AIDS, Tuberculose e Malária²⁷. Segundo a autora, esta nova formatação para o exercício da governança global permite o aumento não só da sua efetividade, mas também representatividade e, sobretudo, legitimidade.

Assim, embora os dois autores tratem de diferentes formas de participação na governança global, já que o primeiro menciona a participação de representantes de Estados subdesenvolvidos e em desenvolvimento e o segundo trata da participação de atores não-estatais, ambos evidenciam a importância da maneira como se estruturam as entidades administrativas globais para a compreensão de sua legitimidade²⁸.

Como exemplo da importância da análise da composição das entidades de governança global para constatação de sua legitimidade, está a questão da transparência. Aliás, a transparência é uma das principais exigências da emergente doutrina do DAG para garantia da legitimidade da atuação administrativa global. Na lição de Chazournes, uma das formas de se implementar esta transparência, ao lado do acesso à informação, é justamente a participação de Estados e atores não-estatais nos processos de tomada de decisões²⁹.

A ideia de transparência, portanto, compreenderia a

27 CHAZOURNES, Laurence Boisson de. Changing Roles of International Organizations: Global Administrative Law and the Interplay of Legitimacies. *International Organizations Law Review*, VI, 2, 2009, pp. 656-657, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2090895> (acedido em 10 mar. 2020).

28 Cf. SILVA, Alice Rocha da, e FIRME, Telma. A contribuição do direito administrativo global para a construção de regras de responsabilidade social empresarial. *Revista Estudos Institucionais*, III, 1, 2017, p. 694, disponível em <https://doi.org/10.21783/rei.v3i1.109> (acedido em 01 set. 2020); que, ao tratar da importância do DAG no tocante à responsabilidade social das empresas, utilizam o exemplo do Pacto Global celebrado pela ONU em 2000, que além de contar com os Estados para incorporação dos princípios da responsabilidade social empresarial, contou com a adesão voluntária de milhares de empresas de mais de 130 países, demonstrando a importância de participação integrada entre Estados e organizações não estatais no espaço administrativo global, conferindo maior legitimidade à regulação nele promovida.

29 CHAZOURNES, Laurence Boisson de. Changing Roles of International Organizations: Global Administrative Law and the Interplay of Legitimacies. *International Organizations Law Review*, VI, 2, 2009, p. 660, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2090895> (acedido em 10 mar. 2020).

visão interligada de acesso à informação e participação. Assim, evidencia-se que a forma como se organizam e atuam as entidades de governança global pode conferir menor ou maior legitimidade de acordo com o grau menor ou maior de abertura para participação de diferentes indivíduos, Estados e atores não-estatais. Todavia, não há participação sem que aqueles que participam tenham acesso às informações pertinentes, de modo que somente com o alinhamento entre acesso à informação e participação é que se tem efetiva transparência e, conseqüentemente, legitimidade na governança global.

Sabino Cassese³⁰ é categórico quanto à importância da garantia de participação, incluindo os particulares e a sociedade civil – e não só os Estados – nos sistemas regulatórios globais como solução ao déficit de legitimação democrática. Assim, propõe o autor que aos atores privados deve ser conferido mais espaço, seja com a participação na formação da posição nacional nas negociações administrativas globais, seja com a participação propriamente dita nas negociações, diretamente ou por intermédio de organizações não governamentais.

Portanto, a forma como estão sendo obrigadas a se estruturar as organizações internacionais diante das novas relações que passaram a se desenvolver com outros atores, implica na criação de mecanismos e princípios inovadores que certamente têm papel fundamental no aumento da legitimidade de todo espaço administrativo global³¹. Nesta nova configuração, em que a governança em plano global deve ser

30 CASSESE, Sabino. Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation. *NYU Journal of International Law and Politics*, XXXVII, 2006, pp. 688-689, disponível em <http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Cassese-Administrative-Law-Without-the-State-2005.pdf> (acedido em 08 set. 2020).

31 CHAZOURNES, Laurence Boisson de. Changing Roles of International Organizations: Global Administrative Law and the Interplay of Legitimacies. *International Organizations Law Review*, VI, 2, 2009, pp. 667, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2090895> (acedido em 10 mar. 2020).

feita pelos organismos internacionais em cooperação com outros sujeitos³², é necessário o reconhecimento da crescente legitimidade que o fenômeno atribui aos referidos organismos e à atividade regulatória transnacional, que passa a contar cada vez mais com a participação e interação de agentes reguladores e regulados.

3. OMC: Um Exemplo a ser Seguido?

A Organização Mundial do Comércio (OMC), principal responsável pela regulação transnacional do comércio, apesar de ser uma organização intergovernamental, se estrutura de forma complexa e distinta de entidades mais tradicionais, como a ONU. Assim, far-se-á o estudo do seu desenho institucional e suas principais características para aferir a legitimidade da governança global exercida pela OMC e se seria este um exemplo a ser seguido.

3.1. Regulação Global do Comércio: do GATT à OMC

A OMC exerce, como evolução do que fazia o GATT, a atividade de regulação do comércio em um alcance global já que, excluindo-se os observadores e aqueles que são alcançados indiretamente para atuação da OMC, conta atualmente com 164 membros. A Organização, assim, é responsável pela governança de importante área e, apesar de, a princípio, se debruçar sobre relações entre Estados, sua atuação atinge, muitas vezes diretamente, indivíduos e entidades privadas, concretizando a ideia de que o comércio não é um fim em si mesmo, mas sim um mecanismo de crescimento e desen-

32 Cf. GARCEZ, Gabriela Soldano, e FREITAS, Gilberto Passos de. Governança, globalização e atores não estatais: uma análise sob a perspectiva do Direito Internacional. *Scientia Iuris*, XIX, 2, 2015, p. 228, disponível em <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2015v19n2p223> (acedido 18 jul. 2020). Segundo os autores, o próprio conceito de governança global implica na garantia de participação dos mais diversos atores sociais (tanto estatais, quanto não estatais) na resolução dos problemas comuns, deixando claro que a participação é ideia fulcral para se reconhecer a legitimidade do fenômeno.

volvimento, que deve levar em consideração os interesses de todos os envolvidos³³.

Os atores não-estatais, por sua vez, também passam a participar de alguma maneira deste fenômeno de regulação global com, por exemplo, a possibilidade de demandar e a preocupação de respeito a alguns de seus direitos básicos, oponíveis contra o exercício de autoridade, seja da própria OMC, seja de seus Estados-membros na seara comercial³⁴. Somente assim, cumpre esse sistema regulatório sua missão de promover a liberdade comercial, sobretudo impedindo a discriminação nas relações comerciais, para permitir o desenvolvimento econômico-social de todas as nações, principalmente as historicamente menos favorecidas.

A participação cada vez maior dos interessados, inclusive atores não-estatais, vai além de empresas e indivíduos relacionados especificamente com os assuntos ou casos submetidos ao sistema regulatório da OMC. É que, também é perceptível a participação de organizações não governamentais, conforme previsão do próprio acordo constitutivo da Organização, que no seu artigo V.2, considera que é possível manter consultas e cooperar com ONGs dedicadas aos assuntos da OMC.

Assim, a regulação global do comércio atualmente se dá sob a lógica da participação – como instrumento de legitimação –, que pode ser notada, inclusive, pela maneira

33 PERES, Ana Luísa Soares, e DAIBERT, Leticia de Souza. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, XII, 2, 2014, p. 219, disponível em <https://doi.org/10.5102/rdi.v11i2.3115> (acedido em 30 ago. 2020).

34 Cf. PERES, Ana Luísa Soares, e DAIBERT, Leticia de Souza. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, XII, 2, 2014, p. 220, disponível em <https://doi.org/10.5102/rdi.v11i2.3115> (acedido em 30 ago. 2020); que, neste sentido, asseveram que “uma governança global eficaz pressupõe a habilidade de se administrar a interdependência de maneira a fomentar a cooperação em dada arena política [...]” e, ressaltando esta ideia de cooperação entre os interessados no comércio internacional, as autoras completam assegurando que um dos princípios aplicados à governança global exercida pela OMC deve ser o da “legitimidade, que envolve a participação e o consenso”.

como se organiza a OMC. É o que se verá com mais detalhes no item a seguir.

3.2. Estrutura Organizacional da OMC e a Ideia de Participação

Do ponto de vista estrutural, a primeira questão que chama atenção no âmbito da OMC é que, conforme ensina Pedro Infante Mota, “apesar de a OMC não ser um Estado, o art. III do Acordo OMC menciona as três funções típicas – legislativa, executiva e judicial – consagrando, pelo menos aparentemente, a matriz de separação tripartida de poderes”³⁵. Nesta pesquisa, todavia, há preferência em se reconhecer o esforço do documento constitutivo da OMC em promover, através da sua estrutura organizacional, a distribuição de competência de maneira a promover o equilíbrio institucional.

Outra característica apontada por Mota, que diferencia a OMC de outras organizações internacionais, é ser uma *members-driven organization*³⁶. Ou seja, as delegações nacionais exercem papel importante na realização das atividades diárias da OMC, diferentemente do que ocorre com outras organizações econômicas internacionais, como são aquelas criadas pela Conferência de Bretton Woods (Banco Mundial e FMI) que, inclusive, atuam muitas vezes em conjunto com a OMC, assim como o faziam no âmbito do GATT. Esta configuração, portanto, já demonstra que a participação é uma das principais características da estrutura organizacional da OMC.

São justamente as delegações nacionais dos Estados-membros da OMC que têm influência e autoridade sobre

³⁵ MOTA, Pedro Infante. A Função Jurisdicional do Sistema GATT/OMC. Coimbra: Almedina, 2013, p. 79.

³⁶ MOTA, Pedro Infante. A Função Jurisdicional do Sistema GATT/OMC. Coimbra: Almedina, 2013, p. 82.

a direção das atividades essenciais desempenhadas pela Organização. Assim, o Secretariado da OMC não é um órgão com autonomia para formulação de políticas. Uma parte significativa das análises e do desenvolvimento de propostas fica a cargo dos membros do OMC e seus representantes. Além disso, as regras do sistema de comércio multilateral são frutos de negociações entre os Estado-membros provocadas necessariamente por um deles, mas aplicadas por todos eles³⁷, operando a OMC na base do consenso, revelando a importância do diálogo e da cooperação³⁸.

Até no que tange ao sistema de solução de controvérsias da OMC, só um membro pode solicitar a criação de um painel e a adoção dos relatórios dos painéis ou do Órgão de Recurso. Ademais, a adoção de sanções comerciais também depende necessariamente do consentimento do membro vencedor do litígio³⁹. Enfim, todos estes fatores reforçam o alto grau de importância e participação dos Estados-membros da OMC no exercício de todas as suas funções.

Evidencia-se, portanto, que a OMC é estruturada de forma complexa, o que leva à necessidade de observância do mencionado princípio do equilíbrio institucional, para não se falar em separação de poderes – já que a lógica não é a mesma dos Estados⁴⁰. Isto fica ainda mais claro quando

37 Cf. PERES, Ana Luísa Soares, e DAIBERT, Leticia de Souza. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, XII, 2, 2014, p. 223, disponível em <https://doi.org/10.5102/rdi.v1i2.3115> (acedido em 30 ago. 2020). Na lição de dos autores, todos os acordos da OMC devem ser aplicados por todos os seus membros, obedecendo ao princípio conhecido como *single undertaking*.

38 MOTA, Pedro Infante. A Função Jurisdicional do Sistema GATT/OMC. Coimbra: Almedina, 2013, p. 83.

39 Cf. PERES, Ana Luísa Soares, e DAIBERT, Leticia de Souza. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, XII, 2, 2014, p. 223, disponível em <https://doi.org/10.5102/rdi.v1i2.3115> (acedido em 30 ago. 2020); que, ainda sobre o tema da solução de controvérsias no âmbito da OMC, ensinam que “[...] a formação de painéis, a adoção das decisões, bem como a autorização para retaliar, só são impedidas pelo consenso negativo, ou seja, caso todos os Membros da OMC votem negativamente à formação de painel, à adoção de decisão ou à retaliação de determinado Estado”.

40 Cf. ESTY, Daniel C. Good Governance at the World Trade Organization: built

os mesmos assuntos são levados a órgãos distintos da OMC, na medida em que atuam sob marcos normativos diferentes, o que poderia também acarretar em mudanças em relação a direitos processuais e substantivos dos interessados⁴¹.

Demonstrada as ideias básicas que inspiram o desenho estrutural da OMC, quais sejam a da igual participação de seus membros e do equilíbrio institucional, cumpre analisar sua estrutura organizacional propriamente dita.

O órgão de cúpula da OMC é a Conferência Ministerial (CM), que é composta por representantes de todos os membros da Organização, que têm um voto nominal cada e se reúnem ao menos 1 vez a cada 2 anos. A CM tem a competência de tomar decisões e fixar interpretações sobre quaisquer acordos comerciais multilaterais, bastando que haja a solicitação por um dos membros e a aprovação por três quartos destes membros. Em casos excepcionais a CM pode dispensar um membro de cumprimento de um acordo por voto de três quartos dos membros e, com quórum de dois terços, pode alterar algum acordo comercial multilateral e admitir novos membros⁴².

Ainda na estrutura da OMC está o Conselho Geral (CG), que também é formado por representantes de todos os membros da Organização. As reuniões do CG, todavia,

ding a foundation of administrative law. *Journal of International Economic Law*, X, 3, 2007, p. 511. O autor afirma que há um sistema de freios e contrapesos no âmbito da OMC que, ao lado da promessa de ganhos de bem-estar social, diálogo político e devido processo na formulação das decisões, ajudar a construir a legitimidade da atuação da Organização.

⁴¹ Isto acontece, por exemplo, quando algumas questões são levadas a comitês específicos, mas também o são para os órgãos de controle. Nesse caso, não há se falar em rompimento ao equilíbrio institucional com a possibilidade de decisões conflitantes, na medida em que, semelhantemente ao que ocorre no nível doméstico, deve haver certa autonomia, mas também harmonia no exercício das funções políticas e judicial. Devem agir, portanto, separadamente, mas de maneira complementar.

⁴² OLIVEIRA, Raphael Andion de. O regime jurídico da OMC e a fragmentação do Direito Internacional: estudos sobre a relação entre o direito da OMC e os demais regimes do Direito Internacional. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 52, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075915.pdf> (acedido em 15 mar. 2020).

acontecem sempre que preciso e, necessariamente, substitui a CM no intervalo entre duas reuniões desta. Assim, o CG se reveza com a CM quanto à interpretação e adoção de decisões com relação aos acordos comerciais multilaterais. Cabe ao CG, ainda, desempenhar as funções do Órgão de Solução de Controvérsias, do Órgão de Exame de Políticas Comerciais e a orientação quanto ao funcionamento dos Conselhos para tratados específicos.

Por fim, é também papel do Conselho adotar as providências necessárias para a cooperação entre outras organizações internacionais que atuem em área afeita a da OMC e a realização de consultas às organizações não-governamentais dedicadas aos temas de interesse da OMC⁴³. A participação destas últimas em sistema de cooperação, muitas vezes assume importância destacada, passando a impressão de que há a formação de parcerias público-privadas (*lato sensu*) informais⁴⁴, fenômeno que amplia ainda mais o nível de participação no âmbito da OMC e que se destaca pela inclusão de atores não-estatais.

Como último integrante deste primeiro eixo de órgãos da OMC, o Secretariado é chefiado por um Diretor-Geral, que é escolhido pelo Conselho Ministerial e exerce funções exclusivamente internacionais, de modo que não se submete a orientações de nenhum dos Estados-membros. Sua impor-

43 OLIVEIRA, Raphael Andion de. O regime jurídico da OMC e a fragmentação do Direito Internacional: estudos sobre a relação entre o direito da OMC e os demais regimes do Direito Internacional. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 53, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075915.pdf> (acedido em 15 mar. 2020).

44 Cf. PAUWELYN, Joost, e BERMAN, Ayelet. Emergency Action by the WTO Director-General: Global Administrative Law and the WTO's Initial Response to the 2008–09 Financial Crisis. *International Organizations Law Review*, VI, 2, 2009, p. 500, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669287 (acedido em 28 mar. 2020); que demonstram um exemplo disso, a saber as reuniões na OMC sobre financiamento do comércio, ocorridas com o advento da crise financeira de 2008, que contou não só com a participação de outras organizações internacionais, mas também com bancos privados e agências de crédito à exportação, que exerceram papéis fundamentais nas deliberações.

tância é extrema, na medida em que chefia os funcionários da OMC no exercício das atividades administrativas internas da Organização e ainda promove a mediação na negociação entre os membros, seja com relação aos acordos, seja com relação ao sistema de controvérsias⁴⁵. Portanto, ainda que de autonomia limitada, o Diretor-Geral da OMC desempenha função auxiliar de grande relevo⁴⁶.

No segundo eixo de órgãos integrantes da OMC, inserem-se os órgãos principais especializados, que são o Conselho de Comércio de Mercadorias, o Conselho de Comércio de Serviços e o Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio. O terceiro eixo é composto por comitês, que são órgãos criados praticamente por todos os acordos multilaterais de comércio. Já no quarto eixo, por sua vez, estão os órgãos da OMC de controle, qual seja o Órgão de Resolução de Litígios, o Órgão de Recurso e o Órgão de Exame de Políticas Comerciais. Por fim, existe ainda um quinto eixo de órgãos, que abarca aqueles que funcionam no âmbito de acordos comerciais plurilaterais⁴⁷.

Assim, percebe-se que o desenho institucional e, como consequência, a atuação da OMC, demonstram um alto nível de participação e cooperação, que não se limita apenas aos

45 OLIVEIRA, Raphael Andion de. O regime jurídico da OMC e a fragmentação do Direito Internacional: estudos sobre a relação entre o direito da OMC e os demais regimes do Direito Internacional. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, pp. 53-54, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075915.pdf> (acedido em 15 mar. 2020).

46 Cf. PAUWELYN, Joost, e BERMAN, Ayelet. Emergency Action by the WTO Director-General: Global Administrative Law and the WTO's Initial Response to the 2008–09 Financial Crisis. *International Organizations Law Review*, VI, 2, 2009, p. 500, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669287 (acedido em 28 mar. 2020); como contraponto, já que os autores destacam que na crise mundial financeira que se iniciou em 2008, o Diretor-Geral da OMC tomou medidas emergenciais que foram efetivamente administrativas, consistindo em atuação excepcional, ad hoc, informal e, para alguns, extrapolando os poderes deste órgão, já que pelas normas da Organização deveriam ser adotadas pelos órgãos políticos ou judicial da OMC.

47 MOTA, Pedro Infante. A Função Jurisdicional do Sistema GATT/OMC. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 89-90.

Estados-membros, englobando outros sujeitos, ainda que àqueles caibam com exclusividade o direito de voto. Este fenômeno é percebido no âmbito geral da governança global, que tem na participação um dos seus fundamentos mais importantes de legitimidade.

3.3. A Organização Administrativa da OMC como Fundamento de Legitimidade de sua Governança Global

No caso da OMC, a ideia de relações somente interestatais no plano internacional é superada pela ideia de relações cosmopolitas, de modo que a regulação transnacional do comércio adota novas estruturas, forma de ação e de governação⁴⁸.

Esta mudança é motivada, Segundo Michelle Ratton Sanchez, pelas seguintes razões:

(1) o surgimento de novas formas de organização social, fruto tanto do incremento das interações transfronteiras como da mudança do papel do Estado; (2) uma maior interdependência dos Estados, que acaba por exigir um incremento na capacidade regulatória das organizações intergovernamentais; e (3) a consolidação e a expansão de alguns princípios na prática política, tais como democracia, legitimidade, transparência, prestação de contas e participação, tanto no âmbito nacional como no âmbito internacional. Tais elementos compõem uma nova realidade e promovem transformações significativas na coordenação entre organizações governamentais, não-governamentais e intergovernamentais⁴⁹

Especificamente no caso da OMC, existem características institucionais que facilitam o processo de participação, não só do maior número possível de Estados-membros (contrariando a antiga preponderância de poucos e podero-

48 SANCHEZ, Michelle Ratton. Breves considerações sobre os mecanismos de participação para ONGs na OMC. *Revista Internacional de Direito Humanos*, III, 4, 2006, p. 104, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/06.pdf> (acedido em 22 ago. 2020).

49 SANCHEZ, Michelle Ratton. Breves considerações sobre os mecanismos de participação para ONGs na OMC. *Revista Internacional de Direito Humanos*, III, 4, 2006, p. 104, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/06.pdf> (acedido em 22 ago. 2020).

sos Estados-membros neste setor), mas também destes novos atores não-estatais no sistema multilateral de comércio.

Dentre tais características, destacam-se a natureza dos seus acordos e a irradiação de seu sistema regulatório por diversas áreas da vida social; a intensidade e dinamismo da OMC, que realiza reuniões frequentes, tanto para negociações, quanto para acompanhamento da implementação das regras multilaterais de comércio; a existência de um sistema de resolução de controvérsias para tutela de interesses públicos e privados; e a possibilidade de adesão de novos membros com regras distintas⁵⁰.

O desenho institucional da OMC, portanto, demonstra a evolução do sistema de regulação global do comércio, na medida em que há o fomento da participação de diversos atores e, como demonstrado, não só estatais. Ou seja, além da legitimidade que a participação efetiva dos Estados-membros nos processos decisórios da Organização enseja, há ainda o incremento da legitimidade pela participação de atores não-estatais, como organizações não governamentais e entidades privadas, que são diretamente interessadas na atuação da OMC, seja na criação de regras, seja na implementação das regras e seja, ainda, na sua interpretação.

Neste contexto, exercendo a OMC governação global no âmbito do comércio, que é de fundamental importância no cenário internacional, tendo em vista, ainda, o tamanho e a importância que a Organização assumiu, é natural que tenha se tornado uma das protagonistas no que se refere ao Direito Administrativo Global. A OMC, destacando a lição de Alberto do Amaral Júnior, compreende um conjunto de normas que coordena e regula o comércio no mundo globaliza-

50 SANCHEZ, Michelle Ratton. Breves considerações sobre os mecanismos de participação para ONGs na OMC. Revista Internacional de Direito Humanos, III, 4, 2006, p. 104, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/06.pdf> (acedido em 22 ago. 2020).

do, bem com um complexo de mecanismos que garantem o cumprimento de suas normas e decisões⁵¹, que alcançam não apenas seus Estados-membros, mas outros sujeitos como entidades privadas, não-governamentais e até indivíduos⁵².

Assim, reconhecido o exercício de governação global pela OMC, naturalmente surge a preocupação com o respeito aos princípios que norteiam o DAG, para que, assim, se possa enxergar legitimidade em sua atuação. Evidentemente, a legitimidade não se fundamenta tão somente no respeito aos princípios que inspiram a atuação administrativa em âmbito global, mas é um dos aspectos que merece atenção. Como esta pesquisa se limitou ao estudo dos aspectos institucionais da OMC, destaca-se o princípio da participação que, além do aspecto procedimental (contraditório e ampla defesa)⁵³, se revela também na estruturação administrativa e na atuação da Organização.

Tendo a OMC como grande característica a condição de ser uma Organização dirigida por seus membros (*member-driven Organization*), bem como contando com a cooperação em suas deliberações de organizações não-governamentais, agentes privados e outras organizações internacionais, fica clara a preocupação com o princípio da participação⁵⁴.

51 AMARAL JÚNIOR, Alberto. Curso de direito internacional público. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 431.

52 Cf. KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, e STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, LXVIII, 3, 2005, p. 21, disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2> (acedido em 15 jan. 2020). Para os autores, o exercício da governança global pela OMC não se restringe, todavia, à edição de normas regulatórias e sua implementação, seja por Estados-membros, seja por entidades privadas e indivíduos, na medida em que há também atuação informal, como no exercício de pressão para que haja cooperação horizontal entre os Estados-membros para reconhecimento mútuo de normas e decisões regulatórias nacionais.

53 Cf. KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, e STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, LXVIII, 3, 2005, pp. 37-38, disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2> (acedido em 15 jan. 2020). Sobre o princípio da participação em seu viés processual, os autores ressaltam o exemplo do caso Gambas-Tartarugas, no qual a OMC exigiu que os Estados Unidos assegurassem mecanismos formais para que Estados e instituições privadas afetadas por suas normas regulatórias internas fossem ouvidos antes da tomada de decisões.

54 Cf. SANCHEZ, Michelle Ratton. Breves considerações sobre os mecanismos de participação para ONGs na OMC. *Revista Internacional de Direito Humanos*, III, 4, 2006, pp.

Por outro lado, esta forma de se organizar da OMC também facilita a observância da transparência, outro importante princípio do Direito Administrativo Global⁵⁵. A um, porque se todos os Estados-membros, com mesmo direito de voto, participam igualmente nas atividades da OMC, têm acesso às informações e dados sobre a atuação da Organização. A dois, porque a participação de terceiros torna ainda mais pública a atividade da OMC e permite, em certo ponto, o controle social, que é uma das maneiras de *accountability* possíveis ao DAG⁵⁶.

Ainda com relação aos princípios do DAG, a OMC conta com complexo sistema de solução de controvérsias, que prevê, inclusive, um Órgão de Apelação das decisões dos painéis, de modo que se garante o atendimento ao princípio que exige a adoção de mecanismos de revisão das decisões regulatórias globais. Mas também neste sistema contencioso, se garante um alto nível de participação, já que, malgrado não se garanta formalmente entes não-estatais que não são partes diretamente interessadas no litúgio como partícipes, é comum sua cooperação. Já ocorre, por exemplo, a participação de ONGs como *amici curiae* com a apresentação de suas posições (informações ou assessoria técnica) quanto aos

105-106, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/06.pdf> (acedido em 22 ago. 2020); para quem, classicamente, a participação em fóruns intergovernamentais é percebida sob 4 formas: a) informação, b) consulta, c) cooperação e d) deliberação, destacando-se que no âmbito da OMC apenas a deliberação se restringe aos Estados-membros, já que se trata de um organismo intergovernamental, mas as outras formas de participação também admitem outros atores que atuam em colaboração, por exemplo, nas Conferências Ministeriais.

55. Cf. SILVA, Alice Rocha da, e SANTOS, Ruth M. P. A influência do Direito Administrativo Global no processo brasileiro de Contratação Pública à luz do Princípio da Transparência. Revista Brasileira de Políticas Públicas, VI, 2, 2016, p. 63, disponível em <https://doi.org/10.5102/rbpp.v6i2.4029> (acedido em 23 jul. 2020); que vão além ao afirmar que, ao lado do princípio da nação menos favorecida, o princípio da transparência é um dos pilares do sistema multilateral do comércio protagonizado pela OMC.

56. Cf. KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, e STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, LXVIII, 3, 2005, p. 38, disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2> (acedido em 15 jan. 2020). Segundo os ensinamentos dos autores, é possível afirmar, neste contexto, que não há participação sem transparência e a participação é uma forma de fomentar a transparência, razão pela qual não só a OMC, mas também o FMI e o Banco Mundial, estão evitando processos decisórios secretos e permitindo cada vez mais acesso público a documentos internos.

temas abordados nas controvérsias tanto nos painéis, quanto no Órgão de Apelação (SANCHEZ, 2006, p. 112).

Assim, conclui-se que a organização institucional da OMC proporciona o atendimento dos princípios mais caros ao Direito Administrativo Global, destacando-se a ampla participação dos Estados-membros em suas atividades, inclusive com igualdade de voto e com respeito à norma que impõe a prestação de assistência técnica e treinamento para países em desenvolvimento (igualdade material), mas também a participação de atores não-estatais, como forma de fomentar a transparência, *accountability* (pelo controle social) e, como consequência, a legitimidade da governança global exercida pela OMC, pelo que deveria servir como inspiração para outras organizações internacionais como a ONU.

A governação global é notabilizada pela regulação de setores com dimensões globais, atingindo não só Estados, como também indivíduos e entidades privadas com e sem fins lucrativos. Esta atividade regulatória não se limite apenas à normas de Direito Internacional Público, já que não se direciona somente às relações entre Estados e não são preconizadas somente pelas tradicionais organizações intergovernamentais.

Neste cenário, o desenho institucional da OMC, que garante influência e direitos igualitários de Estados, bem como participação de atores não-estatais na atividade regulatória, parece adequado para que se verifique a legitimidade da atividade regulatória, que não se pode vislumbrar somente com o consentimento de Estados-membros, já que não são eles os únicos interessados na regulação dos setores globalizados. A legitimidade da governança global praticada pela OMC, portanto, tem como principal fundamento e um dos princípios fundantes, a ideia de participação, cuja ampliação e aprimoramento deve ser uma meta da Organização.

4. Considerações Finais

O presente trabalho demonstrou a existência de um fenômeno que é realidade no mundo globalizado, qual seja a existência de demandas globais em determinadas áreas de importância social e/ou econômica, cujo atendimento se dá por uma governança exercida para além das fronteiras dos Estados. A este fenômeno a doutrina atribui a designação de governança ou governação global.

Tal governança vem sendo exercida não só por organizações intergovernamentais, mas também por entidades híbridas (público-privadas), Estados, empresas, indivíduos e organizações não governamentais, em cooperação, de modo que esta atividade não é satisfatoriamente regulada pelo Direito Internacional Público. Neste sentido, ecoa no universo jurídico o surgimento de uma nova disciplina, apelidada Direito Administrativo Global (DAG), a regular a governança transnacional que se dispõe à satisfação das necessidades e à regulação de questões socioeconômicas de dimensões globais.

Demonstrou-se, ademais, que o DAG ainda sofre críticas quanto à sua legitimidade, sobretudo por não ser baseado em uma Constituição, como no caso do Direito Administrativo nacional, nem é suportado necessariamente por normas de Direito Internacional, o que, segundo os críticos, ensejaria um déficit democrático (quer direto, quer indireto).

Assim, em seguida se estudou os elementos que poderiam, em contrapartida, compensar a reduzida legitimidade democrática do DAG, destacando-se o princípio da transparência e sobretudo o princípio correlato da participação. Inclusive, participação para o presente trabalho não se limitou ao contraditório e à ampla defesa dos destinatários da regulação em nível global, abrangendo também a composição e a

estruturação das entidades que exercem a governação global.

Em seguida, o trabalho se direcionou ao seu ponto fulcral, debruçando-se sobre a Organização Mundial do Comércio (OMC) que, apesar de ser uma organização intergovernamental, não se organiza da maneira como este tipo de entidade tradicionalmente se organiza, além de incorporar em seus processos decisórios instrumentos menos ortodoxos.

Dentre estas características, foram destacadas a efetiva participação dos Estados-membros da OMC na tomada de decisões no exercício de todas as suas funções – levando a ser considerada uma *members-driven organization* – e a abertura à participação de atores não-estatais, tanto nas discussões ocorridas em seu âmbito, quanto nos processos decisórios da entidade. Os atores não-estatais, como ONGs, por exemplo, participam na realização de fóruns sobre temas afeitos com apoio da OMC e até apresentando razões escritas em algumas discussões, inclusive no órgão de solução de controvérsias.

O arranjo institucional da OMC, portanto, fomenta a participação intensa dos envolvidos nas questões do comércio global, bem como daqueles que representam alguns interesses econômicos e sociais, ampliando as discussões e o diálogo para tomada de decisões sobre o comércio internacional, tema sensível à comunidade global. Assim, a governança global do comércio prestigia os princípios do DAG que, do ponto de vista procedimental, sempre passam pela ideia de participação. Transparência, motivação e direito ao recurso são ideias correlatas à ideia de participação, demonstrando-se que o respeito em elevado grau a este princípio legitima as atividades da OMC.

A legitimidade da governança global exercida pela

OMC pela garantia de participação, assim, é percebida em razão da maior aceitabilidade das suas decisões em razão da necessidade de consenso entre os Estado-membros e da possibilidade de discussão com a comunidade global através de atores não-estatais. Mas esta legitimidade por participação também é percebida pela validação dos processos decisórios da OMC em razão do procedimento adotado, com grau cada vez maior de contraditório, transparência, motivação das decisões (também como forma de se garantir a transparência e possibilitar o real exercício do contraditório) e com o direito ao recurso, também ínsito ao DAG.

Assim, embora ainda esteja em evolução a governança da OMC, já se percebe avanços, sobretudo em se tratando de uma organização intergovernamental, de modo que, se ainda não é um exemplo perfeito e acabado, serve de inspiração a outras entidades que atuam em nível global e devem fazê-lo de maneira cada vez mais participativa, ampliando a aceitação e a sensação de Justiça provocada por suas decisões.

5. Referências bibliográficas

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. I. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016.

AMARAL JÚNIOR, Alberto. *Curso de direito internacional público*. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CASSESE, Sabino. Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation. *NYU Journal of International Law and Politics*, XXXVII, 2006, pp. 663-694, disponível em <http://ilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Casese-Administrative-Law-Without-the-State-2005.pdf> (acedido em 08 set. 2020).

CASSESE, Sabino. *Global administrative law: cases and materials*. Rome: Public Law Institute, 2006.

CASSESE, Sabino. Global administrative law: the state of the art. *International Journal of Constitutional Law*, XIII, 2, 2015, pp. 465-468, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mov022> (acedido em 23 fev. 2020).

CHAZOURNES, Laurence Boisson de. Changing Roles of International Organizations: Global Administrative Law and the Interplay of Legitimacies. *International Organizations Law Review*, VI, 2, 2009, pp. 655-666, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2090895> (acedido em 10 mar. 2020).

DUARTE, Francisco de Abreu. À descoberta do fundamento constitucional do

Direito Administrativo Global. *Revista Eletrônica de Direito Público (e-Pública)*, 1, 1, 2014, pp. 188-202, disponível em <http://e-publica.pt/volumes/v1n1/pdf/Vol.1-Nº1-Art.07.pdf> (acedido em 23 ago. 2020).

ESTY, Daniel C. Good Governance at the World Trade Organization: building a foundation of administrative law. *Journal of International Economic Law*, X, 3, 2007, pp. 509-527.

FROTA, Hidemberg Alves da. Direito Administrativo Global: padrões substantivos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, II, 1, 2015, pp. 1-36, disponível em <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2ilp1-36> (acedido em 12 jan. 2020).

GARCEZ, Gabriela Soldano, e FREITAS, Gilberto Passos de. Governança, globalização e atores não estatais: uma análise sob a perspectiva do Direito Internacional. *Scientia Iuris*, XIX, 2, 2015, pp. 223-240, disponível em <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2015v19n2p223> (acedido 18 jul. 2020).

GONÇALVES, Alcindo, e COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011.

HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011.

KINGSBURY, Benedict, e CASINI, Lorenzo. Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law. *International Organizations Law Review*, LXII, 2, 2009, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1539564> (acedido em 27 ago. 2020).

KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, e STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, LXVIII, 3, 2005, disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2> (acedido em 15 jan. 2020).

MÖLLERS, Christoph. Ten years of global administrative law. *International Journal of Constitutional Law*, XIII, 2, 2015, pp. 469-472, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mov023> (acedido em 01 mar. 2020).

MOTA, Pedro Infante. *A Função Jurisdicional do Sistema GATT/OMC*. Coimbra: Almedina, 2013.

OLIVEIRA, Raphael Andion de. *O regime jurídico da OMC e a fragmentação do Direito Internacional: estudos sobre a relação entre o direito da OMC e os demais regimes do Direito Internacional*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075915.pdf> (acedido em 15 mar. 2020).

PAUWELYN, Joost, e BERMAN, Ayelet. Emergency Action by the WTO Director-General: Global Administrative Law and the WTO's Initial Response to the 2008–09 Financial Crisis. *International Organizations Law Review*, VI, 2, 2009, pp. 499-512, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669287 (acedido em 28 mar. 2020).

PERES, Ana Luísa Soares, e DAIBERT, Leticia de Souza. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, XII, 2, 2014, pp. 217-238, disponível em <https://doi.org/10.5102/rdi.v11i2.3115> (acedido em 30 ago. 2020).

PETERS, Anne. Los méritos del constitucionalismo global. In: Jorge Luis Fabra ZAMORA, e Leonardo García JARAMILLO, Coords. *Filosofía del derecho constitucional: Cuestiones Fundamentales*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 119-135.

SANCHEZ, Michelle Ratton. Breves considerações sobre os mecanismos de

participação para ONGs na OMC. *Revista Internacional de Direito Humanos*, III, 4, 2006, pp. 102-125, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/06.pdf> (acedido em 22 ago. 2020).

SILVA, Alice Rocha da, e FIRME, Telma. A contribuição do direito administrativo global para a construção de regras de responsabilidade social empresarial. *Revista Estudos Institucionais*, III, 1, 2017, pp. 677-700, disponível em <https://doi.org/10.21783/reiv3il.109> (acedido em 01 set. 2020).

SILVA, Alice Rocha da, e SANTOS, Ruth M. P. A influência do Direito Administrativo Global no processo brasileiro de Contratação Pública à luz do Princípio da Transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, VI, 2, 2016, pp. 58-80, disponível em <https://doi.org/10.5102/rbpp.v6i2.4029> (acedido em 23 jul. 2020).

SILVA, Vasco Pereira da. Do direito administrativo nacional ao direito administrativo sem fronteiras (breve nota histórica). In: Vasco Pereira da SILVA, e Ingo Wolfgang SARLET, coords. *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: ICJP, 2011, pp. 211-215.

WALKER, Neil. Taking Constitutionalism Beyond the State. *Political Studies*, LXVI, 2008, p. 519-543, disponível em <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/walker-2008-taking-constitutionalism-beyond-the-state.pdf> (acedido em 25 ago. 2020).

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE DA MEDIDA SOB A ÓTICA DO CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL

TELEPHONE INTERCEPTION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: ANALYSIS OF THE INJUNCTION FROM THE PERSPECTIVE OF THE ESCHER CASE AND OTHERS VS. BRAZIL

André Rocha Sampaio¹

Jéssica Alessandra Araújo Ferreira Leão²

SUBMISSÃO: 1º DE OUTUBRO DE 2021
APROVAÇÃO: 06 DE OUTUBRO DE 2021

O Estado brasileiro foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por violar uma série de garantias fundamentais no que ficou conhecido como “Caso Escher e Outros vs. Brasil”. Trata-se de caso no qual se constatou patente ilegalidade em medida de interceptação telefônica teoricamente deferida para investigar integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e que resultou na vulneração de vários outros direitos fundamentais, como a liberdade de associação e a honra. O presente artigo visa tão somente analisar as questões processuais relacionadas à interceptação telefônica, valendo-se do caso em estudo como meio para a realização de uma pesquisa crítica de cariz bibliográfico. Percebeu-se, ao cabo, que houve uma conduta de manifesto menosprezo, no que tange à atuação das instituições brasileiras, na proteção das garantias violadas,

¹ Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (com Programa Doutorado Sanduiche no Exterior na Università di Bologna) (2016), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL) (2009), pós-graduado em Ciências Criminais pela ESAMC (2006), graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2003). Representante local do Mestrado Interinstitucional do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (SE). Professor da disciplina Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia e Advogado. Professor de pós-graduações no Estado. Coordenador do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Membro do Instituto Brasileiro de Processo Penal. Parceirista de diversos periódicos nacionais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processo Penal.

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), vinculada à linha de pesquisa Crimes, Punições e Direitos Violados: das normas penais e processuais às políticas criminais (2019/2021). Pós-graduanda em Direito de Execução Penal pela Faculdade Renato Saraiva (CERS) (2021/2022). Especialista em Direito da Seguridade Social pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ) (2016/2017). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL) (2010/2015). Pesquisadora do Grupo Biopolítica e Processo Penal do Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre a Pena e a Execução Penal da Universidade de São Paulo (USP).

tendo sido necessário a provocação da CIDH, após posterior acionamento da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, para instar a devida atuação do Estado brasileiro, o que se hipotetizou se tratar de manifestações de práticas inquisitórias arraigadas na praxe forense local. Palavras-chave: interceptação telefônica; garantias fundamentais; inquisitorialidade; CIDH.

The Brazilian State was convicted in the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) for violating a series of fundamental guarantees in what became known as the “Escher and Others against Brazil Case”. This is a case in which it was found patent illegality in a measure of telephone interception theoretically deferred to investigate members of the “Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra” (Landless Rural Workers Movement) (MST) and which resulted in the violation of several other fundamental rights, such as freedom of association and honor. This article aims only to analyze the procedural issues related to telephone interception, using the case under study as a means to carry out a critical research of a bibliographic nature. In the end, it was perceived that there was a manifestly contemptuous conduct, with regard to the performance of Brazilian institutions, in the protection of violated guarantees, and it was necessary to provoke the IACHR, after subsequent action by the Inter-American Commission on Human Rights, to urge the proper performance of the Brazilian State, which was hypothesized to be manifestations of inquisitive practices rooted in local forensic practice. Key-words: telephone interception; fundamental guarantees; inquisitoriality; CIDH.

1. Introdução

O presente artigo tem como escopo realizar um estudo de caso focado nas questões processuais em torno do denominado “Caso Escher e Outros vs. Brasil”, que versa sobre a interceptação telefônica de organizações sociais, nomeadamente o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), e que tramitou tanto na Comissão quanto na Corte Interamericana de Direitos Humanos, resultando na condenação do Estado brasileiro em reparação de danos imateriais, na obrigação de restituir as custas e os gastos suportados pelas vítimas e na ampla divulgação da sentença condenatória.

Trata-se de caso complexo, envolvendo uma série de violações relacionadas não apenas à medida cautelar probatória de interceptação telefônica, mas, por consequência, a vários outros direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, como o direito à honra, intimidade e à liberdade de associação.

Contudo, para os propósitos delineados, serão abordados tão somente os aspectos ligados de forma mais estreita à medida ilegal, tendo em vista o critério metodológico eleito.

Assim, almeja-se proferir um diagnóstico das condicionantes institucionais que propiciaram a total ausência de responsabilização dos envolvidos por parte do Estado brasileiro, bem como seu descaso para com as medidas estabelecidas pela Comissão Interamericana. A título de método de pesquisa, será realizada uma incursão documental, sobretudo das decisões afetadas ao caso disponíveis no próprio sítio da Corte, associada a uma revisão bibliográfica, calcada em constitucionalistas e processualistas brasileiros. Dados estatísticos secundariamente colhidos serão apresentados de forma a demonstrar pontos firmados.

A organização do artigo perpassa por cinco seções e as referências utilizadas, sendo a primeira esta introdução, seguida da apresentação dos aspectos mais relevantes do caso em análise. A terceira seção se bipartirá e será reservada para a demonstração e problematização dos regimes constitucional e legal à inviolabilidade das comunicações telefônicas, enquanto na quarta será feita a análise jurídica da medida aplicada ao caso, resgatando conceitos da seção anterior para a formulação das críticas cabíveis. Por fim, a quinta seção consiste na conclusão, na qual novas hipóteses são formuladas para uma possível futura investigação científica.

Apesar de não conformar estatística – trata-se da análise de somente um caso – a praxe forense brasileira revela que as mazelas a serem analisadas são relativamente frequentes, ainda que em menor grau, de modo que despejar a devida luz sobre elas tem o condão de mapear bolsões inquisitórios em prol de melhor se trafegar na migração para um sistema acusatório, alinhado a valores democráticos inarredáveis.

2. Contextualização da demanda³

Os fatos que deram origem ao Caso Escher e outros vs. Brasil foram iniciados em 03 de maio de 1999, quando o então Major Waldir Copetti Neves, membro do Quadro de Oficiais da Polícia Militar do Estado do Paraná, baseando-se na Lei nº 9.296/1996 (sancionada para regulamentar a interceptação de comunicações telefônicas), requereu ao Juízo da Comarca de Loanda/PR autorização para que a empresa de telecomunicações do Estado do Paraná, a TELEPAR, procedesse com a interceptação e o monitoramento da linha telefônica pertencente à Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA), situada no Município de Querência do Norte/PR. A instituição, administrada pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), por intermédio de Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, foi acusada pelo Major Waldir de utilizar o sistema de telefonia como apoio à perpetração de crimes, motivo pelo qual seria necessária a monitoração para preservar a vida e/ou o patrimônio da população.

Diante do pedido, a magistrada Elisabeth Kather, então titular da referida unidade jurisdicional, em superficial anotação feita à margem do próprio documento de requerimento, deferiu a requisição sem qualquer fundamentação, deixando, inclusive, de dar ciência da decisão ao Ministério Público, imposição esta prevista no art. 6º da lei que fundamentou a pretensão⁴. Com efeito, em 14 de maio de 1999 tiveram início as operações, a princípio por 15 (quinze) dias

³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Arley José Escher e outros contra a República Federativa do Brasil. Caso 12.353, Interceptação de linhas telefônicas de organizações sociais. Organização dos Estados Americanos. Washington, D.C., 20 de dezembro de 2007.

⁴ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 - Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Publicada em 25/07/1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm >. Acesso em: 20 set 2021.

e posteriormente prorrogadas pela magistrada até o dia 02 de julho de 1999, resultando em 49 (quarenta e nove) dias de escutas telefônicas. Ao final, em 1º de julho de 1999, foi entregue à magistrada, pelo Major Waldir, 123 (cento e vinte e três) fitas com as conversas gravadas.

Ressalte-se que já em 08 de junho de 1999 alguns fragmentos das gravações obtidas foram reproduzidos em noticiários nacionais de grande projeção, principalmente na Rede Globo de Televisão. Dentre as conversas gravadas, foram divulgadas, sobretudo, as comunicações dos dirigentes das instituições afetadas com diversas pessoas, cuja maior parte era de integrantes do MST. No que se refere ao teor dos diálogos, em geral diziam respeito às atividades decorrentes do movimento, como a ocupação de terras.

Assim sendo, em 1º de abril de 2000, ante a ampla repercussão da divulgação do conteúdo, as pessoas que tiveram suas comunicações telefônicas interceptadas impetraram mandado de segurança contra o ato da Juíza de Direito da Comarca de Loanda, o qual foi distribuído ao Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sob o nº 83486-6. Contudo, com base no argumento de que o remédio constitucional foi impetrado após a suspensão da escuta telefônica, e, portanto, carecia de objeto, o mandado foi rejeitado sem resolução do mérito em 05 de abril de 2000. As vítimas chegaram a opor embargos de declaração alegando que houve omissão na decisão, uma vez que o pedido de destruição das fitas em que estavam armazenadas as conversas gravadas não foi apreciado. Porém, o Tribunal decidiu que o referido pedido não poderia ser atendido, posto que o indeferimento da petição se deu sem análise meritória.

Posteriormente, em 19 de agosto de 2000, foi oferecida denúncia pelos delitos cometidos contra as vítimas. Entre-

tanto, em 06 de outubro de 2000, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná rejeitou a acusação, absolvendo dos delitos de usurpação da função pública, abuso de autoridade e crime de responsabilidade a magistrada Elizabeth Khater, o Subcomandante e Chefe do Estado-Maior da Polícia Militar, Coronel Valdemar Krestschmer, o Chefe do Grupo Águia do Comando de Polícia do Interior, Major Waldir Copetti Neves e o Terceiro Sargento Valdecir Pereira da Silva, do 8º Batalhão da Polícia Militar.

Não obstante, remeteu-se o processo referente a Candidato Manuel Martins de Oliveira, Secretário de Segurança Pública do Estado do Paraná, ao Juizado de Primeira Instância Penal, tendo em vista a possibilidade de adequação de sua conduta ao tipo previsto no art. 10 da Lei nº 9.296/1996 (quebra de segredo de justiça sem autorização judicial)⁵, em razão de ter divulgado à imprensa as informações contidas nas gravações obtidas. Dessa maneira, após os devidos trâmites processuais, o Secretário foi condenado no Processo Penal nº 82516-5, perante a 2ª Vara do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, à pena privativa de liberdade de dois anos e quatro meses, bem como ao pagamento de 28 dias-multa. Entretanto, a condenação foi revertida pelo Tribunal de Segunda Instância do Estado do Paraná, que em 14 de outubro de 2004, absolveu o acusado por considerar que as conversas gravadas não foram por ele divulgadas à imprensa, na medida em que já haviam se tornado públicas em momento anterior à entrevista concedida.

Ocorre que, paralelamente à tramitação dos processos

⁵ Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput deste artigo com objetivo não autorizado em lei. BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 - Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Publicada em 25/07/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 20 set 2021.

em âmbito nacional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi acionada em 26 de dezembro de 2000, tendo recebido denúncia apresentada pelas organizações Rede Nacional de Advogados Autônomos Populares (RE-NAAP) e Centro de Justiça Global (CJG) contra a República Federativa do Brasil.

Porém, somente em 02 de março de 2006, após os procedimentos preliminares, a Comissão declarou o caso formalmente admissível, de modo que, em 19 de abril de 2006, transmitiu o Relatório de Admissibilidade às partes e concedeu o prazo de 02 (dois) meses para que os peticionários apresentassem alegações sobre o mérito da demanda, colocando-se à disposição para promover um desfecho amistoso. Transcorridos os prazos concedidos e apresentadas as devidas manifestações, em 08 de março de 2007, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito 14/07, conforme dispõe o art. 50⁶ da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em suma, o relatório concluiu que “o Brasil violou

6 Art. 50.1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, e, do artigo 48. 2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo. 3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humano. 22 de novembro de 1969.

os direitos consagrados nos artigos 8.1⁷, 11⁸, 16⁹ e 25¹⁰ da Convenção Americana, descumprindo ao mesmo tempo as obrigações gerais que impõem os artigos 1.1¹¹, 2¹² e 28¹³ do mesmo

7 Art. 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

8 Art. 11. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

9 Art. 16. 1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. 2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito a restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

10 Art. 25.1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

11 Art. 1.1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

12 Art. 2. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

13 Art. 28. 1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial. 2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinente, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção. 3. Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições neces-

instrumento”.

Diante disso, a Comissão elaborou algumas recomendações ao Estado brasileiro, a saber: 1) realização de uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos; 2) reparação plena a Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, bem como aos familiares de Eduardo Aghinoni, tanto no aspecto moral quanto material, pelas violações de direitos humanos determinadas no relatório; 3) aprovação e implementação de medidas destinadas a preparar funcionários da justiça e da polícia, a fim de evitar ações que impliquem violação do direito de privacidade em suas investigações; 4) aprovação e implementação de ações imediatas que assegurassem o cumprimento dos direitos estabelecidos nos artigos 8.1, 11, 16 e 25 da Convenção Americana, tornando efetivos os direitos à proteção especial da privacidade e à liberdade de associação das pessoas físicas no Brasil.

Com efeito, o Relatório de Mérito foi transmitido ao Estado em 10 de abril de 2007, oportunidade em que foi concedido o prazo de 02 (dois) meses para que prestasse informações acerca das ações executadas com a finalidade de efetivação das recomendações. Na ocasião, a CIDH informou aos peticionários sobre a aprovação do relatório e encaminhamento ao Estado, solicitando que se posicionassem, também no prazo de 02 (dois) meses, quanto à eventual submissão do caso à Corte Interamericana. Destarte, em 10 de maio de 2007, os peticionários informaram o desejo de que o caso fosse encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Entretanto, uma série de prorrogações de prazo passou

sárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção. COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969.

a ser requerida pelo Brasil. Inicialmente, sob a justificativa de complexidade da articulação interna necessária à concretização das recomendações e elaboração de relatório completo e preciso, o Estado solicitou prorrogação em 24 de maio de 2007, a qual acabou por ser concedida pela CIDH em 05 de junho de 2007, pelo período de 03 (três) meses, resultando em suspensão do prazo fixado no artigo 51.1 da Convenção Americana para envio do caso à Corte.

Então, em 11 de setembro de 2007, o Estado enviou à Comissão um relatório informando acerca do cumprimento parcial das recomendações, requerendo, todavia, uma nova prorrogação de 06 (seis) meses para viabilização do cumprimento integral. Salientou, ainda, que não pretendia se eximir de suas responsabilidades internacionais, mas apenas e tão somente garantir que os princípios do sistema interamericano fossem efetivados em sua totalidade. Dessa maneira, em 08 de outubro de 2007, a CIDH novamente concedeu prorrogação, restringindo-a, no entanto, a um período de 02 (dois) meses. No documento, a Comissão solicitou, ainda, que o Estado elaborasse um programa de cumprimento relacionado a cada recomendação, bem como, que em 25 de novembro apresentasse o relatório final de todas as ações.

Contudo, para a surpresa de todos que estavam acompanhando a demanda, em 11 de outubro de 2007 a Assembleia Legislativa do Estado do Paraná aprovou a Lei nº 15662/2007¹⁴, que concedeu o título de Cidadã Honorária à magistrada Elisabeth Kather, diretamente envolvida nos fatos do caso analisado. Assim, em 14 de novembro de 2007, os peticionários comunicaram a situação à CIDH, enfatizando

14 PARANÁ. Lei nº 15.662, de 11 de outubro de 2007 - concede o título de Cidadã Honorária do Estado do Paraná à Doutora Elisabeth Kather. Publicada em 11/10/2007. Disponível em: < <https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-15662-2007-parana-concede-o-titulo-de-cidada-honoraria-do-estado-do-parana-a-doutora-elisabeth-kather> >. Acesso em: 22 set 2021.

que o ato representava a impunidade em relação à responsabilização que poderia ser atribuída à Juíza, e, por conseguinte, o distanciamento do Estado quanto ao cumprimento das recomendações elaboradas pela Comissão.

O prazo de 25 de novembro de 2007 foi ultrapassado sem qualquer manifestação do Brasil, que somente em 10 de dezembro de 2007 requereu uma terceira prorrogação, novamente sob o argumento de demasiada complexidade na interação dos diversos atores estaduais e federais envolvidos na concretização das recomendações. Na mesma data, a CIDH concedeu ao Estado brasileiro uma última prorrogação, de 10 (dez) dias, para que fosse apresentado ao menos um cronograma pormenorizado do cumprimento de cada uma das recomendações, com especificação acerca do estágio em que se encontrava cada uma delas. Todavia, chegado o dia 17 de dezembro de 2007, fixado como prazo limite para a apresentação da documentação, o Estado não encaminhou sequer o cronograma de cumprimento, motivo pelo qual a CIDH decidiu submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, vale lembrar que o Brasil aderiu à Convenção Americana em 09 de julho de 1992 e aceitou a jurisdição contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998, sendo esta competente para julgar o feito. Desse modo, em 20 de dezembro de 2007, considerando a ausência de promoção de justiça e reparação adequada pelo Estado em detrimento das vítimas, a CIDH submeteu à Corte o caso número 12.353, Arley José Escher e outros, contra a República Federativa do Brasil, em razão da interceptação e monitoramento ilegais das linhas telefônicas de Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, membros das organizações sociais Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais

(ADECON) e da Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA), ambas associadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), realizados entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná.

Em sua representação, apresentada em 20 de dezembro de 2007, a Comissão solicitou à Corte que estabelecesse a responsabilidade internacional do Estado brasileiro, uma vez que o país incorreu em diversas violações previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, sobretudo as contidas nos artigos 8.1 (direito ao devido processo legal), 11 (proteção da honra e da dignidade), 16 (liberdade de associação) e 25 (proteção judicial). Ademais, enfatizou que o caso constituía uma oportunidade de aperfeiçoamento da jurisprudência interamericana no que diz respeito à tutela do direito à proteção da privacidade e do direito à liberdade de associação, além dos limites do exercício do poder público.

No que se refere ao objetivo da demanda, a CIDH pontuou que consistia na declaração de que a República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos dispositivos supramencionados, bem como das obrigações gerais de respeito e garantia, dispostas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, e do dever de adotar medidas legislativas e de outra natureza no âmbito interno, previstas no artigo 2 do Tratado. Em consequência, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse o Estado a cumprir as mesmas recomendações indicadas no âmbito da CIDH, dessa vez com natureza coercitiva, tendo em vista que anteriormente acabaram por não ser seguidas pelo Estado. Pleiteou, ainda, que as custas e despesas legais decorrentes da tramitação do caso fossem pagas pelo Brasil, tanto em âmbito nacional quanto internacional.

Dessa maneira, em 06 de fevereiro de 2008 a demanda foi notificada ao Estado, tendo as organizações Justiça Global, Rede Nacional de Advogados Populares, Terra de Di-

reitos, Comissão Pastoral da Terra (CPT) e Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), representantes das vítimas, apresentado o conjunto de petições, argumentos e provas em 07 de abril de 2008, conforme prevê o art. 23 do Regulamento. Adiante, em 07 de julho de 2008, o Estado apresentou defesa, mediante a qual suscitou questões preliminares e contestou os pontos alegados. Ademais, a Presidente da Corte ordenou, através da Resolução de 08 de outubro de 2008, o recebimento de declarações de 08 (oito) testemunhas propostas pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, bem como as declarações dos dois peritos oferecidos pelos representantes. Com efeito, as exceções preliminares foram: 1) Descumprimento pelos representantes dos prazos previstos no Regulamento para apresentar o escrito de petições e argumentos e seus anexos; 2) Impossibilidade de alegar violações não consideradas durante o procedimento perante a Comissão Interamericana; e 3) Falta de esgotamento dos recursos judiciais internos.

Em seguida, uma audiência pública foi celebrada no dia 03 de dezembro de 2008, ocasião em que foram colhidos os depoimentos de Celso Aghinoni, Avanilson Alves Araújo e Harry Carlos Herbert, propostos pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, respectivamente; além dos laudos dos peritos Luiz Flávio Gomes e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, o primeiro proposto pela Comissão e a segunda pelo Estado. Ao final, foram apresentadas as alegações finais orais das partes.

Assim, em 06 de julho de 2009, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença¹⁵, declarando,

¹⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Arley José Escher e outros contra a República Federativa do Brasil. Caso 12.353, Intercepção de linhas telefônicas de organizações sociais. Sentença. 20 de julho de 2009.

por unanimidade, que o Estado brasileiro violou o direito à vida privada e o direito à honra e à reputação de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, reconhecidos no artigo 11 da Convenção Americana, relacionado ao artigo 1.1 do mesmo diploma, pela interceptação, gravação e divulgação de conversas telefônicas; violou o direito à liberdade de associação reconhecido no artigo 16 da Convenção Americana, relacionado ao artigo 1.1; violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana; relacionados ao art. 1.1 do mesmo diploma, em razão da ação penal seguida contra o ex-secretário de segurança; da falta de investigação dos responsáveis pela primeira divulgação das conversas telefônicas; e da falta de motivação da decisão em sede administrativa relativa à conduta funcional da magistrada que autorizou a interceptação telefônica.

A título de reparação, restou determinado ao Estado, em síntese, a obrigação de pagar para cada vítima, pelos danos imateriais, o montante de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América); a obrigação de publicar no Diário Oficial, em outro jornal de ampla circulação nacional, e em um jornal de ampla circulação no Estado do Paraná, a parte resolutiva da sentença, bem como a publicação na íntegra da decisão em um sítio web oficial da União Federal e do Estado do Paraná; a obrigação de investigar os fatos que geraram as violações do caso; a obrigação de restituir as custas e os gastos suportados pelas vítimas no valor de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América).

3. Da Interceptação Telefônica

A Constituição Federal da República Federativa do

Brasil data de 5 de outubro de 1988. Apesar dos seus quase 35 anos de existência, a realidade da época já contemplava a vasta utilização de comunicações telefônicas – em número muito maior do que atualmente, diga-se de passagem. Assim sendo, conveio ao constituinte instituir, inicialmente, os limites constitucionais do seu exercício, delegando ao legislador infraconstitucional a responsabilidade de fornecer contornos mais precisos aos limites do direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas.

No presente tópico será feita a devida análise tanto da contextualização constitucional como infraconstitucional, analisando-se todas as nuances pela ótica jurisprudencial e doutrinária, sobretudo, no que tange a esta última, a de cariz crítico.

3.1. Da Proteção Constitucional à Inviolabilidade das Comunicações Telefônicas

O constituinte de 1988 reservou o Título II da Carta Magna para a proteção “Dos direitos e garantias fundamentais”, trazendo em seu primeiro capítulo os “direitos e deveres individuais e coletivos”. Foi nele que, precisamente no inciso XII do artigo 5º, dispôs: “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”.

Como visto, no aludido inciso o constituinte assegurou a inviolabilidade de sigilos ligados a correspondência, a comunicações telegráficas, de dados e também a comunicações telefônicas, porém, fazendo uma ressalva quanto a este último, em virtude de ordem judicial e com a finalidade de produção de provas e/ou elementos de informação para uma

persecução criminal, com seus limites definidos pela legislação infraconstitucional.¹⁶

Tratou-se de espécie de “ponderação a priori” realizada pelo constituinte, que mesmo percebendo a robusta importância da garantia à inviolabilidade das comunicações telefônicas entendeu não poder ser ela absoluta, de modo a ser usada indene para a prática de delitos, porém considerou a interferência do Estado algo tão gravoso que só poderia ocorrer mediante ordem judicial e para fins de persecução criminal, nos termos que serão melhor explorados abaixo.

3.2. Da Proteção Legal às Comunicações Telefônicas

Em nível infraconstitucional, as hipóteses de violação legal ao sigilo das comunicações telefônicas foram estabelecidas pela Lei 9.296/96. Esta lei possibilita que haja a gravação do conteúdo as comunicações telefônicas diante do preenchimento dos seguintes requisitos: autorização judicial devidamente fundamentada, demonstração de ser o último meio de prova disponível para a obtenção de informações com determinado propósito investigativo, a presença de indícios suficientes de autoria ou participação em infração penal e, por fim, o crime que está sendo investigado precisa ser punível com a pena de reclusão.¹⁷

A reserva de jurisdição¹⁸ possui o condão exatamente

16 “Finalmente, à luz do art. 5º, XII, pode parecer que somente o sigilo das comunicações telefônicas pode ser quebrado. Na verdade, como não há direitos absolutos, qualquer sigilo mencionado no preceito pode ceder quando ponderado com outros valores diante do caso concreto. Mas a Constituição, relativamente às comunicações telefônicas, limita a quebra do sigilo, através da interceptação ou captação da conversação, à ordem judicial e nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Esclareça-se, de logo, que interceptação das comunicações telefônicas é a apreensão e gravação da conversa telefônica por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. Jus Podium: Salvador, 2008. p. 664).

17 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 293.

18 CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. Jus Podium: Salva-

de evitar a banalização da medida, incumbindo ao juiz competente a decisão final acerca de estarem ou não preenchidos os requisitos autorizativos da medida. Ademais, conforme disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, é imperativo que fundamente sua decisão, demonstrando a presença de todos os elementos em questão.

A demonstração de se tratar do último meio de prova à disposição para o propósito almejado pode, por sua vez, ser bastante problemática. Frise-se que a medida em questão se trata de prova cautelar,¹⁹ o que impede, neste caso, a devida proteção de um contraditório forte, instituído aprioristicamente ao ato; ou seja, a autoridade requerente – delegado de polícia ou membro do Ministério Público – não possui meios viáveis de comprovar o negativo, ou seja, a inexistência de outros meios capazes de atingir o mesmo desiderato. Em assim sendo, tal requisito costuma orbitar em torno da mera alegação da parte requerente, que se se demonstrar minimamente razoável, é costumeiramente deferida pelo juiz competente.

A necessidade da presença de indícios suficientes de autoria ou participação em infração penal é o requisito que institui o *standard* probatório a ser analisado pelo juiz competente antes de deferimento da medida. Em que pese trazer inegável limitação à concessão da autorização para interceptar comunicações telefônicas, o *standard* é vago – como sói serem –, trazendo o adjetivo “suficientes” como modulador de eventuais indícios presentes passíveis de figurar nessa análise. Essa “suficiência” acaba operando como significante vazio, manuseada pelo requerente e pelo juiz competente de forma pouco controlável, extremamente vulnerável a vieses

dor, 2008. p. 665.

¹⁹ No mesmo sentido, cf. RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação Telefônica. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 26, abr./jun., 1999, pp. 143 – 151.

de variadas ordens.

O último elemento é o mais objetivo: o crime alvo da investigação precisa ser apenado com pena de reclusão, o que na prática impede que a medida em questão se banalize ao ponto de ser utilizada em crimes de menor gravidade. Por outro lado, ainda permite que uma grande quantidade de condutas seja potencialmente objeto de interceptação.

CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK afirmam que as duas primeiras hipóteses se tratam, em certa medida, de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, o que não suscita nenhuma controvérsia de cunho constitucional, mas a terceira delas – a possibilidade de aplicação para todos os crimes apenados com reclusão – instigaria a discussão acerca da proibição de excesso.

Observa-se, desse modo, nítido descompasso entre a opção feita pelo legislador ordinário, de um lado, e a diretriz constitucional e o critério sinalizado pelo STF, de outro, no sentido de que as interceptações telefônicas deveriam ser restritas a casos de extrema gravidade, como, por exemplo, o crime organizado, os crimes inafiançáveis, os crimes praticados contra o meio ambiente e contra a administração pública, etc.²⁰

Afirmam os autores que o legislador foi ao mesmo tempo aquém a além, pois ao passo que açabarcou todos os crimes apenados com reclusão, deixou de fora crimes comumente praticados pelo telefone, como o de ameaça e os crimes contra a honra. Entretanto, ao cabo, afirmam:

Longe de atender ao caráter excepcional da previsão constitucional, o legislador ordinário ampliou de tal modo as hipóteses de interceptação telefônica que terminou por aniquilar o direito fundamental à intimidade assegurado pela Constituição, afastando-se a realidade legislativa do modelo garantista de processo penal esboçado pelo constituinte.²¹

20 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 294.

21 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Sa-

GRINOVER, por sua vez, afirma que, no que tange às hipóteses legais nas quais a interceptação é admissível, o texto do dispositivo fora extremamente infeliz, primeiramente porque do texto constitucional funda a ideia de que o sigilo é a regra, à qual a lei poderia excepcionar, porém, ao invés disso, o artigo 2.º inverte a lógica instituída, trazendo a quebra como regra e a inviolabilidade como exceção.²²

A prática referida, de esvaziamento pelo legislador ordinário – e pelo Judiciário – do conteúdo garantista de normas constitucionais, infelizmente, tornou-se algo corriqueiro. Em nome de um amorfo combate à criminalidade, calcados em uma emergencialidade que já se insculpiu em uma realidade democrática subvertida, tornaram-se corriqueiras leis que resvalam em barreiras constitucionais em tese intransponíveis, bem como julgados que entortam o texto constitucional para além de qualquer possibilidade hermenêutica.²³

Conforme CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK,

A lei que regulamentou a interceptação telefônica seguiu a linha daquilo que se denominou “sistema de prévia verificação”, baseando-se, portanto, em três pontos: (a) a autorização da interceptação – escrita e, devidamente, fundamentada – deve ser concedida somente pelo juiz (cláusula de reserva de jurisdição) que for competente para a apreciação da ação principal, o que significa dizer que, nos casos em que o investigado

raiva/Almedina, 2013, p. 294. No mesmo sentido, GRINOVER afirma que “É evidente o excesso do legislador brasileiro, que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação. O direito comparado reserva a possibilidade de quebra do sigilo a casos taxativos de extrema gravidade, acrescentando ao rol de crimes mais sérios, via de regra, os casos de ameaça e injúria (punidos entre nós com pena de detenção), quando cometidos pela via telefônica” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 17, jan./mar., 1997, pp. 112-126).

22 GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 17, jan./mar., 1997, pp. 112-126.

23 Para mais detalhes, cf. STRECK, Lenio Luiz. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019, pp. 148 e ss.

gozar de prerrogativa de foro, o seu deferimento está vinculado ao princípio do juiz natural; (b) a interceptação telefônica somente pode ser autorizada para constituir prova em investigação criminal ou em instrução processual penal; (c) o sigilo do procedimento da interceptação telefônica não viola o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa – garantidos, nesse caso, após a gravação e a transcrição, conforme entendimento do STF (por todos, HC 92331) –, tendo em vista que qualquer notificação prévia ou vista à defesa impossibilitaria o cumprimento da diligência, considerando que, uma vez ciente da escuta, o investigado jamais iria efetuar qualquer comunicação comprometedora.²⁴

Para TÁVORA e ALENCAR, a interceptação telefônica é medida cautelar probatória, um meio de apreensão imprópria, visto que são apreendidos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica. A rigor, a medida poderia ser considerada como meio de prova – visto que seu resultado pode servir à comprovação dos elementos componentes da infração penal –, meio de obtenção de prova – pois seria possível por meio dela se alcançar provas que diretamente demonstrariam a materialidade de um delito – ou fonte de prova – quando considerada desde sua estrutura técnica, que viabiliza resultados úteis à produção probatória²⁵.

O artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, por sua vez, afirma que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”, ou seja, em sendo a interceptação telefônica espécie do gênero “provas cautelares”, está posto o atalho que permite que o juiz da causa possa condenar o réu tão somente com base

24 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 293.

25 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Novo curso de direito processual penal. 15ª ed. Salvador: Jus Podium, 2020. p. 960.

no conteúdo de uma interceptação telefônica, esvaziando o direito ao confronto²⁶ e privilegiando um contraditório extemporâneo, ou seja, o que FERRUA chama de “contraditório fraco”.²⁷

Diante desse cenário, resta propiciar à defesa o direito de se pronunciar acerca da prova obtida o quanto antes. Esse é também o entendimento de MOURA:

Entendemos que a defesa deva ter ciência do resultado da interceptação logo após o término da captação da comunicação telefônica, devidamente autorizada, uma vez feitas as respectivas gravações e transcrições, independentemente do momento da persecução criminal em que a interceptação se dê.²⁸

Se o caso ora em análise se tratasse de situação isolada ainda seria possível sustentar algum tipo de respiro de ares democráticos, mas é imperioso frisar que, conforme exposto por TAVARES, OLIVEIRA e SANTORO, a chamada “CPI do Grampo” concluiu em seu relatório final que há uma verdadeira banalização no uso da medida de interceptação telefônica. “Foram apontados diversos problemas, como o uso prospectivo da prova, o descontrole no vazamento de gravações protegidas pelo segredo e a prorrogação por prazos extremamente longos, o que foi atribuído pela CPI aos ‘espaços sem definição’ da Lei 9.296/1996”²⁹.

26 MALAN, Diogo Rudge. Direito ao confronto no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

27 FERRUA, Paolo. Il ‘giusto processo’. 3. Ed. Bolonha: Zanichelli, 2012. pp. 25/26.

28 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Interceptação telefônica: breves reflexões. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 21, jan./mar. 1998, pp. 411-412.

29 TAVARES, Natália Lucero Frias; OLIVEIRA, Anderson Affonso de; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 143, Maio, 2018, pp. 89 – 116. O artigo citado também apresenta dados importantes fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre a utilização da medida de interceptação telefônica no Brasil. Conforme menciona os autores, eles perceberam “(...) um crescimento no número de interceptações de comunicações (telefônica e dados), que alcançou a maior quantidade em 2015. Todavia, no ano de 2016, houve uma diminuição do número de interceptações em relação a 2015, sendo certo que o ano de 2017 ainda não incluiu o mês de dezembro e, pela média dos meses, também deverá ultrapassar a marca de 300 mil interceptações”.

4. O Regime da Interceptação Telefônica e o Caso Escher e Outros vs. Brasil

Aplicando-se a disciplina enfrentada ao caso em apreço, percebem-se várias violações que merecem análise. Primeiramente, há uma gritante usurpação de função pública, na medida em que pedido fora realizado por um major da Polícia Militar. Em seguida, percebe-se a falta de fundamentação, representada por um despacho sucinto no canto do requerimento. Ademais, o Ministério Público foi afastado do ato, não lhe tendo sido dada ciência da medida. Por último, a interceptação extrapola o período legal, em que pese a aceitação jurisprudencial quanto a isto.

O artigo 3º da Lei 9296/96 é cristalino ao dispor:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

No caso em análise se percebe a manifesta falta de legitimidade do então Major Waldir Copetti Neves para requerer tal medida, o que deveria ter sido de plano percebido pela magistrada competente, a Dra. Elisabeth Kather. Ainda que se argumente que se a medida poderia ser decretada de ofício, como dispõe a lei, logo sequer seria necessário o referido requerimento, algumas considerações precisam ser feitas.

A princípio, a iniciativa probatória do juiz, mormente na fase preliminar (investigativa), trata-se de claro resquício inquisitório, repudiada pela doutrina³⁰ e até mesmo afastada por decisões da suprema corte:

EMENTA Processual Penal. Habeas Corpus. Impedi-

³⁰ Por todos, cf. LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. Saraiva: São Paulo, 2017. Em sentido contrário, cf. RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação Telefônica. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 26, abr./jun., 1999, pp. 143 – 151.

mento. Imparcialidade do julgador. Intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação premiada. Não configuração das hipóteses taxativas. Inocorrência. Art. 252 do CPP. Precedentes. Ordem Denegada. 1. As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. Precedentes (HC n° 92.893/ES, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 12/12/08 e RHC n° 98.091/PB, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/4/10). 2. Não é possível interpretar extensivamente o inciso III de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição). 3. Reinterrogatório de corréus validamente realizado em processo distinto daquele em que surgiram indícios contra o investigado (CPP, art. 196) e que não constitui impedimento à condução de nova ação penal instaurada contra o paciente. 4. Inquérito policial instaurado por requisição do Ministério Público. Atuação do magistrado: preside o inquérito, apenas como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. 4. Ordem denegada.³¹

Ademais, ainda que fosse possível essa espécie de substituição subjetiva no procedimento, deveria restar claramente fundamentada, o que não se percebeu, sobretudo por sua suma deficiência. Por fim convém destacar que em sendo sujeito alheio à *persecutio criminis*, caberia ao Major Neves comunicar ao Ministério Público e/ou à polícia investigativa acerca de suas suspeitas, jamais diretamente ao juízo, por faltar-lhe total legitimidade para o ato.

Ainda sobre a fundamentação, é imperioso frisar que se trata de conquista civilizatória, demarcando-se, então,

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97553 / PR – PARANÁ. HABEAS CORPUS. Rel.: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 16/06/2010. Publicação: 10/09/2010. Órgão julgador: Primeira Turma.

rasgos mínimos de um sistema acusatório, a devida fundamentação das decisões judiciais. Frise-se que no caso em comento se trata de limitação em garantia fundamental protegida por cláusula pétrea constitucional, relativizada *a priori* pelo próprio constituinte, mas cuja importância menos que diminui, amplia sobremaneira o peso do dever de fundamentar tal intrusão.

Uma superficial anotação feita à margem do próprio documento de requerimento denota despreço aos cuidados necessários à proteção de uma tão importante garantia constitucional, cuja necessidade de motivação é reforçada pelo artigo 5º da aludida Lei, e, em última análise, aos próprios fundamentos de um modelo democrático de processo penal.

Seguindo na análise, percebe-se, no caso, a privação do Ministério Público de participar do ato. O artigo 6º da Lei 9296/96 aduz que “(d)eferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”. O constituinte atribui ao *Parquet*, entre outras, as seguintes funções:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - (...);

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - (...);

Longe de ser mera peça figurativa, o Ministério Público ocupa função de inegável importância na defesa de garantias. Afastá-lo do ato, ferindo de morte o artigo 6º, mencionado acima, apenas reforça a falta de zelo para com a fiscalização dos

direitos fundamentais dos investigados, impedindo que esse importante fiscal pudesse participar da realização da medida.

Inclusive, nessa temática, importante o posicionamento de CANOTILHO, MENDES, STRECK e SARLET,

(...) Ora, parece evidente que, em matéria de tamanha relevância – destaque-se que a autorização da interceptação é uma invasão na esfera de privacidade do cidadão – , a prévia participação do Ministério Público mostra-se essencial, sobretudo porque sua missão constitucional é a de ser o guardião dos direitos individuais e coletivos da sociedade. Aliás, se o legislador optou pelo sistema de autorização prévia, e não pela verificação posterior de legalidade, então o parecer prévio do Ministério Público se faz absolutamente indispensável, além de representar um efetivo resguardo da garantia constitucional do cidadão (...).³²

Por fim, mas não menos importante, é essencial destacar que, em que pesem todas as violações apontadas, o conteúdo das gravações, absolutamente sigilosos, por força de lei, foi divulgado para veiculação em noticiários nacionais de grande projeção, descumprindo-se o artigo 8º da Lei 9296/96, o inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal e o artigo 11, 2, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

5. Conclusão

Pode-se concluir que o caso em análise, apesar de não poder operar a título de projeção estatística das posturas institucionais da República Federativa do Brasil, representa verdadeiro sintoma de uma cultura judicial ainda profundamente contaminada por veios inquisitórios e pouco zelosa a garantias constitucionais consagradas pela Carta Magna.

Convém destacar que as vítimas às agressões legais analisadas pertenciam ao Movimento dos Trabalhadores Rurais

³² CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. pp. 294/295.

Sem Terra (MST), grupo cujo escopo é a luta pela reforma agrária, objetivo este inclusive contemplado na Constituição Federal, entre seus artigos 184 e 191. A suspeita infundada de se tratar de grupo criminoso demonstra certa aversão aos ideais defendidos pelo movimento, o que deveria ter sido freado já de início, pela magistrada à qual fora enviado o pedido de interceptação telefônica.

Dessa forma, a atuação da magistrada, em confronto com várias normas dispostas na Lei nº 9296/96 e na própria Constituição Federal, poderia demonstrar um “ponto fora da curva”; um fortuito encontro entre as impressões enviesadas de um major da Polícia Militar e a incauta inclinação da magistrada para a rápida concessão do pedido ilegal. Entretanto, trata-se de apenas sintoma de uma cultura institucional de despreço a garantias constitucionais, na qual o Judiciário, menos que um “defraudador de expectativas” e um “guardião das promessas”³³ constitucionais, torna-se um aliado de primeira hora das agências policiais, compactuando de visão de mundo congruente, para dizer o mínimo, ainda que em dissonância com valores constitucionais.

Indício de não se tratar de fato isolado se encontra no que se percebeu de comportamento institucional desde então. Apesar de toda a movimentação para a responsabilização dos atores envolvidos, ao cabo ninguém respondera pela consequência de seus atos, tendo as respostas institucionais ao feito se situado entre a culpa diluída e a impossibilidade de apuração concreta da responsabilidade.

Tamanho descaso possibilitou a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que viu ser feita tábula rasa de suas recomendações, representada pela extrema

³³ Conforme atestam, respectivamente, MARTINS (cf. MARTINS, Rui Cunha. A hora dos cadáveres adiados. São Paulo: Atlas, 2013) e GARAPON (GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999).

morosidade, desídia e até mesmo pelo escárnio de concessão de título de Cidadã Honorária à magistrada Elisabeth Kather, diretamente envolvida no caso.

Assim, restou aos organismos internacionais o acionamento da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, sancionando o Estado brasileiro na obrigação de pagar para cada vítima o valor de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América); a obrigação de publicar no Diário Oficial, em outro jornal de ampla circulação nacional, e em um jornal de ampla circulação no Estado do Paraná, a parte resolutiva da sentença, bem como a publicação na íntegra da decisão em um sítio web oficial da União Federal e do Estado do Paraná; a obrigação de investigar os fatos que geraram as violações do caso; a obrigação de restituir as custas e os gastos suportados pelas vítimas no valor de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América).

A cautelar de interceptação telefônica constitui medida que pode se revelar, no caso concreto, de vital importância para a melhor qualidade das investigações que visam coibir certos tipos de práticas criminosas, todavia se trata de ato demasiadamente intrusivo em liberdades individuais, de modo que demanda controles em vários escalões. Inicialmente, sob o prisma constitucional, percebe-se o cuidado do constituinte em assegurar em cláusula pétrea a inviolabilidade das comunicações telefônicas, realizando-se desde logo a ponderação *a priori* da aludida garantia, atribuindo-lhe a reserva de jurisdição, diferentemente do que se vinha operando até então.

Já em nível infraconstitucional se pode detectar falhas na lei que regulamenta a medida, a Lei nº 9296/96, visto trazer de forma genérica sua aplicação para “crimes apenados com reclusão”, instituir *standard* probatório de difícil controle racional, ao se falar em “suficiência de indícios de autoria

ou participação”, não contemplar parecer prévio do Ministério Público e ainda autorizar a odiosa iniciativa judicial de ofício em fase preliminar ao processo penal.

Entretanto, os verdadeiros danos podem ser causados na dimensão de aplicabilidade; uma cultura inquisitória, aliada a uma fragilidade hermenêutica, encapsulada pelo poder da toga, e a um descaso (ou cumplicidade) para com o rígido controle de decisões judiciais, tem o condão de esvaziar todo o rigor constitucional para a proteção de garantias individuais fundamentais, criando as condições para que elas sejam facilmente violadas pelo reles requerimento de pessoa não legitimada seguido por superficial anotação feita à margem do próprio documento.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 - Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Publicada em 25/07/1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 20 set 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97553 / PR – PARANÁ. HABEAS CORPUS. Rel.: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 16/06/2010. Publicação: 10/09/2010. Órgão julgador: Primeira Turma.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Arley José Escher e outros contra a República Federativa do Brasil. Caso 12.353, Intercepção de linhas telefônicas de organizações sociais. Organização dos Estados Americanos. Washington, D.C, 20 de dezembro de 2007.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Arley José Escher e outros contra a República Federativa do Brasil. Caso 12.353, Intercepção de linhas telefônicas de organizações sociais. Sentença. 20 de julho de 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. Jus Podium: Salvador, 2008.

FERRUA, Paolo. Il ‘giusto processo’. 3. Ed. Bolonha: Zanichelli, 2012.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Trad. Maria Luíza de Carvalho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das intercepções telefônicas. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 17, jan./mar., 1997, pp. 112-126.

- LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. Saraiva: São Paulo, 2017
- MALAN, Diogo Rudge. Direito ao confronto no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARTINS, Rui Cunha. A hora dos cadáveres adiados. São Paulo: Atlas, 2013
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Interceptação telefônica: breves reflexões. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 21, jan./mar. 1998, pp. 411-412.
- RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação Telefônica. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 26, abr./jun., 1999, pp. 143 – 151.
- STRECK, Lenio Luiz. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.
- TAVARES, Natália Lucero Frias; OLIVEIRA, Anderson Affonso de; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A interceptação telefônica no contexto dos maxi-processos no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 143, Maio, 2018, pp. 89 – 116.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Novo curso de direito processual penal. 15ª ed. Salvador: Jus Podium, 2020.

DEMOCRACIA EM CRISE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

DEMOCRACY IN CRISIS IN THE INFORMATION SOCIETY

Ana Claudia Sousa de Campos¹

SUBMISSÃO: 21 DE JULHO DE 2021

APROVAÇÃO: 08 DE DEZEMBRO DE 2021

O presente ensaio tem como objeto analisar as tecnologias da informação e comunicação - Sociedade da Informação -, juntamente com o momento de crise pelo qual a democracia está atravessando. Ao discernir as falhas na democracia podemos sugerir caminhos para um uso frutífero das novas tecnologias. A pesquisa vislumbra a magnitude do debate acerca do nascimento de uma nova sociedade da comunicação e da informação segundo a qual o conjunto de todas as suas antigas e novas tecnologias está diretamente relacionado ao desenvolvimento da democracia. Para essa análise, o trabalho será dividido em três pontos: na primeira parte, serão vistos alguns detalhes sobre a crise que a democracia enfrenta. Após será abordada a questão da Sociedade da Informação no contexto da democracia e pôr fim a web participativa e as novas mídias, onde os usos e comportamentos sociais foram transformados. Palavras-Chaves: Web; E- Democracia; Políticas;

This essay aims to analyze information and communication technologies - Information Society -, together with the moment of crisis that democracy is going through. By discerning the flaws in democracy, we can suggest paths for a fruitful use of new technologies. The research glimpses the magnitude of the debate about the birth of a new communication and information society according to which all its old and new technologies are directly related to the development of democracy. For this analysis, the work will be divided into three points: in the first part, some details about the crisis facing democracy will be seen. Afterwards, the issue of the Information Society will be addressed in the context of democracy and put an end to the participatory web and new media, where social uses and behaviors have been transformed. Keywords: Web; E- Democracy; Policies.

¹ Advogada. Professora - Presidente da Comissão de Direito Tributário - OAB/SP - Subseção Jabaquara. Mestre em Direito. Conselheiro Julgador do Conselho Municipal de Tributos (CMT/SP).

1. Introdução

À primeira vista, verificamos quão significativo é o papel no qual os meios de comunicação e informação de massa desempenham na construção de um novo mundo em uma sociedade democrática. Tão significativa é sua função que viabiliza a participação de forma ampla do cidadão no debate político. Desse modo, percebemos o potencial concreto da Internet no desenvolvimento democrático em nosso sistema político por meio do governo eletrônico.²

As sociedades contemporâneas têm como principais características a polarização³ e a desinformação. Diversos pesquisadores e analistas convergem para a conclusão de que a crise na democracia se deve, por um lado, à fragilidade dos Estados e, por outro, ao enfraquecimento da própria democracia.

Por que então falar em uma nova sociedade no âmbito da web no aperfeiçoamento da democracia? O que há de tão especial nessas máquinas que são consideradas instrumentos da democracia? Responder a esses questionamentos requer lembrar que a democracia se qualifica menos como uma forma de regime do que uma sociologia política, como afirmou Tocqueville.⁴

É neste ponto que insistiremos, mostrando que, a partir da web estabeleceu uma forma de sociabilidade, vinculada a alguns aspectos essenciais da constituição democrática, do vínculo social. Insistir neste ponto é necessariamente deixar

2 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920/44126> - acesso em 17 de ago de 2021.

3 “A polarização faz a democracia ser praticamente impossível. Se seu rival é um inimigo, ele não pode chegar ao poder”. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/09/democracia-sempre-foi-fragil-nos-que-esquecemos-disso-diz-anne-applebaum.shtml> - acesso em 30 de setembro de 2021.

4 TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Belo Horizonte: Itatiaia. 1977, p. 19.

na sombra muitas questões e muitas experiências que a precederam. É também deixar de lado todo um aparato descritivo dos usos do processamento de dados na esfera política, a mobilização da Web para defender uma ideia ou para fazer campanha, por exemplo. Excluiremos também do centro das nossas observações as questões que tocam o e-governo.

O universo do que hoje se chama de novas tecnologias poderá ajudar a renovar a experiência democrática, mas se hoje as democracias modernas estão enfrentando uma crise profunda, ela está relacionada a uma mudança radical que vem acontecendo há décadas no âmbito das relações entre política e economia.

Portanto, a profunda crise que as sociedades políticas modernas estão atravessando, em relação à sua organização e funcionamento democrático, tem sua origem no fato de que nas relações político-econômicas ganham vantagem o que não acontece mais na política.

Este artigo está organizado em três seções, além desta pequena introdução e das considerações finais. A pesquisa será bibliográfica, utilizando obras nacionais e estrangeiras.

2. Democracia em crise?

Nos últimos anos, os debates políticos tanto no âmbito da ciência quanto no campo prático têm se concentrado na democracia e por democracia, Bobbio “considera caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.⁵

Para compreender o Estado Democrático de Direito, José Afonso da Silva explica que “teremos de passar em re-

⁵ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro. 2017.1986, p. 17.

vista a evolução e as características de seus componentes, para, no final, chegarmos ao conceito-síntese e seu real significado”⁶

Neste momento histórico, crucial para a sobrevivência do princípio democrático, não se trata apenas de voltar o olhar para a crise de legitimidade das decisões políticas, de como e por quem são tomadas tais decisões, pois vivenciamos uma crise existencial da democracia como princípio, como estrutura e como organização.

Detenhamo-nos, entretanto, com alguns detalhes, sobre o novo tipo de crise que a democracia enfrenta. A crise existencial da democracia tem suas raízes no fato de que a economia adquiriu o papel regulador sobre a política.

Os dois sistemas sociais, política e a economia, têm cada uma, seus próprios meios funcionais: poder político e dinheiro. Portanto, a partir daquele momento, digo momento histórico em que o dinheiro deixou de ser um meio funcional simples de troca para se tornar a mesma mercadoria em termos de relações políticas e de poder, ocorreu uma reversão radical.

A chamada “crise da democracia” não se deve à incapacidade da instituição - Democracia - funcionar sem problemas ou sob novas condições. O mau funcionamento é, na verdade, uma crise política. Tem relação com a tática multipartidária dos partidos e sua tentativa de limitar a atividade política dos cidadãos em um contexto que eles controlam. Isso ocorre porque a forma de conduzir a política e os conteúdos da política não se adaptam aos novos dados, não respondem às demandas e as necessidades dos cidadãos.

6 DA SILVA, José Afonso. O estado democrático de direito. Revista De Direito Administrativo, 173, 15–24. <https://doi.org/10.12660/rda.v173.1988.45920>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920/44126> - acesso em 17 de ago de 2021.

Assim, podemos considerar que a crise da democracia é consequência de grandes mudanças sociais e econômicas, da globalização e das novas tecnologias. Desse modo, a sociedade e suas instituições⁷ devem se adaptar às novas circunstâncias.

Não custa lembrar que o berço da palavra “democracia” e do ideário que a ela associamos, na Grécia antiga, já era percebida e o que significava com clareza. Era o “governo do povo”, claro, mas esta forma, mais ou menos retórica e nunca realizada de forma plena na prática, revestia um conjunto muito bem definido de instituições.⁸

Identificamos nas democracias contemporâneas, o surgimento de vários sinais que atestam o desconforto com a política, como: a falta de vontade política, o reforço das atitudes de desconfiança em relação aos políticos cuja integridade e capacidade de agir na sociedade estão em dúvida, a corrupção, dentre outras⁹.

Se a grande maioria dos cidadãos continuam empenhados na busca constante pela democracia, alguns deles expressam uma expectativa para os sistemas políticos mais participativos associando mais cidadãos para os processos de tomada de decisão.

Explica Nádia Urbinati: “Os cidadãos assim usam todos os meios de informação e comunicação disponíveis, de maneira a manifestar sua presença – algo que não é menos

⁷ Sobre instituições = Instituições são padrões regularizados de interação que são conhecidos, praticados e aceitos regularmente (embora não necessariamente aprovados normativamente) por agentes sociais dados, que, em virtude dessas características, esperam continuar interagindo sob as regras e normas incorporadas (formal ou informalmente) nesses padrões. Às vezes, mas não necessariamente, as instituições se tornam organizações formais; materializam-se em edifícios, carimbos, rituais, e pessoas que ocupam funções que as autorizam a “falar pela” organização. <https://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf> - acesso em 10 de set de 2021.

⁸ MIGUEL, Luís Felipe. Teoria democrática atual: Esboço de Mapeamento. BIB, São Paulo, n° 59, 1.º semestre de 2005. pp. 5-42.

⁹ Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,por-que-tamanho-desconforto,70003020791> – acesso em 17 de ago de 2021.

valioso que os procedimentos e as instituições, apesar de carecer de poder de comando”¹⁰

O antídoto para a crise é a “*repolitização*” da política. O afastamento das declarações de intenções que simplesmente satisfazem a todos na luta pela solução efetiva dos problemas. A fraqueza da democracia e a insatisfação dos cidadãos hoje não são diferentes de fenômenos semelhantes no passado.

3. A sociedade da informação

A definição da sociedade da informação é ampla. Inclui diferentes fenômenos e aspectos. No entanto, podemos destacar a importância crescente e decisiva assumida pelos processos de informação sob diferentes perfis: técnico, econômico, produtivo, social e de relacionamento entre as pessoas.¹¹

A internet fornece novas modalidades de relacionamento social. Não apenas entre indivíduos, mas também, entre uma sociedade e suas estruturas, seus serviços, sua administração e toda a lógica de representação do povo por seus representantes eleitos. E, finalmente entre político e público.

Podemos perceber que o uso de novas mídias não exclui a mídia tradicional. Pelo contrário, ela o usa para ampliar seu espaço. O acesso à Internet, por outro lado, na maioria dos casos, ocorre por meio de ferramentas ‘customizadas’. Tablets e smartphones em primeiro lugar¹². Não é de sur-

10 URBINATI, Nadia. isponível em: <https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/sociedade-da-informacao-ou-sociedade-do-conhecimento/> - vol 28, nº 82, p. 6- acesso em 17 de ago de 2021.

11 Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/brasil-tem-424-milhoes-dispositivos-digitais-uso-revela-31a-pesquisa-anual-fgvcia> - acesso em 10 de ago. de 2021,

12 Disponível em: <https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n173586/4-bilhoes-pessoas-conectadas-internet-rede-social.html#:~:text=Um%20estudo%20promovido%20pelo%20Hootsuite,um%20computador%2C%20tablet%20ou%20smartphona> – acesso em 13 de set de 2021.

preender que, nos últimos anos, a proporção de pessoas que se conectam à Internet por meio de celulares ou tablets tenha crescido significativamente.¹³

A Sociedade da Informação mudou profundamente a relação entre os cidadãos e a política e, conseqüentemente no sistema democrático. E nessa visão, acompanhou - e acelerou - o declínio dos partidos de massa, presentes e organizados na sociedade alicerçados em identidades históricas profundamente enraizadas.

Assim, a “democracia partidária” cedeu lugar à “democracia pública”¹⁴. Onde as pessoas devem ser consideradas mais importantes do que os partidos. A organização social e territorial foi substituída pela comunicação, pela informação. Sendo que, em particular, na televisão, os programas não são mais elaborados com base em ideologias, mas sob o conselho de especialistas em marketing político.

Dessa maneira, os cidadãos tornaram-se ‘públicos’, portanto, espectadores, principalmente na televisão. E a política se transformou em um espetáculo, interpretado por atores políticos, ou melhor, como atores-políticos.

Defende Nadia Urbinati que: “As novas tecnologias oferecem fontes de informação extremamente abundante com acesso fácil permitindo a criação de fóruns de discussão políticas, facilitando as mobilizações ativistas, fazendo com que, pelo menos, teoricamente, haja uma maior participação de eleitores”.¹⁵

O fórum de opinião se destina a difundir informação,

13 Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-6-ano-3/o-papel-dos-partidos-politicos-no-estado-democratico-brasileiro> - acesso em 13 de set de 2021.

14 Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-6-ano-3/o-papel-dos-partidos-politicos-no-estado-democratico-brasileiro> - acesso em 13 de set de 2021.

15 URBINATI, Nadia. *Crise e Metamorfoses da Democracia*. Tradução de Pedro Galé e Vinicius de Castro Soares. Revista Brasileira de Ciências Sociais – Vol 28 nº 82. p.7.

checar e monitorar instituições, expressar dissensão pública e crítica, e observar o que os políticos fazem. No entanto, a principal inquietude está com relação ao papel da Internet na participação dos cidadãos na democracia. Em particular, no que diz respeito à web como um ambiente cada vez mais integrado ao cotidiano.

Assim sendo, o primeiro passo é situar a web no contexto conturbado da democracia contemporânea. Em seguida, traçar vários pontos-chave do debate sobre o que a web pode fazer para a democracia. Com a Internet, a comunicação política tornou-se mais interativa e cada vez menos unilateral.

Os novos meios de comunicação têm tido um impacto bastante positivo na mobilização de simpatizantes políticos e os meios de comunicação tradicionais, em especial a televisão, continuam a ser os canais privilegiados de comunicação política.

A Internet está entrando neste espaço público promovendo novas lógicas de rede, com isso, a presença de organizações e partidos políticos na web deixa de ser útil e passa a ser imprescindível, pois desde o início dos anos 1980, houve um deslocamento gradual da expressão pública à interatividade¹⁶.

Em entrevista ao Correio da Bahia, Manuel Castells fala de suas impressões sobre o Brasil e os últimos movimentos sociais no país: “os movimentos em rede são de um novo tipo e se formam a partir de ideologias diferentes e com diferentes motivações. São um sintoma da crise da democracia representativa atual, dominada por partidos a serviço deles mesmos e não dos cidadãos”.¹⁷

16 Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/267/TESE%20FERNANDO%20DE%20CASTRO%20FARIA%20-%20PARCIAL.pdf> – acesso em 17 de ago de 2021. p. 137.

17 Disponível em: <https://www.fronteras.com/entrevistas/manuel-castells-a-comunicacao-em-rede-esta-revitalizando-a-democracia> - acesso em 17 de set

Além das dificuldades que a democracia encontra, a noção de cidadania também parece estar em crise¹⁸. Nas últimas décadas, afigura existir, como fator dessa crise, a total falta de garantia na procedência na informação ou até mesmo há uma desinformação, intimamente ligada as novas tecnologias. Nesse contexto, a propagação de informações falsas ou enganosas com o objetivo de manipular a opinião pública tem consequências muito graves.

Desse modo, mesmo que tenhamos assistido já alguns anos, uma insatisfação em relação a participação política, a internet é muitas vezes apresentada como o vetor possível de uma renovação da cidadania.

Da mesma forma, percebemos que a exposição frequente dos cidadãos à desinformação incluindo as informações enganosas e completamente falsas, é um importante desafio para as sociedades democráticas, pois essas dependem de debates públicos que permitam aos cidadãos informados que expressem sua vontade por meio de procedimentos políticos livres e justos.

A cidadania é afetada pela globalização das economias e o surgimento de novos lugares de regulação e identificação social, tanto a nível infranacional como transnacional.

Este contexto coloca novos desafios teóricos e metodológicos na agenda de pesquisa das ciências sociais e exige uma reflexão que permite identificar os vetores de mudança, ao nível das diferentes esferas sociais, das instituições estatais às organizações da sociedade civil e às relações informais, da escala supranacional ao espaço local.

de 2021.

18 MESQUITA BENEVIDES, Maria Victoria. Cidadania e Democracia. Lua Nova: Revista de Cultura e política. ago de 1994, p. 13. No Brasil, a noção de cidadania mantém certa dose de ambiguidade tanto na vertente progressista, da "esquerda", quanto na vertente conservadora, da "direita". Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/LTSGRTDqFD4X74DxLsw9Krz/?lang=pt> – acesso em 17 de ago de 2021.

Consoante Castells, não é possível compreender a mídia na sociedade em rede limitando a análise ao espaço físico de um único país, pois hoje em dia os sistemas de mídia nacionais e organizações encontram-se interligados pelo pertencimento de suas instituições, empresas e organizações a múltiplas redes de relação e poder, tal como os seus cidadãos, partilhando assim espaços de fluxos¹⁹.

4. A e-democracia e as novas mídias

O debate sobre a democracia tem muita influência na vida de uma sociedade. Conceituá-la nunca foi uma tarefa das mais fáceis e nos dias que correm, até mesmo por conta da “inflação semântica” tornou-se ainda muito mais complexo. A democracia é desejável, sensata e indispensável em um Estado de Direito²⁰. Podemos assim afirmar. Tocqueville em sua ânsia utilizou-se do termo “igualdade” como definição de “democracia”.²¹

Esclarece Bobbio que a democracia possui dois sentidos, pelo menos na origem. Bobbio faz a distinção entre democracia formal da democracia substancial em outra conhecida formulação, a democracia como governo do povo

19 CASTELLS, Manuel. CARDOSO, Gustavo. A Sociedade em rede: do conhecimento à acção política. Conferência promovida pelo Presidente da República 4 e 5 de março de 2005 | Centro Cultural de Belém. Imprensa Nacional Casa da Moeda. 1999, p. 134.

20 “Uma característica comum da Democracia e do Estado de Direito é que uma abordagem puramente institucional não permite que os resultados reais dos processos e procedimentos sejam determinados, mesmo que estes sejam do ponto de vista corretos. Ao examinar a ligação entre o estado de direito e a democracia, uma distinção fundamental deve ser feita entre “o estado de direito”, onde a lei é um instrumento de governo e o governo é visto como estando acima da lei, e “o estado de lei”, o que implica que todos os membros da sociedade estão sujeitos à lei, incluindo o governo. Em essência, os limites constitucionais ao exercício do poder, aspecto essencial da democracia, exigem a adesão ao Estado de Direito”. MASSIMO Tommasoli é Observador Permanente do Instituto Internacional para a democracia e Assistência Eleitoral (DEA Internacional) nas Nações Unidas”. Disponível em: <https://www.un.org/fr/chronicle/article/etat-de-droit-et-democratie-reduire-lecart-entre-les-politiques-et-les-pratiques> - acesso em 30 de Jun de 2021.

21 TOCQUEVILLE, Alexis de. O profeta da democracia. Trad. Mauro Pinheiro. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 340.

da democracia como governo para o povo²²

José Afonso da Silva explana que: A “Democracia é um conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do Homem”.²³

Leciona o cientista político Eckart Thurich: *“wurde von ihren Erfindern als direkte Demokratie praktiziert: Die freien Männer – nur sie galten damals als das Volk – versammelten sich auf dem Marktplatz ihres Stadtstaates (Polis) und beschlossen dort unmittelbar selbst über alles, was die Polis anging, über alle politischen Fragen also”*.²⁴

Indica Reale: “a democracia é o regime político baseado na opinião pública, isto significa que não somente os poderosos meios de comunicação – os jornais, o rádio e a televisão – que devem ser os espontâneos vigilantes da causa democrática, mas também os cidadãos comuns”.²⁵ Orienta Heras que: “O conceito, que se deve a Lincoln, de que democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo, tem suas limitações, mas é essencialmente correto, se dermos interpretação real aos termos que o compõem”.²⁶

Observamos que: “A democracia é um trabalho árduo. Enquanto negócios familiares e esquadrões de exércitos podem ser governados por ordens, democracias exigem negociações, compromissos e concessões. Reveses são inevitáveis, vitórias são sempre parciais”.²⁷

22 BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro. 2017/2017, p. 61.

23 DA SILVA, José Afonso. Poder constituinte e poder popular – estudos sobre a Constituição. 1 ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editora. 2007. p. 43.

24 THURICH, Eckart. Herausgeberin: bundeszentrale für politische bildung - bpb, Adenauerallee 86, 53113 Bonn. 2010. p 73.

25 REALE, Miguel. O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias. 3 ed – rev. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 13.

26 HERAS, Jorge Xifras. Curso de derecho constitucional. Barcelona: Bosh. 1962, p 28.

27 LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradu-

Para Issacharoff²⁸

A democracia pode forjar uma identidade nacional coletiva, mas também pode ter o efeito oposto. Na verdade, há motivos para acreditar que as eleições inflamem um conflito étnico, pois os políticos procuram mobilizar seus eleitores apelando para seu ardor partidário. Novas ordens democráticas precisam canalizar populares em um engajamento democrático.

São vários os conceitos alusivos à Democracia, no entanto, quando relacionada somente ao governo do povo a ideia de democracia demonstra estar ultrapassada.²⁹

De certo, podemos considerar que a e-democracia deve garantir que está em total conformidade com os compromissos e obrigações relativos aos direitos humanos, liberdades fundamentais, ao sufrágio universal e a assegurar que as instituições permaneçam fortes, juntamente com o arrimo do Poder Judiciário, bem como aos princípios que regem a organização interna de um governo democrático.

Menciona Hoffmann que a proteção dos princípios fundamentais é empregado de forma ambígua e não delimita na utilização das tecnologias analógicas, desde modo, explica o professor, que não se faz necessário ampliar preceitos para que as normas de resguardo desses direitos se apliquem as também nas comunicações digitais, “o uso de infraestruturas digitais e Big Data, Big Data Analytics ou, especificamente, o uso de instrumentos de controle de comportamento digital”, completa Hoffmann.³⁰

A e-democracia ou a democracia eletrônica pode contribuir para que o cidadão possa, por meio das novas tecnologias, retomar o poder de agir e, desse modo, fortalecer

ção: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar. 2020. p. 82.

28 ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies. contested power in the era of constitutional courts*. New York: Cambridge University Press, 2015. p.4.

29 MIRANDA. Pontes. *Democracia. Liberdade. Igualdade. (Os três caminhos)*. São Paulo: Ed José Olympio. 1945.p. 37.

30 HÖFFMANN- RIEN, Wolfgang. *Teoria geral del direito digital – Transformação Digital Desafios para o Direito*. Trad. Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.42.

as instituições bem como os processos democráticos e políticos. No mundo ocidental, a internet se tornou uma plataforma essencial para interação entre os cidadãos, partidos políticos e seus candidatos, enfim de toda a sociedade.

Como resultado, temos um impacto potencial da mídia digital no amplo interesse entre os políticos, jornalistas como também os estudiosos no assunto. Desse modo compreender as implicações políticas e sociais da mídia digital é um dos maiores desafios. Lembra Rodotà que: “nem tudo que é tecnologicamente possível, é também socialmente desejável, eticamente aceitável, juridicamente legítimo. Hoje, devemos acrescentar que os rumos tomados pela tecnologia podem produzir graves distorções”³¹

Em nosso caminhar, deparamos com o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação. E esbarramos particularmente com a Internet, na qual experimentou um crescimento extremamente rápido em comparação com as tecnologias anteriores, como televisão e rádio.

Na década de 90 a Internet entrou na política e hoje é considerada como indispensável para a prática e modernização da comunicação política. Por certo que o uso das redes sociais como plataforma de comunicação tem suas vantagens para todos em um sistema democrático em geral. Castells nos alerta que: “o sector público é a esfera da sociedade em que as novas tecnologias de comunicação estão menos difundidas e os obstáculos à inovação e ao funcionamento em rede são mais pronunciados”³²

Por moderação, Vaccari manifesta-se: “*modernization recognizes that communication innovations are shaped by social,*

31 RODOTÀ, Stefano. A Vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.p. 262.

32 CASTELLS, Manuel. CARDOSO, Gustavo. A Sociedade em rede: do conhecimento à ação política. Conferência promovida pelo Presidente da República 4 e 5 de março de 2005 | Centro Cultural de Belém. Imprensa Nacional Casa da Moeda. 2005, p. 27.

cultural, and political developments that are endogenous to each political system".³³

Podemos considerar que ‘colaboração’ e ‘interatividade’ são termos elementares da infraestrutura do desenvolvimento tecnológico e que facilita a participação online dos indivíduos, pois é o próprio usuário quem dá e recebe a informação.

Isso ocorre porque se permiti que os usuários entrem em contato com um ou vários destinatários, para questioná-los e desse jeito, abrem no campo do diálogo uma comunicação mais participativa. A questão é que na prática cria-se um novo espaço público de participação e interação entre os atores de uma sociedade.

O estudo desta questão levanta, dentre vários, um ponto importante, a ativação do potencial interativo das plataformas digitais como: Twitter, YouTube e Facebook, por exemplo, no qual, depende muito de usos e capacidades de apropriação dos cidadãos.

Desse jeito, a mídia social colabora na promoção de intercâmbios democráticos em uma série de questões sociais e políticas. E como resultado despertou o interesse de muitos pesquisadores em ciência política, que até agora investigam, principalmente os comportamentos na web, no que tange, as políticas feitas a nível nacional em democracias já estabelecidas e, mantêm o entusiasmo pela função das mídias sociais e a tendência para a transformação da política.

Atingir a compreensão onde a democracia corresponde à necessidade de ver o cidadão retomar diretamente o controle do poder que é seu. Se o povo é soberano, pensamos que sua contribuição no espaço público deve ser visível.

³³ VACCARI, Cristian. Digital politics in Western democracies: a comparative study. Baltimore: Johns Hopkins University Press. 2013. p. 7.

Como vimos, a democracia eletrônica, possui instrumentos que a compõe e, que podem afetar diferentes aspectos da democracia.

Podemos aqui elencar: i) a transparência da política; ii) a disponibilização de espaços de debate e informação e iii) o envolvimento e participação dos cidadãos. Esses três elementos devem ser somados aos elementos que caracterizam uma democracia. A e-democracia tem um grande potencial para melhorar a transparência do processo político. E esta abertura deve-se em particular a utilização da Internet para melhorar o acesso eletrônico aos documentos oficiais e à informação política.

Contamos com inúmeras ferramentas digitais e a contribuição do público viabiliza o desenvolvimento da e-democracia³⁴, bem como a reconfiguração da política, dentro de um espaço que chamam de Cibernético.³⁵

As redes sociais têm hoje um lugar muito importante no debate público, vamos assim chamar de *ágoras* digitais, em particular porque tendem a se tornar uma das principais fontes de informação para os cidadãos.

5. Conclusão

Tentamos, nesse ensaio, pensar concomitantemente na crise que a democracia enfrenta juntamente com as possibilidades que as novas tecnologias de informação e comunica-

³⁴ “Actividades governamentais que decorrem através de processos digitais no âmbito de uma rede informática, normalmente a Internet, entre a administração e membros do sector público, bem como entidades do sector privado, em particular entidades reguladas. Essas atividades geralmente estão relacionadas à troca eletrônica de informações com o objetivo de adquirir ou fornecer produtos ou serviços, colocar ou receber ordens, fornecer ou obter informações ou realizar transações financeiras”. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-administratives-2005-2-page-251.htm#pa4> - acesso em 30 de Jun de 2021.

³⁵ “eu defino o ciberespaço como o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores”. LEVY, Pierre. Ciber-cultura. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34. 1999. p. 92.

ção trazem, i.e, o papel político das tecnologias sendo capaz de ser entendida em um contexto segundo o qual o significado da democracia não é bem definido.

Por um lado, podemos vincular a democracia à possibilidade de o indivíduo ter uma influência direta nas políticas e, em contraponto, os Estados devem permitir o acesso à informação, como: a transparência dos governos e, portanto, criar condições ideais para o aperfeiçoamento da democracia. Uma vez que a democracia junto com as novas tecnologias deve ser pensada em termos de lógica social que pesa sobre a evolução das sociedades.

Ocorre, mesmo, que o potencial democrático das novas tecnologias de informação e comunicação muitas das vezes parece estar ligada ao acesso à informação, transparência e deliberação, essas condições são necessárias para a democracia. Contudo, ao limitar o acesso à informação descaracterizando essas condições, desvalorizamos a democracia. Observamos que democracia e as tecnologias de informação e comunicação devem ser consideradas conjuntamente

Os usuários das tecnologias devem considerar a rede social uma excelente ferramenta de comunicação e informação, bem como um mecanismo para falar e debater sobre os problemas da comunidade que ali integram, podemos, assim, chamar de *ágora* digital.

Por conseguinte, é importante ter uma visão crítica da relação entre as tecnologias e a e-democracia, pois a internet fortalece a participação política e possibilita que os usuários se expressem, cresçam e se aperfeiçoem como cidadãos. Portanto, a noção da e-democracia amplia à ideia de desenvolvimento da participação política por meio das redes digitais, seja para cidadãos trocarem informações uns com os outros ou mesmo com seus representantes.

Por fim, observamos que, a Internet e outras tecnologias de informação e comunicação são técnicas inerentemente democráticas, desse modo, instrumentos que podem beneficiar o debate político.

6. Referências bibliográfica

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro. 2017.

CASTELLS, Manuel. CARDOSO, Gustavo. A Sociedade em rede: do conhecimento à ação política. Conferência promovida pelo Presidente da República 4 e 5 de março de 2005 | Centro Cultural de Belém. Imprensa Nacional Casa da Moeda.

DA SILVA, José Afonso. Poder constituinte e poder popular – estudos sobre a Constituição. 1 ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editora. 2007.

DWORKIN, Ronald. Is democracy possible here? Principles for a new political debate. New Jersey: Princeton University Press. 2006.

ISSACHAROFF, Samuel. Fragile democracies. contested power in the era of constitutional courts. New York, Cambridge University Press, 2015.

HERAS, Jorge Xifras. Curso de derecho constitucional. Barcelona: Bosh. 1962.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar. 2020.

LÉVY, Pierre. Cibercultura. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34. 1999.

MIGUEL, Luis Felipe. Teoria democrática atual: Esboço de Mapeamento. BIB, São Paulo, n° 59, 1º semestre de 2005.

MIRANDA. Pontes. Democracia. Liberdade. Igualdade. (Os três caminhos). São Paulo: Ed José Olympio. 1945.

MORIN, Edgar. Cultura de massas do século XX - o espírito do tempo - 1 Neurose. Tradução: M. R. Sardinha. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1987.

REALE, Miguel. O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias. 3 ed – rev. São Paulo: Saraiva. 2005.

RIVERS L. William. SCHRAMM Wilbur. Responsabilidade na comunicação de massa. Tradução Muniz Sodré e Roberto Lent. Rio de Janeiro: Edições Bloch. 1970.

RODOTÀ, Stefano. A Vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Belo Horizonte: Itatiaia. 1977.

THURICH, Eckart. Herausgeberin: bundeszentrale für politische bildung - bpb, Adenauerallee 86, 53113 Bonn. 2010.

URBINATI, Nadia. Crise e metamorfoses da democracia. Tradução de Pedro Galé e Vinicius de Castro Soares. Revista Brasileira de Ciências Sociais – Vol

28 n° 82.

VACCARI, Cristian. Digital politics in Western democracies: a comparative study. Baltimore: Johns Hopkins University Press. 2013.

Sites:

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920/44126> - acesso em 17 de ago de 2021.

Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/09/democracia-sempre-foi-fragil-nos-que-esquecemos-disso-diz-anne-applebaum.shtml> - acesso em 30 de setembro de 2021.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920/44126> - acesso em 17 de ago de 2021.

Disponível em <https://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf> - acesso em 10 de set de 2021.

Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,por-que-tamanho-desconforto,70003020791> - acesso em 17 de ago de 2021.

Disponível em: <https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/sociedade-da-informacao-ou-sociedade-do-conhecimento/> - vol 28, n° 82, p. 6- acesso em 17 de ago de 2021.

Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/brasil-tem-424-milhoes-dispositivos-digitais-uso-revela-31a-pesquisa-anual-fgvcia> - acesso em 10 de ago. de 2021,

Disponível em: <https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n173586/4-bilhoes-pessoas-conectadas-internet-rede-social.html#:~:text=Um%20estudo%20promovido%20pelo%20Hootsuite,um%20computador%2C%20tablet%20ou%20smartphoy> - acesso em 13 de set de 2021.

Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n-6-ano-3/o-papel-dos-partidos-politicos-no-estado-democratico-brasileiro> - acesso em 13 de set de 2021.

Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n-6-ano-3/o-papel-dos-partidos-politicos-no-estado-democratico-brasileiro> - acesso em 13 de set de 2021.

Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/267/TESE%20FERNANDO%20DE%20CASTRO%20FARIA%20-%20PARCIAL.pdf> - acesso em 17 de ago de 2021. p. 137.

Disponível em: <https://www.fronteras.com/entrevistas/manuel-castells-a-comunicacao-em-rede-esta-revitalizando-a-democracia> - acesso em 17 de set de 2021.

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/LTSGRTDqFD4X74DxLsw9Kr-z/?lang=pt> - acesso em 17 de ago de 2021.

Disponível em: <https://www.un.org/fr/chronicle/article/etat-de-droit-et-democratie-reduire-lecart-entre-les-politiques-et-les-pratiques> - acesso em 30 de Jun de 2021.

Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-administratives-2005-2-page-251.htm#pa4> - acesso em 30 de Jun de 2021.

EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO PROCESSO INFORMACIONAL: DA PRIVACIDADE AOS DESAFIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS

EFFECTIVENESS OF THE PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS IN THE INFORMATIONAL PROCESS: FROM PRIVACY TO DATA PROTECTION CHALLENGES

Carolina da Rosa Roncatto¹

SUBMISSÃO: 22 DE SETEMBRO DE 2021
APROVAÇÃO: 02 DE DEZEMBRO DE 2021

O trabalho busca posicionar a privacidade em um contexto intersubjetivo, considerando que inevitavelmente o titular fará concessões em nome da sua realização social, questiona-se em que medida o arcabouço legislativo permite o efetivo controle do indivíduo sobre seus dados. A consolidação das regras aplicáveis ao processo informacional (dimensão procedimental da privacidade) não assegura o acesso do titular aos meios necessário para garantir o livre desenvolvimento da personalidade na sociedade da informação. Conclui-se que a matéria da proteção de dados, embora tenha nascido como expressão da privacidade, também deve ser instrumento para resguardar o indivíduo contra ofensas a outros direitos da personalidade, na medida em que as violações ocorridas no curso do processo informativo podem representar ameaça a outros aspectos da personalidade. Palavras-chave: Direitos da personalidade – Proteção de dados – Privacidade.

The work seeks to position privacy in an intersubjective context, considering that the titleholder will inevitably make concessions in the name of his social achievement. It will question to what extent the legislative framework allows the individual's effective control over their data. The consolidation of the rules applicable to the informational process (procedural dimension of privacy) does not require the holder to have access to the necessary rules to guarantee the free development of the personality in the information society. It is concluded that the matter of data protection, although it was born as an expression of privacy, should also be an instrument to protect the individual against offenses to other personality rights, as violations occurring in the course of the information process may represent a threat to other aspects of the personality. Keywords: Personality rights – Data protection – Privacy.

¹ Mestranda em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Membro dos grupos "Filosofia do Direito Privado: Da Teoria à Prática" e "Grupo de Estudos de Responsabilidade Civil", registrados no CNPq. Advogada no escritório Silveiro Advogados. Contato: crroncatto@gmail.com

1. Introdução

Os direitos de personalidade têm por fundamento a própria existência humana e a privacidade surge, justamente, no contexto de uma das dimensões ônticas mais relevantes da pessoa: sua abertura relacional. Quando se discute privacidade, deve-se lembrar que só se é pessoa com relação ao outro e a intersubjetividade integra a personalidade do sujeito².

Embora tenha origem individualista e excludente, hoje vemos o retorno do direito à privacidade a um espaço de vida em relação. A vida em comunidade passa a exigir a todo o tempo concessões do indivíduo para acessar suas informações pessoais – moeda de troca sem a qual não há mais como realizar-se socialmente.

Na primeira parte do estudo será traçado um panorama histórico do desenvolvimento do direito à privacidade e de que forma a privacidade foi tomada de assalto pela proteção de dados na sociedade da informação. Abordar-se-á a mudança de paradigma reconhecida dentro do direito à privacidade, momento no qual a predominância do segredo sobre as informações abre espaço para a ideia de controle sobre as informações.

Na segunda parte, serão abordadas linhas gerais sobre a proteção de dados e o estado no qual se encontra a tutela da privacidade em matéria de informações pessoais. A proteção de dados percorreu longo caminho desde os primeiros registros de debate sobre o tema, culminando em uma consolidação de princípios aplicáveis ao processo informacional, replicados em legislações mundo afora.

2 GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 97.

Contudo, em que pese seja robusto o arcabouço legislativo, parece carecer o titular dos dados de ferramentas que suportem o exercício do controle efetivo sobre suas informações. Questiona-se se há possibilidade de – e, se não há, de que forma poderia haver – criação de meios que assegurem o livre desenvolvimento da personalidade na sociedade da informação frente à opacidade do processo informacional.

O presente artigo pretende contribuir ao estudo da dinâmica entre direitos da personalidade e proteção de dados, ultrapassando o direito à privacidade. A proteção de dados, embora tenha nascido como expressão da privacidade, também é instrumento para resguardar o indivíduo contra ofensas a outros direitos da personalidade, na medida em que as violações ocorridas no curso do processo informativo podem representar ameaça à dimensão procedimental da privacidade, mas também ameaçar outros aspectos da personalidade, caracterizando uma dimensão substancial da privacidade³.

Quanto à metodologia, a abordagem será teórica e descritiva, utilizando-se de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira sobre o tema abordado.

2. Desenvolvimento do direito à privacidade

2.1. Panorama histórico

A privacidade é um dos direitos de personalidade de mais recente evolução⁴. A grande maioria dos doutrinadores⁵ aponta como seu nascimento a publicação do artigo The

³ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

⁴ MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.

⁵ STOCO, Rui. Responsabilidade civil decorrente da violação da intimidade e da vida privada. Revista dos Tribunais, vol. 954/2015, p. 85 – 116, Abr. 2015.

Right to Privacy, publicado em 1890 por Samuel Warren e Louis Brandeis. Na época, aborreciam-se os autores com jornais que cobriam a intimidade dos indivíduos e divulgavam informações pessoais, situação agravada pelo advento da fotografia instantânea e o potencial de circulação em massa⁶. Foi-se construindo, assim, o direito à privacidade como o direito de “ser deixado só” – hoje, célebre expressão, cunhada pela magistratura norte-americana.

Embora elaborados um século mais tarde, a Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002 adotaram esta mesma concepção para proteger a privacidade dos brasileiros. O inciso X do art. 5º da CRFB⁷ e o art. 21 do CC⁸ prevêm a inviolabilidade da vida privada da pessoa humana. Paulo Lôbo, em um esforço de dar contornos mais definidos a este conceito, afirma que “[s]ob a denominação privacidade cabem os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público”⁹.

Contudo, embora possa haver alguns “lugares comuns” sobre o tema, não há uma uniformidade na definição do conceito¹⁰ e a sua violação é aferível apenas na análise do caso concreto. Rui Stoco destaca ser este um direito subjetivo por

6 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. In 30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Organização José Antonio Dias Toffoli. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 697.

7 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

8 “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” Id., Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

9 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Autolimitação do direito à privacidade. Revista trimestral de direito civil: RTDC Imprensa: Rio de Janeiro, Padma, 2000. Referência: v. 9, n. 34, abr/jun. 2008. Arquivo digital.

10 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. In 30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Organização José Antonio Dias Toffoli. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 698.

excelência¹¹, posto que atrelada à singularidade de cada indivíduo, cujas expectativas sobre os limites do privado serão diferentes.

Hoje, a preocupação com o uso de informações pessoais e circulação de dados dos indivíduos só se faz aumentar. A sociedade como um todo sempre esteve condicionada pelo estado da tecnologia¹² e o direito à privacidade não seria diferente.

Por muito tempo, os meios manuais ou analógicos de processamento de dados constituíam a própria proteção da privacidade do titular e limitavam a utilização até a revolução do processamento eletrônico de dados¹³. A forma massificada de coleta, armazenamento e tratamento a partir das tecnologias da informação apresenta novos desafios ao direito à privacidade¹⁴ e evidencia a insuficiência da tradicional forma casuística de verificação da violação.

Se a mídia impressa e a fotografia revelada aguçavam preocupações no final do século XIX devido a suas competências de alcance e permanência, a internet e a big data não conhecem limites e criam novos espaços a serem regulados pelo direito. Através do emprego de técnicas automatizadas de obtenção e combinação de dados, são extraídas as mais variadas informações, as quais podem ser utilizadas para finalidades diversas, desde análises estatísticas até construção de perfis para fundamentar a tomada de decisões em qualquer esfera da vida do indivíduo¹⁵.

11 STOCO, Rui. Responsabilidade civil decorrente da violação da intimidade e da vida privada. *Revista dos Tribunais*, vol. 954/2015, p. 85 – 116, Abr. 2015.

12 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Livro Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro eletrônico.

13 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Livro Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro eletrônico.

14 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.

15 Sobre Big Data, ver: TSAI, Chun-Wei et al. Big data analytics: a survey. *Journal of Big Data*, v. 2, n. 21, 2015. DOI 10.1186/s40537-015-0030-3.

Este panorama, vale lembrar, vem se alterando já desde a década de 1960, quando a “multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação, na esteira da massificação das relações contratuais, acaba por estimular um aumento exponencial do fluxo de dados na sociedade contemporânea”¹⁶. A revolução causada pela informática e o surgimento do que se conhece por sociedade da informação, ao “final do século XX e começo do século XXI, levou a extremos as potencialidades de invasão da privacidade das pessoas, não apenas pelo Estado, mas, sobretudo, pelas empresas e por indivíduos”¹⁷.

Desde o início, pela facilidade de acesso à tecnologia, governos já avistavam as vantagens econômicas que poderiam ser obtidas com um gerenciamento de dados eficiente. Nesse contexto, passam a eclodir no globo situações de conflito em razão de propostas controversas de administração de dados pessoais.

A exemplo, os casos National Data Center (EUA, 1965) e *Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus* (França, 1974) visavam a criação de um banco de dados dos seus nacionais, centralizando informações pessoais coletadas por todos os órgãos do governo em um único repositório. Embora ambas as propostas tenham se apresentado com forte embasamento técnico, foram massivamente rechaçadas pela população e os projetos jamais foram implementados, mas impulsionaram a criação das primeiras leis de proteção de dados na Europa¹⁸.

Em 1983, o Tribunal Constitucional Federal da Alema-

16 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 135.

17 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Autolimitação do direito à privacidade. Revista trimestral de direito civil: RTDC Imprensa: Rio de Janeiro, Padma, 2000. Referência: v. 9, n. 34, abr/jun. 2008. Arquivo digital.

18 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Livro Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro eletrônico.

nha analisou o método de coleta de informações e o destino dado pelo censo às informações coletadas, fruto da desconfiança pública gerada por uma nova legislação censitária. Maria Claudia Mércio Cachapuz destaca que, através da – hoje – famosa decisão, a Corte:

“[A]o analisar a extensão de questionamento possível ao cidadão por meio de uma legislação censitária, reconheceu a possibilidade de uma autodeterminação informativa a todo indivíduo, de forma que toda e qualquer informação pessoal só se tornasse pública se tutelada por um determinado interesse público, por que conhecida do titular a sua existência e com quem é compartilhada.”¹⁹

O cidadão estava atento quanto à ameaça do Estado no uso de informações para monitoramento e vigilância, na forma como descrita por Orwell²⁰. Contudo, com a popularização da tecnologia e invasão dos computadores e softwares também no setor privado, o dado passou a ser ativo financeiro, um token²¹, para alcançar objetivos econômicos de empresas²², “um recurso autônomo, gerador de riqueza e poder”²³.

A utilização de dados pessoais por fornecedores de bens e serviços para fins de informação passou “a constituir fonte de incalculável lucro para empresas provedoras desses dados em prejuízo da privacidade de seus titulares, no denominado capitalismo de vigilância”²⁴. Sem surpresa, a “econo-

19 CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 15 n. 107 Out. 2013/Jan. 2014, p. 827.

20 ORWELL, George. 1984. 22ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

21 Sobre o processo de “tokenização”: “O valor não está mais atrelado necessariamente às características físicas das coisas. As informações, mensagens, dados, instruções, softwares etc. adquiriram valor próprio, independente dos átomos de que é formado seu meio físico. Até mesmo objetos que originalmente tinham natureza física, passaram a ter feição virtual”. ZANELATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. Revista de Direito do Consumidor, vol. 44/2002, p. 206, Out/Dez. 2002.

22 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.

23 ZANELATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. Revista de Direito do Consumidor, vol. 44/2002, p. 211, Out/Dez. 2002.

24 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Autolimitação do direito à privacidade. Revista trimestral de direito civil: RTDC Imprensa: Rio de Janeiro, Padma, 2000. Referência: v. 9, n. 34, abr/jun. 2008. Arquivo digital.

mia de dados” viria a movimentar €377 bilhões no mercado da União Europeia em 2018²⁵.

Através das ciências de dados e práticas de mineração²⁶, um grande volume de informações heterogêneas, fragmentadas e desordenadas pode ser analisado por softwares para extrair conhecimento novo e estabelecer perfis²⁷. Frente à big data, a segurança e confiabilidade da informação ficam para trás: não apenas os níveis de proteção se reduzem em razão do volume ao longo do processo, como a informação perde em exatidão e pode levar a resultados discriminatórios.

Há muito já se previa que a internet facilitaria o monitoramento do indivíduo e a coleta de informações dispersas, as quais passariam a integrar grandes bancos de dados de seguradoras, escolas, instituições financeiras e serviços de assistência médica²⁸. Contudo, os dados pessoais não podem ser considerados produto do qual as empresas se servirão livremente²⁹, sem consideração aos impactos adversos do seu emprego³⁰.

“O tipo de aplicação analítica usada pode levar a resultados inexatos, discriminatórios ou de outro modo

25 EUROPEAN COMMISSION. Building a data economy in the European Union. European Union, 2019, p. 02.

26 Sobre o termo “mineração”: “Neste sentido, cumpre esclarecer que a expressão “mineração de dados” revela per se que a coleta, o tratamento e a utilização de dados no mundo virtual, representa para o contexto das organizações, assim como se dá na extração de minérios, uma fonte geradora de lucratividade, impactando diretamente na tomada de decisões pelos seus gestores.” FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. Mineração de dados e análise preditiva: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. *Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 59 – 80, Jul/Dez. 2017.

27 COHEN, Julie E. Privacy, Visibility, Transparency, and Exposure. *The University of Chicago Law Review*, 75:181. Apr. 2008, p. 67.

28 ZANELLATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 44/2002, p. 212, Out/Dez. 2002.

29 FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. Mineração de dados e análise preditiva: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. *Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 59 – 80, Jul/Dez. 2017.

30 UNIÃO EUROPEIA, Parecer 3/2013 sobre limitação da finalidade. Grupo de Trabalho para Proteção de Dados do art. 29º da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu. Adotada em 02/04/2013. P. 56.

ilegítimos. Em especial, um algoritmo pode isolar uma correlação e dela retirar uma inferência estatística que, quando aplicada na conformação da comercialização ou de outras decisões, se torne injusta e discriminatória. Isto pode perpetuar preconceitos e estereótipos existentes e agravar problemas de exclusão e estratificação social.”³¹

A utilização de dados pessoais é terreno fértil para práticas discriminatórias, classificações impositivas e tratamentos automatizados, podendo servir a informação como instrumento de violação à liberdade religiosa, sexual, político-filosófica, entre outros direitos fundamentais da pessoa humana. É que os dados pessoais são projeções diretas da personalidade e “qualquer tratamento de dados, por influenciar na representação da pessoa na sociedade, pode afetar a sua personalidade e, portanto, tem o potencial de violar os seus direitos fundamentais”³².

O risco da atividade de tratamento de dados através de softwares já encontra menções na doutrina brasileira, que refere à maior probabilidade do dano e o seu maior potencial lesivo³³. Danilo Doneda enfatiza que, a partir do momento em que somos representados e avaliados por nossos dados pessoais, a privacidade acaba por ressoar em outros aspectos da personalidade do indivíduo³⁴. Nesse sentido, a privacidade é “entendida não só em termos de um *ius excludendi alios* de uma esfera íntima, mas também como direito a não

31 UNIAO ERUOPEIA. Parecer 3/2013 sobre limitação da finalidade. Grupo de Trabalho para Proteção de Dados do art. 29º da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu. Adotada em 02/04/2013. P. 56.

32 MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. Revista de Direito do Consumidor, vol. 120/2018, versão digital, p. 24, Nov/Dez. 2018.

33 “em especial quando o processamento cause discriminação, furto de identidade, fraudes diversas, perdas financeiras, dano reputacional, perda de confidencialidade dos dados pessoais protegidos por sigilo profissional, reversão não autorizada da pseudonimização ou qualquer outra desvantagem econômica ou social significativa”. ROSENVALD, Nelson. Do risco da atividade ao “alto” risco da atividade algorítmica. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2019/09/18/DO-RISCO-DA-ATIVIDADE-AO-%E2%80%99ALTO%E2%80%99D-RISCO-DA-ATIVIDADE-ALGOR%C3%8DTMICA> Acesso em: 07 dez. 2020.

34 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.

sofrer indevidas interferências externas relativamente à manifestação social de sua própria identidade”³⁵.

2.2. Paradigmas da privacidade

A privacidade nasce em um contexto egoístico, segundo o qual o outro é um obstáculo à realização da personalidade. Buscava-se isolamento e tranquilidade, até mesmo reclusão, constituindo a privacidade um dever geral de abstenção dos demais, de não interferência na vida privada do sujeito.

Esta ideia individualista³⁶ foi predominante durante muito tempo e é marcada pelo paradigma do segredo³⁷, um modelo notadamente negativo, que se propunha a excluir algo do conhecimento dos demais.

Contudo, a principal forma de “invasão de privacidade” passou a ser a coleta de dados não autorizada, o tratamento automatizado das informações, a realização de análises preditivas sobre o sujeito e o risco de vazamentos.

Nesse contexto, o direito à privacidade no Brasil já nasceu incapaz de tutelar o fluxo informacional massificado, dado o caráter subjetivista ligado à vida íntima sobre o qual foi cunhado. Isto é, a privacidade, sob a ótica das informações relativas à pessoa, não poderia mais ser concebida através de um conceito estritamente subjetivo e casuístico, porque a intensidade do fluxo de informações inviabilizou a

35 FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. Mineração de dados e análise preditiva: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. *Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 69, Jul/Dez. 2017.

36 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.

37 MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 120/2018, p. 555 – 587, Nov/Dez. 2018.

análise individual do tratamento de dados³⁸.

Em resposta, o modelo que vem sendo construído atualmente é positivo³⁹, permitindo o desenvolvimento da personalidade humana em um âmbito intersubjetivo. O paradigma do segredo não foi efetivamente superado, mas integrado para compreender outras manifestações da privacidade, reposicionando prioridades, dada a sua importância para a tutela da pessoa humana⁴⁰.

A vida em sociedade depende do intercâmbio de informações constantes e, sendo este elemento fundamental para o estabelecimento de relações, é necessário que a privacidade não proteja apenas a esfera privada, mas possa assegurar à pessoa o controle de seus próprios dados⁴¹. Não basta impedir a intromissão alheia no âmbito da vida privada, mas alcançar toda a informação relativa à pessoa onde quer que esteja, “um tipo de proteção dinâmica, que segue o dado em todos os seus movimentos”⁴².

O novo paradigma de controle surge para proporcionar meios ao indivíduo de construção da sua privacidade em um contexto de vida em sociedade. Não é baseado no segredo, mas sim na possibilidade de colocar informações em circulação e, ainda assim, ser delas efetivamente titular e exercer controle como tal.

Não é apenas a tutela da privacidade, mas a tutela da pessoa humana considerada em todas as suas dimensões, garantindo o acesso, a veracidade, a segurança, o conhecimen-

38 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.

39 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.

40 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.

41 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 137.

42 RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

to da finalidade para a qual serão utilizados⁴³, visando evitar o controle e discriminação e, em última análise, possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade.

“Uma esfera privada, dentro da qual a pessoa tenha condições de desenvolver a própria personalidade, livre de ingerências externas, ganha hoje ainda mais importância: passa a ser pressuposto para que a pessoa não seja submetida a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, encarcerariam sua autonomia privada e, em última análise, inviabilizariam o livre desenvolvimento da personalidade.”⁴⁴

A evolução da proteção da privacidade caminha junto à consolidação dos direitos da personalidade, na medida em que afasta o individualismo exacerbado e caminha em direção da privacidade positiva, a qual compreende a dimensão relacional da pessoa humana⁴⁵.

3. A evolução da proteção de dados

3.1. A tutela do processo informativo na dimensão de privacidade

O direito à privacidade sempre foi objeto de tutela remedial, típica do direito subjetivo; contudo, “a ela faltam os instrumentos adequados à realização da função promocional da tutela da privacidade como meio de proteção da pessoa humana”⁴⁶. Neste âmbito, o direito à privacidade se revela na tutela do processo informacional de ponta a ponta, desde o nascimento do dado no momento da coleta até sua morte com a eliminação da informação⁴⁷.

43 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.

44 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.

45 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.

46 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.

47 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2.ed. São Paulo: Atlas,

Diante destas evoluções, o autor Anderson Schreiber divide a problemática da privacidade em uma dimensão procedimental e uma dimensão substancial⁴⁸. A primeira se ocuparia do processo informacional, do modo como é obtido e tratado o dado pessoal, com preocupações voltadas ao modelo original de privacidade; já a segunda dimensão se relacionaria ao uso do dado pessoal como instrumento de violação de outros direitos de personalidade, na medida em que as informações relativas à pessoa a constituem como sujeito e são elementos essenciais em uma complexa teia de relações⁴⁹.

A dimensão procedimental cuida do conjunto de medidas encontradas em várias normativas sobre o modo como são obtidos e tratados os dados. Ao longo da “vida” da informação, o tratamento será acompanhado de uma análise de conformidade com a legislação, a qual verificará o cumprimento das obrigações relativas ao processo informacional e deveres do agente, bem como o respeito ao exercício de direito dos titulares sobre o dado.

Mesmo autorizada a coleta, o titular não cede ou aliena seus dados ao controlador para uso indiscriminado ou para que repasse a terceiros, razão pela qual as leis de proteção de dados se ocupam principalmente em criar estruturas para que o titular possa participar do processo de tratamento, com a possibilidade de correção do percurso ou solicitação de encerramento da atividade de tratamento.

Um movimento importante passa a ser identificado globalmente com a proliferação de legislações sobre o tema. Um primeiro exercício de harmonização entre ordenamen-

2013, p. 139.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

⁴⁹ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.

tos surge pouco depois do já referido caso do censo alemão (1973), o qual inaugurou importantes conceitos em matéria de proteção de dados e forneceu subsídios para criação de uma cultura com relação ao tema.

Em 1980, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico publica as primeiras Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data⁵⁰, o qual sintetizava pela primeira vez princípios de proteção da informação pessoal que seriam encontrados em todos os textos de proteção de dados pelo mundo, inclusive na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. Os princípios da fair information são: (i) Collection Limitation: coleta limitada às hipóteses legais e mediante consentimento, se aplicável; (ii) Data Quality: o dado deve ser o estritamente relevante à finalidade, verdadeiro, completo e atualizado; (iii) Purpose Specification: a informação obtida para uma finalidade não poderá ser utilizada para outra sem consentimento; (iv) Use Limitation: o dado não será exposto, disponibilizado ou usado para além da finalidade consentida; (v) Security Safeguards: o dado pessoal deve ser protegido contra o uso indevido, modificação ou acesso não autorizado; (vi) Openness: transparência acerca de desenvolvimento de bancos de dados, práticas e políticas e acessibilidade a estas informações; (vii) Individual Participation: titular deve conhecer o dado coletado, alterá-lo, revogar o consentimento de forma acessível e não custosa; e (viii) Accountability: o controlador deve ser responsável pela conformidade com as regras.

Estes princípios passam a ser replicados em diversos ordenamentos jurídicos⁵¹, movimento que vai além da simples mimetização, mas fornece base jurídica para a circula-

50 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. 1980.

51 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.

ção das informações internacionalmente. A possibilidade de comparação de legislações sobre o tema é positiva, dado a ausência de barreiras geográficas da internet e possibilidade plurilocalização da informação.

A partir deste marco, a proteção de dados passa a ser encarada sob a perspectiva de padrão coletivo de proteção. Assim, a análise deixa de considerar o dado individualmente e passa a atentar à conformidade de todo o processo informacional à legislação aplicável.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) propõe um modelo de proteção que possui como características: “i) amplo conceito de dado pessoal; ii) necessidade de que qualquer tratamento de dados tenha uma base legal; e iii) legítimo interesse como hipótese autorizativa e necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses”⁵².

Logo nos seus dois primeiros dispositivos, a LGPD já sugere que “o desenvolvimento do mercado deve estar diretamente relacionado à função promocional da tutela dos caracteres da personalidade, no tocante ao tratamento dos dados pessoais”.

O art. 1º da LGPD define que as disposições acerca do tratamento de dados pessoais têm por objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural⁵³. Já no art. 2º da LGPD, dentre os fundamentos da proteção de dados, se encontram tanto fundamentos de ordem existencial,

⁵² DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Comentário à nova lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120, p. 555-587, 2018.

⁵³ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”

quanto de ordem patrimonial-mercadológica⁵⁴.

“De fato, não se pode fechar os olhos para a relevância dos dados na economia atual, no Brasil e no mundo. O que se busca, portanto, em primeiro plano, na balança de interesses correspondentes ao trinômio pessoa-mercado-dados, é proteger a pessoa humana, valor central do ordenamento jurídico brasileiro, dando guarida efetiva aos seus dados, para que, então, possa ser tutelado também o mercado.”⁵⁵

O objetivo do presente trabalho não é retomar os dispositivos da LGPD, mas sim evidenciar que a “mera” tutela do processo informativo, regulando o que pode ser chamada de dimensão procedimental da privacidade, não garante ao titular dos dados os meios que possibilitam o exercício do controle efetivo sobre suas informações. Nesse contexto, embora aparentemente regulado o procedimento, a privacidade em sua dimensão substancial se encontra vulnerável, o que representa ameaça a outros aspectos da personalidade.

O General Data Protection Regulation (União Europeia) reconhece, através do art. 35, que alguns processos de tratamento de dados que utilizam novas tecnologias, dada a sua natureza, escopo e contexto da sua utilização, implicam em alto risco para os direitos e liberdades das pessoas naturais, exigindo, por exemplo, uma avaliação de impacto do seu emprego⁵⁶. O alto risco das decisões automatizadas também é reconhecido pelo art. 7º do Algorithmic Accoun-

⁵⁴ “Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I – o respeito à privacidade; II – a autodeterminação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.”

⁵⁵ REGIS, Erick da Silva. Linhas gerais sobre a lei 13.709/2018 (LGPD): objetivos, fundamentos e axiologia da lei geral de proteção de dados brasileira e a tutela de personalidade/privacidade. *Revista de Direito Privado*, vol. 103/2020, p. 71, Jan./Fev. 2020.

⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). [S. l.]: EUR-Lex, 2016. Disponível em <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/2016-05-04>. Acesso em: 19 dez. 2020.

tability Act of 2019 (Estados Unidos), o qual reconhece como high-risk automated decision system qualquer sistema de decisão automatizada que possa resultar ou contribuir para decisões imprecisas, injustas, condicionadas ou discriminatórias, que toma decisões ou facilita o processo decisório humano através de análises sistemáticas e preditorias sobre aspectos sensíveis da vidas das pessoas ou, ainda, que guarde informações sobre raça, cor, nacionalidade, opiniões políticas religião, dados genéticos e biométricos, referentes à saúde, gênero, sexualidade ou antecedentes criminais⁵⁷.

O robusto o arcabouço legislativo inaugurado no Brasil não entrega ao titular as ferramentas para assegurar o livre desenvolvimento da personalidade na sociedade da informação, o que se deve, em larga medida, à opacidade do processo informacional.

3.2. Os desafios da proteção de dados na tutela efetiva da personalidade.

A quarta revolução industrial transforma a atualidade e é marcada pela informação: os dados, hoje, são o maior ativo econômico do mundo. A noção de proteção de dados tem por fundamento a ideia de que não há dados irrelevantes à privacidade ou que fogem ao seu alcance, bem como de que qualquer informação compartilhada só assim deverá permanecer se existente o consentimento do titular sobre a sua existência e o conhecimento acerca da finalidade da utilização.

Essa nova era, chamada “era Big Data”, é caracterizada pelo volume, variedade e velocidade que os dados conseguem ser coletados e analisados – capacidade que dos sis-

⁵⁷ UNITED STATES OF AMERICA. Congress. Senate Bill n. 1108. Algorithmic Accountability Act of 2019. Autoria: Sen. Ron Wyden. Washington, DC: Congress, 2019. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1108>. Acesso em: 03 out. 2020.

temas informáticos que representa inúmeras possibilidades, especialmente no que tange à tomada de decisões. O reconhecimento da assimetria informacional que desequilibra a relação titular-controlador foi essencial para que se passasse a pensar em estruturas de transparência e fiscalização que diminuam este déficit e devolvam ao titular o controle sobre seus dados.

Nesse contexto, a opacidade do processo informacional é um dos maiores desafios no paradigma do controle, pois impede que o titular conheça a imagem que lhe está sendo atribuída e entenda as decisões tomadas sobre sua pessoa. O tratamento de dados automatizado – que exclui o fator humano do processo – tem avançado a passos largos; o que não tem correspondido a um avanço significativo dos instrumentos de governança que tornem possível a compreensão dos critérios utilizados e resultados obtidos pelas máquinas.

A opacidade possui razões para existir e está diretamente ligada à dificuldade técnica de decodificar o resultado e a incapacidade de entender, explicar ou prever o funcionamento dos softwares, além de razões de ordem não-técnicas, como sigilo empresarial⁵⁸ e desvantagem concorrencial⁵⁹. Contudo, Danilo Doneda et al. asseveram que “[o] problema da falta de transparência é extremamente relevante para a presente discussão, visto que a verificação da ocorrência de eventual discriminação depende de se saber qual é o input do algoritmo ou qual é método estatístico utilizado”⁶⁰.

Segundo Frank Pasquale, a transparência é uma medi-

58 DONEDA, Danilo. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Noberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018, p. 6.

59 DONEDA, Danilo. ALMEIDA, Virgílio A. F. What is algorithm Governance? Washington: IEEE Computer Society, 2016, p. 61.

60 DONEDA, Danilo. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Noberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018, p. 6.

da essencial para que tanto o titular dos dados quanto um especialista em programação possam desafiar a arbitrariedade dos processos e critérios utilizados para tomar decisões sobre os indivíduos. Isso implica na abertura da base de dados, do funcionamento dos sistemas, código e modelação dos algoritmos ao público⁶¹. A Association for Computing Machinery, ao elaborar os Principles for Algorithmic Transparency and Accountability, também elenca a abertura da proveniência dos dados e dos vieses potenciais induzidos pelo processo de tratamento utilizado, salientando que somente o escrutínio público oferecerá máxima possibilidade de correções⁶².

A falta de estruturas de transparência impede o estabelecimento de nexos de causalidade entre um dano sofrido pelo indivíduo e uma violação aos direitos de personalidade decorrente de tratamento indevido de uma informação sua. Isto é, sem que o titular saiba que seu dado pessoal foi utilizado, jamais poderá avaliar o uso abusivo ou estabelecer relação de causa e consequência entre o uso e um dano experimentado.

Na medida em que o tratamento de dados pode afetar indivíduos, é essencial o oferecimento de alternativas para a reparação de danos⁶³. Segundo a Fairness, Accountability and Transparency in Machine Learning Organization, a accountability pode ser definida como a disponibilização de vias de reparação externamente visíveis para efeitos adversos do sistema de decisões e a designação de um responsável pela solução tempestiva destes resultados⁶⁴.

61 PASQUALE, Frank. CITRON, Danielle Keats. The scored society: due process for automated predictions. *Washington Law Review*, Vol. 89:1, p. 30/33.

62 ASSOCIATION FOR COMPUTING MACHINERY. Statement on Algorithmic Transparency and Accountability. Disponível em: https://www.acm.org/binaries/content/assets/public-policy/2017_usacm_statement_algorithms.pdf. Acesso em: 20 de dez de 2020.

63 MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. *RDU*, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov-dez, p. 18.

64 FAIRNESS, ACCOUNTABILITY, AND TRANSPARENCY IN MACHINE

O estabelecimento da responsabilidade é apontado como o centro de toda a governança do processo informacional automatizado, pois tende a ocasionar melhores explicações acerca do tratamento de dados. Isso porque a explicação será uma salvaguarda daquele que se utiliza da tecnologia para realização de tratamento de dados, podendo demonstrar de que forma determinado resultado foi produzido pelo software.

Sem a institucionalização de mecanismos de controle e supervisão do titular sobre os dados, o indivíduo jamais será protagonista no processo informacional e não alcançará a autodeterminação informativa proposta como fundamento da disciplina de proteção de dados no Brasil⁶⁵. As formas de governança dos algoritmos vêm sendo intensamente debatidas entre os especialistas da área, visando a maximização dos benefícios da sua inclusão nos processos decisórios em geral e, com a mesma eficiência, minimizar os riscos das decisões automatizadas⁶⁶.

A abordagem do tema não apenas da perspectiva dos instrumentos individuais de defesa dos direitos dos titulares, importa em reconhecer também reconhece a insuficiência desta via de forma exclusiva. Conforme Edwards e Veale, o controle das decisões automatizadas não pode ser um fardo imposto apenas aos indivíduos, porque “Individuals are mostly too time-poor, resource-poor, and lacking in the necessary expertise to meaningfully make use of these individual rights”⁶⁷.

LEARNING. Principles for Accountable Algorithms and a Social Impact Statement for Algorithms. Disponível em: <https://www.fatml.org/resources/principles-for-accountable-algorithms>. Acesso em: 07 de dez. de 2020.

65 BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Art. 2º, II.

66 DONEDA, Danilo. ALMEIDA, Virgílio A. F. What is algorithm Governance? Washington: IEEE Computer Society, 2016. p. 1.

67 EDWARDS, Lillian; VEALE, Michael. Slave to the algorithm: why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for. *Duke Law & Technology Review*, v. 16, p. 67, 2017-2018.

Dessa forma, além dos direitos previstos em lei, deve-se pensar em soluções de governança para uma utilização consciente e responsável dos dados. A tutela efetiva dos direitos de personalidade em matéria de proteção de dados somente poderá advir do fim de bancos de dados secretos, do livre acesso do titular a informação pessoal sua, relativamente à coleta, armazenamento e tratamento, da fiscalização do atendimento da finalidade do uso, da qualidade e da segurança do dado e da possibilidade de retificação ou exclusão da informação.

O enraizamento destas práticas e a conscientização sobre o impacto do tratamento de dados automatizado possibilitará, em última análise, a sensibilização dos desenvolvedores os incentivos econômicos adequados para a criação de uma ética que forneça ferramentas hábeis a auxiliar as companhias a maximizar o benefício do emprego da tecnologia e minimizar o risco da sua utilização ao evitar resultados negativos, orientando a estratégia e moldando as suas práticas nesse domínio⁶⁸. A Association for Computing Machinery reconhece que as pessoas que desenham, empregam e se beneficiam com a utilização da ciência de dados devem poder visualizar os efeitos do uso da tecnologia no mundo real, indo além da compreensão dos aspectos técnicos das ferramentas⁶⁹.

Luciano Floridi et al. lecionam que a data ethics tem por objeto estudar e avaliar dilemas morais relacionados aos dados, algoritmos e práticas correspondentes, para formular e embasar soluções moralmente boas e valores a serem

68 DONEDA, Danilo. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Noberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018, p. 13.

69 ASSOCIATION FOR COMPUTING MACHINERY. Statement on Algorithmic Transparency and Accountability. Disponível em: https://www.acm.org/binaries/content/assets/public-policy/2017_usacm_statement_algorithms.pdf. Acesso em: 07 de dez. de 2020.

promovidos⁷⁰. Este novo ramo da ética foca nos problemas da coleta e análise de grandes conjuntos de dados e o uso da big data para perfilização, publicidade, mineração de dados, violação de privacidade e variadas formas de discriminação.

Nesse sentido, a Autoridade Francesa de Proteção de Dados (CNIL) recomendou o fortalecimento de padrões éticos internamente às companhias, através da criação de comitês de ética, disseminação de boas práticas e revisão de códigos de conduta⁷¹. Soluções igualmente incentivadas pela Autoridade de Proteção de Dados do Reino Unido (ICO), na medida em que os comitês consultivos poderão supervisionar projetos e levantar questionamentos acerca dos procedimentos utilizados⁷².

Estas estruturas éticas corporativas serão ferramentas hábeis a auxiliar as companhias a maximizar o benefício do emprego da tecnologia e minimizar o risco da sua utilização ao evitar resultados negativos, orientando a estratégia e moldando as suas práticas nesse domínio⁷³. O enraizamento destas práticas e a conscientização sobre o impacto do tratamento de dados automatizado possibilitará, em última análise, a sensibilização dos desenvolvedores os incentivos econômicos adequados para a criação de algoritmos sensíveis a valores e a implementação da ética by design⁷⁴.

70 FLORIDI, Luciano. TADDEO, Mariarosaria. What is data ethics? *Phil. Trans. R. Soc. A* 374:20160360. Disponível em: <http://doi.org/10.1098/rsta.2016.0360>. Acesso em: 12 de out. de 2020.

71 COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS. How can humans keep the upper hand? Report on the ethical matters raised by algorithms and artificial intelligence. Paris: CNIL, 2017. Disponível em: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_ai_gb_web.pdf. Acesso em: 30 dez. 2020.

72 INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection. [S. l.]: ICO, 2017. Disponível em: <https://ico.org.uk/media/fororganisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

73 DONEDA, Danilo. Mendes, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Noberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. *Pensar, Fortaleza*, v. 23, n. 4, p. 13, out./dez. 2018.

74 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

O que se observa é que não existe uma única solução para todos os tipos de tratamento de dados; contudo, certo é que o titular não deve ser o único responsável pela tutela de seus direitos, principalmente considerando o volume de informações a serem resguardadas na era da sociedade da informação e big data. A regulação direta pode não ser a resposta buscada, principalmente em termos de internet e coleta de dados, mas sim a formação de uma cultura e consolidação de elementos éticos que proporcionem melhores respostas aos problemas causados pelo processamento massivo.

4. Conclusão

Desde a publicação do artigo *The Right to Privacy*, a privacidade percorreu um longo caminho. A quarta revolução industrial transformou a sociedade, a qual hoje é marcada pelo tráfego de informações: os dados, hoje, são o maior ativo econômico no mundo. As novas formas de processamento de dados têm por características o volume, variedade e velocidade que os dados conseguem ser coletados e analisados. A big data representa inúmeras possibilidades, tanto no setor privado como no setor público, especialmente no que tange à tomada de decisões sobre a vida das pessoas com base nos dados coletados.

Como visto, a humanidade tende à vida em sociedade e a socialização é parte essencial da pessoa humana para o seu desenvolvimento pleno; contudo, a privacidade ainda lhe é cara e fundamental. No contexto da sociedade da informação, a privacidade adquire novos contornos: antes de sigilo e exclusão das informações do conhecimento dos demais, hoje de controle sobre as informações expostas e conhecimento sobre a finalidade da sua utilização.

Especialmente quando o tratamento visa analisar e ob-

ter predições acerca de preferências do indivíduo, o que poderá ensejar adoção de medidas ou tomada de decisões sobre a pessoa, torna-se relevante a adoção de garantias sobre a segurança e justiça dos processos. Os dados coletados, armazenados e tratados podem construir uma representação da pessoa a que dizem respeito e, com relação a esta imagem, o titular tem o direito de exigir uma representação real e que não lhe impute falsos atributos.

O desafio é como proteger os dados informatizados frente a uma sociedade e um mercado cada vez mais livres de fronteiras, como se pretende a internet. A legislação é importante, mas não parece ser suficiente.

Essa evolução constitui o início de um caminho para a proteção do cidadão brasileiro na sociedade da informação. A aplicação efetiva do direito individual à proteção de dados pessoais depende, em grande medida, das respostas coletivas que serão apresentadas para implementá-lo, o que exigirá o empenho de diversos atores e instituições nesse processo.

Somente assim, poderá a sociedade brasileira obter os benefícios econômicos e sociais advindos da revolução tecnológica, bem como concretizar uma democracia da informação que proteja, tanto a liberdade de controle das informações pessoais pelo cidadão, como também a tutela contra a utilização discriminatória dos dados pessoais.

5. Referências bibliográficas

ASSOCIATION FOR COMPUTING MACHINERY. Statement on Algorithmic Transparency and Accountability. Disponível em: https://www.acm.org/binaries/content/assets/public-policy/2017_usacm_statement_algorithms.pdf. Acesso em: 20 de dez de 2020.

ABBOUD, Georges. Verdades inconvenientes sobre direito e ciberespaço: uma pequena introdução ao mundo digital. Revista dos Tribunais, vol. 1000/2019, p. 291 – 299, Fev / 2019.

BONNA, Alexandre Pereira. Dados pessoais, identidade virtual e a projeção da personalidade: “profiling”, estigmatização e responsabilidade civil. In: Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. Coord. Nelson Rosenvald. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa. *Revista Jurídica da Presidência* Brasília, v. 15, n. 107, Out. 2013/Jan. 2014.

COHEN, Julie E. Privacy, Visibility, Transparency, and Exposure. *The University of Chicago Law Review*, 75:181. Apr. 2008.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

_____. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Noberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. *Pensar, Fortaleza*, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018.

_____. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Livro Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

_____. Os Direitos da Personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 6, Jun. de 2005.

_____. ALMEIDA, Virgílio A. F. What is algorithm Governance? Washington: IEEE Computer Society, 2016.

EUROPEAN ADVISORY BODY ON DATA PROTECTION AND PRIVACY (EU). Opinion 03/2013 on purpose limitation. Article 29 data protection working party. Apr. 2013.

EUROPEAN COMMISSION (EU). Building a data economy in the European Union. 2019.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EU). Towards a new digital ethics. Opinion 4/2015. Sep. 2015.

_____. Meeting the challenges of big data. Opinion 7/2015. Nov. 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. Mineração de dados e análise preditiva: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. *Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Maranhão*, v. 3, n. 2, p. 59 – 80, Jul/Dez. 2017.

FAIRNESS, ACCOUNTABILITY, AND TRANSPARENCY IN MACHINE LEARNING. Principles for Accountable Algorithms and a Social Impact Statement for Algorithms. Disponível em: <https://www.fatml.org/resources/principles-for-accountable-algorithms>. Acesso em: 07 dez. de 2020.

FEDERAL TRADE COMMISSION (USA). Big data: a tool for inclusion or exclusion? FTC Report. Jan. 2016.

FLORIDI, Luciano. TADDEO, Mariarosaria. What is data ethics? *Phil. Trans. R. Soc. A* 374:20160360. Disponível em: <http://doi.org/10.1098/rsta.2016.0360>. Acesso em: 12 de out. de 2020.

FROOMKIN, A. Michel. The death of privacy? *Stanford Law Review*, Vol. 52:1461. May 2000.

GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

GOULART, Guilherme Damasio. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 107/2016, p. 447 – 482, Set/Out. 2016.

KERR, Ian. EARLE, Jessica. Prediction, preemption, presumption: how big data threatens big picture privacy. 66 *Stan. L. Rev.* online 65. Sep. 2013.

LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. *Revista de Direito Cons-*

titucional e Internacional, vol. 33/2000, p. 110 – 124, Out/Dez. 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Autolimitação do direito à privacidade. Revista trimestral de direito civil: RTDC Imprensa: Rio de Janeiro, Padma, 2000. Referência: v. 9, n. 34, abr/jun. 2008. Arquivo digital.

LOUKIDES, Mike. MASON, Hilary. PATIL, DJ. Ethics and data science. Sebastopol: O'Reilly Media, Inc., 2018.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.

_____; DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 120/2018, p. 555 – 587, Nov/Dez. 2018.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUSO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU. Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64.

MIRAGEM, Bruno. A Lei geral de proteção de dados e o direito do consumidor. In: Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. Coord. Nelson Rosenvald. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT:
OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.
1980.

ORWELL, George. 1984. 22^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PASQUALE, Frank. *The Black Box Society*. Harvard University Press: Cambridge, 2015.

_____. CITRON, Danielle Keats. The scored society: due process for automated predictions. *Washington Law Review*, Vol. 89:1.

REGIS, Erick da Silva. Linhas gerais sobre a lei 13.709/2018 (LGPD): objetivos, fundamentos e axiologia da lei geral de proteção de dados brasileira e a tutela de personalidade/privacidade. *Revista de Direito Privado*, vol. 103/2020, p. 63 – 100, Jan/Fev. 2020.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. In 30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Org. José Antonio Dias Toffoli. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSENVALD, Nelson. Do risco da atividade ao “alto” risco da atividade algorítmica. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2019/09/18/DO-RISCO-DA-ATIVIDADE-AO-E2%80%9CALTO%E2%80%9D-RISCO-DA-ATIVIDADE-ALGOR%C3%8DTMICA>Acesso em: 07 dez. 2020.

TSAL, Chun Wei et al. Big data analytics: a survey. *Journal of Big Data*, v. 2, n. 21, 2015. DOI 10.1186/s40537-015-0030-3.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil decorrente da violação da intimidade e da vida privada. *Revista dos Tribunais*, vol. 954/2015, p. 85 – 116, Abr. 2015.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, n. 5, v. 4, Dec. 1890.

ZANELATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. Revista de Direito do Consumidor, vol. 44/2002, p. 206 – 261. Out/Dez. 2002.

Aos 45: O DIREITO CONSTITUCIONAL À PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL E EM PORTUGAL

At 45: THE CONSTITUTIONAL PROVISION OF DATA PROTECTION RIGHT IN BRAZIL AND PORTUGAL

João Ricardo Bet Viegas¹

SUBMISSÃO: 19 DE SETEMBRO DE 2021
APROVAÇÃO: 07 DE DEZEMBRO DE 2021

O presente estudo tem por objetivo, de maneira introdutória e como forma de estimular a discussão, apurar as semelhanças e diferenças da previsão constitucional portuguesa do direito à proteção de dados pessoais em relação à brasileira e, além disso, identificar, na experiência lusa, elementos que possam auxiliar a melhor compreensão e a aplicação da previsão brasileira, nos moldes em que é apresentada na PEC 17/2019. Portugal foi o primeiro país a incluir expressamente em seu texto constitucional o direito à proteção de dados pessoais, enquanto, no Brasil, quarenta e cinco anos depois, em 2021, aprovou-se a inclusão de dispositivo sobre a matéria na Constituição Federal. Utiliza-se o método comparativo, observando a previsão do art. 35º da Constituição da República Portuguesa e do reconhecimento do direito constitucional implícito à proteção de dados pessoais no Brasil. Palavras-chave: Proteção-de-dados. Constituição. Privacidade.

The present study aims, in an introductory way and as a way to increase the discussion, at researching the similarities and differences between the Portuguese constitutional provision of the data protection right and the Brazilian one and, in addition, to identify, in the Portuguese experience, elements that can help to better understand and apply the Brazilian institute, as presented in PEC 17/2019. Portugal was the first country to expressly include in its constitutional text the data protection right, while in Brazil, forty-five years later, in 2021, the Chamber of Deputies approved the inclusion of a provision on the matter in the Federal Constitution. The study uses the comparative method, observing the prescription of art. 35 of the Constitution of the Portuguese Republic and the recognition of the implicit constitutional data protection right in Brazil. Keywords: Data-protection. Constitution. Privacy.

¹ Mestrando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Digital pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul com período de mobilidade acadêmica na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. Introdução

O direito à proteção de dados pessoais vem sendo debatido largamente na doutrina jurídica de diversos países, sobretudo em relação à sua autonomia diante do direito à privacidade. Os estudos de Thomas Cooley², em 1868, e de Samuel Warren e Louis Brandeis³, em 1890, discutiram o *right to privacy* sob uma perspectiva de limite, isto é, em que o indivíduo possuiria o direito de optar em compartilhar ou não informações a seu respeito. Enxergava-se o *right to be let alone*, ou seja, um direito negativo - um comando para que a liberdade individual não fosse invadida.

Sob a perspectiva da imagem, Adolfo Ravà e Adriano De Cupis abordaram a privacidade a partir do *diritto alla riservatezza*, em uma ideia de que a pessoa deveria consentir com aquilo a seu respeito que fosse exposto à sociedade⁴. Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos da América, na Europa, no contexto pós-guerra, especialmente na segunda metade do século XX, a preocupação de proteção da privacidade estava direcionada ao uso de informações pelo próprio Estado⁵. Vê-se, então, uma dimensão positiva, em que se exige do Estado que garanta a privacidade e, por consequência, a dignidade da pessoa.

De uma visão patrimonialista da privacidade, Stefano Rodotà identifica uma transformação: o enfraquecimento da

2 COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*. Chicago: Callaghan and Company, 1879. Disponível em <https://repository.law.umich.edu/books/11/>. Acesso em 16 nov. 2020.

3 WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, vol. 4, n° 5. 1890. pp. 193-220. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents>. Acesso em 17 out. 2020.

4 DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 139.

5 PEIXOTO, Erick; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias. In. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola (Coord.). *Privacidade e sua compreensão do direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 33-54.

lógica do right to be let alone para uma ideia de controle da informação sobre si⁶. Danilo Doneda elucida que seria a mudança do paradigma de “pessoa-informação-segreto” para o de “pessoa-informação-circulação-controle”⁷, em que mais do que garantir tranquilidade e isolamento, pretende-se garantir o desenvolvimento do indivíduo em sua dimensão efetivamente privada⁸.

Essa nova função da privacidade faz com que se dobre ao direito à proteção de dados pessoais. Nessa esteira, Orla Lynskey refere três perspectivas para que se analise a relação entre privacidade e proteção de dados. A primeira, é tomá-los como direitos separados, mas complementares. A segunda, é tomar a proteção de dados como uma divisão interna à privacidade. A terceira possibilidade, que é a defendida pela autora, é que a proteção de dados consiste em direito independente e serve para múltiplas funções, sendo uma delas a proteção da privacidade⁹. É dizer, em síntese, que se protege os dados pessoais para vários fins, inclusive à defesa da privacidade.

O presente estudo possui caráter introdutório e propõe a reflexão sobre o tratamento constitucional do direito à proteção de dados pessoais em Portugal e no Brasil. A escolha desses ordenamentos jurídicos justifica-se pelo fato de a Constituição da República Portuguesa de 1976 ter sido a primeira a prever expressamente a proteção de dados (art. 35º), enquanto, no Brasil, em 2021, quarenta e cinco anos depois, foi aprovada, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 17/2019,

6 RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

7 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019. p. 41.

8 *Idem*, pp. 41-42.

9 LYNKEY, Orla. The Foundations of EU Data Protection Law. Oxford: Oxford University Press, Estados Unidos, v. 6, n. 1, nov. 2016. p. 90.

que inclui na Constituição Federal de 1988 o direito fundamental à proteção de dados.

O método do direito comparado envolve três principais funções: a educativa, a criativa e a de interpretação e aplicação¹⁰. Os objetivos, então, neste estudo, consistem em, de maneira introdutória e como forma de estimular a discussão, apurar as semelhanças e diferenças da previsão portuguesa em relação à brasileira e, além disso, identificar, na experiência lusa, elementos que possam auxiliar a melhor compreensão e a aplicação da previsão brasileira, nos moldes em que é apresentada na PEC 17/2019.

2. A previsão portuguesa

Antes mesmo de adentrar na discussão sobre o direito fundamental à proteção de dados propriamente dito, é preciso observar a relevância de tratar do tema sob uma perspectiva não só nacional, mas europeia. Isso porque a evolução da disciplina polarizou dois modelos de tratamento da proteção de dados, um estadunidense e um europeu¹¹.

Nos Estados Unidos, enxerga-se um caráter fracionado, com jurisprudência e legislação diferentes conforme o estado¹² e caracterizado pela existência de leis setoriais e pelo objetivo de moldar uma autorregulação corporativa¹³. Na Europa, a opção adotada foi a de sistematizar a proteção de dados a partir de um documento central. Independentemente de legislações nacionais, o modelo europeu vale-se - e, historicamente, foi assim - de documentos de direito eu-

10 MIRAGEM, Bruno. A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. In: MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito privado comparado*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. pp.13-46.

11 DONEDÁ, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019. pp. 185-186.

12 *Idem*.

13 BOYNE, Shawn Marie. Data protection in the United States. *American Journal of Comparative Law*. Vol. 66. 2018. pp. 299-344.

ropeu ou de direito internacional, entre os quais se destacam a Convenção nº 108 do Conselho da Europa (Convenção de Estrasburgo), a Diretiva de 46/95/CE e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (UE 2016/679)¹⁴.

O desenvolvimento do modelo europeu - o qual, aliás, é seguido pela legislação brasileira - possui como marcos legislativos os regramentos do estado de Hesse, na Alemanha, de 1970, da Suécia, de 1973, e da França, em 1978¹⁵. No âmbito continental, merece destaque a Convenção nº 108 do Conselho da Europa¹⁶, a Convenção de Estrasburgo, de 1981¹⁷, cujo objetivo é o tratamento de liberdades e direitos fundamentais, incluindo-se, aí, a proteção de dados pessoais. Esta postura atribuiu à proteção de dados autonomia e caracterização de direito fundamental¹⁸.

No direito europeu propriamente dito, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê a proteção de dados no art. 8º¹⁹, como destaque à imposição de que o tratamento de dados ocorra lealmente e com consentimento ou outro fundamento legal. Além disso, o art. 16º-B do Tratado de Funcionamento da União Europeia substituiu, em 2007, o

14 VAINZOF, Rony. Dados pessoais, tratamento e princípios. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega. OPICE BLUM, Renato (Coords.). Comentários ao GDPR. São Paulo: RT, 2018. pp. 37-85.

15 DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 03-20.

16 O Conselho da Europa consiste na principal organização para a proteção dos direitos humanos da Europa. Com efeito, os documentos do Conselho da Europa não constituem propriamente direito europeu, ou direito da União Europeia. Indicam, contudo, uma tendência da região. Sobre a instituição, vide: <https://www.coe.int/pt/web/about-us/who-we-are>. Acesso em 03/12/2021.

17 Convenção para a proteção das pessoas em relação ao tratamento automatizado de dados pessoais.

18 DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

19 Artigo 8º: Proteção de dados pessoais 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

art. 286²⁰, prevendo a proteção dos dados de caráter pessoal.

Em 1995, a Diretiva 95/46/CE renovou o caráter de direito fundamental da proteção de dados pessoais²¹. Em seguida, em 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia fortaleceu a compreensão da proteção de dados como um direito fundamental autônomo no âmbito europeu, separando as previsões acerca da vida privada²² e da proteção de dados em si²³. Posteriormente, com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (UE 2016/679), a cisão entre privacidade e proteção de dados fica ainda mais notável, ao passo que o regramento é direcionado à nova disciplina, sequer mencionando a privacidade em seu texto²⁴.

O papel do direito português na evolução do direito fundamental à proteção de dados pessoais é muito relevante, tendo sido o primeiro país a incluir, expressamente, a previsão no plano constitucional, na Constituição da República Portuguesa de 1976²⁵. Fala-se do art. 35º, sobre a *Utilização da informática*, em que a proteção de dados é tratada em separado da proteção à intimidade e à vida privada, abordadas no art. 26º. Ainda que o diálogo entre os artigos 35º e 26º concre-

20 Artigo 16º-B: 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de actividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes. As normas adoptadas com base no presente artigo não prejudicam as normas específicas previstas no artigo 25.o-A do Tratado da União Europeia.

21 A Diretiva 95/46/CE elenca como objetivo: “Os Estados-membros assegurarão, em conformidade com a presente directiva, a protecção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.”

22 Art. 7º. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

23 Art. 8º. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

24 Evidentemente, a proteção de dados pessoais possui íntima relação com a preservação da privacidade, sendo um dos elementos protegidos pela proteção de dados pessoais, porém não o único.

25 CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019. Coimbra: Almedina, 2020. p. 73.

tize a proteção da privacidade em sua faceta da proteção de dados, é relevante observar a autonomia com a qual os temas foram abordados no texto da CRP.

O que se identifica, na verdade, desde a primeira redação do art. 35 - atualizada em três oportunidades -, é o reconhecimento do direito fundamental à autodeterminação informativa, com menção ao direito de tomar conhecimento dos dados a seu respeito e de exigir retificação ou atualização:

Artigo 35.º (Utilização da informática)

1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização.

2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos.

3. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.²⁶

A primeira versão apresenta três números, sendo que, no primeiro, consagra o direito de informação e acesso do titular de dados pessoais, além da possibilidade de exigir atualizações ou retificações - destaca-se o fato de que já se usava a expressão “dados”. O nº 02 apresenta uma versão inicial do que hoje se conhece plenamente como dados pessoais sensíveis, proibindo o tratamento de dados sobre convicções políticas, fé religiosa e vida privada - as posteriores atualizações aumentaram esse rol, mas, por outro lado, entregaram situações excepcionais autorizativas do tratamento. No terceiro, a proibição era em relação à instituição de número nacional de identificação de cada cidadão²⁷.

26 Redação original do art. 35.º. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202109161703/73938554/element/diploma>. Acesso em 16 set, 2021.

27 CASTRO, Catarina Sarmento e. 40 anos de “Utilização Informática” - O artigo 35º da Constituição da República Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Público. Vol. 3. N. 3. Lisboa, 2016. pp. 43-66.

O grande destaque, sobretudo para a época - que deu a relevância histórica ao art. 35º -, é o nº 01, que representa a autodeterminação informativa, recebendo a doutrina e a jurisprudência alemã da época²⁸, a partir do direito de cada pessoa controlar a informação disponível a seu respeito, mas também o direito de impedir a redução da pessoa a simples objeto de informação²⁹. Sobre o tema, é conhecido o julgamento do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1983³⁰, reconhecido por definir o conteúdo da autodeterminação. Na ocasião, estava em análise a Lei do Censo, por meio da qual o Estado coletaria informações dos cidadãos para atualização dos registros públicos, tendo sido identificada a inconstitucionalidade parcial, manifestamente pela nebulosidade da finalidade do tratamento³¹. Por uma leitura da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, vinculou-se a ideia de autodeterminação informacional ao direito de controle do titular em relação ao movimento de seus dados pessoais³².

J. J. Gomes Canotilho, ao cotejar direitos fundamentais e direitos da personalidade no âmbito da Constituição da República Portuguesa, ensina que, embora muitos dos direitos fundamentais sejam, também, direitos da personalidade, não é necessário que assim seja. Ao exemplificar, porém, os direitos fundamentais que se encaixam como direi-

28 “Esse ‘produto da doutrina alemã tão exportado, quanto mal conhecido na sua origem’ seria recebido pela doutrina constitucional portuguesa, ao abrigo do artigo 35.º da CRP, no sentido de o ‘direito à autodeterminação informativa’ atribuir ‘a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito’ e se impedir a redução da pessoa a mero ‘objeto de informação’.”. DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. O responsável pelo tratamento de dados segundo o regulamento geral de proteção de dados (RGPD). In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 95, nº 02, 2019, pp. 1161-1188.

29 Idem.

30 SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad. Beatriz Henng et al. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005. pp. 233-245.

31 RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. In: Direito, Estado e Sociedade, n. 36, jan./jun. 2010.

32 BIONI, Bruno. Proteção de dados pessoais: as funções e os limites do consentimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (Ebook).

tos da personalidade, entre outros, o jurista refere, de forma autônoma, o direito à privacidade e o direito à informática, sendo o primeiro inserido na classificação de *direitos sobre a própria pessoa* e o segundo, na de *direitos distintivos da personalidade*³³. O tratamento dado pela CRP é justamente esse: são direitos fundamentais, da personalidade e autônomos - pela primeira vez expressamente em uma constituição.

A redação do art. 35º de 1976, diante das alterações da sociedade, da tecnologia e dos regramentos europeus sobre a matéria, passou por três reformas: em 1982, em 1989 e em 1997. Segundo Barreto Menezes Cordeiro, as revisões constitucionais ensejaram, por um lado, o alargamento progressivo da proteção dos titulares e, por outro, as bases fundamentais para a disciplina³⁴.

A revisão de 1982 atualiza o termo “registros mecano-gráficos” para “registros informáticos”, no nº 01, uma providência útil diante do avanço tecnológico dos bancos de dados. Redigiu-se, ainda, um novo nº 02, o qual limita o fluxo de dados entre fronteiras e o acesso de terceiros à informação - a proibição torna-se a regra, excepcionada em caso de lei específica. O que era o nº 02, sobre os dados hoje conhecidos como sensíveis, passou ao nº 03, sendo agregado à convicções políticas também as filosóficas e à fé religiosa e à vida privada a filiação partidária ou sindical. Foi, por fim, inserido o nº 04, determinando-se que a lei seria responsável por definir o conceito de dado pessoal.

Em 1989, nova revisão constitucional impactou o art. 35º. A mudança no nº 01 serviu para limitar o acesso do próprio titular, em casos de retificação e de atualização, quando houver disposição de segredo de Estado e segredo de jus-

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396.

³⁴ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019. Coimbra: Almedina, 2020. p. 76.

tiça. No nº 02, a revisão afastou a proibição de trânsito de dados entre fronteiras incluída em 1982³⁵, estabelecendo no novo nº 06, que a lei definiria o regime aplicável ao fluxo transfronteiriço. Também o nº 04 suportou alteração que impactaria o sistema legislativo, incrementando a atividade do legislador no condicionamento das balizas para o tratamento de dados: “A lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registo informático, *bem como de bases e bancos de dados e respectivas condições de acesso, constituição e utilização por entidades públicas e privadas*.”³⁶.

A versão atual foi consolidada após as modificações de 1997 e denota o avanço internacional da disciplina, sobretudo aquele do próprio direito comunitário, especialmente da necessidade de transposição da Diretiva nº 95/46. Dentre os principais destaques do texto atual estão a ampliação de seu objeto - que passa a tratar, também, dos dados pessoais tratados no ambiente *offline* (nº 07), a previsão do direito fundamental à internet (nº 06) e a utilização de terminologias próprias da matéria, como *proteção de dados*, no nº 04, e *tratamento de dados*, no nº 03³⁷. Assim, então, ficou a redação atual:

Artigo 35.º Utilização da informática:

1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.
2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua proteção, designadamente através de entidade administrativa independente.
3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políti-

35 CASTRO, Catarina Sarmiento e. 40 anos de “Utilização Informática” - O artigo 35º da Constituição da República Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Público. Vol. 3. N. 3. Lisboa, 2016. pp. 43-66.

36 Histórico de alterações do art. 35º disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202109161703/73938554/element/diploma>. Acesso em 16 set. 2021.

37 CASTRO, Catarina Sarmiento e. 40 anos de “Utilização Informática” - O artigo 35º da Constituição da República Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Público. Vol. 3. N. 3. Lisboa, 2016. pp. 43-66.

cas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.

5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.

7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de proteção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

No ano do 45º aniversário da Constituição da República Portuguesa, chamam a atenção os fatos (I) de ter sido a primeira norma fundamental a abarcar a proteção de dados pessoais de forma expressa³⁸ e (II) de suas sucessivas alterações ao longo dos anos.

Quanto ao primeiro ponto, há três questões centrais que iluminam uma tentativa de justificação. Por primeiro, como já mencionado, as décadas de 1970 e de 1980 foram férteis na discussão do tema - são exemplos as já referidas iniciativas legislativas de Hesse, da Suécia e da França, mas também de Dinamarca, Áustria, Noruega, Luxemburgo e Islândia. No âmbito europeu e internacional, a Assembleia Consultiva do Conselho Europeu buscou junto ao Comitê de Ministros recomendações sobre privacidade e a OCDE, em 1978, organizou um grupo de especialistas sobre tráfego internacional de dados³⁹. Por segundo, Portugal e Espanha encerravam períodos ditatoriais e concepções de redemo-

38 “A Constituição da República Portuguesa terá sido, à luz dos elementos recolhidos, a primeira Lei Fundamental a reconhecer, diretamente, alguma proteção constitucional aos titulares de dados pessoais.” CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei n° 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 73.

39 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019. pp.191-193.

cratização impactaram os documentos constitucionais, tanto que, em ambos, houve menção à privacidade e à informática. Por terceiro, enxerga-se uma resposta de rechaço do constituinte português à previsão da Lei n° 2/73, de 1973, que instituiu o número nacional de identificação⁴⁰, “chave única para o acesso de todos os seus dados pessoais”⁴¹.

No que diz respeito às sucessivas alterações do art. 35°, dois aspectos merecem destaque. O primeiro deles é, justamente, a característica do tema: a evolução tecnológica faz com que, ainda mais em um texto descritivo como o da CRP, atualizações, de substância ou de linguagem, ocorram. O segundo elemento é a dinâmica jurídica europeia, com alta relevância das disposições comunitárias e necessidade de ajuste do ordenamento interno para compatibilização, como no exemplo da revisão de 1997, motivada pela Diretiva n° 95/46.

3. A discussão brasileira

A discussão constitucional da proteção de dados pessoais no Brasil não foge dos conceitos de vida privada e de intimidade. Na ordem jurídica brasileira, na década de 1970, o tema da privacidade foi abordado sob a perspectiva da garantia do indivíduo na persecução penal⁴² e também quanto à possibilidade de velar por sua intimidade⁴³. Na década seguinte, René Dotti diferencia o sentimento que se vincula a parte mais interna do ser humano - a intimidade - e aquele mais amplo, a privacidade, dentro do qual residiriam a solidão (a opção por se fazer só), o anonimato (o interesse em

40 CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da proteção de dados: à luz do RCPD e da Lei n° 58/2019. Coimbra: Almedina, 2020. p. 76.

41 CASTRO, Catarina Sarmiento e. 40 anos de “Utilização Informática” - O artigo 35° da Constituição da República Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Público. Vol. 3. N. 3. Lisboa, 2016. pp. 43-66.

42 COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 31.

43 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Tratado de direito privado. Tomo VII. Atualizado por Rosa Maria Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 197-198.

não se identificar), a reserva (desejo em não revelar aspectos próprios) e a intimidade⁴⁴.

As Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 jamais possuíram menção expressa à intimidade e à vida privada, houve, na perspectiva de inviolabilidade de domicílio e de documentos meras referências indiretas ao tema. De igual forma, nos documentos de 1967 e de 1969, houve a inclusão da garantia ao sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas⁴⁵. Somente em 1988, inclui-se expressamente a proteção, como direito fundamental, à intimidade, à vida privada, a honra e à imagem (art. 5º, X)⁴⁶.

Com a previsão trazida pela Constituição de 1988, debateu-se, na doutrina, o conteúdo das expressões *vida privada* e *intimidade*. Há quem compreenda tais elementos como autônomos, sob a argumentação de que o próprio texto assim optou por fazer e que, sem a diferenciação, não seria possível nivelar a exposição do indivíduo - a intimidade estaria ligada a “estar só” e a vida privada à “proteção de formas exclusivas de convivência.”⁴⁷. Por outro lado, há quem enxergue a privacidade - vida privada - como uma cláusula geral que abrangeria outros direitos da personalidade⁴⁸. Paulo Lôbo, nessa corrente, identifica que, dentro da privacidade, estariam compreendidas a intimidade (aquilo que a pessoa não quer compartilhar), a vida privada (as relações próximas

44 DOTTI, René A. A liberdade e o direito à intimidade. Revista de informação legislativa: v. 17, n. 66 (abr./jun. 1980). Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181214>. Acesso em 20 out. 2020.

45 LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola (Coord.). Privacidade e sua compreensão do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 21.

46 X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

47 FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1993). Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 88, 439-459. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em 20 dez. 2020.

48 DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In TEPEDEINO, Gustavo (Coord.) A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 111-112.

da pessoa, como o ambiente familiar), o sigilo, a imagem e, enfim, os dados pessoais⁴⁹.

A emancipação do direito à proteção de dados pessoais em relação à privacidade, seja em seu viés de intimidade ou de vida privada, ocorre, no Brasil, pela via interpretativa constitucional. Ingo Sarlet e Giovani Saavedra defendem que o reconhecimento como direito fundamental da proteção de dados emerge de seu vínculo com a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento e autodeterminação da personalidade e da própria previsão de proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem⁵⁰.

Laura Schertel Mendes também sustenta a existência de um direito constitucional implícito à proteção de dados pessoais no Brasil, fundamentado nas previsões do artigo 5º, incisos X e LXXII⁵¹, da Constituição Federal. Há, com efeito, o caráter de direito da personalidade, com a garantia de não intervenção, seja pública ou privada, nos dados pessoais e uma dimensão positiva, em que o Estado deve agir para resguardar o direito fundamental⁵². Indo além, a autora reflete que, mesmo implícito, há eficácia horizontal na proteção desse direito, uma vez que a todo banco ou registro de dados, salvo poucas exceções, deve ser compreendido como público, tal como a previsão do *habeas data*⁵³.

Por um lado, é possível identificar que o precursor

49 LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola (Coord.). Privacidade e sua compreensão do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 17-18.

50 SAAVEDRA, Giovani A. SARLET, Ingo W. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. RDP, Brasília, vol. 17, n. 93, pp. 33-57, maio/jun. 2020.

51 LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

52 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 79/2011. São Paulo: Thomson Reuters, 2011. pp. 45-81.

53 MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados pessoais e defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2017. (Ebook).

texto do art. 35º da Constituição da República Portuguesa influenciou a redação do art. 5º, LXXII, sobre o *habeas data*⁵⁴. Por outro, Danilo Doneda ensina que o *habeas data*, no contexto da época brasileira, foi incluído como forma de requisição de informações pessoais em posse do poder público, especialmente diante dos órgãos responsáveis pela repressão na ditadura militar e “(...) sem maiores vínculos, portanto, com uma eventual influência da experiência europeia ou norte-americana relativa à proteção de dados pessoais (...)”⁵⁵. Com o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência sobre o instituto, a interpretação evoluiu até que se compreendesse o *habeas data* como um dos fundamentos para o reconhecimento de um direito constitucional implícito à proteção de dados na Constituição Federal de 1988⁵⁶.

A discussão chegou à Corte Suprema em 2020, no âmbito de análise da Medida Provisória nº 954/2020 (“MP”), de abril daquele ano, sobre o compartilhamento de dados por prestadoras de serviço telefônico com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaboração de análises sobre a pandemia de Covid-19. Em face dessa MP, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e partidos políticos⁵⁷ ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o fundamento de afronta aos ar-

54 “Article 35 of the 1976 Portuguese Constitution was instrumental for the later worldwide proliferation of constitutional recognition of access to personal data. It was indeed one of the major sources of inspiration for the drafters of the Brazilian Constitution of 1988, which addressed the issue of access through the notion of *habeas data* (...).” FUSTER, Gloria González. *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Suíça: Springer, 2014. p. 67.

55 DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Joaçaba*, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

56 “Se, por um lado, poder-se-ia argumentar que o *habeas data*, nas suas três dimensões de acesso, correção e complementação de informações, seria por demais restrito, em comparação a um direito à autodeterminação informativa, por outro, resta claro que, na sua essência, o que ele visa a proteger é o mesmo direito material relativo à privacidade dos dados pessoais do cidadão.” MENDES, Laura Schertel. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 79/2011. São Paulo: Thomson Reuters, 2011. pp. 45-81.

57 Ajuizaram ações o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Partido Socialista Brasileiro (PSB), o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB).

tigos 1º, III, e 5º, X e XII, da Constituição Federal.

A Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, ao relatar o caso, toma, por ser continente das demais, a ADI nº 6.387, ajuizada pelo CFOAB e deferiu pedido de suspensão de eficácia da Medida Provisória, o qual foi referendado pelo plenário do STF, vencido somente o Ministro Marco Aurélio. A determinação para o que o IBGE se abstinhasse de solicitar às telecomunicadoras as informações foi tomada a partir da compreensão de que os dados a serem compartilhados pelas empresas de telefonia poderiam identificar os usuários, sendo possível sua caracterização como dados pessoais. Com esse pressuposto, a Relatora entende que haveria proteção constitucional em razão dos direitos fundamentais de inviolabilidade da vida privada e da intimidade, de livre desenvolvimento da personalidade e da liberdade individual.

Enxerga-se, ali, a preocupação do STF com a flexibilização da autodeterminação informacional e do respeito à privacidade, em atenção ao artigo 2º, incisos I e II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que, à época, sequer estava em vigor. O voto vencedor reflete sobre a importância de que o tratamento de dados pessoais possua finalidade específica, limitada amplitude, respeito aos princípios do minimização e da proporcionalidade e, ao passo que a MP não demonstrava a adequação e a necessidade no manejo dos dados, afrontava também o devido processo legal (art. 5º, LIV).

Com essa postura, o STF valoriza a autodeterminação informativa, a finalidade específica para tratamento, a adequação e a transparência no uso de dados pessoais e, acima de tudo, impõe a compreensão de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental implícito na Constituição

Federal de 1988⁵⁸. O mais enfático quanto à autonomia do direito à proteção de dados pessoais dos votos é o do Ministro Gilmar Mendes, fundamentado na dignidade da pessoa humana, da proteção da vida privada e da intimidade e do *habeas data* como instrumento da autodeterminação informativa⁵⁹. A decisão do STF representou, no Brasil, o reconhecimento da autonomia do direito fundamental constitucionalmente implícito à proteção de dados pessoais.

Em 2019, antes mesmo de chegar ao Poder Judiciário, a discussão já estava posta no Congresso Nacional. A PEC 17/2019 foi apresentada no Senado Federal em março de 2019 e aprovada em julho do mesmo ano. Enviada à Câmara dos Deputados, foram aprovados os pareceres da Comissão de Constituição de Justiça em agosto de 2019 e da Comissão Especial de Proteção de Dados e Direitos Fundamentais em dezembro de 2019.

Em linhas gerais, a proposta busca a inclusão do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental no texto da Constituição Federal e a determinação de competência privativa da União para legislar acerca da disciplina. O texto original do Senado Federal previa alteração da redação do art. 5º, XII, e inclusão do inciso XXX no art. 22º:

Art. 5º, XII - 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

58 MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel; DONDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 61-71.

59 “A afirmação da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais – há de se dizer – não se faz tributária de mero encantamento teórico, mas antes da necessidade inafastável de afirmação de direitos fundamentais nas sociedades democráticas contemporâneas. Considerando que os espaços digitais são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais, a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade.”

para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.;

Na Câmara dos Deputados, porém, a discussão envolveu proposta substitutiva, com manutenção da lógica da original, mas com a inclusão de inciso específico no art. 5º para a proteção de dados pessoais e a previsão de competência material da União na matéria:

Art. 5º, LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;

Art. 21. Compete à União: (...) XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei, que disporá sobre a criação de um órgão regulador independente.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.;

Um dos aspectos que se destacava no substitutivo que tramitava na Câmara dos Deputados era a previsão de artigo na própria PEC, isto é, que não iria ao texto constitucional propriamente dito, sobre a independência e o pertencimento à administração federal indireta e com natureza de autarquia especial da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)⁶⁰. Após sucessivas inclusões e retiradas de pauta, a Câmara dos Deputados, em 31 de agosto de 2021, aprovou a emenda, mas com alterações. Assim fica o texto:

Art. 5º, LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;

Art. 21. Compete à União: (...) XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.;

⁶⁰ Art. 4º Para os efeitos do inciso XXVI do art. 21, na redação dada pelo art. 2º desta Emenda, o órgão regulador será entidade independente, integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial.

A alteração central consiste na supressão das menções ao agente regulador. A um, retirou-se a expressão “(...) que disporá sobre a criação de um órgão regulador independente.” do inciso XXVI do art. 21. A dois, pela extirpação do que era, anteriormente, o art. 4º do substitutivo da PEC 17/2019 na Câmara dos Deputados, que referia a criação de autarquia independente e vinculada à União. Aos 45: o direito constitucional à proteção de dados no Brasil e em Portugal

Com a aprovação, com alterações, na Câmara dos Deputados, a PEC 17/2019 foi encaminhada ao Senado Federal para que, em segunda fase de tramitação, fossem avaliadas as modificações realizadas pela Câmara, especialmente a inclusão da competência material da União. Em 20 de outubro de 2021, o Senado Federal aprovou, sem nenhum voto contra, a inclusão expressa do direito fundamental à proteção de dados na Constituição Federal de 1988. A proposta segue para promulgação pelo Congresso Nacional⁶¹.

Embora aprovado, a doutrina não é uníssona quanto à positivação do direito à proteção de dados no texto constitucional. Por um lado, Sarlet vê na medida uma possibilidade de assegurar a interpretação de que se trata de um direito autônomo e próprio, o que facilitaria sua consolidação, mitigando riscos de que se dependa de uma exegese nas Cortes. Além disso, a expressa inclusão no art. 5º previne que eventuais reformas constitucionais suprimam tal direito, conforme o art. 60, §4º, IV, e, ainda, impõe aplicabilidade direta, isto é, a agentes privados e públicos⁶².

Por outro lado, Anderson Schreiber entende que a in-

61 JOELSONS, Marcela. CAMARA, Isabela. Aprovação da PEC 17/2019 pelo Senado: avanço para a proteção de dados. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-30/joelsons-camara-aprovacao-pec-172019-senado>. Acesso em 05 nov. 2021.

62 SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 21-59.

clusão expressa no texto constitucional possuiria mero valor simbólico, havendo inutilidade em alterar a Constituição para algo que jurisprudência e doutrina reconhecem. A preocupação do autor é com modificações panfletárias e pouco refletidas do texto constitucional, destacando que a restrição da competência legislativa à União não foi suficientemente maturada pela sociedade brasileira e poderia frear positivas iniciativas dos demais entes⁶³.

4. Considerações finais

Chegando às considerações finais deste estudo, tem-se, por cautela, lembrar seu intuito introdutório, isto é, seu objetivo de contribuir à discussão sem o esgotamento do tema. Como delineado inicialmente, Portugal e Brasil, que em tantos elementos culturais, jurídicos e linguísticos se aproximam; neste momento, afastam-se quarenta e cinco anos se o tema é a proteção constitucional expressa da proteção de dados pessoais. Enquanto a Constituição da República Portuguesa de 1976 prevê, em seu art. 35º direito fundamental vinculado à proteção de dados, o Brasil em 2021, aprova a PEC 17/2019, para a inclusão da proteção de dados como um direito constitucional expresso.

A observação quanto ao distanciamento temporal, não significa que não houve debate sobre o assunto no Brasil, mas meramente que a indicação expressa é separada pelo tempo. Ainda que a figura do *habeas data* no Brasil seja de extrema relevância na construção do direito fundamental implícito à proteção de dados no país, sua razão de existir à época não coincide com o que motivou a inclusão da primeira redação do art. 35º da CRP. No Brasil, buscava-se proteger informa-

63 SCHREIBER, Anderson. PEC 17/19: uma análise crítica. Jul. 2019. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/07/19/analise-critica-pec-17-2019/>. Acesso em 23 out. 2020.

ções de pessoas reprimidas em um contexto muito específico de governo militar, enquanto em Portugal, a previsão já se fundamentava nas discussões sobre autodeterminação informativa do contexto europeu.

Ainda que se considerasse a previsão do *habeas data* na CF como um espelhamento da redação original do art. 35º da CRP, os ordenamentos distanciariam-se, novamente, em razão das atualizações do dispositivo português. As alterações na redação do art. 35º reforçam que sua ideia era, desde o início, representar o direito à autodeterminação informativa, que foi sendo robustecido na Europa e os reflexos sentidos na CRP. No Brasil, não houve esse caminho de alterações expressa na CF para a consagração da autodeterminação informativa, salvo nessa iniciativa que, em 2021, se concretiza.

Além do distanciamento temporal, há outros elementos que merecem destaque nestas considerações finais. Identifica-se que ambos os ordenamentos jurídicos seguem o que se convencionou denominar de modelo europeu de proteção de dados, o que ocorre, entre outros fatores, pela existência de regramentos centrais, como o RGPD e a LGPD. Um dos pontos característicos dos estados-membros da União Europeia, e com Portugal não é diferente, é, justamente, a relevância do direito comunitário no regramento interno. No âmbito da proteção constitucional da proteção de dados, esse elemento ganha destaque, pois Portugal precisou adequar-se às previsões do direito europeu. O mesmo não ocorre no Brasil, em razão das sabidas diferenças entre a organização juspolítica da União Europeia e a do Mercosul.

Os ordenamentos jurídicos aproximam-se no fato de que ambos reconhecem o direito à proteção de dados pessoais, manifestamente da autodeterminação informacional, atribuindo-lhe caráter autônomo à privacidade. No Brasil, a mais relevante decisão sobre o tema foi concebida em 2020

pelo Supremo Tribunal Federal, que, a partir da via interpretativa, identificou, sob a perspectiva de direitos fundamentais expressos, o direito constitucionalmente implícito à proteção de dados pessoais. Em Portugal, tal reconhecimento é expresso no art. 35º da Constituição da República de 1976, o que fica evidente no tratamento em separado da privacidade (art. 26º).

O afastamento entre um direito implícito e outro explícito é reduzido com a aprovação da PEC 17/2019 no Brasil. Com isso, ambos os ordenamentos passam a apresentar a proteção expressa em seus textos constitucionais. De qualquer modo, ainda que se compare a previsão da PEC 17/2019 aprovada na Câmara dos Deputados em 2021 com a atual previsão do art. 35º da CRP, há diferenças. A principal delas é quanto ao caráter descritivo da previsão portuguesa, que destrincha de forma mais aprofundada a abrangência do direito à proteção de dados, enquanto, no Brasil, ao que tudo indica, os contornos seguirão sendo dados pela doutrina e jurisprudência. Por outro lado, uma previsão mais enxuta, como a brasileira pretende ser, facilita a atualização de termos e de conceitos, elemento típico da disciplina diante de sua vinculação à tecnologia.

Depreende-se, por fim, que a concepção constitucional do direito à proteção de dados é, em Portugal ou no Brasil, no sentido de garantia do indivíduo - de sua liberdade e do desenvolvimento de sua personalidade.

5. Referências bibliográficas

BIONI, Bruno. Proteção de dados pessoais: as funções e os limites do consentimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (Ebook).

BOYNE, Shawn Marie. Data protection in the United States. *American Journal of Comparative Law*. Vol. 66. 2018. pp. 299-344.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. 40 anos de “Utilização Informática” - O artigo 35º da Constituição da República Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Público. Vol. 3. N. 3. Lisboa, 2016. pp. 43-66.

COOLEY, Thomas M. A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract. Chicago: Callaghan and Company, 1879. Disponível em <https://repository.law.umich.edu/books/11/>.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019. Coimbra: Almedina, 2020.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. O responsável pelo tratamento de dados segundo o regulamento geral de proteção de dados (RGPD). In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 95, nº 02, 2019, pp. 1161-1188.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.) A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 03-20.

DOTTI, René A. A liberdade e o direito à intimidade. Revista de informação legislativa: v. 17, n. 66 (abr./jun. 1980). Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181214>.

FABRIS, Francesca. Il diritto alla privacy tra passato, presente e futuro. Rivista di Scienza della Comunicazione, n. 2. Trieste: Università degli Studi di Trieste, 2009. pp. 94-98.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1993). Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 88, 439-459. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>.

FUSTER, Gloria González. The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU. Suíça: Springer, 2014.

JOELSONS, Marcela. CAMARA, Isabela. Aprovação da PEC 17/2019 pelo Senado: avanço para a proteção de dados. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-30/joelsons-camara-aprovacao-pec-172019-senado>. Acesso em 05 nov. 2021.

LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola (Coord.). Privacidade e sua compreensão do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LYNSKEY, Orla. The Foundations of EU Data Protection Law. Oxford: Oxford University Press, Estados Unidos, v. 6, n. 1, nov. 2016.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 79/2011. São Paulo: Thomson Reuters, 2011. pp. 45-81.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados pessoais e defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2017. (Ebook).

MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 61-71.

MIRAGEM, Bruno. A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. In: MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito privado comparado*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. pp.13-46.

PEIXOTO, Erick; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola (Coord.). *Privacidade e sua compreensão do direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 33-54.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Tomo VII. Atualizado por Rosa Maria Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 36, jan./jun. 2010.

SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES,

Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 21-59.

SCHREIBER, Anderson. *PEC 17/19: uma análise crítica*. Jul. 2019. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/07/19/analise-critica-pec-17-2019/>.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Henng et al. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005. pp. 233-245.

VAINZOF, Rony. Dados pessoais, tratamento e princípios. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega. OPICE BLUM, Renato (Coords.). *Comentários ao GDPR*. São Paulo: RT, 2018. pp. 37-85.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4, n° 5. 1890. pp. 193-220. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=11#metadata_info_tab_contents>